

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

ANTONIO TIZZANO

apresentadas em 9 de Fevereiro de 2006¹

1. Os presentes processos têm como objecto o recurso interposto pela P&O European Ferries (Vizcaya) SA (a seguir «P&O») e pela Diputación Foral de Vizcaya (Conselho Provincial da Biscaia, a seguir «Diputación») do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 5 de Agosto de 2003, P&O European Ferries (Vizcaya) SA e Diputación Foral de Vizcaya/Comissão, processos apensos T-116/01 e T-118/01 (a seguir «acórdão impugnado»)², com o qual foi confirmada na sua totalidade a decisão 2001/247/CE da Comissão, de 29 de Novembro de 2000 (a seguir «decisão impugnada»)³, relativa ao regime de auxílios aplicados pela Espanha à companhia de navegação P&O, à época denominada «Ferries Golfo de Vizcaya».

pelos Estados ou provenientes de recursos estatais que, favorecendo certas empresas ou produções, falseiem ou ameacem falsear a concorrência e afectem as trocas comerciais entre Estados-Membros.

3. Por sua vez, o artigo 88.º, n.º 3, CE prevê que os projectos destinados a instituir ou modificar auxílios são comunicados atempadamente à Comissão e que os Estados-Membros não podem pôr em execução as medidas projectadas antes de aquela tomar uma decisão.

I — Quadro jurídico

2. Como é sabido, o artigo 87.º, n.º 1, CE declara incompatíveis com o mercado comum, sem prejuízo das derrogações previstas no Tratado, os auxílios concedidos

4. Além disso, com o Regulamento n.º 659/1999 do Conselho⁴ (a seguir «Regulamento n.º 659/1999») a Comunidade Europeia dotou-se de um pormenorizado sistema de regras processuais para aplicação das disposições comunitárias em matéria de fiscalização dos auxílios de Estado.

1 — Língua original: italiano.

2 — Colect., p. II-2957.

3 — JO 2001, L 89, p. 28.

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

II — Matéria de facto e tramitação processual

Factos que estão na origem do litígio

5. Vista a complexidade dos factos que são objecto dos presentes processos, que já deram origem a duas decisões do Tribunal de Primeira Instância, e ainda o facto de terem ocorrido num período relativamente longo, limitar-me-ei a sintetizar os principais factos relevantes para os efeitos do presente processo.

6. Tudo teve origem num acordo (a seguir «acordo inicial») celebrado em 9 de Julho de 1992 entre a Diputación e o Ministério do Comércio e Turismo do Governo basco, por um lado, e a companhia de transportes marítimos actualmente denominada P&O, por outro. Este acordo tinha como objecto a criação de um serviço de ferry entre Bilbao e Portsmouth e previa a aquisição pelas entidades signatárias, no período de 1993-1996, de um determinado número de cupões de viagem, mediante o pagamento de uma contrapartida determinada no próprio acordo. Este acordo nunca foi comunicado à Comissão.

7. Todavia, logo em 21 de Setembro do mesmo ano, uma sociedade de transportes marítimos concorrente, a Bretagne Angleterre Irlande (a seguir «BAI»), denunciou à

Comissão alegadas subvenções concedidas pela Diputación e pelo governo basco à P&O. Após recolha das informações necessárias, a Comissão decidiu, em 29 de Setembro de 1993, iniciar o procedimento previsto no artigo 93.º, n.º 2, do Tratado CE (actual artigo 88.º, n.º 2, CE)⁵.

8. Com efeito, a Comissão, no termo de uma análise preliminar, chegou à conclusão de que o acordo inicial não constituía uma operação comercial normal, mas antes um auxílio de Estado, na acepção do artigo 92.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 87.º CE), auxílio que não parecia satisfazer os requisitos necessários de compatibilidade com o mercado comum.

9. As considerações da Comissão baseavam-se, *inter alia*, no facto de o preço acordado para aquisição dos títulos de viagem por parte das autoridades signatárias ser superior à tarifa comercial normal e de o acordo incluir um compromisso público de solver todos os prejuízos sofridos pela P&O durante os três primeiros anos de operação do novo serviço. Na opinião da Comissão, portanto, o acordo acabava por eliminar todo e qualquer risco comercial para a P&O.

10. A seguir à notificação da decisão de abertura do procedimento, o governo basco

5 — JO 1994, C 70, p. 5.

comunicou à Comissão que suspendera a execução do acordo. Ao mesmo tempo, a P&O, no procedimento administrativo de análise da medida, manteve uma longa correspondência com a Comissão para definir o tipo de acordo que podia ser celebrado entre a companhia de transporte marítimo e as autoridades públicas sem violar as disposições comunitárias em matéria de auxílios.

11. Neste contexto, a P&O comunicou, por carta de 27 de Março de 1995 (a seguir «carta de 27 de Março de 1995»), dirigida a um funcionário da Direcção-Geral (DG) «Transportes» da Comissão⁶, um novo acordo (a seguir «novo acordo» ou «medida contestada»), celebrado em 7 de Março de 1995 entre a Diputación e a P&O. Este acordo, válido para o período de 1995 a 1998, incluía um compromisso de aquisição — por parte da Diputación — de um total de 46 500 cupões de viagem a utilizar na linha de navegação marítima Bilbao-Portsmouth gerida pela P&O, e estabelecia o preço e as demais condições e prazos da aquisição.

12. Em 7 de Junho de 1995, a Comissão decidiu pôr termo ao procedimento iniciado em 29 de Setembro de 1993 (a seguir «decisão de 7 de Junho de 1995»)⁷, por considerar que o novo acordo continha inúmeras modificações relativamente à versão anterior. Em especial, previa-se agora que o governo basco deixasse de fazer parte

do acordo, que o preço dos cupões fosse determinado segundo novos parâmetros e fosse menos elevado do que o previsto no acordo inicial; muitos aspectos deste acordo, que tinham sido objecto de reservas por parte da Comissão, foram eliminados. Com base nestas considerações, a Comissão declarou que o novo acordo não constituía um auxílio de Estado.

13. Esta decisão foi no entanto imediatamente impugnada no Tribunal de Primeira Instância pela BAI, na sua qualidade de sociedade concorrente da P&O e de denunciante do auxílio, enquanto o Reino de Espanha e a P&O intervieram no processo judicial subsequente em apoio da Comissão.

14. Por acórdão de 28 de Janeiro de 1999, BAI/Comissão (T-14/96, a seguir «acórdão BAI»)⁸, o Tribunal de Primeira Instância anulou a decisão de 7 de Junho de 1995, por considerar que o novo acordo não constituía uma transacção comercial normal e que, por isso, a Comissão tinha feito uma avaliação errada do mesmo nos termos do artigo 87.º, n.º 1, do Tratado CE.

15. Em particular, o Tribunal de Primeira Instância observou que o total dos montantes pagos à P&O pelas autoridades públicas com base no novo acordo não tinha diminuído relativamente ao previsto no acordo inicial, antes tendo até aumentado ligeira-

6 — O funcionário responsável pela gestão do processo relativo ao auxílio em questão.

7 — JO C 321, p. 4.

8 — Colect., p. II-139.

mente. Com efeito, não obstante o preço unitário de referência dos cupões tivesse sido reduzido, o número total de títulos de viagem adquiridos cresceu de maneira significativa (46 500 cupões em vez dos 26 000 títulos previstos originalmente). E o montante dos cupões adquiridos — como salienta o Tribunal de Primeira Instância — não foi de forma nenhuma fixado tendo em conta as necessidades efectivas do adquirente. Além disso, a P&O não tinha de suportar nenhum custo suplementar derivado do aumento do número de cupões, pois estes só podiam ser utilizados na estação baixa. Por consequência, o Tribunal de Primeira Instância concluiu que os efeitos do novo acordo sobre a concorrência eram, em substância, idênticos aos que podiam ser imputados ao acordo inicial⁹.

16. À luz deste acórdão, em 26 de Maio de 1999, a Comissão decidiu iniciar¹⁰ o procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, relativamente ao novo acordo. Com efeito, segundo a Comissão, as autoridades bascas tinham aumentado artificialmente o número de cupões a adquirir à P&O com o objectivo de compensar a redução do preço dos mesmos e de manter assim o financiamento público à companhia de navegação nos níveis previstos no acordo inicial.

17. Em conclusão deste procedimento, com a Decisão 2001/247/CE, de 29 de Novembro de 2000¹¹, a Comissão declarou que o novo acordo constituía um auxílio de Estado incompatível com o mercado comum

(artigo 1.º) e ordenou ao Reino de Espanha que recuperasse o montante já pago (artigo 2.º).

O processo no Tribunal de Primeira Instância e o acórdão impugnado

18. Esta decisão foi por sua vez impugnada no Tribunal de Primeira Instância quer pela Diputación quer pela P&O, mas enquanto esta se limitou a pedir a anulação da ordem de recuperação dos montantes do auxílio já pagos, a Diputación pediu a anulação da decisão na sua totalidade.

19. Em apoio da legalidade do acordo chumbado pela Comissão ambas as recorrentes salientaram, a título preliminar, que o auxílio em litígio tinha sido devidamente notificado à Comissão pelo seu beneficiário por meio da já mencionada carta de 27 de Março de 1995.

20. Quanto ao mérito, suscitaram um conjunto de críticas relativas quer aos aspectos materiais da decisão quer a alegados vícios processuais verificados durante o procedimento administrativo que se desenrolou nos serviços da Comissão. Estas censuras diziam essencialmente respeito: a) à qualificação da medida em litígio como auxílio de Estado;

9 — N.ºs 74 a 80.

10 — JO C 233, p. 22.

11 — V. nota 3.

b) à violação do direito de propriedade e do artigo 295.º do Tratado CE; c) à não aplicação da isenção prevista no artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE; d) à violação das regras processuais impostas pelo Tratado CE e pelo Regulamento 659/1999, especialmente no que diz respeito à falta de pedidos de informações ulteriores às autoridades administrativas; e) à violação dos princípios da confiança legítima, da segurança jurídica e da boa administração; f) à violação do artigo 88.º CE, na medida em que o auxílio devia ter sido considerado tacitamente autorizado; g) à insuficiência ou impertinência da fundamentação na aceção do artigo 253.º CE.

21. Por seu turno, a Comissão, além de impugnar todos estes fundamentos, arguiu a inadmissibilidade do fundamento de recurso relativo à qualificação como auxílio de Estado da medida em litígio, por entrar em contradição com a força de caso julgado, entretanto adquirida pelo acórdão BAI.

22. O Tribunal de Primeira Instância declarou os recursos admissíveis na sua totalidade, mas não considerou procedente nenhum dos fundamentos alegados pela P&O e pela Diputación, com base nas considerações que passo a resumir segundo a ordem adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão impugnado.

23. Preliminarmente, o Tribunal de Primeira Instância considerou que o novo acordo não foi celebrado em conformidade com o procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE e devia portanto ser considerado ilegal.

24. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância refutou a argumentação das recorrentes, segundo a qual, devendo o novo acordo ser considerado um novo auxílio, este tinha sido devidamente notificado à Comissão pela sociedade beneficiária. Com efeito, segundo o Tribunal, a comunicação desse acordo à Comissão pelos advogados do beneficiário não podia de modo algum ser considerada uma notificação formal de um novo auxílio na aceção do Tratado CE¹².

25. Em qualquer caso, prosseguiu o Tribunal de Primeira Instância, a nova medida não constituía um novo auxílio diferente do que fora concedido originalmente (e nunca notificado), porque as modificações que lhe foram introduzidas não alteraram a sua substância. Por conseguinte, na medida em que o acordo inicial e o novo acordo deviam considerar-se como um único auxílio, instituído e concretizado em 1992 e posteriormente modificado, a falta de notificação do primeiro repercutia-se igualmente sobre a legalidade do segundo.

26. Quanto à qualificação da medida em litígio como auxílio, na aceção do artigo 87.º,

12 — N.º 57 a 74.

n.º 1, CE, o Tribunal de Primeira Instância, afastou em primeiro lugar a mencionada excepção de inadmissibilidade alegada pela Comissão, observando que a força de caso julgado de um acórdão anterior só pode ser invocada se o processo que deu origem ao acórdão tiver as mesmas partes, o mesmo objecto e os mesmos fundamentos. Ora, estas condições não se encontravam todas reunidas no presente processo¹³.

27. Relativamente ao mérito, a análise da Comissão foi confirmada.

28. Em primeiro lugar, o Tribunal de Primeira Instância considerou que inúmeros elementos demonstravam que a Diputación não tinha celebrado o novo acordo com o objectivo de fazer face a necessidades efectivas. Em sua opinião «o simples facto de um Estado-Membro adquirir bens e serviços nas condições de mercado não basta para que essa operação constitua uma transacção comercial efectuada em condições que um investidor privado teria aceite, ou, dito de outro modo, uma transacção comercial normal, se se verificar que o Estado não tinha uma necessidade real desses bens e serviços. A necessidade que um Estado-Membro tem de demonstrar que uma aquisição de bens ou serviços por si efectuada constitui uma transacção comercial normal impõe-se sobretudo quando, como no caso vertente, a escolha do operador não foi antecedida de um concurso público

aberto que tinha sido objecto de publicidade suficiente [...]»¹⁴. Portanto, no caso concreto, não tendo sido demonstrada essa necessidade, a Comissão podia concluir com acerto que o novo acordo era apto a conferir uma vantagem económica à P&O¹⁵.

29. Além disso, segundo o Tribunal de Primeira Instância, a Comissão analisou correctamente o efeito potencial de distorção da concorrência da medida em apreço, e os seus possíveis efeitos sobre o comércio entre os Estados-Membros¹⁶.

30. Relativamente à alegada violação do direito de propriedade, como consagrado no artigo 295.º CE, a Diputación sustentou que a decisão impugnada constituía uma limitação injusta da sua capacidade de celebrar contratos e a privação do direito de propriedade dos cupões de viagem legalmente adquiridos. Mas o Tribunal de Primeira Instância respondeu que o artigo 295.º CE não tem como efeito subtrair os regimes de propriedade existentes nos Estados-Membros aos princípios fundamentais do Tratado e, por consequência, não pode limitar o alcance do conceito de auxílio de Estado constante do artigo 87.º, n.º 1, CE¹⁷.

31. O Tribunal de Primeira Instância declarou igualmente que a medida em litígio não podia ser declarada compatível com base no

14 — N.ºs 117 e 118.

15 — N.ºs 121 a 140.

16 — N.ºs 141 a 144.

17 — N.ºs 148 a 153.

artigo 87.º, n.º 2, CE, porque o auxílio não foi concedido a consumidores individuais sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos serviços, mas favorecia unicamente a P&O¹⁸.

32. Quanto à alegada violação das regras processuais, o Tribunal de Primeira Instância não aceitou a crítica da Diputación de que a Comissão não pedira às autoridades espanholas todos os esclarecimentos necessários para tomar a sua decisão. Na opinião do Tribunal, a censura baseava-se numa leitura incorrecta da decisão impugnada, no sentido de que as passagens da decisão contestadas pela Diputación não dizem respeito a uma verdadeira e própria falta de informação, mas antes a uma avaliação diferente, por parte da Comissão, dos elementos de prova fornecidos pelas autoridades espanholas durante o procedimento administrativo¹⁹.

33. O Tribunal analisou em seguida, restando-a, a tese avançada por ambas as recorrentes sobre a alegada violação dos princípios da confiança legítima e da boa administração decorrente da ordem de recuperação dos auxílios constante da decisão impugnada.

34. Quanto à suposta violação da confiança legítima, o Tribunal salientou antes de mais

que não pode excluir-se, *a priori*, a possibilidade de o beneficiário de um auxílio ilegalmente concedido invocar circunstâncias excepcionais sobre as quais possa ter baseado a sua própria confiança na legalidade do auxílio. Todavia, as autoridades que concederam o auxílio infringindo o dever de notificação não podem invocar a confiança legítima do beneficiário para se subtraírem à obrigação de tomarem as medidas necessárias à execução de uma decisão negativa da Comissão. E foi isto o que a Diputación ilegalmente fez²⁰.

35. Por outro lado, prossegue o Tribunal de Primeira Instância, para além de invocar o facto de a Comissão ter inicialmente tomado uma decisão positiva, a P&O não aduziu nenhuma circunstância excepcional apta a constituir a seu favor uma confiança legítima. Ora, considerar que uma decisão positiva anterior da Comissão em matéria de auxílios — impugnada dentro do prazo de recurso previsto no artigo 230.º CE e anulada pelo tribunal comunitário — impede automaticamente a recuperação de um auxílio ilegal privaria de efeito útil a fiscalização da legalidade dessas decisões por parte do juiz comunitário. Em especial, o Tribunal de Primeira Instância observou, invocando o acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Janeiro de 1997 Espanha/Comissão²¹, os concorrentes do beneficiário seriam privados do direito a um recurso efectivo contra as

18 — N.º 162 a 171.

19 — N.º 176 a 187.

20 — N.º 201 a 203.

21 — C-169/95 (Colect., p. I-135, n.º 53).

decisões da Comissão que lhes fossem desvantajosas²². Por consequência, foram também rejeitados os argumentos invocados pela P&O relativamente à sua confiança legítima.

36. No que respeita à alegada violação do princípio da boa administração, o Tribunal de Primeira Instância observou que, com esta crítica, a recorrente pretende censurar a atitude da Comissão em sede de instrução do processo para com isso por novamente em causa a ilegalidade do auxílio. O Tribunal rejeitou esta crítica, remetendo para a análise efectuada no próprio acórdão sobre este ponto²³.

37. Analisando em seguida a alegada violação do artigo 88.º CE, o Tribunal de Primeira Instância não acolheu a argumentação expendida pela Diputación, segundo a qual a não abertura, nos dois meses seguintes à prolação do acórdão BAI, do procedimento previsto no artigo 88.º CE relativamente à medida em litígio devia conduzir a considerá-la tacitamente autorizada. O Tribunal de Primeira Instância remeteu para a jurisprudência Lorenz²⁴ para concluir que os pressupostos respectivos não se verificavam no caso em apreço²⁵.

22 — N.ºs 204 a 210.

23 — N.ºs 211 e 212.

24 — Acórdão de 11 de Dezembro de 1973, Lorenz (120/73, Colect., p. 555, a seguir «jurisprudência Lorenz»). Esta jurisprudência formula a regra segundo a qual se a Comissão, nos dois meses seguintes à notificação de um novo auxílio, não tomar posição sobre o mesmo (abrindo o procedimento contraditório ou tomando uma decisão positiva), o Estado interessado pode executar a medida, notificando previamente a Comissão.

25 — N.ºs 216 a 219.

38. Por último, o Tribunal de Primeira Instância considerou manifestamente improcedente a alegada insuficiência de fundamentação invocada pela P&O²⁶.

Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

39. Por recursos interpostos, respectivamente, em 17 de Outubro e em 10 de Novembro de 2003, a P&O (processo C-442/03 P) e a Diputación (processo C-471/03 P) contestam as conclusões a que chegou o Tribunal de Primeira Instância. A P&O pede ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão impugnado e que remeta os autos ao Tribunal de Primeira Instância para que este decida novamente sobre o artigo 2.º da decisão impugnada. A Diputación, por seu turno, pede ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão impugnado e, se o estado do processo assim o permitir, conheça directamente do mérito da causa, anulando a decisão da Comissão (ou, subsidiariamente, anulando apenas o seu artigo 2.º). Se o Tribunal de Justiça assim não entender, a Diputación pede que, anulado o acórdão da primeira instância, o processo seja remetido ao Tribunal de Primeira Instância.

40. A Comissão, que contestou em ambos os processos, opôs-se aos pedidos, solicitando ao Tribunal de Justiça que negue provimento aos recursos e que condene as recorrentes nas despesas. É oportuno referir ainda que a

26 — N.ºs 223 a 227.

Diputación interveio no recurso da P&O em apoio das pretensões desta e, paralelamente, a P&O interveio em apoio da recorrente no recurso interposto pela Diputación.

Quanto à intempestividade do recurso da Diputación

41. Por despacho do Presidente do Tribunal de Justiça de 7 de Junho de 2005, os dois processos foram apensados para efeitos da fase oral e do acórdão. As partes foram ouvidas na audiência de 22 de Setembro de 2005.

43. Refira-se a propósito que a Diputación não elegera domicílio no Luxemburgo para efeitos do recurso, mas sim no escritório dos seus mandatários em Bilbao, Espanha, e aceitou receber notificações via fax. Dito isto, recordo que o acórdão do Tribunal de Primeira Instância foi proferido em 5 de Agosto de 2003 e que no mesmo dia a Diputación emitiu um comunicado de imprensa em que declarava publicamente a intenção de o impugnar. Porém, a seguir à prolação do acórdão, a Secretaria do Tribunal de Primeira Instância enviou uma cópia autêntica do acórdão à Diputación, por carta registada com aviso de recepção, registada nos correios luxemburgueses no dia 11 de Agosto. No entanto, conforme resulta do aviso de recepção devolvido, a referida carta só deu entrada no domicílio processual da recorrente em 1 de Setembro. A Diputación considerou, portanto, que o prazo de recurso só devia começar a correr a partir desta data pelo que só o apresentou no Tribunal de Justiça no dia 10 de Novembro seguinte. Em contrapartida, as cópias do acórdão notificadas à Comissão e à P&O foram recebidas por estas, respectivamente, em 13 e 14 de Agosto de 2003 e, portanto, o recurso da P&O, como vimos, deu entrada no Tribunal de Justiça em 17 de Outubro.

III — Análise jurídica

Premissa

42. As recorrentes invocam diversos fundamentos de impugnação contra o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, sobre os quais me deterei mais adiante. Primeiro devo tomar posição sobre as dúvidas suscitadas pela Comissão relativamente à admissibilidade do recurso da Diputación, dúvidas que na audiência foram precisadas e qualificadas como questão prévia de inadmissibilidade por interposição intempestiva do recurso.

44. Dito isto, a Comissão objecta que, à luz do artigo 100.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de

Primeira Instância²⁷, o recurso da Diputación foi interposto fora de prazo.

45. Em sua opinião, se bem entendi, é certo que a última frase daquela disposição estabelece simultaneamente a presunção de notificação dez dias após a data do registo do acto nos correios do Luxemburgo e uma derrogação da mesma [«a menos que no aviso de recepção se indique [...], etc.».]. No entanto, esta derrogação só pode operar se a data de recepção *efectiva* do acto for anterior à que resulta da presunção. De outra forma, haveria o risco de se criar uma situação de incerteza jurídica, dado que o destinatário da notificação poderia atrasar até ao infinito o levantamento do correio e, com isso, o início da contagem do prazo de interposição do recurso.

27 — Lembro que, embora o n.º 1 desta disposição disponha que, em princípio, «[o] secretário providencia para que as notificações previstas no presente regulamento sejam feitas no domicílio escolhido pelo destinatário quer por envio, em carta registada com aviso de recepção, de uma cópia do documento a notificar [...]», o n.º 2 acrescenta que «[q]uando, em conformidade com o artigo 44.º, n.º 2, segundo parágrafo, o destinatário tiver autorizado que as notificações lhe sejam feitas através de telecopiador ou de qualquer outro meio técnico de comunicação, a notificação de qualquer acto processual, *com excepção dos acórdãos e despachos do Tribunal*, pode ser efectuada mediante a transmissão de uma cópia do documento por meio de telecopiador» (primeiro parágrafo, *itálico meu*); «[s]e por razões técnicas ou devido à natureza ou ao volume do acto, essa transmissão não se puder realizar, no caso de o destinatário não ter escolhido domicílio, o acto é notificado para o endereço deste, segundo as modalidades previstas no n.º 1. O destinatário é avisado por telecopiador ou por qualquer outro meio técnico de comunicação. Considera-se então que o destinatário recebeu uma carta registada no décimo dia subsequente ao envio dessa carta de uma estação de correios do local em que o Tribunal tem a sua sede, a menos que no aviso de recepção se indique que a recepção teve lugar numa data diferente [...]» (segundo parágrafo).

46. Mas, sobretudo, objecta a Comissão, é evidente no caso concreto que a Diputación conhecia o acórdão do Tribunal de Primeira Instância muito antes de 1 de Setembro de 2003, como demonstram, de resto, o comunicado de imprensa emitido pela própria Diputación no mesmo dia em que foi proferido o acórdão e também o facto de o texto deste ter sido disponibilizado na Internet. A recorrente terá portanto ignorado os deveres de diligência a que estão obrigadas as partes num processo judicial, atrasando intencionalmente o levantamento da notificação (e a assinatura do aviso de recepção) por forma a poder beneficiar de um prazo de recurso mais longo.

47. Por seu lado, a Diputación contrapõe que o seu recurso foi interposto dentro do prazo, tendo em conta a data da recepção efectiva da cópia do acórdão e o prazo ordinário de recurso (dois meses), e ainda os dias suplementares de dilação concedidos em função da distância do domicílio processual da recorrente. E, sendo necessário, a recorrente invoca também o artigo 100.º, n.º 2, segundo parágrafo, última frase, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância que, em seu entendimento, faz prevalecer a recepção efectiva do acto sobre a recepção presumida.

48. Pela minha parte, lembro, a título preliminar, que o artigo 100.º, n.º 2, primeiro parágrafo, regula apenas as modalidades de notificação dos actos que podem, em via de princípio, ser enviados por fax ou por outros meios técnicos, excluindo contudo destas

modalidades a notificação de acórdãos e despachos do Tribunal.

regularmente feita na data do registo da carta numa estação de correios do Luxemburgo²⁸.

49. Como já vimos, o segundo parágrafo da mesma disposição (invocado tanto pela recorrente como pela Comissão) estabelece que nos casos em que, «devido à natureza [...] do acto» (acórdão ou despacho), não se possa proceder à transmissão por telecópia ou por outros meios técnicos, a notificação é efectuada segundo o procedimento — por assim dizer — ordinário referido no artigo 100.º, n.º 1, ou seja, por carta registada com aviso de recepção, sendo o destinatário ao mesmo tempo avisado por telecopiador ou por qualquer outro meio técnico de comunicação. Cumprido tal requisito, presume-se que a carta registada foi entregue ao destinatário no décimo dia seguinte ao da data do registo na estação dos correios do Luxemburgo (na falta, evidentemente, de fixação de domicílio processual neste país), a menos que o aviso de recepção indique que a recepção ocorreu numa data diferente.

51. Com efeito, a primeira presunção aplica-se no caso em que, apesar de ter sido dada autorização para transmissão dos actos processuais por telecópia ou outros meios técnicos, essa transmissão não possa realizar-se devido, por exemplo, à natureza do acto (acórdão ou despacho)²⁹. A segunda, pelo contrário, opera nos casos em que o recorrente não tenha respeitado os requisitos formais indicados no artigo 44.º, n.º 2, primeiro e segundo parágrafos, ou seja, não tenha escolhido domicílio no Luxemburgo nem autorizado a transmissão dos actos processuais por telecópia ou outros meios técnicos³⁰.

52. No caso em apreço, como já vimos, a Diputación não indicou um domicílio no Luxemburgo, mas autorizou a transmissão dos actos processuais por telecópia ou outros meios técnicos. A norma aplicável é, portanto, o artigo 100.º, n.º 2, segundo parágrafo.

50. A presunção estabelecida no artigo 100.º, n.º 2, segundo parágrafo, é portanto distinta da estabelecida no artigo 44.º, n.º 2, terceiro parágrafo, também do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, segundo o qual a notificação se considera

28 — Lembro para comodidade do leitor, que o artigo 44.º estabelece que: «[a] petição deve indicar o domicílio escolhido no lugar da sede do Tribunal» (primeiro parágrafo); «[além ou em vez da escolha de domicílio referida no primeiro parágrafo, a petição pode indicar que o advogado ou agente autoriza que lhe sejam enviadas notificações através de telecopiador ou de qualquer outro meio técnico de comunicação» (segundo parágrafo); «[s]e a petição não obedecer aos requisitos mencionados nos primeiro e segundo parágrafos, enquanto não se proceder à sua regularização todas as notificações dirigidas à parte em questão serão enviadas, por meio de carta registada, ao seu agente ou advogado. Nesse caso, em derrogação do disposto no artigo 100.º, n.º 1, a notificação é tida por regularmente feita no momento do registo da carta num posto de correios do lugar em que o Tribunal tem a sua sede» (terceiro parágrafo).

29 — Porém, como já referi, o destinatário deve ser avisado de que o registo foi efectuado, de contrário a presunção não pode operar.

30 — V., neste sentido, despacho de 29 de Outubro de 2004, P. Ripa di Meana (C-360/02 P, Colect., p. I-0000).

53. Esclarecido este ponto, resta determinar, à luz desta disposição, em que condições pode não operar a presunção de entrega da carta registada no décimo dia seguinte ao do seu registo na estação de correios do Luxemburgo: se não opera sempre que o aviso de recepção indique que a recepção ocorreu numa data diferente (como sustenta a recorrente) ou só quando essa data for anterior à que resulta da referida presunção (como sugere a Comissão).

não poderia resultar qualquer prejuízo para a recorrente e para os seus direitos de defesa e que, assim, sempre seria necessário fazer prevalecer a interpretação que melhor tutelasse esses direitos.

56. Considero, portanto, que o recurso da Diputación deve ser julgado tempestivo e, portanto, admissível.

54. Entre estas duas teses, considero desde já que a mais convincente é a da Diputación. Em primeiro lugar, é a que é mais conforme com a letra da disposição, a qual não confirma de modo algum as inferências da Comissão. Por outro lado, e em termos mais genéricos, devo observar que se as normas processuais pertinentes concedem um prazo ao recorrente este tem o direito de o gozar por inteiro, a menos que se verifiquem exceções expressas a esse respeito. Com efeito, o estabelecimento de prazos de recurso decorre também da tutela dos direitos de defesa; para se proporem soluções susceptíveis de restringir esses direitos seria necessário encontrar uma base jurídica bem mais sólida do que uma inferência indirecta e além disso reforçada por uma frase que tem um teor literal completamente diferente.

Quanto aos fundamentos do recurso

57. Posto isto, e passando agora ao mérito dos recursos, esclareço, antes de mais, que a P&O apresentou sete fundamentos de recurso e a Diputación nove, em parte coincidentes. Passarei a considerá-los, tanto quanto possível, conjuntamente.

55. Em qualquer caso, com base nos princípios gerais, e mesmo que sobre este ponto subsistisse ainda objectivamente alguma incerteza interpretativa, considero que daí

58. Inicio a análise com os fundamentos relativos à qualificação da medida em litígio como auxílio (A), para passar em seguida aos relativos à alegada errada interpretação do artigo 88.º, n.º 3, CE (B), e, finalmente, aos relativos a outros erros de direito alegadamente cometidos pelo juiz da primeira instância (C).

A — Fundamentos relativos à natureza de auxílio da medida

59. Através de várias alegações, a Diputación contesta, antes de mais, as afirmações do Tribunal de Primeira Instância que avalizam as conclusões da decisão impugnada acerca da qualificação do novo acordo como auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

1) Quanto à admissibilidade destes fundamentos

60. Antes porém de entrar no mérito destas alegações, convém esclarecer algumas dúvidas relativamente à sua admissibilidade.

61. Em particular, deve analisar-se se a qualificação da medida em questão ainda pode ser objecto de discussão no Tribunal de Justiça. Com efeito, no acórdão BAI, o Tribunal de Primeira Instância tinha-se já de alguma forma pronunciado sobre aquela medida, anulando a decisão de 7 de Junho de 1995 que a tinha aprovado. Uma vez que as partes não o impugnaram, esse acórdão tornou-se definitivo e adquiriu a autoridade de caso julgado. Pode-se, portanto, perguntar se o recurso da Diputación no Tribunal de Primeira Instância poderia indirectamente pôr de novo em questão o acórdão BAI, violando o princípio do caso julgado.

62. Na verdade, naquele processo a Comissão suscitou formalmente essa excepção, mas sem sucesso, porque o Tribunal de Primeira Instância considerou que, segundo jurisprudência consolidada, «a força de caso julgado decorrente de um acórdão pode impedir a admissibilidade de um recurso se o litígio que deu origem ao acórdão em questão tiver as mesmas partes, tiver o mesmo objecto e se basear nos mesmos fundamentos»³¹. Neste caso, pelo contrário, sempre segundo o Tribunal de Primeira Instância, o recurso da Diputación tinha como objecto um acto diferente do que deu origem ao acórdão BAI (respectivamente, a decisão impugnada e a decisão de 7 de Junho de 1995) e, por outro lado o processo não tinha as mesmas partes do processo BAI, pois a Diputación não interveio neste processo³².

63. A questão não voltou a ser suscitada pela Comissão na presente instância de recurso, embora as partes tenham sido convidadas a tomar posição sobre ela e tenham apresentado na audiência as suas teses (opostas) a esse respeito.

64. Não obstante a inexistência de uma excepção formalmente alegada por uma das partes, considero que o Tribunal de Justiça não está impedido de verificar se no processo

31 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 19 de Setembro de 1985, Hoogovens Groep (172/83 e 226/83, Recueil, p. 2831, n.º 9), e de 22 de Setembro de 1988, França/Parlamento (358/85 e 51/86, Colect., p. 4821, n.º 12).

32 — N.º 77 a 80.

em apreço não foi respeitado o princípio da *res judicata*. Em minha opinião, mesmo no silêncio dos textos³³, o Tribunal de Justiça pode apreciar oficiosamente em sede de recurso se se encontram preenchidos os pressupostos processuais relativamente a um acórdão da primeira instância.

65. Acrescento de resto que esse poder é claramente confirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e foi amplamente justificado pelo advogado-geral F. G. Jacobs nas conclusões Salzgitter, para cuja argumentação me limito aqui a remeter³⁴.

66. Por outro lado, também me parece fora de dúvida que o respeito pelo princípio do caso julgado deve ser configurado como uma questão de ordem pública que precisamente o Tribunal de Justiça pode a todo o tempo suscitar oficiosamente. Com efeito, estamos aqui em presença de um princípio fundamental do ordenamento comunitário e não só, cujo respeito é garantido no interesse não

apenas nem sobretudo das partes, mas da generalidade dos cidadãos³⁵.

67. Feito este esclarecimento, devemos então perguntar-nos se neste processo a referida questão é procedente e se, portanto, ao considerar admissível o recurso em primeira instância e ao pronunciar-se novamente sobre a natureza de auxílio da medida em litígio, o Tribunal de Primeira Instância não violou a força de caso julgado do acórdão BAI.

68. A este respeito, começo por recordar que o Tribunal de Primeira Instância julgou improcedente a questão prévia de admissibilidade suscitada pela parte, considerando que não se verificavam os requisitos exigidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça para a existência de caso julgado. Em particular, o Tribunal de Primeira Instância excluiu que as duas causas tivessem as mesmas partes e o mesmo objecto.

69. Ora, quanto ao primeiro aspecto, assinalo que efectivamente a Diputación não era parte no processo BAI e os interesses públicos em causa foram defendidos pelo

33 — Com efeito, o artigo 92.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, que trata precisamente do conhecimento oficioso dos pressupostos processuais, não é referido no artigo 118.º do mesmo regulamento no que se refere aos recursos.

34 — Acórdão de 13 de Julho de 2000, Salzgitter (C-210/98 P, Colect., p. I-5843, n.ºs 56 e 57), e respectivas conclusões de 30 de Março de 2000, n.ºs 125 e segs.

35 — Quanto aos critérios de avaliação dos pressupostos processuais, v. com amplos desenvolvimentos e no mesmo sentido, as citadas conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Salzgitter, *cit.*, n.ºs 140 e segs. Especificamente no sentido de que as questões relativas ao caso julgado são de ordem pública e, portanto, de conhecimento oficioso, v. as conclusões do advogado-geral K. Roemer de 19 de Outubro de 1965, Société Anonyme des Laminiers (29/63, 31/63, 36/63, 39/63 a 47/63, 50/63 e 51/63, Recueil, p. 1153, Colect. 1965-1968, p. 248), e do advogado-geral F. G. Jacobs de 4 de Maio de 1994, Peterbroeck (C-321/93, Colect., p. I-4601, em especial p. I-4606, n.º 24).

governo espanhol como interveniente em apoio da Comissão, então recorrida. Poderá portanto salientar-se que, embora em ambos os casos tenham sido autoridades públicas do mesmo Estado que defenderam no Tribunal de Primeira Instância a posição da entidade que concedeu o auxílio, não deixa de ser verdade que se trata sempre de sujeitos de direito distintos. Confesso, porém, que não estou certo de que a objecção seja verdadeiramente decisiva, em especial se a diferença assinalada for justificada por eventuais restrições ao *locus standi* da Diputación no primeiro processo.

70. A análise do outro requisito parece-me portanto decisiva. Na verdade, também esta análise parece ser evidente, visto que as decisões impugnadas nos dois processos são actos formalmente diferentes. Creio, no entanto, que a questão é mais complexa.

71. Tenho, de facto, que salientar que a noção de «mesmo pedido», «não pode ser restringida à identidade formal das duas acções»³⁶ e claramente, neste caso, do acto impugnado, porque aquela noção não está tanto ligada a esta identidade, mas à identidade da questão de direito submetida ao juiz. Com efeito, é sobre esta que a sentença decidirá e se formará a força de caso julgado.

72. É também nesta perspectiva que se explica por que, segundo o Tribunal de Justiça, ao tomarem-se as medidas necessárias, nos termos do artigo 233.º CE, «para dar cumprimento [a um acórdão de anulação], e executá-lo plenamente [a Comissão] é obrigada a respeitar, não apenas a sua parte decisória, mas igualmente a notificação que conduziu a ela e que constitui o seu fundamento necessário [...]. Com efeito, é esta motivação que [...] identifica exactamente a disposição considerada ilegal e [...] revela as razões exactas da ilegalidade declarada na parte decisória, que têm de ser tomadas em consideração pela instituição, ao substituir o acto anulado»³⁷.

73. Ora, nos dois processos aqui relevantes, a questão em litígio apresentava-se com uma configuração essencialmente idêntica. Tal como no processo BAI, também no novo processo objecto de recurso se discutia a validade do acto específico (diferente em cada caso) submetido à apreciação do juiz, mas o verdadeiro ponto comum de direito em discussão, sobre o qual considero ter-se formado caso julgado, é a avaliação que a Comissão fez da medida em litígio à luz do artigo 87.º, n.º 1, CE, para determinar, em ambos os casos, se o acordo constituía ou não um auxílio de Estado.

74. Ora, foi precisamente por causa dessa avaliação que o acto foi anulado no acórdão BAI e a fundamentação jurídica que está na

36 — Acórdão de 8 de Dezembro de 1987, Gubisch (144/86, Colect., p. 4861, n.º 17).

37 — Acórdão de 26 de Abril de 1988, Asteris (97/86, 193/86, 99/86 e 215/86, Colect., p. 2181, n.º 27).

base dessa decisão deveria impor-se, em princípio, ao Tribunal de Primeira Instância também no processo subsequente quando o Tribunal foi chamado a apreciar uma decisão que seguia exactamente as indicações do acórdão BAI.

75. Dito isto, devo salientar que após o acórdão BAI, a Comissão não se limitou a reformular *tout court* o mesmo acto com uma nova fundamentação conforme com o acórdão, mas abriu o procedimento de investigação formal referido no artigo 88.º, n.º 3, CE, relativamente à medida em litígio «para que as partes interessadas possam apresentar as suas observações sobre a posição que a Comissão adoptou [relativamente ao acordo] na sequência do acórdão do Tribunal»³⁸. E com efeito, tal como resulta do texto da decisão impugnada, no decurso daquele processo a P&O, as autoridades bascas e a BAI apresentaram comentários ulteriores e informações sobre a medida em litígio³⁹.

76. Ora, fosse qual fosse a atenção que a Comissão devesse prestar ao acórdão BAI, não podia evidentemente deixar de apreciar eventuais factos novos ou complementares alegados pelas partes no processo (por

exemplo, modificações posteriores da medida, alteração do respectivo quadro económico e/ou normativo, e assim por diante), factos que por razões óbvias o acórdão não pôde ter em consideração mas que podiam influenciar de forma diferente a avaliação final da Comissão.

77. Mas se foram efectivamente apresentados pelas partes elementos supervenientes⁴⁰ e tidos em conta⁴¹ pela Comissão no decurso do referido procedimento de investigação formal, o Tribunal de Primeira Instância não podia deixar de ter em conta esses elementos novos e de reexaminar a questão. E isto, apesar do anterior acórdão BAI, porque, como o Tribunal de Justiça declarou repetidas vezes, «a força do caso julgado [de uma decisão do juiz comunitário] abrange apenas os elementos de facto e de direito que foram efectiva ou necessariamente julgados pela decisão judiciária»⁴².

78. Creio assim que foi com acerto que o acórdão impugnado reexaminou a natureza da medida em litígio. Isto tanto mais quanto uma solução diferente significaria para as partes no presente processo e, particularmente, para a Diputación, uma denegação de

40 — Por exemplo, o facto de os títulos de viagem adquiridos poderem também ser utilizados em períodos posteriores ao coberto pelo novo acordo (v. n.º 25 da decisão impugnada), ou ainda informações supervenientes sobre o método de cálculo utilizado pelas autoridades para determinar o quantidade de cupões necessários (v. n.º 47 da decisão impugnada).

41 — V., por exemplo, n.ºs 48 a 50 da decisão impugnada.

42 — V. acórdão de 19 de Fevereiro de 1991, Itália/Comissão (C-281/89, Colect., p. I-347, n.º 14), e despacho de 28 de Novembro de 1996, Lenz (C-277/95 P, Colect., p. I-6109, n.º 50).

38 — Decisão de 26 de Maio de 1999, *cit.*, n.º 1, sexto parágrafo.

39 — V. n.ºs 20 a 40 da decisão impugnada.

tutela jurisdicional, na medida em que as apreciações da Comissão sobre os elementos supervenientes apresentados pelas partes teriam sido subtraídos à apreciação do juiz comunitário.

79. Parece-me, portanto, que foi correcta a decisão do Tribunal de Primeira Instância sobre este ponto: proponho assim ao Tribunal de Justiça que considere admissíveis os fundamentos de recurso apresentados pelas recorrentes.

2) Quanto ao mérito

80. Em face do que precede, impõe-se examinar o mérito dos fundamentos relativos à interpretação do artigo 87.º, n.º 1, CE.

81. Lembro, a este propósito, que, segundo a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância terá cometido erros de direito na interpretação desta disposição, porquanto:

a) Ao examinar se as autoridades espanholas agiram como um investidor privado que age numa economia de mercado deu relevo a um critério, o da necessidade de intervenção dos poderes públicos, que não tinha nada a ver com o princípio do investidor privado;

b) Considerou erradamente que a Diputación não tinha necessidade de adquirir os títulos de viagem;

c) Não censurou a falta de uma análise económica, na decisão impugnada, sobre a vantagem decorrente da medida no que diz respeito aos montantes já pagos à P&O;

d) Declarou não ser necessário que a Comissão avaliasse a incidência real da medida estatal sobre as trocas intracomunitárias e sobre a concorrência.

82. Passo a apreciar analiticamente estas críticas.

a) Quanto ao critério da necessidade da intervenção dos poderes públicos

83. Como já lembrei, a Diputación sustenta antes de mais que o Tribunal de Primeira Instância incorreu numa interpretação errada do artigo 87.º, n.º 1, CE quando, para aplicar o conhecido princípio do investidor privado, considerou dever verificar se, no caso concreto, a autoridade pública interessada tinha real necessidade dos bens ou serviços por ela adquiridos.

84. Em sua opinião, para uma correcta aplicação daquele princípio, o Tribunal devia ter-se baseado unicamente no preço dos referidos bens e serviços e na sua correspondência com os valores de mercado, que são dados objectivamente verificáveis. O critério censurado, do qual, de resto, não se encontra qualquer vestígio na jurisprudência do Tribunal de Justiça, levaria, pelo contrário, a uma análise subjectiva das razões e dos motivos das intervenções públicas. Além disso, implicaria que os Estados-Membros fossem obrigados a informar a Comissão de todos os seus aprovisionamentos em bens e serviços e a provar a sua real necessidade.

85. Por seu lado, a Comissão considera, pelo contrário, que a constatação da manifesta inutilidade de uma aquisição constitui um critério totalmente pertinente para efeitos da aplicação do teste do operador privado. Uma aquisição de bens ou serviços claramente inúteis seria, de facto, apta a conferir uma vantagem económica relevante à empresa fornecedora, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

86. Pela minha parte, começarei por recordar que o bem conhecido princípio do investidor privado permite determinar se uma intervenção pública pode ser atribuída a uma pura lógica de mercado e não visa favorecer determinadas empresas com efeitos de distorção do mercado comum. Como é sabido, de facto, jurisprudência comunitária constante esclareceu que para se determinar se uma intervenção pública constitui um auxílio de Estado deve apreciar-se se, em

circunstâncias semelhantes, um operador privado teria efectuado a operação económica em causa nas mesmas condições em que agiu a autoridade pública⁴³.

87. Ora, nada indica que para desenvolver de forma plena e adequada esta análise, a Comissão deva concentrar-se *exclusivamente* no preço «correcto» (ou de mercado) de um bem ou de um serviço pago pelo adquirente público, prescindindo completamente dos prazos, condições e outras circunstâncias em que se realiza a aquisição. A mim parece-me, pelo contrário, que só avaliando o conjunto destes elementos se pode determinar se a operação económica em causa é correcta ou se visa conferir ao vendedor uma vantagem económica proibida pelo artigo 87.º, n.º 1, CE. O que conta, em suma, para o princípio do investidor privado é que não (apenas) o preço, mas a operação no seu conjunto, corresponda a uma lógica de mercado.

88. É, por exemplo, evidente que, mesmo que o preço fosse, *prima facie*, de mercado, estaria em contradição com o princípio do operador privado a decisão de uma autoridade pública de aquisição de bens com prazos (ou outras condições) de pagamento muito mais favoráveis para o vendedor do que as normalmente praticadas no mercado.

43 — V., nomeadamente, acórdãos de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão (C-142/87, Colect., p. I-29); de 3 de Outubro de 1991, Itália/Comissão (C-261/89, Colect., p. I-4437, n.º 8); de 14 de Setembro de 1994, Espanha/Comissão (C-42/93, Colect., p. I-4175, n.º 13).

Mas o mesmo se aplica, para voltar ao presente processo, quando a aquisição seja efectuada a preços de mercado, mas em quantidades muito maiores do que o necessário, proporcionando assim à empresa fornecedora um aumento desproporcionado do seu volume de negócios. Como sublinhou a Comissão, com efeito, nenhum operador privado adquiriria bens ou serviços que não lhe fossem efectivamente necessários.

89. O Tribunal de Primeira Instância procedeu bem, em minha opinião, ao considerar que «o simples facto de um Estado-Membro adquirir bens e serviços nas condições de mercado não basta para que essa operação constitua uma transacção comercial efectuada em condições que um investidor privado teria aceite, ou, dito de outro modo, uma transacção comercial normal, se se verificar que o Estado não tinha uma necessidade real desses bens e serviços»⁴⁴.

90. Reconheço que nem sempre é fácil verificar de maneira objectiva a necessidade das autoridades públicas de adquirirem determinados bens ou serviços; mas é igualmente verdade que, quando isso seja possível, a desnecessidade é uma indicação clara de que a aquisição em causa não constitui uma transacção comercial normal.

91. No caso em apreço, por exemplo, os elementos considerados pelo Tribunal de Primeira Instância (escassa percentagem de utilização dos bilhetes, renúncia por parte das autoridades a adquirirem títulos de viagem para outros destinos geográficos potencialmente de maior interesse a favor apenas da rota servida pela P&O)⁴⁵ confirmam que a Diputación não tinha uma real necessidade de adquirir uma quantidade tão elevada de títulos de viagem da P&O.

92. Relativamente ao facto, sublinhado pela recorrente, de que o critério em análise importaria um encargo excessivo aos Estados-Membros porque os obrigaria a notificar à Comissão todos os seus aprovisionamentos em bens e serviços, contraponho que, na realidade, a notificação só é exigida quando a intervenção, em função das circunstâncias específicas, pode traduzir-se para as empresas contratantes em benefícios económicos que não poderiam obter de um contratante privado. Noutros termos, as autoridades públicas devem avaliar caso a caso se o contrato se baseou ou não em condições de mercado. Mas esta avaliação não me parece ser diferente da que deve ser feita pelas autoridades públicas quando, por exemplo, decidem investir no capital de uma sociedade ou transmitir para os privados um bem de propriedade pública.

93. Por estes motivos, considero que o fundamento em análise deve ser rejeitado.

⁴⁴ — N.º 117 do acórdão impugnado.

⁴⁵ — V. n.º 128 a 37 do acórdão impugnado.

b) Quanto à alegada necessidade do acordo como tal, ao controlo do Tribunal de Justiça»⁴⁶.

94. Segundo a Diputación, o Tribunal de Primeira Instância concluiu erradamente que no caso concreto o novo acordo não correspondia a uma efectiva necessidade de aquisição de títulos de viagem.

95. A Comissão, porém, argui a inadmissibilidade deste argumento, uma vez que ele visaria contestar a apreciação de facto feita pelo Tribunal de Primeira Instância.

96. Com efeito, nos termos dos artigos 225.º CE e 51.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, há recurso dos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância «limitado às questões de direito», com a consequência de que, segundo jurisprudência constante, «o Tribunal de Justiça não tem [...] competência para fixar a matéria de facto nem, em via de regra, para apreciar as provas que o Tribunal de Primeira Instância considerou determinantes no apuramento dos factos. Com efeito, tendo as provas sido obtidas regularmente, tendo sido respeitados os princípios gerais de direito e as normas processuais em matéria de ónus e de produção da prova, compete exclusivamente ao Tribunal de Primeira Instância a apreciação do valor a atribuir aos elementos que lhe foram submetidos. Assim, esta apreciação não constitui, excepto em caso de desnaturação desses elementos, uma questão de direito sujeita,

97. Ora, parece-me evidente que o fundamento em análise visa induzir o Tribunal de Justiça a desenvolver uma nova apreciação dos factos fixados pelo Tribunal de Primeira Instância e dos meios de prova que lhe foram apresentados relativamente à desnecessidade que a Diputación tinha de adquirir um número tão elevado de bilhetes.

98. Acrescento que a recorrente não invocou uma desvirtuação dos factos, e, em qualquer caso, a análise do Tribunal de Primeira Instância a este respeito parece-me ser fruto de uma avaliação atenta dos elementos alegados quer pelos recorrentes quer pela Comissão⁴⁷.

99. Por estas razões, este fundamento, em minha opinião, é inadmissível.

c) Quanto à falta de uma análise económica acerca dos montantes já pagos pela Diputación

100. Com o fundamento de impugnação seguinte, a Diputación sustenta que o

46 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 1998, Deere (C-7/95 P, Colect., p. I-3111, n.ºs 21 e 22). V., no mesmo sentido, nomeadamente, acórdão de 8 de Maio de 2003, T. Port (C-122/01, Colect., p. I-4261, n.º 27), e despacho de 9 de Julho de 2004, Fichtner (C-116/03, Colect., não publicado na Colectânea, n.º 33).

47 — V. n.ºs 121 a 137 do acórdão impugnado.

Tribunal de Primeira Instância interpretou erradamente o artigo 87.º, n.º 1, CE, não valorando negativamente a falta, na decisão da Comissão, de uma análise económica para determinar se as quantias já pagas à P&O em execução da medida particularmente as relativas aos títulos de viagem já utilizados, lhe proporcionaram uma vantagem económica. Com efeito, tais quantias são a contrapartida por um serviço de transporte efectivamente prestado pela P&O e não podem, portanto, ser qualificadas como medidas de apoio.

que concede o auxílio antes da sua execução. O Tribunal de Justiça declarou, com efeito, que «para averiguar se o Estado adoptou ou não o comportamento de um investidor prudente numa economia de mercado, há que tomar como referência o contexto da época em que as medidas de apoio financeiro foram tomadas a fim de avaliar a racionalidade económica do comportamento do Estado e, portanto, não basear a apreciação numa situação posterior»⁴⁸.

101. Segundo a Comissão, pelo contrário, a decisão impugnada contém uma detalhada análise económica dos efeitos da medida.

102. Esclareço desde já que não considero poder partilhar a crítica feita pela recorrente. Vendo bem, pressupõe que a Comissão, por um lado, deveria ter realizado uma análise *ex post* dos efeitos económicos da medida aplicada em violação do Tratado (ou das quantias já pagas); por outro, deveria ter procedido a uma divisão artificial da apreciação dos diversos elementos do alegado auxílio (aquisição dos cupões já pagos e aquisição de cupões ainda não pagos), embora seja uma medida única de apoio, se bem que articulada em diversas partes.

104. Quanto ao segundo ponto, limito-me a observar que a aquisição dos cupões pela da autoridade pública à P&O constituiu uma única operação comercial. O efeito económico e o alcance global da operação só podiam portanto ser avaliados analisando a medida na sua globalidade. Não se podia certamente pedir à Comissão que fizesse uma avaliação separada dos diversos elementos do auxílio para determinar se e em que medida os montantes já pagos — em violação do Tratado — beneficiaram concretamente a empresa destinatária.

105. À luz destas considerações deve portanto rejeitar-se o fundamento relativo à falta de avaliação da vantagem económica conferida à P&O com os montantes já pagos.

103. Ora, quanto ao primeiro ponto, observo que, segundo jurisprudência constante, uma medida de auxílio é analisada, em regra, na perspectiva que tinha a entidade

48 — Acórdão de 19 de Maio de 2002, França/Comissão (C-482/99, Colect., p. I-4397, n.º 71). V., igualmente, acórdãos de 3 de Outubro de 1991, Itália/Comissão (C-261/89, Colect., p. I-4437, n.º 21), e de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão (C-301/87, Colect., p. I-307, n.º 43 a 45).

d) Quanto ao real impacto da medida contestada sobre as trocas intracomunitárias e sobre a concorrência

aptas a influenciar as trocas entre os Estados-Membros⁴⁹. Ora, como salientou a Comissão, algumas passagens da decisão impugnada (em particular os n.ºs 54 e 55) contêm efectivamente uma análise deste tipo.

106. A Diputación alega, por fim, que o Tribunal de Primeira Instância incorreu numa interpretação errada do artigo 87.º, n.º 1, CE, por não ter criticado a falta, na decisão impugnada, de uma análise da concreta influência da medida contestada sobre as trocas intracomunitárias e sobre a concorrência. De facto, na opinião da recorrente, a Comissão limitou-se neste ponto a simples presunções.

109. Por outro lado, como justamente salientou o Tribunal de Primeira Instância, invocando jurisprudência constante, se a Comissão tivesse de demonstrar sempre nas suas decisões as consequências reais dos auxílios já concedidos, isso acabaria por favorecer os Estados-Membros que os concedem em violação do dever de notificação relativamente àqueles que notificam regularmente os projectos de auxílios, porque o ónus probatório seria mais gravoso no primeiro do que no segundo caso⁵⁰.

107. Creio, no entanto, que a Comissão tem razão quando sustenta que a decisão contém uma demonstração suficiente dos efeitos contestados da medida em causa.

110. À luz do que precede, parece-me que, em definitivo, os fundamentos relativos à interpretação do artigo 87.º, n.º 1, CE, pelo Tribunal de Primeira Instância são em parte inadmissíveis e em parte improcedentes.

108. Com efeito, segundo jurisprudência comunitária constante, não é necessário que as decisões em matéria de auxílios não notificados examinem em concreto as consequências efectivas desses auxílios não notificados sobre a concorrência e as trocas entre os Estados-Membros. O que é exigido é que a Comissão demonstre, à luz das circunstâncias do caso, que as medidas são susceptíveis de falsear a concorrência e são

49 — V., em especial, acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Setembro de 1980, Philip Morris (730/79, Recueil, p. 2671, n.ºs 11 e 12); acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 4 de Abril de 2001, Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia (T-288/97, Colect., p. II-1169, n.ºs 49 e 50); e conclusões do advogado-geral A. Saggio de 27 de Janeiro de 2000, Alemanha/Comissão (C-156/98, Colect., p. I-6864, n.º 24).

50 — V. n.º 142 do acórdão impugnado e a jurisprudência aí citada.

B — *Fundamentos relativos à errada interpretação do artigo 88.º, n.º 3, CE*

111. Como referido, ambas as recorrentes imputam ao Tribunal de Primeira Instância uma interpretação errada do artigo 88.º, n.º 3, CE, pelo facto de ter:

a) Qualificado o novo acordo como auxílio ilegal;

b) Concluído que o acordo inicial e o novo acordo constituíam um único auxílio, instituído e executado em 1992.

112. Passo a apreciar analiticamente estes fundamentos.

a) Quanto à legalidade da medida impugnada

113. Com diversos argumentos, em larga medida semelhantes, a P&O e a Diputación censuram o Tribunal de Primeira Instância por ter concluído que a carta de 27 de Março de 1995 não representava uma notificação válida na aceção do Tratado.

114. De facto, no acórdão impugnado, o Tribunal de Primeira Instância qualificou o novo acordo, antes de mais, como simples modificação do acordo inicial, concluindo que os dois acordos constituíam uma única medida instituída e executada em 1992. Além disso, identificou uma série de elementos de que resultava que a carta de 27 de Março de 1995 não era entendida com notificação regular do novo acordo. Em particular, a este respeito seria relevante o facto de a carta não ter sido enviada ao secretariado-geral da Comissão, mas a um determinado funcionário; de não conter uma referência específica ao artigo 88.º, n.º 3, CE; e de conter a referência «NN 40/93» utilizada pela Comissão no processo relativo ao acordo inicial.

115. Como já referi, as recorrentes contestam esta conclusão. Em sua opinião, não só assenta em elementos privados de valor probatório, mas até negligencia indicações no sentido contrário. Em particular, não leva em conta um facto, na opinião das recorrentes, muito importante, ou seja, o facto de os advogados da P&O terem enviado a carta em questão com o acordo das autoridades espanholas.

116. Ora, segundo as recorrentes, a notificação de medidas de auxílio por parte de entidades privadas devia considerar-se naquele momento admissível. Isto, por um lado, porque o Tratado nada diz sobre quem sejam as pessoas habilitadas a iniciar o procedimento do artigo 88.º, n.º 3, CE e, por outro, porque a restrição que o artigo 2.º

do Regulamento 659/1999 estabeleceu a esse respeito a favor apenas dos Estados-Membros é posterior aos factos em causa e é, assim, irrelevante para o caso concreto.

117. Mas se o auxílio foi legalmente notificado, continua a P&O, a jurisprudência *Lorenz*⁵¹ deveria ter aplicação plena no caso em apreço. Por consequência, uma vez que, após a anulação da decisão de 7 de Junho de 1995 pelo Tribunal de Primeira Instância, a Comissão não tomou posição sobre a medida contestada nos dois meses seguintes à prolação do acórdão, o auxílio deveria ser considerado tacitamente autorizado.

118. Mas mesmo que se admitisse que não se verificou uma notificação do novo acordo, prossegue a P&O, a Comissão, em aplicação do princípio do *estoppel*, não podia invocar a irregularidade da notificação. Com efeito, visto que a Comissão não a invocou nunca contra as autoridades espanholas durante o procedimento administrativo, estas não se sentiram induzidas a sanar a irregularidade, como podiam facilmente ter feito, procedendo a uma notificação regular.

119. A Comissão, concordando com a análise do Tribunal de Primeira Instância, replica que a própria natureza do procedimento de controlo dos auxílios de Estado, bem como, implicitamente, a jurisprudência

do Tribunal de Justiça e, em primeiro lugar, a citada jurisprudência *Lorenz*, confirmam a tese segundo a qual a notificação de projectos de auxílios só pode ser feita pelos Estados-Membros⁵². A Comissão insiste ainda no facto de os elementos descritos pelo Tribunal de Primeira Instância, nos n.ºs 64-68 do acórdão impugnado (referidos no n.º 114 *supra*), avalizarem plenamente a conclusão segundo a qual a Comissão nunca tratou a carta de 27 de Março de 1995 como uma verdadeira e própria notificação.

120. Pela minha parte, devo dizer que, mais uma vez, não compartilho os argumentos das recorrentes.

121. Antes de mais, no que se refere à possibilidade de considerar válida, nos termos do artigo 88.º, n.º 3, CE, uma notificação efectuada por pessoas diferentes das autoridades públicas, o problema está hoje resolvido, como já foi indicado, pelo artigo 2.º do Regulamento 659/1999, segundo o qual «a Comissão deve ser notificada a tempo *pele Estado-Membro em causa* de todos os projectos de concessão de novos auxílios»⁵³. Mas e antes da entrada em vigor desta disposição, visto que o artigo 88.º, n.º 3, CE, se limita a estabelecer que «para que possa apresentar as suas observações, deve a Comissão ser informada atempadamente dos projectos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios»?

51 — Acórdão de 11 de Dezembro de 1973, *Lorenz*, já referido na nota 24.

52 — A Comissão refere-se sobretudo aos acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Fevereiro de 2001, *Austria/Comissão* (C-99/98, *Colect.*, p. I-1101, n.º 32), e de 2 de Abril de 1998, *Sytraval* (C-367/95 P, *Colect.*, p. I-1719); acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Setembro de 1998, *BP Chemicals Ltd* (T-11/95, *Colect.*, p. II-3235, n.º 75).

53 — O sublinhado é meu.

122. Ora, mesmo que se quisesse concluir que o escasso alcance literal de tal disposição não resolve o problema, parece-me, pelo contrário, que uma leitura global e sistemática do artigo 88.º permitia já então excluir a notificação por parte de pessoas diferentes das autoridades públicas. Com efeito, a par de outras disposições do Tratado em matéria de auxílios de Estado, também o artigo 88.º está centrado na relação Estado-Membro/Comissão.

123. De resto, como sublinhou o Tribunal de Justiça no acórdão SFEL, proferido antes da aprovação do Regulamento 659/1999 «a obrigação de notificação e a proibição prévia de execução dos projectos de auxílio previstas no artigo [88.º], n.º 3, são dirigidas ao Estado-Membro. [...] [e] 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»⁵⁴.

124. Saliento, por outro lado, que na jurisprudência do Tribunal de Justiça, actualmente em larga medida codificada no Regulamento 659/1999⁵⁵, os potenciais beneficiários dos auxílios são qualificados como simples «partes interessadas» no procedimento, de forma não muito diferente da situação em que se encontram outros

terceiros interessados (por exemplo, os concorrentes do beneficiário). No recente acórdão *Acciaierie di Bolzano*, o Tribunal de Justiça teve ocasião de afirmar que «no procedimento de controlo dos auxílios de Estado, os interessados para além do Estado-Membro têm apenas o papel [de fornecer informações na sequência da abertura de um processo de investigação formal], não podendo, nesse sentido, exigir a participação num debate contraditório com a Comissão, como o que é aberto a favor do referido Estado-Membro [...]. *Nenhuma disposição do procedimento de controlo dos auxílios de Estado reserva, entre os interessados, um papel especial ao beneficiário do auxílio.* A este respeito, cabe salientar que o procedimento de controlo dos auxílios de Estado não é um procedimento instaurado 'contra' o beneficiário ou beneficiários dos auxílios que implique que este ou estes últimos possam valer-se de um direito tão amplo como o direito de defesa enquanto tal»⁵⁶.

125. Parece-me portanto ser a própria natureza dos processos em matéria de controlo dos auxílios a excluir que estes últimos possam ser notificados por particulares.

126. Daqui decorre, no caso concreto, que o novo acordo não podia ser considerado um auxílio legalmente notificado na aceção do

54 — Acórdão de 11 de Julho de 1996 (C-39/94, Colect., p. I-3547, n.º 73). V. também acórdão Sytraval, já referido na nota 52, n.º 45. O sublinhado é meu.

55 — A propósito do Regulamento 659/1999, no acórdão de 10 de Maio de 2005, Itália/Comissão (C-400/99, Colect., p. I-3657, n.º 23), o Tribunal de Justiça observou que «este regulamento constitui, em larga medida, uma codificação pormenorizada da interpretação das disposições processuais do Tratado relativas aos auxílios de Estado feita pelo juiz comunitário anteriormente à adopção deste regulamento».

56 — Acórdão de 24 de Setembro de 2002 (C-74/00 P e C-75/00 P, Colect., p. I-7869, n.º 80 a 83). O sublinhado é meu. V., também, acórdão Sytraval, já referido na nota 52, n.º 58 e 59; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Março de 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale (T-228/99 e T-233/99, Colect., p. II-435, n.º 122 a 125).

Tratado. E esta conclusão não se alteraria se, como pretende a recorrente, o novo acordo tivesse sido comunicado à Comissão com a aprovação das autoridades nacionais. Com efeito, essas autoridades não poderiam subtrair-se à obrigação de notificação que lhes é imposta pelo Tratado, deixando que o auxílio fosse comunicado à Comissão por um particular através de canais não oficiais.

127. Por estes motivos, parece-me que o Tribunal de Primeira Instância não errou ao confirmar a análise da Comissão sobre este ponto.

128. Quanto às objecções das recorrentes sobre o valor probatório dos elementos invocados pelo Tribunal de Primeira Instância para demonstrar que ao tempo da comunicação do auxílio à Comissão o mesmo foi considerado ilegal, limito-me a observar que tais objecções dizem respeito à apreciação dos elementos de facto levada a cabo pelo Tribunal de Primeira Instância. Ora, como já observei (n.º 96 *supra*), em sede de recurso estas apreciações de facto não podem ser controladas pelo Tribunal de Justiça, excepto se os recorrentes alegarem e demonstrarem uma desvirtuação das provas, o que não aconteceu no âmbito do presente recurso.

129. Resta ainda salientar que o facto de o auxílio não ter sido notificado exclui a aplicação da jurisprudência *Lorenz* ao presente caso, dado que notoriamente essa jurisprudência se refere a auxílios devida-

mente notificados pelas autoridades nacionais.

130. Finalmente, quanto ao argumento baseado no princípio dito de *estoppel*⁵⁷, ou seja, na alegada preclusão do direito de a Comissão opor à P&O a irregularidade da notificação pelas razões anteriormente expostas (n.º 118 *supra*), entendo que também deve ser rejeitado, e isto por uma dupla ordem de razões.

131. Em primeiro lugar, não se vê que a Comissão tenha alguma vez afirmado que a carta de 27 de Março de 1995 constituía uma notificação regular da medida em litígio. Em segundo lugar, o facto de a Comissão ter tido devidamente em conta as informações contidas naquela carta não significa que a tenha considerado uma notificação regular. É, de facto, prática corrente que, no âmbito da análise de um auxílio, a Comissão receba e utilize todas as informações úteis, qualquer que seja a sua proveniência (autoridades estatais, potenciais beneficiários do auxílio, concorrentes dos beneficiários, etc.).

132. Acrescento ainda que a recorrente não indicou nenhuma razão pela qual a Comissão

57 — Sobre o instituto do *estoppel*, v. acórdãos de 10 de Fevereiro de 1983, Luxemburgo/Parlamento (230/81, Recueil, p. 255, n.º 22 a 26, e de 7 de Maio de 1991, Nakajima (C-69/89, Colect., p. I-2069, n.º 131).

devesse ter informado as autoridades espanholas de que tratava o novo acordo como um auxílio não notificado. Pelo contrário, o facto de a carta de 27 de Março de 1995 não constituir uma notificação regular devia ser uma evidência para aquelas autoridades, à luz de toda uma série de elementos justamente sublinhados pelo Tribunal (v. n.º 114 *supra*)⁵⁸.

133. Pode-se assim concluir que o Tribunal não cometeu qualquer erro de direito ao considerar que o novo acordo constitui um auxílio não notificado. Proponho portanto ao Tribunal de Justiça que rejeite os fundamentos de recurso correspondentes, seja como inadmissíveis seja como improcedentes.

b) Quanto à unicidade da medida de auxílio

134. Com diversas críticas, em grande parte coincidentes, as recorrentes pretendem, em substância, demonstrar que o Tribunal de Primeira Instância incorreu num erro de direito ao considerar o novo acordo como parte integrante do acordo inicial. Com efeito, segundo o Tribunal de Primeira Instância, «o acordo inicial e o novo acordo constituem um único auxílio, instaurado e aplicado em 1992»⁵⁹.

135. Mais em detalhe, além de contestar a pertinência da jurisprudência invocada pelo Tribunal de Primeira Instância em apoio das suas conclusões⁶⁰, as recorrentes deduzem do artigo 88.º, n.º 3, CE, que os projectos destinados a modificar os auxílios devem ser considerados «novos auxílios». Daqui decorre, em sua opinião, que a obrigação de notificação de um auxílio modificado deve ser considerada de forma autónoma da obrigação de notificação do auxílio inicial. Portanto, o facto de um auxílio não ter sido notificado não deve ter qualquer implicação na legalidade de uma modificação do mesmo, quando esta tiver sido regularmente notificada.

136. As recorrentes acrescentam que as diferenças consideráveis existentes entre os dois acordos não permitiam concluir — ao contrário do que fez o Tribunal de Primeira Instância — que «as modificações do acordo inicial, como resultam do novo acordo, não afectam, na sua essência o auxílio tal como instaurado pelo acordo inicial»⁶¹.

137. Finalmente, as recorrentes censuram o Tribunal pelo facto de ter distorcido a natureza da decisão da Comissão de 7 de Junho de 1995, ignorando em particular o facto de que tal decisão tinha um duplo alcance: por um lado, encerrou o procedi-

58 — N.º 64 a 68 do acórdão impugnado.

59 — N.º 58.

60 — A P&O refere-se em especial ao acórdão de 30 de Abril de 2002, *Government of Gibraltar* (T-195/01 e T-207/01, *Colect.*, p. II-2309), citado pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 60 do acórdão impugnado.

61 — N.º 60.

mento aberto relativamente ao acordo inicial e, por outro, declarou que o novo acordo não constituía um auxílio de Estado. Uma leitura correcta da decisão teria portanto revelado que os dois acordos foram tratados pela Comissão como medidas diferentes.

também noutros erros de direito. E isto, em especial, porque a decisão impugnada:

a) Rejeitou os pedidos das partes baseados na sua confiança legítima na regularidade da medida;

138. Pela minha parte, limito-me a observar que estas censuras se baseiam na falsa premissa de que o novo acordo foi devidamente notificado. Tendo no entanto refutado anteriormente esta premissa (n.ºs 122-126), tenho de concluir que os fundamentos em análise são improcedentes. Mesmo se analisado separadamente do anterior auxílio não notificado, de facto, o novo acordo permanece sempre um auxílio ilegal, na medida em que também não foi notificado, nos termos do Tratado.

b) Adulterou o fundamento de recurso invocado pela Diputación relativo à alegada violação do artigo 10.º CE e do princípio da boa administração;

c) Excluiu a aplicabilidade ao auxílio em litígio da isenção prevista no artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE;

139. À luz de quanto precede, considero portanto que os fundamentos de recurso em análise devem ser rejeitados.

d) Não tomou posição sobre o pedido da recorrente relativamente à apresentação de documentos na posse da Comissão, violando os direitos de defesa da Diputación e o artigo 66.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.

C — Fundamentos referentes a outros alegados erros de direito

140. As recorrentes sustentaram por fim que o Tribunal de Primeira Instância incorreu

141. Nas páginas seguintes procederei ao exame analítico destas censuras.

a) Quanto à confiança legítima

142. A Diputación sustenta que, no acórdão impugnado, o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou o fundamento por esta apresentado em primeira instância sobre este ponto. De facto, segundo a recorrente, o argumento por ela exposto no Tribunal de Primeira Instância visava a tutela da confiança legítima da autoridade que concedeu o auxílio, e não da do beneficiário; o Tribunal de Primeira Instância, pelo contrário, concentrou-se exclusivamente nesta.

143. Por seu turno, a P&O afirma que a ordem de restituição do auxílio constante da decisão impugnada viola a sua confiança legítima na licitude da medida em litígio e que, portanto, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao negar provimento ao seu recurso sobre este ponto. De facto, a P&O considera que a primeira decisão da Comissão, que excluía a natureza de auxílio de Estado da medida em apreço, lhe criou uma expectativa legítima sobre a possibilidade de beneficiar da referida medida.

144. A Comissão contesta o mérito das duas críticas. Além disso, responde à Diputación que a sua censura constitui, na realidade, um novo fundamento de recurso contra a decisão impugnada na primeira instância, mas aí não invocado. Com efeito, no Tribunal de Primeira Instância, a recorrente

invocou precisamente a tutela da confiança legítima do beneficiário e não a própria. A crítica, segundo a Comissão, mais não seria do que um modo de contornar a proibição do artigo 113.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, de modificação do objecto do processo da primeira instância no recurso.

145. Esclareço porém, desde já, que esta alegação não me parece procedente. Com efeito, o recurso interposto em primeira instância pela recorrente referia-se à confiança legítima criada «*en las partes en el Acuerdo de 1995*»⁶². Na medida em que este conceito de «partes» não foi desenvolvido ou ulteriormente invocado em nenhum dos articulados apresentados na primeira instância, parece-me correcto concluir que a Diputación, enquanto parte no acordo, devia ser abrangida na referida definição.

146. Relativamente ao mérito das críticas em análise, parece-me oportuno distinguir entre a invocação da confiança legítima por parte das autoridades públicas que concederam o auxílio e por parte do próprio beneficiário. A jurisprudência do Tribunal de Justiça é clara e constante relativamente aos dois casos.

147. No que diz respeito à primeira hipótese, observo que uma parte do fundamento invocado em primeira instância pela Diputación (ou seja, o que diz respeito à confiança legítima *própria*) não foi expressamente rejeitado pelo Tribunal de Primeira Instância.

62 — V. n.º 53 do recurso interposto no Tribunal de Primeira Instância.

cia, mas a sua rejeição parece-me resultar implicitamente do conjunto da argumentação desenvolvida pelo juiz da primeira instância, o qual — com base na jurisprudência consolidada — excluiu correctamente que, no caso em apreço, as autoridades espanholas pudessem invocar uma confiança legítima na legalidade de um auxílio não notificado para se oporem à sua recuperação⁶³.

148. Noto ainda que a argumentação relativa à confiança legítima apresentada na primeira instância pela Diputación era, no mínimo, concisa e genérica. De facto, nos articulados apresentados no Tribunal de Primeira Instância não foram de modo algum especificadas as razões por que a confiança da entidade que concedeu o auxílio na regularidade do mesmo deveria merecer tutela. Perante os argumentos genéricos expendidos pela recorrente, não pode — em minha opinião — ser censurada qualquer omissão ao Tribunal de Primeira Instância por não ter abordado expressamente este aspecto.

149. Passando agora à crítica da P&O baseada na tutela da confiança legítima do *beneficiário* do auxílio, recordo desde já que, segundo jurisprudência constante, «as empresas beneficiárias de um auxílio só podem, em princípio, ter uma confiança legítima na regularidade dele quando tenha sido concedido no respeito pelo processo previsto no referido artigo e, por outro, que um operador económico diligente deve normalmente estar em condições de se

assegurar de que esse processo foi respeitado [...]»⁶⁴.

150. Contudo, o juiz comunitário também precisou que «a possibilidade de um beneficiário de um auxílio ilegal invocar circunstâncias excepcionais, que podem legitimamente fundamentar a sua confiança no carácter regular desse auxílio, e de se opor, em consequência ao seu reembolso não pode, certamente ser excluída»⁶⁵.

151. Uma vez que, como vimos, o auxílio em questão não foi notificado, é necessário analisar se a anulação da decisão favorável da Comissão pelo juiz comunitário deve ser considerada uma «circunstância excepcional» na aceção da referida jurisprudência comunitária.

152. É óbvio que esta apreciação deve ser feita à luz da finalidade da protecção da confiança legítima. A este respeito, o Tribunal de Justiça já esclareceu que «o princípio da protecção da confiança legítima constitui o corolário do princípio da segurança jurídica [...] e tem por finalidade garantir a previsibilidade das situações e das relações

63 — V. n.ºs 201 a 210.

64 — Acórdão de 20 de Setembro de 1990, Comissão/Alemanha (C-5/89, Colect., p. I-3437, n.º 14). V. também acórdão de 14 de Janeiro de 1997, Espanha/Comissão, já referido na nota 21, n.º 51.

65 — Acórdão de 20 de Setembro de 1990, Comissão/Alemanha, C-5/89, *cit.*, n.º 16.

jurídicas abrangidas pelo direito comunitário»⁶⁶.

sua esfera jurídica uma confiança legítima»⁶⁷.

153. Ora, parece-me evidente que o controlo jurisdicional levado a cabo pelo juiz comunitário sobre as decisões em matéria de auxílios de Estado não pode ser considerado um facto excepcional e imprevisível, sendo parte integrante e essencial do sistema instituído pelo Tratado nesta matéria. Um operador económico diligente deveria portanto estar bem consciente do facto de que uma decisão da Comissão que declara que uma medida estatal não constitui um auxílio de Estado é susceptível de recurso para o juiz comunitário dentro do prazo de dois meses previsto no artigo 230.º CE.

155. No mesmo sentido, no acórdão Espanha/Comissão, o Tribunal de Justiça declarou que «o facto de a Comissão ter decidido inicialmente não levantar objecções aos auxílios em discussão não pode ser considerado susceptível de ter originado a confiança legítima da empresa beneficiária, uma vez que esta decisão foi contestada dentro dos prazos do recurso contencioso e posteriormente anulada pelo Tribunal de Justiça. Por muito lamentável que seja, o erro cometido pela Comissão não pode apagar as consequências do comportamento ilegal do Reino de Espanha»⁶⁸.

154. O próprio Tribunal de Justiça declarou recentemente que «tendo em conta o carácter imperativo do controlo dos auxílios de Estado efectuado pela Comissão nos termos do artigo 88.º CE, as empresas beneficiárias de um auxílio só podem, em princípio, ter uma confiança legítima na regularidade dele quando tenha sido concedido no respeito pelo processo previsto no referido artigo [...]. Por conseguinte, enquanto a Comissão não tiver tomado uma decisão de aprovação e, mesmo tendo tomado uma decisão, *enquanto não tiver decorrido o prazo para interposição de recurso desta decisão*, o beneficiário não tem qualquer certeza quanto à legalidade do auxílio previsto, que possa fazer nascer na

156. Por outro lado, como observou o Tribunal de Primeira Instância, a tese das recorrentes privaria de efeito útil a fiscalização, por parte do juiz comunitário, da legalidade de uma decisão positiva da Comissão em matéria de auxílios de Estado. Com efeito, se se devesse decidir que uma decisão desse tipo faz surgir automaticamente a confiança legítima dos beneficiários, desapareceria o interesse dos concorrentes dos beneficiários, ou de outros terceiros lesados pela decisão, em atacar o acto viciado. Isto porque a eventual anulação de uma decisão positiva da Comissão em matéria de auxílios acabaria por ser uma autêntica vitória de Pirro, visto que os efeitos

66 — Acórdão de 18 de Maio de 2000, Rombi e Arkopharma (C-107/97, p. I-3367, n.º 66).

67 — Acórdão de 29 de Abril 2004, Itália/Comissão (C-91/01, Colect., p. I-4335, n.ºs 65 e 66). O sublinhado é meu.

68 — V. acórdão de 14 de Janeiro de 1997, Espanha/Comissão, já referido na nota 21, n.º 53.

negativos da decisão já não poderiam ser removidos.

157. Considero, portanto, que a adopção de uma decisão favorável pela Comissão em matéria de auxílios não pode, por si só, ser considerada como um facto apto a criar nos potenciais beneficiários uma confiança legítima na regularidade dos mesmos. Assim, foi correctamente que o Tribunal de Primeira Instância rejeitou as críticas das recorrentes relativas a uma violação do princípio da confiança legítima.

158. Concluo, por conseguinte, que as críticas em análise não podem ser acolhidas.

b) Violação do artigo 10.º CE e do princípio da boa administração

159. A Diputación considera que o Tribunal desvirtuou os argumentos por ela apresentados relativamente ao artigo 10.º CE e ao princípio da boa administração na gestão do processo por parte da Comissão.

160. No acórdão impugnado, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou esses argumentos ao considerar que visavam recolocar em questão o carácter ilegal do auxílio contestado. Sem entrar portanto no mérito dos mesmos, o Tribunal limitou-se a remeter para as suas considerações relativamente à não notificação do auxílio.

161. A recorrente, em contrapartida, responde que suscitou essa crítica não com o objectivo de contestar o carácter ilegal do auxílio, mas para impedir a sua recuperação.

162. Dito isto, devo notar, com a Comissão, que nos articulados apresentados no presente processo a recorrente não explicou de forma clara e precisa em que sentido e de que modo a Comissão violou o princípio da boa administração ou o artigo 10.º CE. Em contrapartida, é verdade que nos articulados apresentados na primeira instância a recorrente baseou a sua censura a este respeito nos mesmos argumentos que usou para demonstrar que o auxílio tinha sido regularmente notificado. Perante isto, e considerando também que esses argumentos foram refutados pelo Tribunal de Primeira Instância, parece-me que este Tribunal procedeu correctamente ao remeter para as suas próprias afirmações sobre a questão da legalidade do auxílio e ao rejeitar assim a referida crítica.

163. E é isso que eu próprio também proponho.

c) Quanto à não aplicação da isenção prevista no artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE

164. A Diputación censura ainda ao Tribunal de Primeira Instância o facto de este não

ter considerado aplicável à medida contestada a isenção prevista no artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE⁶⁹.

165. Porém, sou de opinião que foi com razão que o Tribunal de Primeira Instância considerou não se verificarem os requisitos exigidos para essa isenção. Com efeito, a medida em questão, por um lado, beneficia de forma directa uma única empresa (e não os consumidores) e, por outro, é discriminatória ao excluir os outros potenciais prestadores de serviços do seu âmbito de aplicação.

166. Proponho, portanto, ao Tribunal de Justiça que rejeite também este fundamento de recurso.

d) Quanto à alegada falta de resposta ao pedido de apresentação de documentos

167. Finalmente, a Diputación censura o Tribunal de Primeira Instância por este não ter respondido a um pedido de apresentação de documentos por ela apresentado, violando dessa forma os direitos de defesa da recorrente e o artigo 66.º do Regulamento de Processo⁷⁰. Este pedido visava a apresentação de alguns documentos do processo

administrativo da Comissão relativo ao processo C-32/93, do qual resultou, segundo a recorrente, que naquela fase a Comissão tratara o acordo de 1995 como um acordo legal.

168. Lembro, contudo, que jurisprudência constante estabelece que «cabe ao juiz comunitário decidir da necessidade da apresentação de um documento, em função das circunstâncias do litígio, em conformidade com as disposições do Regulamento de Processo aplicáveis às diligências de instrução»⁷¹. Uma decisão recentíssima do Tribunal de Justiça esclareceu que o Tribunal de Primeira Instância, quando considere inútil a tomada de medidas de instrução requeridas pelas partes, pode rejeitar esses pedidos implicitamente e sem ter de fundamentar no acórdão a sua recusa⁷².

69 — Esta disposição prevê que são compatíveis com o mercado comum «os auxílios de carácter social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos».

70 — Esta disposição estabelece que «o Tribunal [...] determina as diligências que julgar convenientes mediante despacho em que se especifiquem os factos a provar».

71 — Acórdão de 2 de Outubro de 2003, Salzgitter (C-182/99 P, Colect., p. I-10761, n.º 41); v. igualmente acórdão de 6 de Abril de 2000, Comissão/ICI (C-286/95 P, Colect., p. I-2341, n.º 49 e 50).

72 — Despacho de 15 de Setembro de 2005, Marlines (C-112/04 P, Colect., não publicado na Colectânea, n.º 35 a 39).

169. Considero assim que o presente fundamento deve ser rejeitado.

IV — Quanto às despesas

170. Em conclusão, nenhuma das críticas formuladas pelas recorrentes me parece procedente, com a consequência de que deve ser negado provimento aos recursos.

171. À luz do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo e, tendo em conta as conclusões precedentes quanto ao mérito dos recursos, considero que as recorrentes devem ser condenadas nas despesas.

V — Conclusões

172. À luz do que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que declare:

«1. É negado provimento aos recursos;

2. A P&O European Ferries (Vizcaya) SA e a Diputación Foral de Vizcaya são condenadas nas despesas.»