



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PRIIT PIKAMÄE
apresentadas em 19 de dezembro de 2019¹

Processos apensos C-262/18 P e C-271/18 P

Comissão Europeia
contra
Dôvera zdravotná poisťovňa a.s. (C-262/18 P)
e
República Eslovaca
contra
Dôvera zdravotná poisťovňa, a.s.,
(C-271/18 P)

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Auxílios de Estado — Organismos de seguros de saúde — Conceito de “empresa” — Apreciações económicas complexas — Alcance da fiscalização jurisdicional do Tribunal Geral — Conceito de “atividade económica” — Fins lucrativos prosseguidos por outras entidades que operam no âmbito do sistema de segurança social — Concorrência quanto à qualidade e à oferta das prestações de seguro de saúde»

Índice

I. Antecedentes do litígio	3
II. Tramitação do processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido.....	4
III. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes	5
IV. Recursos principais	7
A. Quanto ao primeiro fundamento invocado pela República Eslovaca no processo C-271/18 P, relativo à violação dos limites do poder de fiscalização jurisdicional do Tribunal Geral	7
1. Argumentos das partes	7
2. Apreciação	8
3. Conclusão quanto ao primeiro fundamento invocado pela República Eslovaca no processo C-271/18 P	12

¹ Língua original: francês.

B. Quanto ao primeiro fundamento invocado pela Comissão no processo C-262/18 P e ao quarto fundamento invocado pela República Eslovaca no processo C-271/18 P, relativos à violação do dever de fundamentação	12
1. Argumentos das partes	12
2. Apreciação	12
3. Conclusão quanto ao primeiro fundamento no processo C-262/18 P e ao quarto fundamento no processo C-271/18 P	17
C. Quanto ao segundo fundamento invocado pela Comissão no processo C-262/18 P e ao terceiro fundamento invocado pela República Eslovaca no processo C-271/18 P, relativos a um erro de direito na interpretação do conceito de «empresa» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE	17
1. Argumentos das partes	17
2. Apreciação	18
a) Observações preliminares	18
b) Quanto à pertinência da prossecução de fins lucrativos pelas outras entidades que operam no sistema de segurança social para efeitos da qualificação como atividade económica	19
c) Quanto à existência de um grau de concorrência suficiente para justificar a qualificação como atividade económica	22
3. Conclusão quanto ao segundo fundamento de recurso no processo C-262/18 P e ao terceiro fundamento de recurso no processo C-271/18 P	26
D. Quanto ao terceiro fundamento invocado pela Comissão no processo C-262/18 P e ao segundo fundamento invocado pela República Eslovaca no processo C-271/18 P, relativos à desvirtuação de certos elementos de prova	27
1. Argumentos das partes	27
2. Apreciação	27
3. Conclusão quanto ao terceiro fundamento de recurso no processo C-262/18 P e ao segundo fundamento de recurso no processo C-271/18 P	29
V. Recursos subordinados	29
A. Argumentos das partes	29
B. Apreciação	29
1. Conclusões quanto aos recursos subordinados nos processos C-262/18 P e C-271/18 P	30
VI. Quanto ao recurso no Tribunal Geral	30
VII. Quanto às despesas	31
VIII. Conclusão	31

1. Com os presentes recursos, a Comissão Europeia e a República Eslovaca pedem a anulação do Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 5 de fevereiro de 2018, Dôvera zdravotná poisťovňa/Comissão (T-216/15, não publicado, a seguir «acórdão recorrido», EU:T:2018:64), pelo qual este deu provimento ao recurso interposto pela Dôvera zdravotná poisťovňa a.s. (a seguir «Dôvera»), em que se pedia a anulação da Decisão da Comissão C(2014) 7277 final, relativa a uma série de medidas de apoio financeiro que este Estado-Membro tinha aplicado a favor da Spoločná zdravotná poisťovňa a.s. (a seguir «SZP») e da Všeobecná zdravotná poisťovňa a.s. (ci-après «VšZP») (a seguir «decisão controvertida»)².

2. Embora este processo se inscreva no contexto de uma vasta jurisprudência relativa à qualificação como «empresa», para efeitos da aplicação das regras de concorrência do Tratado, de entidades que operam num sistema de segurança social, confere ao Tribunal de Justiça a possibilidade de prestar esclarecimentos particularmente bem-vindos a respeito, nomeadamente, dos efeitos sobre essa qualificação da presença de outros operadores no âmbito desse sistema que prosseguem fins lucrativos. Além disso, o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se, pela primeira vez, sobre o alcance da fiscalização jurisdicional das apreciações expressas pela Comissão no âmbito da análise da questão de saber se uma entidade deve ser considerada uma empresa.

I. Antecedentes do litígio

3. Em 1994, o sistema eslovaco de seguro de saúde passou de um sistema unitário, com uma única companhia pública de seguros de saúde, para um modelo misto, em que coexistem organismos públicos e privados. Em 2005, uma reforma do sistema alterou, nomeadamente, a forma jurídica de todos os prestadores de seguros, que passaram de entidades jurídicas *sui generis* a sociedades de responsabilidade limitada. Em 2007, uma legislação impôs às companhias de seguros, a partir de 1 de janeiro de 2008, a proibição absoluta de distribuição dos seus lucros sob a forma de dividendos. Na sequência de um acórdão do Tribunal Constitucional eslovaco que declarou essa proibição inconstitucional, a legislação foi alterada em julho de 2011 de modo a permitir que essas sociedades distribuíssem os seus lucros, sob determinadas condições.

4. Atualmente, os residentes eslovacos podem optar entre três organismos de seguros de saúde:

- as companhias de seguros públicas SZP e VšZP, que se fundiram em 1 de janeiro de 2010;
- a companhia de seguros privada Dôvera e
- a companhia de seguros privada Union zdravotná poisťovňa a.s. (a seguir «Union»).

5. Na sequência de uma denúncia da Dôvera a respeito de alegados auxílios de Estado concedidos pela República Eslovaca à SZP e à VšZP, a Comissão deu início, em 2 de julho de 2013, ao procedimento formal de investigação.

6. Em 15 de outubro de 2014, a Comissão adotou a decisão controvertida, que declara que as medidas em causa não constituem um auxílio de Estado, com fundamento em que a atividade de seguro de saúde obrigatório organizada e exercida na Eslováquia não pode ser considerada uma atividade económica e que, por conseguinte, a SZP e a VšZP, enquanto beneficiárias dessas medidas, não podem ser qualificadas de «empresas» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

2 Decisão (UE) 2015/248 da Comissão, de 15 de outubro de 2014, relativa às medidas SA.23008 (2013/C) (ex 2013/NN) aplicadas pela República Eslovaca a favor da Spoločná zdravotná poisťovňa, a. s. (SZP), e da Všeobecná zdravotná poisťovňa, a. s. (VšZP) (JO 2015, L 41, p. 25).

II. Tramitação do processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido

7. Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 24 de abril de 2015, a Dôvera interpôs um recurso de anulação da decisão controvertida, invocando dois fundamentos. Com o primeiro fundamento, esta sociedade alegou, em substância, que a Comissão cometeu um erro de direito ao interpretar o conceito de «empresa» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, quanto a dois aspetos. Em primeiro lugar, não tinha examinado se se podia considerar que a SZP e a VŠZP exerciam *qualquer* económica, dentro ou fora do sistema eslovaco de seguro de saúde obrigatório, caso em que deviam ter sido qualificadas de empresas. Em segundo lugar, tinha considerado que a qualificação como «económica» da atividade exercida pelas sociedades ativas no sistema eslovaco de seguro de saúde dependia de uma ponderação dos elementos económicos e não económicos, quando, segundo a referida sociedade, a presença de um elemento económico, seja qual for, num sistema de seguro de saúde basta para qualificar essa atividade de económica. Com o segundo fundamento, a Dôvera alegou, em substância, que a Comissão cometeu erros de direito e de apreciação ao considerar que, no regime de seguro de saúde eslovaco, os elementos não económicos prevaleciam sobre os elementos económicos.

8. Sem examinar o primeiro fundamento, o Tribunal Geral julgou procedente o segundo fundamento e, com base no mesmo, anulou a decisão controvertida.

9. Depois de recordar a jurisprudência relativa ao conceito de «empresa»³, nomeadamente a que tem por objeto os regimes de segurança social, o Tribunal Geral verificou se a Comissão tinha cometido um erro de direito ao concluir que os elementos económicos do sistema eslovaco de seguro de saúde obrigatório não punham em causa os elementos não económicos desse sistema⁴. Para efeitos desta análise, o Tribunal Geral reconheceu, antes de mais, que o sistema em causa apresentava, no essencial, os seguintes elementos não económicos:

- Os organismos de seguros de saúde são obrigados por lei a aceitar a inscrição de qualquer cidadão residente na Eslováquia que o requeira e não podem recusar segurar uma pessoa em razão da idade, do estado de saúde ou do risco de doença;
- Trata-se de um sistema de contribuições obrigatórias cujos montantes são fixados por lei e são proporcionais aos rendimentos dos segurados, mas independentes das prestações recebidas ou do risco resultante, nomeadamente, da idade ou do estado de saúde do segurado;
- Todos os segurados têm direito ao mesmo nível mínimo de prestações;
- Existe um regime de perequação dos riscos, através do qual os organismos que seguram pessoas com um risco elevado recebem fundos dos organismos cuja carteira seja composta por pessoas com riscos menores;
- Os organismos de seguros de saúde estão sujeitos a regulamentação especial; além do estatuto, dos direitos e das obrigações idênticos, cada organismo é constituído com a finalidade de prestar serviços de seguro de saúde público e não pode exercer outras atividades que não as previstas na lei;
- As atividades dos organismos de seguros de saúde são objeto de uma fiscalização por parte de uma autoridade reguladora que assegura o cumprimento, por estes organismos, do quadro legislativo acima descrito e que intervém em caso de infração.

3 Acórdão recorrido, n.ºs 45 a 53.

4 Acórdão recorrido, n.º 54.

10. O Tribunal Geral considerou, portanto, no n.º 58 do acórdão recorrido, que havia «que aprovar a conclusão da Comissão segundo a qual, em substância, o regime eslovaco de seguro de saúde obrigatório apresentava aspetos sociais, de solidariedade e regulamentares importantes».

11. Seguidamente, o Tribunal Geral prosseguiu a sua análise tomando em conta os elementos económicos deste sistema⁵. Em especial, considerou, em primeiro lugar, que a possibilidade de as companhias de seguros de saúde realizarem, utilizarem e distribuírem uma parte dos seus lucros era suscetível de pôr em causa o carácter não económico da sua atividade. Neste contexto, a declaração de que tal possibilidade estava subordinada ao respeito de exigências estritas destinadas a assegurar a perenidade do regime e a realização dos objetivos sociais e de solidariedade que lhe estão subjacentes não era pertinente, dado que, em qualquer caso, a possibilidade de as companhias de seguros de saúde eslovacas procurarem e realizarem livremente lucros demonstra que prosseguem fins lucrativos e, portanto, que as atividades que exercem no mercado se enquadram na esfera económica.

12. Em segundo lugar, o Tribunal Geral declarou que existia uma «certa» concorrência quanto à qualidade e à extensão da oferta entre as diferentes companhias de seguros de saúde. A este respeito, considerou que, embora a concorrência existente no âmbito do regime eslovaco de seguro de saúde obrigatório não respeitasse às prestações legais obrigatórias nem ao montante das contribuições, esta concorrência era, no entanto, «intensa e complexa», devido ao facto de os referidos organismos terem o direito de completar as prestações legais obrigatórias com prestações conexas gratuitas e de os segurados serem livres de escolher o seu prestador de seguro de saúde e de mudar de prestador uma vez por ano⁶.

13. Por conseguinte, tendo em conta o fim lucrativo prosseguido por esses organismos de seguros de saúde e a existência de uma «intensa» concorrência quanto à qualidade e à oferta de serviços, o Tribunal Geral qualificou a atividade de prestação de seguros de saúde na Eslováquia de atividade económica⁷.

III. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

14. Com o seu recurso no processo C-262/18 P, a Comissão, apoiada pela República da Finlândia, pede ao Tribunal de Justiça:

- que se anule o acórdão recorrido,
- que se remeta o processo ao Tribunal Geral ou, a título subsidiário, que se decida definitivamente o litígio e
- que se reserve para final a decisão quanto às despesas ou que se condene a Dôvera e a Union nas despesas.

15. A República Eslovaca pede ao Tribunal de Justiça:

- que se dê provimento ao recurso e
- que se condene a Dôvera e a Union nas despesas ou que se reserve para final a decisão quanto às mesmas.

⁵ Acórdão recorrido, n.ºs 63 e 64.

⁶ Acórdão recorrido, n.ºs 65 a 67.

⁷ Acórdão recorrido, n.º 68.

16. A Dôvera pede:

- que se negue provimento ao recurso e
- que se condene a Comissão nas despesas.

17. Com o seu recurso no processo C-271/18 P, a República Eslovaca, apoiada pela República da Finlândia, pede:

- que se anule o acórdão recorrido,
- que se negue provimento ao recurso ou, a título subsidiário, que se remeta o processo ao Tribunal Geral e
- que se condene a Dôvera e a Union nas despesas ou que se reserve para final a decisão quanto às mesmas.

18. A Comissão pede:

- que se anule o acórdão recorrido,
- que se remeta o processo ao Tribunal Geral ou, a título subsidiário, que se decidida definitivamente o litígio e
- que se reserve para final a decisão quanto às despesas ou que se condene a Dôvera e a Union nas despesas.

19. A Dôvera e a Union pedem:

- que se negue provimento ao recurso e
- que se condene a República Eslovaca nas despesas.

20. Com os seus recursos subordinados nos processos C-262/18 P e C-271/18 P, a Dôvera pede:

- que se anule o n.º 58 do acórdão recorrido na parte em que declara que a Dôvera não tinha contestado a afirmação segundo a qual o regime eslovaco de seguro de saúde apresentava «aspetos sociais, de solidariedade e regulamentares importantes».

21. A Union pede:

- que se anule o n.º 58 do acórdão recorrido na parte em que declara que a Dôvera não tinha contestado a afirmação segundo a qual o regime eslovaco de seguro de saúde apresentava «aspetos sociais, de solidariedade e regulamentares importantes» e
- que se condene a Comissão nas despesas.

22. A República Eslovaca pede:

- que se declare inadmissível o recurso subordinado e
- que se condene a Dôvera nas despesas.

23. A Comissão pede ao Tribunal de Justiça:

- que se declare inadmissível o recurso subordinado ou, a título subsidiário, que se anule o acórdão recorrido,
- que se remeta o processo ao Tribunal Geral ou, a título subsidiário, que se decida definitivamente o litígio, e
- que se reserve para final a decisão quanto às despesas ou que se condene a Dôvera e a Union nas despesas.

24. Por Decisão do presidente do Tribunal de Justiça de 19 de novembro de 2018, os processos C-262/18 P e C-271/18 P foram apensados para efeitos da fase oral e do acórdão.

25. A Comissão, a República Eslovaca, a Dôvera e a Union apresentaram as suas alegações orais na audiência de 1 de outubro de 2019.

IV. Recursos principais

26. Em apoio dos seus recursos, a Comissão e a República Eslovaca, apoiadas pela República da Finlândia, invocam, respetivamente, três e quatro fundamentos. Uma vez que os três fundamentos invocados pela Comissão correspondem, em substância, ao segundo, terceiro e quarto fundamentos invocados pela República Eslovaca, abordá-los-ei conjuntamente nas presentes conclusões, após o exame do primeiro fundamento invocado pela República Eslovaca.

A. Quanto ao primeiro fundamento invocado pela República Eslovaca no processo C-271/18 P, relativo à violação dos limites do poder de fiscalização jurisdicional do Tribunal Geral

1. Argumentos das partes

27. A República Eslovaca considera que, no acórdão recorrido, o Tribunal Geral excedeu o seu poder de fiscalização jurisdicional das decisões da Comissão em matéria de auxílios de Estado, na medida em que submeteu a uma fiscalização integral a questão de saber se a atividade de seguro de saúde obrigatório em causa constituía uma atividade económica. Com efeito, segundo a República Eslovaca, esta questão implica indubitavelmente apreciações económicas complexas relativamente às quais a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça reconheceu a existência de uma ampla margem de apreciação da Comissão. Ora, no acórdão recorrido, o Tribunal Geral não respeitou esta margem de apreciação, mas substituiu a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação económica.

28. A Dôvera e a Union afirmam que este fundamento não é procedente. Em apoio dos seus pedidos, alegam que a questão de saber se a atividade de seguro de saúde obrigatório na Eslováquia constitui uma atividade económica não exige apreciações económicas complexas, mas um simples exame dos factos. Com efeito, tais apreciações só seriam necessárias se estivesse em causa apreciar a compatibilidade de uma medida de auxílio com o mercado interno, na aceção do artigo 107.º, n.º 3, TFUE. Em qualquer caso, a apreciação efetuada pelo Tribunal Geral no acórdão recorrido equivale à verificação de um erro manifesto de apreciação, na medida em que o Tribunal Geral concluiu que os elementos de prova tomados em consideração na decisão controvertida não sustentavam as conclusões dessa decisão.

2. *Apreciação*

29. A título preliminar, afigura-se-me necessário, a fim de determinar se o Tribunal Geral excedeu efetivamente o seu poder de fiscalização jurisdicional, formular algumas observações relativas aos princípios que regulam a intensidade da referida fiscalização no domínio dos auxílios de Estado.

30. Neste domínio, são geralmente exercidos pelo juiz da União dois tipos de fiscalização da legalidade das decisões da Comissão: uma fiscalização integral, através da qual o juiz da União substitui a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação, ou uma fiscalização limitada⁸. Neste último caso, o órgão jurisdicional limita-se «à verificação do respeito das regras processuais e da fundamentação, da exatidão da matéria de facto em que se baseou a opção contestada, da ausência de erro manifesto na apreciação da matéria de facto e da ausência de desvio de poder»⁹.

31. Segundo a jurisprudência clássica, o fator cuja presença conduz o juiz da União a exercer uma mera fiscalização limitada, em vez de uma fiscalização integral, reside no caráter económico ou técnico complexo das apreciações feitas pela Comissão na decisão em causa¹⁰. É a exigência de reconhecer à Comissão uma margem de apreciação induzida por esse caráter que impõe uma fiscalização jurisdicional de alcance mais limitado.

32. Por conseguinte, a primeira etapa da análise destinada a determinar o alcance da fiscalização a que o juiz da União deve proceder consiste em verificar se as apreciações submetidas ao seu exame devem ser qualificadas de apreciações económicas complexas.

33. A este respeito, na falta de uma definição geral do conceito de «apreciação económica complexa», a jurisprudência convida-nos a responder, antes de mais, à questão de saber se as apreciações da Comissão a que esse exame se refere foram efetuadas no âmbito do conceito de auxílio de Estado ou da compatibilidade com o mercado interno.

34. Neste último caso, não será necessário prosseguir a análise, uma vez que, como o Tribunal de Justiça tem afirmado reiteradamente, o exame da compatibilidade à luz do artigo 107.º, n.º 3, TFUE comporta *necessariamente* apreciações económicas complexas¹¹.

35. Em contrapartida, o exame exigido pelo artigo 107.º, n.º 1, TFUE não deixa, em princípio, margem para essas apreciações, uma vez que, segundo jurisprudência assente, o conceito de auxílio de Estado tem caráter jurídico e deve ser interpretado com base em elementos objetivos¹². Todavia, o Tribunal de Justiça reconheceu que este conceito pode, em certos casos, impor apreciações económicas complexas.

36. É precisamente a questão de saber se as apreciações da Comissão relativas à qualificação como empresa no âmbito do conceito de auxílio de Estado se podem enquadrar num desses casos que o Tribunal de Justiça deverá examinar para decidir do primeiro fundamento invocado pela República Eslovaca.

8 V., neste sentido, Acórdãos de 29 de fevereiro de 1996, Bélgica/Comissão (C-56/93, EU:C:1996:64, n.º 11); de 8 de maio de 2003, Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão (C-328/99 e C-399/00, EU:C:2003:252, n.º 39); de 1 de julho de 2008, Chronopost e La Poste/UFEX e o. (C-341/06 P e C-342/06 P, EU:C:2008:375, n.º 143); e de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.º 114).

9 V., nomeadamente, Acórdão de 29 de fevereiro de 1996, Bélgica/Comissão (C-56/93, EU:C:1996:64, n.º 11).

10 V. Acórdão de 2 de setembro de 2010, Comissão/Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, n.º 97).

11 Acórdão de 17 de setembro de 1980, Philip Morris Holland/Comissão (730/79, EU:C:1980:209, n.º 24), em que o Tribunal de Justiça precisou, pela primeira vez, que, ao apreciar a compatibilidade, «a Comissão goza de um poder discricionário cujo exercício implica apreciações de ordem económica e social que devem ser efetuadas num contexto comunitário».

12 Trata-se de uma fórmula repetida de forma constante pelo Tribunal de Justiça e que se encontra, pela primeira vez, no Acórdão de 16 de maio de 2000, França/Ladbroke Racing e Comissão (C-83/98 P, EU:C:2000:248, n.º 25).

37. No seu recurso, a República Eslovaca limita-se a afirmar que, quando a Comissão verificou se as sociedades que operam no âmbito do regime eslovaco de seguro de saúde obrigatório são abrangidas pelo conceito de «empresa», procedeu indubitavelmente a apreciações económicas complexas. Em apoio do seu argumento, a República Eslovaca cita várias decisões em que o Tribunal de Justiça considerou que as apreciações efetuadas pela Comissão tinham efetivamente esse carácter. Se o Tribunal de Justiça reconheceu que essas apreciações apresentam um carácter económico complexo, não há qualquer razão, segundo a República Eslovaca, para que esse mesmo carácter seja negado relativamente às apreciações em causa nos presentes processos.

38. Para poder pronunciar-me sobre o mérito deste argumento, considero necessário identificar o objeto das apreciações em causa nas referidas decisões¹³:

- no processo DSG/Comissão¹⁴, a apreciação da Comissão em causa dizia respeito à questão de saber se um investidor privado teria aumentado ou prorrogado a linha de crédito concedida a uma sociedade privada nas mesmas condições que o Governo alemão, tendo em conta a situação financeira e as perspetivas de rentabilidade dessa sociedade;
- no processo Espanha/Lenzing¹⁵, a apreciação em causa respeitava à questão de saber se um credor privado se tinha comportado da mesma maneira que os dois organismos públicos espanhóis em causa, na medida em que tinha celebrado um acordo de reorganização de dívidas com uma sociedade privada e não tinha procedido à cobrança coerciva dessas dívidas na sequência da violação do referido acordo pela sociedade em questão, à luz de uma série de fatores e de circunstâncias, nomeadamente as garantias associadas aos seus créditos e as perspetivas de viabilidade e rentabilidade da sociedade devedora;
- no processo Chronopost e La Poste/UFEX e o.¹⁶, a apreciação em causa dizia respeito à questão de saber se a remuneração da assistência logística e comercial prestada pelo operador público francês do setor do correio postal normal à sociedade gestora do correio expresso, que controlava indiretamente, durante um período de dez anos, correspondia ao comportamento que teria sido adotado, nas mesmas condições, por um investidor privado;
- no processo Comissão/Scott¹⁷, a apreciação em causa respeitava à questão de saber se o preço pago por uma sociedade por um terreno vendido pelas autoridades públicas francesas correspondia ao preço de venda que um vendedor privado teria aceitado;
- no processo Land Burgenland e o./Comissão¹⁸, a apreciação em causa respeitava à questão de saber se as autoridades públicas austríacas tinham agido da mesma maneira que um vendedor privado quando venderam um banco regional, não ao proponente com a melhor oferta, mas a outra parte, por um preço de venda significativamente inferior, à luz de diversas circunstâncias, nomeadamente o grau de certeza da operação e os riscos financeiros associados.

13 Uma das decisões evocadas pela República Eslovaca, a saber, o Acórdão de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), não será incluída na minha análise, pelo facto de ter sido proferida no domínio *antitrust*, e não no dos auxílios de Estado. Este elemento implica necessariamente, na minha opinião, que o acórdão em causa não é pertinente para determinar se as apreciações da Comissão relativas à questão de saber se a SZP e a VŠZP se enquadram no conceito de «empresa» que figura no artigo 107.º, n.º 1, TFUE constituem apreciações económicas complexas, sendo esta determinação fortemente influenciada pela natureza objetiva do conceito de auxílio de Estado.

14 Despacho de 25 de abril de 2002 (C-323/00 P, EU:C:2002:260).

15 Acórdão de 22 de novembro de 2007 (C-525/04 P, EU:C:2007:698).

16 Acórdão de 1 de julho de 2008 (C-341/06 P e C-342/06 P, EU:C:2008:375).

17 Acórdão de 2 de setembro de 2010 (C-290/07 P, EU:C:2010:480).

18 Acórdão de 24 de outubro de 2013 (C-214/12 P, C-215/12 P e C-223/12 P, EU:C:2013:682).

39. Ora, não há qualquer dúvida, na minha opinião, de que a simples referência a esta série de decisões do Tribunal de Justiça não é, em si, suscetível de justificar a atribuição de carácter económico complexo às apreciações relativas à qualificação da SZP e da VŠZP como empresas, uma vez que *nenhuma* das apreciações que foram consideradas económicas complexas nessas decisões visa determinar se a entidade beneficiária do apoio oficial é abrangida pelo conceito de «empresa».

40. Em contrapartida, o objeto de todas as apreciações económicas complexas em causa nas decisões referidas pela República Eslovaca é a verificação da existência de uma vantagem através da aplicação do critério do operador privado numa economia de mercado nas suas diferentes variantes, a saber, os critérios do investidor privado, do credor privado e do vendedor privado (a seguir «critério do operador privado») ¹⁹, o que não me parece surpreendente, dado que, no âmbito da fiscalização que é chamado a efetuar para determinar se estão reunidos os requisitos da existência de um auxílio de Estado, o Tribunal de Justiça, tanto quanto é do meu conhecimento, só reconheceu carácter económico complexo às apreciações relativas à aplicação do referido critério ²⁰, chegando ao ponto de afirmar que essa aplicação implica invariavelmente tal carácter ²¹.

41. Para o caso de, no seu recurso, a República Eslovaca ter pretendido alegar implicitamente que a conclusão quanto ao critério do operador privado deveria ser aplicada *por analogia* ao caso em apreço, há que suscitar a questão de saber se as considerações que levaram o Tribunal de Justiça a reconhecer um carácter económico complexo à aplicação do critério do operador privado são transponíveis para as apreciações efetuadas pela Comissão para determinar se a SZP e a VŠZP são abrangidas pelo conceito de «empresa», como é a opinião da República Eslovaca.

42. Importa identificar tais considerações. Em primeiro lugar, atendendo ao carácter económico das apreciações em causa, não há qualquer dúvida de que, uma vez que um operador privado atua em função das possibilidades de rentabilidade previsível, independentemente de qualquer outra consideração ²², a aplicação de um critério de conformidade com o seu comportamento implica necessariamente uma análise de dados económicos. Em segundo lugar, quanto ao carácter complexo das referidas apreciações, explica-se, na minha opinião, pelo facto de o critério do operador privado não exigir a verificação dos dados económicos comprovados, mas puramente hipotéticos, na medida em que se trata de uma análise *ex ante* das perspetivas de rentabilidade de um comportamento no mercado ²³. Parece-me que é precisamente neste elemento de *prospetiva*, de *previsão económica*, que se baseia o carácter económico complexo das apreciações que a aplicação do critério do operador privado envolve. Esta constatação parece-me, aliás, corroborada por uma passagem do Acórdão Comissão/Scott, em que o Tribunal de Justiça deduz, nomeadamente, do facto de o terreno controvertido ter sido vendido à sociedade privada em questão sem um processo de concurso incondicional nem uma avaliação por um perito independente que «a tarefa da Comissão era, portanto, complexa e só podia conduzir a uma *estimativa aproximada* do valor de mercado do terreno em causa» ²⁴.

19 Estes critérios são definidos na Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO 2016, C 262, p. 1), no ponto 74.

20 Além das decisões referidas pela República Eslovaca, v., igualmente, Acórdãos de 29 de fevereiro de 1996, Bélgica/Comissão (C-56/93, EU:C:1996:64, n.ºs 10 e 11); e de 8 de maio de 2003, Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão (C-328/99 e C-399/00, EU:C:2003:252, n.ºs 38 e 39).

21 V. Acórdãos de 22 de novembro de 2007, Espanha/Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, n.º 59); de 2 de setembro de 2010, Comissão/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, n.º 68); de 24 de janeiro de 2013, Frucona Košice/Comissão (C-73/11 P, EU:C:2013:32, n.º 74); e de 30 de novembro de 2016, Comissão/França e Orange (C-486/15 P, EU:C:2016:912, n.º 90).

22 V., a este respeito, Acórdão de 10 de julho de 1986, Bélgica/Comissão (234/84, EU:C:1986:302, n.º 14).

23 V., nomeadamente, Acórdão de 5 de junho de 2012, Comissão/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, n.ºs 82 a 85 e 105).

24 Acórdão de 2 de setembro de 2010 (C-290/07 P, EU:C:2010:480, n.º 70). O sublinhado é meu.

43. Em suma, afigura-se que o carácter económico complexo das apreciações feitas pela Comissão ao aplicar o critério do operador privado se deve ao facto de a incerteza inerente a qualquer prognóstico económico exigir um esforço de interpretação para o qual o juiz da União não está preparado, o que justifica que se conceda à Comissão uma margem de apreciação²⁵.

44. É evidente que estas considerações não podem ser aplicadas por analogia a apreciações da Comissão, como as que visam determinar se uma entidade beneficiária de apoio público deve ser considerada uma empresa na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, que não comportam qualquer elemento de prognóstico económico.

45. Importa então suscitar a questão de saber se, apesar disso, se pode considerar que as referidas apreciações, especialmente as relativas à qualificação como empresa de uma entidade que opera num sistema de segurança social, têm carácter económico complexo com base em considerações *diferentes* das que serviram de base ao reconhecimento de tal carácter no caso da aplicação do critério do operador privado.

46. Na minha opinião, a resposta deve ser negativa.

47. Com efeito, considero que essas apreciações da Comissão não apresentam, de qualquer modo, carácter económico complexo pelas razões a seguir expostas.

48. Observo, antes de mais, que, como resultará da análise dos fundamentos relativos a um erro de direito na interpretação do conceito de «empresa»²⁶, a questão de saber se a atividade exercida por uma entidade que opera num sistema de segurança social tem carácter económico e permite, assim, que essa entidade seja qualificada de empresa implica a verificação da existência de certos elementos, como o carácter obrigatório ou facultativo da inscrição no regime de segurança social, a liberdade ou a inexistência de liberdade quanto à fixação do montante das contribuições ou a relação de dependência ou de independência entre esse montante e as prestações pagas, no regime jurídico nacional que rege o exercício da atividade de prestação do serviço de segurança social em causa.

49. Ora, não me parece que haja dúvidas, antes de mais, quanto ao facto de as apreciações relativas à existência desses elementos, que têm por objeto o conteúdo da legislação nacional, serem de carácter eminentemente jurídico, e não económico.

50. Quanto ao carácter complexo, embora nos regimes «mistos» estas apreciações impliquem uma ponderação de elementos económicos e não económicos, não creio que esse exercício seja de tal modo complexo que justifique atribuir uma margem de apreciação à Comissão, como demonstra o facto de o Tribunal de Justiça ter procedido, ele próprio, a essas apreciações nos processos prejudiciais que deram origem aos acórdãos referidos nos n.ºs 115 e 120 das presentes conclusões.

51. Em face do exposto, não é necessário, na minha opinião, debruçar-nos sobre o desenvolvimento deste fundamento, pelo qual a República Eslovaca critica o Tribunal Geral por não ter demonstrado a existência de um erro manifesto de apreciação por parte da Comissão. Com efeito, parece-me que este desenvolvimento depende da declaração de que o conceito de «empresa» implica que a Comissão proceda a apreciações económicas complexas, o que sugiro que se negue no caso em apreço.

52. Por conseguinte, penso que, ao substituir, no acórdão recorrido, a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação a respeito da qualificação da SZP e da VŠZP como empresas, o Tribunal Geral não excedeu os limites da sua fiscalização jurisdicional, conforme fixados pela jurisprudência pertinente.

25 V. Ritleng, D. «Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires», AJDA, 1999, n.º 9, p. 645.

26 V. título C das presentes conclusões.

3. Conclusão quanto ao primeiro fundamento invocado pela República Eslovaca no processo C-271/18 P

53. Atendendo ao que precede, sugiro que o Tribunal de Justiça julgue improcedente o primeiro fundamento de recurso no processo C-271/18 P.

B. Quanto ao primeiro fundamento invocado pela Comissão no processo C-262/18 P e ao quarto fundamento invocado pela República Eslovaca no processo C-271/18 P, relativos à violação do dever de fundamentação

1. Argumentos das partes

54. A Comissão e a República Eslovaca, apoiadas pela República da Finlândia, alegam que a fundamentação do acórdão recorrido é, simultaneamente, contraditória e insuficiente. Em especial, essa fundamentação não permite compreender qual o critério jurídico que foi aplicado no acórdão recorrido. Com efeito, apesar de o Tribunal Geral ter anulado a decisão controvertida ao julgar procedente o segundo fundamento do recurso, relativo à ponderação dos elementos económicos e não económicos, resulta dos n.ºs 58 e 63 a 69 do acórdão recorrido que o Tribunal Geral aplicou, na realidade, o critério jurídico proposto no âmbito do primeiro fundamento do recurso, segundo o qual a presença de um elemento económico, seja ele qual for, num sistema de seguro de saúde, basta para qualificar como económica a atividade exercida pelos organismos que operam nesse sistema.

55. A República Eslovaca acrescenta que a fundamentação do acórdão recorrido não permite compreender as razões pelas quais o Tribunal Geral se afastou da jurisprudência do Tribunal de Justiça, nem a importância atribuída pelo Tribunal Geral à possibilidade de os organismos de seguros de saúde utilizarem e distribuírem parte dos seus lucros e ao limitado grau de concorrência existente. No que respeita aos lucros, o Tribunal Geral não teve em conta, nomeadamente, o facto de uma das medidas objeto da decisão controvertida ser aplicável num período em que os organismos de seguros estavam proibidos de distribuir lucros. Quanto ao grau de concorrência existente, o acórdão recorrido é contraditório, uma vez que o Tribunal Geral considerou, por um lado, que essas sociedades faziam apenas «uma certa concorrência» entre si e, por outro, que essa concorrência era «intensa e complexa».

56. A Dôvera e a Union retorquem que a fundamentação do acórdão recorrido é suficientemente clara e precisa. Em especial, decorre do n.º 54 deste acórdão que o Tribunal Geral não aplicou o critério jurídico proposto pela Dôvera no âmbito do seu primeiro fundamento, mas procedeu a uma ponderação dos diferentes elementos incorporados no regime eslovaco de seguro de saúde obrigatório. Neste contexto, o n.º 69 do acórdão recorrido constitui apenas um *obiter dictum*, e resulta claramente dos n.ºs 63 a 68 desse acórdão que a qualificação como económica da atividade exercida pelas sociedades ativas no sistema de seguro de saúde obrigatório se baseava na presença de dois elementos cumulativos, a saber, a existência de concorrência entre elas e a prossecução de um fim lucrativo por outros organismos que não a SZP e a VŠZP. Quanto à utilização e à distribuição dos lucros realizados por estas companhias de seguros de saúde, as restrições legais existentes são habituais nas atividades de seguros e não significam que as atividades em causa não tenham carácter económico. Além disso, as conclusões do Tribunal Geral relativas ao grau de concorrência existente são perfeitamente coerentes.

2. Apreciação

57. As alegações em torno das quais o presente fundamento se articula respeitam ao carácter pretensamente insuficiente e contraditório da fundamentação do acórdão recorrido. Devem ser examinadas uma a uma.

58. Em primeiro lugar, no que diz respeito à alegação de que o raciocínio do Tribunal Geral no acórdão recorrido e a conclusão a que este chegou demonstram que, embora tenha anulado a decisão controvertida julgando procedente o segundo fundamento de recurso, aplicou, na realidade, o critério jurídico proposto pela recorrente no âmbito do seu primeiro fundamento de recurso, observo que esta alegação se baseia na leitura dos n.ºs 58 e 63 a 69 do acórdão recorrido, abaixo recordada.

59. Ao examinar o segundo fundamento do recurso, o Tribunal Geral confirmou, no n.º 58 do acórdão recorrido, a conclusão da Comissão de que o regime eslovaco se baseava essencialmente na solidariedade, e aceitou, no n.º 64 desse acórdão, a explicação posterior da Comissão de que as características económicas do regime eslovaco de seguro de saúde obrigatório foram introduzidas para garantir a realização dos seus objetivos sociais e de solidariedade. Tal deveria ter levado o Tribunal Geral a julgar este fundamento improcedente, dado que o critério jurídico aplicado pela Comissão na sua decisão e aceite pela recorrente em primeira instância no âmbito do seu segundo fundamento de recurso consiste em saber se o regime em causa se baseia essencialmente na solidariedade ou se apresenta essencialmente caráter económico, e as declarações do Tribunal Geral nos números acima referidos indicam claramente que é a primeira alternativa que é a correta. Em contrapartida, no n.º 68 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral julgou procedente este fundamento e anulou a decisão controvertida com base na constatação de que a presença de outros operadores que prosseguem fins lucrativos e a existência de uma situação de concorrência no sistema eslovaco de seguro de saúde obrigatório demonstram a natureza económica da atividade exercida nesse sistema. Por conseguinte, estes dois elementos económicos seriam, por si sós, suscetíveis de transformar a prestação do seguro de saúde obrigatório na Eslováquia numa atividade económica, apesar dos aspetos sociais, de solidariedade e regulamentares predominantes.

60. Afigura-se que esta alegação se baseia na premissa de que o Tribunal Geral considerou, no n.º 58 do acórdão recorrido, que o regime eslovaco de seguro de saúde obrigatório apresenta aspetos sociais, de solidariedade e regulamentares «predominantes».

61. A este respeito, saliento que, na versão na língua do processo do acórdão recorrido, ou seja, a versão em língua inglesa, o Tribunal Geral recordou, antes de mais, no n.º 54, que a Comissão tinha concluído que as características sociais, de solidariedade e regulamentares do referido regime são predominantes (*predominant*). Seguidamente, no n.º 55 desse acórdão, afigura-se que o Tribunal Geral observou que o que resulta efetivamente da exposição dessas características na decisão controvertida é que são «importantes» (*significant*). Por último, nos n.ºs 56 e 57 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral verificou, pela identificação das referidas características, a exatidão desta última conclusão, e chegou assim a uma resposta afirmativa no n.º 58 desse acórdão.

62. Ora, embora o n.º 58 do acórdão recorrido qualifique os aspetos sociais, de solidariedade e regulamentares como «predominantes» (*predominant*), não há qualquer dúvida, na minha opinião, de que, uma vez que visa suportar a conclusão do n.º 55 do referido acórdão, deve ser entendido no sentido de que qualifica esses aspetos de «importantes» (*significant*), o que é, de resto, corroborado pela versão em língua francesa do acórdão recorrido. No n.º 58 desta versão linguística, surge, com efeito, o termo «importants», lamentavelmente traduzido pelo termo «predominant» (*predominantes*) na versão em língua inglesa do acórdão.

63. Além disso, e sobretudo, a qualificação desses elementos como «predominantes» não seria de forma alguma compatível com a última frase do n.º 58 do próprio acórdão recorrido («that finding is not challenged by the applicant»), uma vez que é pacífico que essa caracterização do regime eslovaco de seguro de saúde obrigatório foi expressamente refutada pela Dôvera por várias vezes durante o processo em primeira instância.

64. É certo que o n.º 58 do acórdão recorrido se apresenta como uma aprovação das conclusões da decisão controvertida («In the light of those various factors, *it is necessary to uphold the Commission's conclusion* that, in essence, the Slovak compulsory health insurance scheme had predominant social, solidarity and regulatory features»²⁷), na qual a Comissão tinha concluído, por várias vezes, pelo carácter predominante dos elementos não económicos em questão. Contudo, o aditamento, no texto desse número, da expressão «in essence» (em substância) revela, na minha opinião, que esta conclusão é aprovada pelo Tribunal Geral na medida em que respeita à *existência* desses elementos, e não às consequências que essa existência implica para o grau de solidariedade do regime eslovaco de seguro de saúde obrigatório para efeitos da caracterização da atividade exercida nesse regime como económica.

65. Por conseguinte, se se aceitar que, no n.º 58 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral se limitou a salientar que os elementos não económicos deste regime eram «importantes», não vejo como se possa considerar contraditória a fundamentação que apresentou.

66. Com efeito, uma vez que o Tribunal Geral não confirmou a conclusão da Comissão segundo a qual o regime eslovaco de seguro de saúde obrigatório se baseava essencialmente na solidariedade, mas reconheceu simplesmente, no âmbito da aplicação do critério jurídico da ponderação dos elementos económicos e não económicos do regime, que este apresentava elementos não económicos «importantes», a sua conclusão segundo a qual, atendendo aos elementos económicos examinados nos n.ºs 63 a 67 do acórdão recorrido, a atividade de prestação do seguro de saúde obrigatório na Eslováquia era uma atividade económica é, na minha opinião, plenamente coerente com a sua premissa.

67. Nestas condições, esta alegação deve, na minha opinião, ser julgada improcedente.

68. Em segundo lugar, a alegação, que me parece distinta da anterior, segundo a qual o n.º 69 do acórdão recorrido, na medida em que declara que a presença de organismos de seguros de saúde que prosseguem fins lucrativos transforma a SZP e a VŠZP, «por efeito de contágio», em empresas, deve ser lido no sentido de que este elemento é suficiente, *por si só*, para concluir pela natureza económica da atividade de prestação de seguro de saúde obrigatório na Eslováquia, não me convence.

69. Antes de iniciar a análise, importa reproduzir integralmente o referido número. O Tribunal Geral declara nesse número que «esta conclusão [segundo a qual a atividade em questão tem natureza económica] não pode ser posta em causa, mesmo que se sustente que a SZP e a VŠZP não prosseguem fins lucrativos. É certo que, quando os organismos cuja atividade é examinada não têm tais fins, mas dispõem de uma margem de liberdade para entrarem numa certa concorrência para atrair os segurados, essa concorrência não é automaticamente suscetível de pôr em causa a natureza não económica da sua atividade, nomeadamente quando este elemento de concorrência foi introduzido a fim de incentivar as caixas de seguro de doença a exercerem a respetiva atividade de acordo com os princípios da boa gestão (Acórdão de 16 de março de 2004, AOK Bundesverband e o., C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150, n.º 56). Contudo, resulta da jurisprudência acima referida no n.º 48 que a circunstância de a oferta de bens e de serviços ser feita sem fins lucrativos não obsta a que se considere que a entidade que realiza essas operações no mercado é uma empresa, quando essa oferta esteja em concorrência com a de outros operadores que prosseguem fins lucrativos. Daqui resulta que não é o simples facto de se encontrar em situação de concorrência num dado mercado que determina o carácter económico da atividade, mas antes a presença, no referido mercado, de operadores que prosseguem fins lucrativos. Ora, é o que acontece no caso em apreço, na medida em que é pacífico entre as partes que os outros operadores do mercado em causa prosseguem efetivamente fins lucrativos, pelo que a SZP e a VŠZP devem, por efeito de contágio, ser consideradas empresas».

27 O sublinhado é meu.

70. Se me limitasse a uma análise puramente formal, poderia subscrever a interpretação da Comissão e da República Eslovaca. Com efeito, observo que o Tribunal Geral, por um lado, formulou as conclusões que figuram no n.º 69 do acórdão recorrido depois de ter declarado, no n.º 68 desse acórdão, que a natureza económica da atividade em causa se explicava pela existência de concorrência quanto à qualidade e à oferta de serviços e pela presença de outros operadores que prosseguem fins lucrativos, o que poderia ser entendido como um indicador da sua intenção de precisar tal conclusão no sentido de que, para concluir pela natureza económica da atividade, era apenas necessária a prossecução de fins lucrativos por outros operadores, e não os dois elementos reunidos. Por outro lado, utilizou várias vezes uma formulação que implica uma hierarquia entre os dois elementos em questão («mas *antes* a presença, no referido mercado, de operadores que prosseguem fins lucrativos»²⁸) ou o carácter adicional da existência de concorrência quanto à qualidade e à oferta dos serviços («*na medida em que* é pacífico entre as partes que os outros operadores do mercado em causa prosseguem efetivamente fins lucrativos, [...] a SZP e a VŠZP devem, *por efeito de contágio*, ser consideradas empresas»²⁹).

71. Todavia, analisando o conteúdo substancial do n.º 69 do acórdão recorrido, afigura-se evidente que não visa modificar a conclusão, constante do n.º 68 desse acórdão, segundo a qual o carácter económico da atividade de prestação de seguro de saúde obrigatório na Eslováquia assenta na presença concomitante, nesse sistema de segurança social, de uma situação de concorrência e de outros operadores que prosseguem fins lucrativos. Com efeito, contrariamente ao que foi alegado pela Comissão e pela República Eslovaca, parece-me que a inclusão desse número se deve ao facto de o Tribunal Geral ter simplesmente pretendido precisar o fundamento jurídico da tomada em consideração da presença de outros operadores que prosseguem fins lucrativos no âmbito da apreciação da questão de saber se uma atividade como a do caso em apreço deve ser considerada económica para efeitos do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

72. É o que me parece resultar de um exercício de paráfrase do referido número.

73. Com efeito, o raciocínio do Tribunal Geral parte de uma hipótese — o que pode dar a falsa impressão de que se trata de um *obiter dictum*³⁰ — segundo a qual a SZP e a VŠZP não prosseguem fins lucrativos. Se assim fosse, continua o Tribunal Geral, o facto de as sociedades que operam no sistema de segurança social em questão disporem de uma margem de liberdade para concorrerem entre si não permite, por si só, pôr em causa a natureza não económica da sua atividade. Em contrapartida, essa atividade reveste necessariamente carácter económico, explica o Tribunal Geral referindo-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça, no caso de os operadores cuja oferta está em concorrência com a da SZP e a da VŠZP prosseguirem fins lucrativos. Por conseguinte — e o Tribunal Geral passa aqui, sem o referir explicitamente, da apreciação do caso em apreço para a enunciação de um princípio mais geral —, a presença de operadores que prosseguem fins lucrativos constitui, juntamente com a existência de uma situação de concorrência, um dos elementos que determinam a natureza económica de uma atividade. Como tal, segundo o Tribunal Geral, uma vez que é pacífico que as outras sociedades que operam no sistema eslovaco de seguro de saúde obrigatório prosseguem fins lucrativos, a atividade da SZP e da VŠZP deve ser considerada económica para efeitos da sua qualificação de empresas.

74. Por conseguinte, esta segunda alegação deve, na minha opinião, ser também julgada improcedente.

28 O sublinhado é meu.

29 O sublinhado é meu.

30 Nas contestações que apresentaram nos presentes processos apensos, a Dóvera e a Union sustentaram, com efeito, que, uma vez que esta alegação é dirigida contra um *obiter dictum*, deveria ser considerada inoperante. A interpretação que desenvolvo no n.º 71 das presentes conclusões mostra que não concordo com esta leitura.

75. Em terceiro lugar, no que respeita à alegação de que o Tribunal Geral não explicou as razões pelas quais se afastou da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que tinha sempre qualificado um sistema concreto de segurança social em função dos seus aspetos dominantes, saliento que a mesma se baseia numa pretensa contradição entre a afirmação segundo a qual o regime eslovaco de seguro de saúde obrigatório apresenta aspetos sociais, de solidariedade e regulamentares «predominantes» (n.º 58 do acórdão recorrido) e a conclusão de que a atividade exercida nesse sistema é económica (n.º 68 deste acórdão).

76. Uma vez que, como já indiquei nos n.ºs 61 a 64 das presentes conclusões, o n.º 58 do acórdão recorrido não caracteriza estes aspetos como «predominantes» mas simplesmente como «importantes», esta alegação só pode, na minha opinião, ser julgada improcedente.

77. Em quarto lugar, no que respeita à alegação de que o Tribunal Geral não tomou em consideração as restrições legais à utilização e à distribuição dos lucros previstas pela legislação eslovaca, parece-me, pelo contrário, que, no n.º 64 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral fundamentou devidamente a sua posição ao declarar que não é o facto de as companhias de seguros de saúde terem a possibilidade de utilizar e de distribuir lucros que importa para efeitos da qualificação da sua atividade como económica, mas sim o facto de terem a possibilidade de procurar livremente a obtenção de lucros, uma vez que esta última possibilidade demonstra que uma entidade prossegue uma finalidade lucrativa e que opera, assim, na esfera económica.

78. Por conseguinte, uma vez que as afirmações do Tribunal Geral nesta passagem do acórdão recorrido não enfermam de lacunas, considero que esta alegação deve ser julgada improcedente.

79. Em quinto lugar, no que respeita à alegação de que o Tribunal Geral não tomou em conta o facto de uma das medidas objeto da decisão controvertida ser aplicável durante um período em que os organismos de seguros de saúde estavam proibidos de distribuir lucros, considero que, contrariamente ao que a Dôvera sustenta na sua contestação no processo C-271/18 P, esta alegação não é invocada pela primeira vez na fase do presente recurso e é, portanto, admissível³¹. Todavia, quanto ao mérito, estou convencido de que a presente alegação não merece acolhimento, uma vez que, como a Union observou na sua contestação, é jurisprudência constante que a questão de saber se uma medida de apoio público é um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE deve ser resolvida com base em elementos objetivos apreciados à data em que a Comissão adota a sua decisão³². Por conseguinte, o Tribunal Geral devia, no caso em apreço, ter examinado se a SZP e a VŠZP eram empresas em função da situação existente no momento em que a Comissão adotou a sua decisão. Ora, nesse momento, a saber, em outubro de 2014, a proibição de distribuir lucros tinha sido anulada pelo Tribunal Constitucional eslovaco há cerca de três anos e meio, pelo que já não estava em vigor. Uma vez que a insuficiência da fundamentação quanto a este aspeto não pode, por conseguinte, ser validamente imputada ao Tribunal Geral, esta alegação deve, na minha opinião, ser julgada improcedente.

80. Por último, no que respeita à alegação relativa ao carácter contraditório da fundamentação que decorre do facto de o Tribunal Geral ter considerado, no n.º 65 do acórdão recorrido, que os organismos que operam no âmbito do sistema eslovaco de seguro de saúde obrigatório faziam apenas «uma certa concorrência» e, no n.º 67 desse acórdão, que essa concorrência era «intensa e complexa», partilho do argumento da Dôvera e da Union segundo o qual a divergência em questão assenta na premissa de que a terminologia utilizada no n.º 65 do acórdão recorrido equivale a «um grau limitado» de concorrência ou a uma concorrência exercida «numa medida limitada», ao passo que, na

31 Recordo que, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, permitir a uma parte suscitar no Tribunal de Justiça, pela primeira vez, um argumento que não suscitou no Tribunal Geral equivaleria a permitir-lhe submeter ao Tribunal de Justiça, cuja competência em sede de recurso é limitada, um litígio mais amplo do que aquele que foi submetido ao Tribunal Geral. V., neste sentido, Acórdão de 29 de julho de 2019, Bayerische Motoren Werke e Freistaat Sachsen/Comissão (C-654/17 P, EU:C:2019:634).

32 V., nomeadamente, Acórdão de 11 de dezembro de 2008, Comissão/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709, n.º 50).

realidade, esta terminologia é neutra e só pode ser interpretada no sentido de que o grau de concorrência não é ilimitado. Com efeito, esta diferença de qualificação do grau de concorrência explica-se pelo facto de, enquanto o adjetivo «certa» é utilizado pelo Tribunal Geral para definir *in abstracto* um dos elementos suscetíveis de influenciar a natureza económica da atividade, os adjetivos «intensa e complexa» são utilizados na sequência de uma apreciação que visa definir o grau de concorrência *realmente* existente entre as sociedades que operam no âmbito do sistema eslovaco de seguro de saúde.

81. Nestas condições, sou de opinião que esta alegação deve igualmente ser julgada improcedente.

3. Conclusão quanto ao primeiro fundamento no processo C-262/18 P e ao quarto fundamento no processo C-271/18 P

82. Atendendo ao que precede, sugiro ao Tribunal de Justiça que julgue improcedentes, na totalidade, o primeiro fundamento de recurso no processo C-262/18 P e o quarto fundamento de recurso no processo C-271/18 P.

C. Quanto ao segundo fundamento invocado pela Comissão no processo C-262/18 P e ao terceiro fundamento invocado pela República Eslovaca no processo C-271/18 P, relativos a um erro de direito na interpretação do conceito de «empresa» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE

1. Argumentos das partes

83. A Comissão e a República Eslovaca, apoiadas pela República da Finlândia, alegam que o Tribunal Geral interpretou erradamente o conceito de «empresa» na aceção do artigo 107.º TFUE e ignorou a jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente os Acórdãos AOK Bundesverband e o.³³, Poucet e Pistre³⁴, Cisol³⁵, Kattner Stahlbau³⁶ e AG2R Prévoyance³⁷, ao considerar, nos n.ºs 63 a 69 do acórdão recorrido, que a prossecução de fins lucrativos por parte dos organismos ativos no sistema de seguro de saúde eslovaco e a existência de uma certa concorrência entre estes organismos bastavam para qualificar as atividades por eles exercidas de «atividades económicas», apesar da presença de elementos dominantes não económicos. A República Eslovaca acrescenta que a abordagem do Tribunal Geral é igualmente contrária aos Acórdãos Fédération française des sociétés d'assurance e o.³⁸, Albany³⁹, Brentjens⁴⁰, Drijvende Bokken⁴¹ e Pavlov e o.⁴².

84. Por outro lado, o Tribunal Geral ignorou a jurisprudência do Tribunal de Justiça ao considerar, no n.º 69 do acórdão recorrido, que a simples presença de operadores que prosseguem fins lucrativos e que exercem a mesma atividade que os operadores sem fins lucrativos transforma estes últimos, «por efeito de contágio», em empresas na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Com efeito, resulta do Acórdão AOK Bundesverband e o.⁴³ que, além do facto de o regime de seguro de saúde eslovaco ter «aspectos sociais, de solidariedade e regulamentares [predominantes]»⁴⁴, a circunstância de as suas

33 Acórdão de 16 de março de 2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150).

34 Acórdão de 17 de fevereiro de 1993 (C-159/91 e C-160/91, EU:C:1993:63).

35 Acórdão de 22 de janeiro de 2002 (C-218/00, EU:C:2002:36).

36 Acórdão de 5 de março de 2009 (C-350/07, EU:C:2009:127).

37 Acórdão de 3 de março de 2011 (C-437/09, EU:C:2011:112).

38 Acórdão de 16 de novembro de 1995 (C-244/94, EU:C:1995:392).

39 Acórdão de 21 de setembro de 1999 (C-67/96, EU:C:1999:430).

40 Acórdão de 21 de setembro de 1999 (C-115/97 a C-117/97, EU:C:1999:434).

41 Acórdão de 21 de setembro de 1999 (C-219/97, EU:C:1999:437).

42 Acórdão de 12 de setembro de 2000 (C-180/98 a C-184/98, EU:C:2000:428).

43 Acórdão de 16 de março de 2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150).

44 N.º 58 do acórdão recorrido.

características económicas se destinarem a «assegurar a perenidade do regime e a realização dos objetivos sociais e de solidariedade que lhe estão subjacentes»⁴⁵ deveria ter levado o Tribunal Geral a concluir que o referido regime tem caráter não económico. Quanto aos lucros, o n.º 64 do acórdão recorrido assenta numa distinção artificial entre, por um lado, a possibilidade de os procurar e de os realizar livremente e, por outro, a possibilidade, estritamente delimitada, de os utilizar e de os distribuir.

85. A Dôvera e a Union retorquem que o acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Com efeito, esse acórdão procedeu à análise exigida dos diferentes elementos em questão, da sua importância e do seu objeto respetivo. Quanto ao acórdão AOK Bundesverband e o.⁴⁶, existem, na sua opinião, diferenças factuais muito significativas entre o regime aí analisado e o regime eslovaco de seguro de saúde.

86. Consideram igualmente que a alegação de que a abordagem seguida pelo Tribunal Geral é fundamentalmente diferente da jurisprudência do Tribunal de Justiça se baseia numa interpretação errada do n.º 58 do acórdão recorrido, dado que o Tribunal Geral não considerou que, no regime de seguro de saúde obrigatório eslovaco, os elementos económicos são «predominantes», mas apenas que esses elementos são «importantes».

87. Por outro lado, a Dôvera e a Union consideram que, ao contrário do que a Comissão alega, o Tribunal Geral não reconheceu, no n.º 64 do acórdão recorrido, que as características económicas desse regime tinham sido introduzidas para assegurar objetivos sociais e de solidariedade. Na sua opinião, as restrições relativas à utilização e distribuição dos lucros são habituais e não conduzem a uma limitação da concorrência. Além disso, «a possibilidade de utilizar e de distribuir lucros» não está indissociavelmente ligada à «possibilidade de procurar e de realizar livremente lucros».

88. Por último, a Dôvera e a Union consideram que a crítica que visa o n.º 69 do acórdão recorrido é inoperante, na medida em que esse número comporta um *obiter dictum*.

2. Apreciação

a) Observações preliminares

89. Para determinar se, como sustentam a Comissão e a República Eslovaca, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito quanto à interpretação do conceito de «empresa», conforme consagrado no artigo 107.º, n.º 1, TFUE, importa, antes de mais, recordar novamente que os elementos que levaram o Tribunal Geral a concluir que, apesar da presença de aspetos importantes de caráter social, solidário e regulamentar, a atividade exercida no âmbito do sistema de seguro de saúde obrigatório eslovaco deve ser qualificada de económica são, em primeiro lugar, a existência de concorrência entre as entidades que operam nesse sistema e, em segundo lugar, a presença de operadores, que não a entidade objeto do exame, que prosseguem fins lucrativos.

90. Por conseguinte, considero necessário examinar em primeiro lugar a questão que me parece, *a priori*, mais controversa, ou seja, a de saber se o facto de esses operadores prosseguirem fins lucrativos é um elemento *pertinente* para determinar a natureza económica ou não económica de uma dada atividade para efeitos da qualificação como empresa, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, da entidade que a exerce (título b).

45 N.º 64 do acórdão recorrido.

46 Acórdão de 16 de março de 2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150).

91. Seguidamente, depois de afastada a pertinência de tal elemento, verificarei, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a qualificação como empresa das atividades exercidas no âmbito dos sistemas de segurança social, se a concorrência permitida pelo regime eslovaco de seguro de saúde obrigatório permite concluir que, apesar dos aspetos sociais, de solidariedade e regulamentares desse regime, a atividade de prestação de seguro de saúde obrigatório deve ser considerada de natureza económica, como o Tribunal Geral concluiu no acórdão recorrido. A este respeito, chegarei a uma resposta negativa (título c).

b) Quanto à pertinência da prossecução de fins lucrativos pelas outras entidades que operam no sistema de segurança social para efeitos da qualificação como atividade económica

92. Como já referi atrás, o n.º 68 e o n.º 69 do acórdão recorrido revelam que a prossecução de fins lucrativos pelos outros operadores que prestam serviços de seguro de saúde obrigatório na Eslováquia constitui, no entender do Tribunal Geral, um elemento indicativo da natureza económica da atividade objeto de exame.

93. Deste modo, o Tribunal Geral rejeitou a abordagem da Comissão, que, ao considerar que não há que distinguir entre a realização e utilização ou distribuição dos lucros, tinha apreciado a possibilidade oferecida aos operadores presentes no mercado em causa de utilizarem e de distribuírem lucros *no âmbito do exame da existência de concorrência* entre esses operadores. Mais especificamente, na sua decisão, a Comissão tinha considerado, como o Tribunal Geral recordou no n.º 64 do acórdão recorrido, que a possibilidade de utilizar e de distribuir os lucros realizados não era suscetível de pôr em causa a natureza não económica da atividade exercida pela SZP e pela VŠZP, tendo em conta o facto de que esta possibilidade estava delimitada de maneira mais estrita do que nos setores comerciais clássicos, e estava subordinada ao respeito de exigências destinadas a assegurar a perenidade do regime e a realização dos objetivos sociais e de solidariedade do regime em causa. A este respeito, embora reconhecendo a exatidão desta conclusão, o Tribunal Geral indicou que a mesma não era pertinente para excluir a natureza económica da atividade em questão «*a partir do momento em que os operadores do mercado em causa se inscrevem numa lógica de procura de lucros*»⁴⁷.

94. Não posso concordar com a interpretação do Tribunal Geral.

95. A este respeito, observo que, na jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de sistemas de segurança social, este elemento nunca foi tomado em conta na apreciação da natureza da atividade exercida pelas entidades em causa.

96. Seria então de esperar que o Tribunal Geral indicasse outra jurisprudência que pudesse servir de fundamento jurídico para tomar em consideração o elemento em causa. Com efeito, no n.º 69 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral faz referência à «jurisprudência referida no n.º 48, *supra*», a saber, os Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça nos processos Cassa di Risparmio di Firenze e o.⁴⁸ e MOTOE⁴⁹.

97. Esta dupla referência exige, na minha opinião, um exame cuidadoso.

98. No que respeita ao Acórdão Cassa di Risparmio di Firenze e o.⁵⁰, o Tribunal Geral refere-se à resposta dada pelo Tribunal de Justiça a propósito do carácter económico ou não económico da atividade exercida por fundações bancárias italianas, quando estas efetuavam operações comerciais, imobiliárias e mobiliárias necessárias ou oportunas para a realização dos objetivos que lhes eram

47 O sublinhado é meu.

48 Acórdão de 10 de janeiro de 2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

49 Acórdão de 1 de julho de 2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

50 Acórdão de 10 de janeiro de 2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

fixados em domínios de interesse público e de utilidade social. Em especial, o Tribunal Geral cita os n.ºs 122 e 123 desse acórdão, nos quais o Tribunal de Justiça declarou que a atividade das referidas fundações devia ser considerada económica, não obstante a circunstância de a sua oferta de bens e serviços ser feita sem fins lucrativos, «uma vez que esta oferta está em concorrência com a de operadores *que prosseguem tais fins*».

99. Quanto ao Acórdão MOTOE⁵¹, o Tribunal Geral refere-se ao n.º 27, no qual, perante a questão relativa aos efeitos que o facto de a entidade em causa não prosseguir fins lucrativos devia ter sobre a natureza económica de uma atividade de organização de competições de motociclos e de celebração, nesse contexto, de contratos de patrocínio, de publicidade e de seguro, a Grande Secção do Tribunal de Justiça recordou a passagem acima referida do Acórdão Cassa di Risparmio di Firenze e o.⁵²

100. Daqui resulta que o fundamento jurídico em que o Tribunal Geral se baseou para elevar a presença de outros operadores, que prosseguem fins lucrativos no sistema em que uma dada entidade opera, ao nível de elemento determinante, em conjunto com a existência de uma situação de concorrência, do carácter económico da atividade exercida por essa entidade, é o n.º 123 do Acórdão Cassa di Risparmio di Firenze e o.⁵³, *como confirmado* pela Grande Secção do Tribunal de Justiça no Acórdão MOTOE⁵⁴.

101. Ora, à semelhança da República Eslovaca no seu recurso, considero que o Tribunal Geral não entendeu corretamente a articulação entre os dois acórdãos em questão, dado que, no Acórdão MOTOE⁵⁵, o Tribunal de Justiça não pretendia atribuir um valor geral à fórmula utilizada no n.º 123 do Acórdão Cassa di Risparmio di Firenze e o.⁵⁶, mas sim precisar o seu alcance.

102. Com efeito, embora seja verdade que o Tribunal de Justiça fez referência a este último acórdão no n.º 27 do Acórdão MOTOE⁵⁷, quando se pronunciou sobre os efeitos da inexistência de fins lucrativos do Clube helénico de automobilismo e de turismo (a seguir «ELPA») para qualificar de económicas algumas das suas atividades, é igualmente verdade que, no número seguinte do Acórdão MOTOE⁵⁸, o Tribunal de Justiça indicou, em substância, que o facto de a Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE), que operava no mesmo setor que o ELPA, também não prosseguir fins lucrativos, era *irrelevante* para a qualificação da natureza da atividade exercida pelo ELPA, por razões que desenvolveu da seguinte forma: «Por um lado, não está excluído que existam na Grécia, além das associações cuja atividade consiste em organizar e explorar comercialmente competições de motociclos sem fins lucrativos, outras associações que exercem esta atividade prosseguindo tal fim e que estão, assim, em concorrência com o ELPA. Por outro lado, as associações sem fins lucrativos, que oferecem bens ou serviços num dado mercado, podem encontrar-se mutuamente em posição de concorrência. Com efeito, o sucesso ou a sobrevivência económica de tais associações depende, a longo prazo, da sua capacidade em imporem, no mercado respetivo, as prestações que oferecem em detrimento das propostas pelos outros operadores.»

51 Acórdão de 1 de julho de 2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

52 Acórdão de 10 de janeiro de 2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

53 Acórdão de 10 de janeiro de 2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

54 Acórdão de 1 de julho de 2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

55 Acórdão de 1 de julho de 2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

56 Acórdão de 10 de janeiro de 2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

57 Acórdão de 1 de julho de 2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

58 Acórdão de 1 de julho de 2008 (C-49/07, EU:C:2008:376).

103. O Tribunal de Justiça considerou, assim, na minha opinião, que uma atividade pode ser qualificada de económica mesmo que a presença de concorrentes que prosseguem fins lucrativos seja puramente hipotética («não está excluído que existam») ou que os concorrentes não prossigam, de todo, fins lucrativos («as associações sem fins lucrativos [...] podem encontrar-se mutuamente em posição de concorrência»)⁵⁹.

104. Desse modo, longe de contemplar uma aplicação da fórmula utilizada no Acórdão Cassa di Risparmio di Firenze e o.⁶⁰ para além do quadro factual que lhe deu origem, o Tribunal de Justiça esclareceu, na minha opinião, a sua jurisprudência ao indicar que os fins lucrativos prosseguidos pelos concorrentes da entidade cuja atividade é objeto de exame não são de forma alguma um elemento pertinente no âmbito da apreciação da natureza de uma atividade. O que é pertinente, em contrapartida, é *unicamente* o facto de as entidades em causa se encontrarem numa situação de concorrência.

105. De resto, importa observar que, num domínio diferente, o Tribunal de Justiça já aceitou que certas atividades podem revestir natureza não económica, não obstante o facto de existirem operadores que as exercem, prosseguindo fins lucrativos⁶¹. Com efeito, no Acórdão Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, considerou que estabelecimentos que faziam parte de um sistema de ensino público e que eram financiados por fundos públicos não exerciam uma atividade económica quando prestavam serviços de educação, sem tomar em conta o facto de que estabelecimentos financiados por fundos privados prestavam esses mesmos serviços mediante remuneração⁶².

106. Parece-me que esta interpretação é corroborada pela jurisprudência clássica relativa ao conceito de «empresa». Com efeito, a prossecução de fins lucrativos por uma determinada entidade depende, regra geral, do seu estatuto jurídico, e este último não é pertinente, segundo essa jurisprudência, para efeitos da qualificação de uma entidade como empresa⁶³.

107. Por conseguinte, considero que o Tribunal Geral cometeu um erro na interpretação do conceito de «empresa», conforme previsto no artigo 107.º, n.º 1, TFUE, na medida em que considerou, no n.º 68 do acórdão recorrido, que a prossecução de fins lucrativos pelas companhias de seguros privadas era um elemento indicativo da natureza económica da atividade de prestação de seguro de saúde obrigatório exercida pela SZP e pela VšZP.

59 Parece-me que o Tribunal de Justiça se inspirou fortemente na passagem pertinente das conclusões apresentadas nesse processo pela advogada-geral J. Kokott (C-49/07, EU:C:2008:142, n.ºs 41 e 42), segundo a qual «[c]ontra o entendimento de que é prosseguida uma atividade económica e de que, conseqüentemente, há lugar à qualificação de empresa, também não aponta o facto de o ELPA ter o estatuto de associação sem fins lucrativos, isto é, de não ter por objeto a obtenção de lucros. Estas entidades também podem prestar serviços no mercado em concorrência com outros operadores, independentemente de, por sua vez, estes últimos terem ou não fins lucrativos. Que assim é demonstra-o o caso vertente de forma particularmente clara, pois que duas associações gregas sem fins lucrativos, o ELPA e a MOTOE, se propuseram organizar competições de motociclismo na Grécia. A prazo, o sucesso dessas instituições depende de, através das suas prestações, conseguirem afirmar-se face a outros operadores e assegurar o financiamento da sua atividade» (o sublinhado é meu). A única diferença reside no facto de, contrariamente à sua advogada-geral, o Tribunal de Justiça tentar apresentar esta conclusão como uma precisão quanto ao alcance do n.º 123 do Acórdão de 10 de janeiro de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e o. (C-222/04, EU:C:2006:8), o que deu origem, na minha opinião, ao erro de interpretação cometido pelo Tribunal Geral no presente processo.

60 Acórdão de 10 de janeiro de 2006 (C-222/04, EU:C:2006:8).

61 Como a Comissão observou no seu recurso, o Tribunal Geral aceitou igualmente este princípio. Com efeito, no Acórdão de 28 de setembro de 2017, Aanbestedingskalender e o./Comissão (T-138/15, não publicado, EU:T:2017:675), confirmou uma decisão controvertida declarando que a exploração de uma plataforma de comércio eletrónico, criada para assegurar que as entidades adjudicantes cumprem as obrigações legais que lhes incumbem por força de determinadas diretivas da União em matéria de adjudicação de contratos públicos, não constituía uma atividade económica, apesar do facto de operadores que prosseguem fins lucrativos explorarem igualmente plataformas análogas. Recentemente, o Tribunal de Justiça negou provimento a um recurso interposto desse acórdão (Acórdão de 7 de novembro de 2019, Aanbestedingskalender e o./Comissão, C-687/17 P, não publicado, EU:C:2019:932).

62 Acórdão de 27 de junho de 2017 (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 50). Parece-me oportuno observar que, no n.º 46 desse acórdão, o Tribunal de Justiça tinha recordado a fórmula do n.º 123 do Acórdão de 10 de janeiro de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e o. (C-222/04, EU:C:2006:8). No entanto, a conclusão que retira quanto à natureza da atividade examinada atesta, em meu entender, que a frase «uma vez que essa oferta está em concorrência com a de outros operadores que prosseguem fins lucrativos» não é entendida no sentido de que exige a presença concomitante desses dois elementos.

63 Esta jurisprudência constante remonta ao Acórdão de 23 de abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, n.º 21).

c) Quanto à existência de um grau de concorrência suficiente para justificar a qualificação como atividade económica

108. Antes de mais, importa recordar sucintamente os princípios com base nos quais o Tribunal de Justiça definiu os contornos do conceito de «empresa» no domínio do direito da União em matéria de concorrência.

109. Segundo jurisprudência reiterada, este conceito é entendido na sua aceção funcional, e abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento⁶⁴. A este respeito, o Tribunal de Justiça definiu como atividade económica qualquer atividade que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado⁶⁵.

110. Por outras palavras, o facto de uma atividade ser ou não qualificada de económica comporta uma consequência significativa, dado que a questão de saber se as regras de concorrência do Tratado são aplicáveis à situação factual examinada depende precisamente do resultado dessa apreciação. Daqui resulta que, quando o Tribunal de Justiça é chamado a fazer tal apreciação, entra necessariamente, como bem ilustrou o advogado-geral M. Poiares Maduro nas suas Conclusões no processo FENIN/Comissão⁶⁶, num «terreno perigoso» pelo facto de lhe ser pedido para encontrar um equilíbrio entre a proteção de uma concorrência não falseada no mercado interno e o respeito das competências dos Estados-Membros.

111. É por esta razão que a referida apreciação se torna particularmente delicada quando se trata de avaliar o carácter económico ou não económico de atividades exercidas em domínios que são da competência exclusiva dos Estados-Membros, como, no caso em apreço, a organização dos sistemas de segurança social.

112. Nesse domínio, o equilíbrio acima referido foi alcançado do seguinte modo. Por um lado, a jurisprudência reafirmou de forma constante que os Estados-Membros são, em princípio, livres de organizar os seus sistemas de segurança social como entenderem⁶⁷ e, por outro, sugeriu que os Estados-Membros devem, todavia, respeitar uma exigência de coerência, no sentido de que só têm o direito de subtrair à aplicação das regras da concorrência determinadas atividades sob condição de aplicarem *efetivamente* o princípio da solidariedade⁶⁸.

113. O objeto da análise do Tribunal de Justiça é, com efeito, o produto das regras nacionais que regem o funcionamento concreto de cada sistema de segurança social. Por outras palavras, o Tribunal de Justiça interroga-se sobre a seguinte questão: o quadro jurídico nacional foi concebido de tal modo que se deva considerar que as entidades que operam no âmbito do sistema em causa oferecem bens ou serviços *num mercado* ou, mais precisamente, numa situação de concorrência? Só em caso de resposta negativa é que a atividade em causa é qualificada de não económica e é, assim, excluída a aplicação das regras da concorrência.

64 Trata-se de jurisprudência que remonta ao Acórdão de 23 de abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, n.º 21). V., mais recentemente, Acórdão de 6 de novembro de 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/Comissão, Comissão/Scuola Elementare Maria Montessori e Comissão/Ferracci (C-622/16 P a C-624/16 P, EU:C:2018:873, n.º 103).

65 V. Acórdão de 25 de julho de 2018, Comissão/Espanha e o. (C-128/16 P, EU:C:2018:591, n.º 34 e jurisprudência referida).

66 Conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro no processo FENIN/Comissão (C-205/03 P, EU:C:2005:666, n.º 26).

67 Acórdão de 17 de junho de 1999, Bélgica/Comissão (C-75/97, EU:C:1999:311, n.º 37).

68 V., neste sentido, Conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro no processo FENIN/Comissão (C-205/03 P, EU:C:2005:666, n.º 27). V., igualmente, as considerações que formulei a respeito do Acórdão de 16 de março de 2004, AOK Bundesverband e o. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150) nos n.ºs 125 a 127 e 129 das presentes conclusões.

114. Quando os regimes de segurança social examinados são de natureza mista, pelo facto de combinarem elementos não económicos e elementos indicativos da presença de um mercado, a qualificação da atividade exercida no âmbito destes depende de uma análise dos diferentes elementos em questão, da sua importância e do seu objeto respetivo. A sua classificação é, por outras palavras, uma «questão de grau»⁶⁹.

115. Não obstante a abordagem casuística adotada pelo Tribunal de Justiça neste domínio, um exame do primeiro grupo das decisões discutidas nos articulados das partes, a saber os Acórdãos Poucet e Pistre⁷⁰, Císal⁷¹, AOK Bundesverband e o.⁷², Kattner Stahlbau⁷³ e AG2R Prévoyance⁷⁴, permite identificar uma série de características que revelam que uma atividade não tem caráter económico, a saber, primeiro, o objetivo social do sistema, segundo, a aplicação do princípio da solidariedade e terceiro, o controlo do Estado.

116. Não há qualquer dúvida de que o regime de seguro de saúde obrigatório na Eslováquia apresenta todas estas características, como o Tribunal Geral reconheceu nos n.ºs 55 a 57 do acórdão recorrido. Em primeiro lugar, prossegue um objetivo social, na medida em que visa assegurar a todos os nacionais eslovacos uma cobertura dos riscos de doença, independentemente das suas condições financeiras e do seu estado de saúde. Em segundo lugar, incorpora uma grande parte dos elementos que, segundo a jurisprudência, demonstram a aplicação do princípio da solidariedade, na medida em que prevê a inscrição obrigatória, contribuições obrigatórias cujo montante é fixado em proporção dos rendimentos dos segurados e independentemente do risco resultante, nomeadamente, da idade ou do estado de saúde dos segurados, a mesma gama de prestações legais obrigatórias para todos os segurados, a inexistência denexo direto entre as prestações pagas e o montante das contribuições entregues, bem como um dispositivo de perequação dos riscos⁷⁵. Em terceiro lugar, este regime inclui elementos que a jurisprudência considera reveladores da presença de um controlo estatal, a saber, o facto de cada organismo de seguro de saúde ser constituído com o objetivo de prestar esse seguro e não poder exercer outras atividades além das previstas por lei, a impossibilidade de os referidos organismos influenciarem o montante das contribuições e a extensão das prestações legais obrigatórias fixadas pela lei, bem como a fiscalização do cumprimento do quadro legislativo assegurada por uma autoridade reguladora (Autoridade Eslovaca de Supervisão Sanitária ou «HSA») que intervém em caso de infração⁷⁶.

117. Atendendo a este grau de solidariedade, o Tribunal de Justiça é chamado, no âmbito do exame dos presentes fundamentos, a tomar posição sobre a questão de saber se, como concluiu o Tribunal Geral na sequência da análise efetuada nos n.ºs 65 a 68 do acórdão recorrido, a margem que o legislador eslovaco deixou às companhias de seguros para fazerem concorrência entre si é, todavia, suficiente para que a atividade de prestação de seguro de saúde na Eslováquia constitua uma atividade económica. A este respeito, recorro que o Tribunal Geral referiu os seguintes elementos: primeiro, a concorrência quanto à qualidade e à eficácia do processo de compra, segundo, a concorrência quanto

69 Conclusões do advogado-geral F.G. Jacobs nos processos apensos AOK Bundesverband e o. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2003:304, n.º 35).

70 Acórdão de 17 de fevereiro de 1993 (C-159/91 e C-160/91, EU:C:1993:63).

71 Acórdão de 22 de janeiro de 2002 (C-218/00, EU:C:2002:36).

72 Acórdão de 16 de março de 2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150).

73 Acórdão de 5 de março de 2009 (C-350/07, EU:C:2009:127).

74 Acórdão de 3 de março de 2011 (C-437/09, EU:C:2011:112).

75 No que respeita aos elementos até agora enumerados, v. Acórdãos de 17 de fevereiro de 1993, Poucet e Pistre (C-159/91 e C-160/91, EU:C:1993:63, n.ºs 10, 12, 13 e 18); de 22 de janeiro de 2002, Císal (C-218/00, EU:C:2002:36, n.ºs 39 a 44); de 16 de março de 2004, AOK Bundesverband e o. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150, n.ºs 47 a 52); de 5 de março de 2009, Kattner Stahlbau (C-350/07, EU:C:2009:127, n.ºs 44 a 59); e de 3 de março de 2011, AG2R Prévoyance (C-437/09, EU:C:2011:112, n.ºs 47 a 52).

76 Acórdãos de 17 de fevereiro de 1993, Poucet e Pistre (C-159/91 e C-160/91, EU:C:1993:63, n.ºs 14 e 18); de 22 de janeiro de 2002, Císal (C-218/00, EU:C:2002:36, n.ºs 43 e 44); de 16 de março de 2004, AOK Bundesverband e o. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150, n.ºs 48 a 52); de 5 de março de 2009, Kattner Stahlbau (C-350/07, EU:C:2009:127, n.ºs 60 a 65); e de 3 de março de 2011, AG2R Prévoyance (C-437/09, EU:C:2011:112, n.ºs 53 a 65).

à qualidade e à extensão da oferta, na medida em que os organismos de seguros de saúde são livres de completar as prestações obrigatórias com prestações conexas gratuitas e terceiro, a circunstância de os segurados terem o direito de escolher o seu organismo de seguro de saúde e de mudar de prestador uma vez por ano.

118. Ora, no que diz respeito à concorrência quanto à qualidade e à eficácia do processo de compra, que resulta da liberdade de negociar e de celebrar contratos com os prestadores de cuidados de saúde, parece-me necessário dizer, desde já, que não pode ser tomada em conta no âmbito da apreciação da natureza da atividade de prestação do seguro de saúde obrigatório na Eslováquia.

119. Com efeito, no acórdão FENIN/Comissão⁷⁷, o Tribunal de Justiça já considerou que, uma vez que é a atividade que consiste na *oferta* de bens ou serviços num determinado mercado que caracteriza o conceito de «atividade económica» e não a atividade de compra enquanto tal, não se deve dissociar a atividade de compra do produto da sua utilização, para efeitos de se apreciar a natureza desta atividade, o que significa que o carácter económico ou não da utilização posterior do produto comprado determina necessariamente o carácter da atividade de compra. Daqui decorre que não se pode considerar, no caso em apreço, que a existência de concorrência na aquisição das prestações de cuidados de saúde seja indicativa da natureza económica da atividade de prestação do seguro de saúde obrigatório, uma vez que a natureza dessa atividade de aquisição depende da natureza desta última⁷⁸.

120. À luz da concorrência quanto à qualidade e à extensão da oferta e da liberdade dos segurados de escolherem livremente o seu prestador de seguro de saúde, observo, antes de mais, que, contrariamente ao que a República Eslovaca alega no seu recurso, o facto de os regimes de segurança social relativamente aos quais o Tribunal de Justiça considerou, até à data, que criavam um ambiente económico, como os que estavam em causa nos Acórdãos *Fédération française des sociétés d'assurance* e o.⁷⁹, *Albany*⁸⁰, *Brentjens*⁸¹, *Drijvende Bokken*⁸² *Pavlov e o.*⁸³, conterem elementos económicos muito mais importantes do que no caso em apreço (inscrição facultativa ou obrigatória com possibilidade de dispensa, regimes baseados no princípio da capitalização, determinação do montante das contribuições e da extensão das prestações deixada ao critério das entidades em causa) não é, em si, suscetível de provar que os elementos em questão não são suficientes para concluir pela natureza económica da atividade em causa no caso em apreço.

121. Em contrapartida, o que me parece suscetível de conduzir a tal conclusão são os ensinamentos decorrentes do Acórdão *AOK Bundesverband e o.*⁸⁴, em que o Tribunal de Justiça foi interrogado sobre a natureza da atividade exercida pelas caixas alemãs de seguro de doença.

122. Há dois traços característicos do regime em questão nesse processo que o tornam, na minha opinião, comparável ao regime eslovaco de seguro de saúde obrigatório. Em primeiro lugar, previa um grau de solidariedade equivalente a este último, na medida em que se caracterizava por uma inscrição em princípio obrigatória para todos os trabalhadores por conta de outrem, um montante das contribuições que dependia principalmente dos rendimentos dos segurados⁸⁵, prestações identificadas por lei e idênticas para todos os segurados quanto às categorias de cuidados obrigatórios, inexistência denexo direto entre as contribuições pagas e as prestações recebidas, bem como uma forma de comunidade realizada através de um mecanismo de perequação dos custos e dos riscos entre as

77 Acórdão de 11 de julho de 2006 (C-205/03 P, EU:C:2006:453, n.º 26).

78 V., igualmente, considerando 93 da decisão controvertida.

79 Acórdão de 16 de novembro de 1995 (C-244/94, EU:C:1995:392).

80 Acórdão de 21 de setembro de 1999 (C-67/96, EU:C:1999:430).

81 Acórdão de 21 de setembro de 1999 (C-115/97 a C-117/97, EU:C:1999:434).

82 Acórdão de 21 de setembro de 1999 (C-219/97, EU:C:1999:437).

83 Acórdão de 12 de setembro de 2000 (C-180/98 a C-184/98, EU:C:2000:428).

84 Acórdão de 16 de março de 2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150).

85 Acórdão de 16 de março de 2004, *AOK Bundesverband e o.* (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150, n.ºs 6 e 7).

diferentes caixas de seguro de doença em causa⁸⁶. Em segundo lugar, incorporava os mesmos elementos de concorrência que o regime eslovaco, uma vez que as caixas de seguro de doença podiam completar as prestações obrigatórias previstas na lei com prestações complementares facultativas e que os segurados tinham o direito de escolher livremente a sua caixa de seguro de doença⁸⁷.

123. Neste contexto, o Tribunal de Justiça declarou, em substância, que, tendo em conta os aspetos de solidariedade do regime, os elementos de concorrência não permitiam qualificar de económica a atividade de prestação de seguro de doença. Enquanto o direito dos segurados não era sequer tomado em conta para efeitos desta apreciação, a circunstância de as caixas de seguro de doença poderem oferecer prestações complementares facultativas não levava a essa qualificação, segundo o Tribunal de Justiça, na medida em que as prestações obrigatórias eram «fundamentalmente idênticas»⁸⁸. Ora, atendendo aos traços característicos comuns evocados no número anterior, estou convencido de que a conclusão a que o Tribunal de Justiça chegou nesse acórdão pode ser transposta para os processos que nos ocupam⁸⁹, tanto mais que a gama de prestações obrigatórias e idênticas para todos os segurados oferecidas pelas companhias de seguros de saúde na Eslováquia é extremamente ampla⁹⁰, limitando-se as prestações conexas gratuitas ao reembolso de vacinas não obrigatórias e aos diferentes horários de abertura dos centros de atendimento ao cliente.

124. Na minha opinião, a natureza não económica da atividade em questão também não pode ser posta em causa pelo facto de a legislação eslovaca permitir que as companhias de seguros de saúde utilizem e distribuam os lucros resultantes do exercício da sua atividade.

125. O fundamento jurídico da minha declaração encontra-se, mais uma vez, no Acórdão AOK Bundesverband e o.⁹¹

126. Recordo, com efeito, que, além dos elementos em comum com o regime em causa no caso em apreço, o regime alemão apresentava um elemento adicional de concorrência ao qual devia ser atribuído um peso considerável na análise da natureza da atividade exercida no âmbito de um regime misto, como o que está em causa no processo ora em apreço, a saber, o facto de esse regime permitir que as caixas de seguro de doença concorressem entre si quanto ao montante das cotizações, fixando a respetiva taxa de maneira autónoma⁹².

127. Ora, mesmo a existência de uma margem para entrarem em concorrência quanto às cotizações não era suscetível, segundo o n.º 56 desse acórdão, de obstar à natureza não económica da atividade, pelo facto de este elemento ter sido introduzido «a fim de incentivar as caixas de seguro de doença a exercerem a respetiva atividade de acordo com os princípios da boa gestão, ou seja, da forma mais eficaz e menos onerosa possível, no interesse do bom funcionamento do sistema de segurança social

86 Acórdão de 16 de março de 2004, AOK Bundesverband e o. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150, n.ºs 52 e 53).

87 Acórdão de 16 de março de 2004, AOK Bundesverband e o. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150, n.ºs 8 e 9).

88 Acórdão de 16 de março de 2004, AOK Bundesverband e o. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150, n.º 52).

89 Há que observar que a Dóvera sustentou, durante a audiência, que tal não seria possível, uma vez que estes dois processos se distinguem quanto a três aspetos: em primeiro lugar, os organismos de seguros de saúde que operam no mercado eslovaco não prosseguem fins lucrativos; em segundo lugar, são constituídos sob a forma de sociedades comerciais; em terceiro lugar, têm o direito de negociar diretamente e de celebrar contratos com os prestadores de cuidados de saúde. No que respeita a este último elemento, já expliquei, nos n.ºs 118 e 119 das presentes conclusões, a razão pela qual não pode ser tomado em conta. No que respeita à prossecução de fins lucrativos pelos organismos de seguro, a falta de pertinência deste elemento para efeitos da qualificação de uma entidade como empresa está fundamentada nos n.ºs 92 a 107 das presentes conclusões. Por último, quanto ao facto de estes organismos serem constituídos sob a forma de sociedades comerciais, limito-me a recordar, mais uma vez, a jurisprudência clássica segundo a qual o estatuto jurídico de uma entidade, do qual depende manifestamente a prossecução de fins lucrativos, não é pertinente para efeitos da referida qualificação. V., quanto a este último aspeto, Acórdão de 22 de outubro de 2015, EasyPay e Finance Engineering (C-185/14, EU:C:2015:716, n.º 37 e jurisprudência referida).

90 No acórdão recorrido, o Tribunal Geral não pôs em questão a conclusão que figura no considerando 87 da decisão controvertida, segundo a qual a extensão das prestações legais obrigatórias era, com efeito, muito ampla, uma vez que cobria quase todos os atos médicos disponibilizados na Eslováquia. Observo, a este respeito, que, no seu recurso, a República Eslovaca sustenta que 98,9% da totalidade dos cuidados médicos prestados são totalmente reembolsados pelas companhias de seguros de saúde no âmbito do seguro de saúde obrigatório, pelo que a possibilidade de fazerem concorrência entre si só respeita ao restante 1,1% dos cuidados médicos.

91 Acórdão de 16 de março de 2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150).

92 Acórdão de 16 de março de 2004, AOK Bundesverband e o. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150, n.º 7).

alemão». Por outras palavras, mesmo em presença de uma dose de concorrência indubitavelmente mais elevada do que a do caso em apreço, o Tribunal de Justiça considerou que a atividade de prestação de seguro de doença na Alemanha não era de natureza económica, devido ao facto de, ao incentivar, assim, os organismos de seguros a funcionar de maneira mais eficaz, *o legislador nacional pretendia assegurar a realização do objetivo social do sistema.*

128. Na minha opinião, impõe-se a mesma conclusão nos presentes processos. Com efeito, como o Tribunal Geral reconhece no n.º 64 do acórdão recorrido, a possibilidade de utilizar e de distribuir os lucros está «delimitada de maneira mais estrita do que nos setores comerciais clássicos» porquanto está «subordinada ao respeito de exigências destinadas a assegurar a perenidade do regime e a realização dos objetivos sociais e de solidariedade que lhe estão subjacentes». Estas exigências consistem na obrigação de criação de um fundo de reserva no montante de 20 % do capital social realizado, em vez dos 10 % exigidos para outras sociedades, bem como de provisões técnicas para pagamento da prestação de cuidados de saúde planeados a pessoas seguradas em lista de espera⁹³. Ora, a presença destas exigências indica claramente, na minha opinião, que a possibilidade de utilizar e de distribuir lucros prossegue o objetivo de assegurar a viabilidade e a continuidade do sistema eslovaco de seguro de saúde obrigatório, contribuindo, assim, para a realização do objetivo social deste último⁹⁴.

129. De uma forma mais geral, o Tribunal de Justiça dispõe, na minha opinião, no acórdão que vier a proferir, da oportunidade de explicitar o princípio que me parece decorrer do Acórdão AOK Bundesverband e o.⁹⁵, segundo o qual uma atividade é considerada não económica e, portanto, excluída da aplicação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, sempre que o regime nacional de segurança social examinado revele que o legislador nacional prossegue o objetivo social do sistema de forma *coerente*⁹⁶.

130. Atendendo a todas estas considerações, considero que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao sobrestimar os efeitos do grau de concorrência permitido pelo regime eslovaco de seguro de saúde obrigatório, concluindo assim erradamente, no n.º 70 do acórdão recorrido, que, ao exercer uma atividade de natureza económica, a SZP e a VšZP estão abrangidas pelo conceito de «empresa», conforme consagrado no artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

3. Conclusão quanto ao segundo fundamento de recurso no processo C-262/18 P e ao terceiro fundamento de recurso no processo C-271/18 P

131. Atendendo ao que precede, sugiro ao Tribunal de Justiça que julgue procedentes o segundo fundamento de recurso no processo C-262/18 P e o terceiro fundamento de recurso no processo C-271/18 P.

93 V. nota 7, no considerando 15 da decisão controvertida.

94 V. considerando 95 da decisão controvertida.

95 Acórdão de 16 de março de 2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150).

96 Trata-se da exigência de coerência que evoquei no n.º 112 das presentes conclusões.

D. Quanto ao terceiro fundamento invocado pela Comissão no processo C-262/18 P e ao segundo fundamento invocado pela República Eslovaca no processo C-271/18 P, relativos à desvirtuação de certos elementos de prova

1. Argumentos das partes

132. A Comissão e a República Eslovaca, apoiadas pela República da Finlândia, alegam que o Tribunal Geral cometeu várias desvirtuações dos elementos dos autos. Em especial, a conclusão, que figura no n.º 67 do acórdão recorrido, de que existe uma concorrência «intensa e complexa» decorrente da possibilidade de atrair os segurados e relativa à qualidade dos serviços, baseia-se numa desvirtuação. Com efeito, os elementos de concorrência identificados pelo Tribunal Geral nos n.ºs 65 e 66 do acórdão recorrido indicam apenas a existência de uma concorrência limitada quanto à qualidade de certos aspetos marginais da prestação de serviços de seguro de saúde.

133. A República Eslovaca acrescenta que o Tribunal Geral desvirtuou os elementos de prova ao não tomar em conta o facto de uma das medidas objeto da decisão controvertida ser aplicável durante um período em que os organismos de seguros estavam proibidos de distribuir lucros. A conclusão, que figura no n.º 64 do acórdão recorrido, segundo a qual os organismos de seguros na Eslováquia têm a possibilidade de procurar e de realizar «livremente» lucros constitui também uma desvirtuação.

134. A Dôvera e a Union consideram que estes fundamentos são inadmissíveis, uma vez que a Comissão e a República Eslovaca não indicam os elementos de prova que alegam ter sido desvirtuados, limitando-se a pedir uma nova apreciação dos factos pelo Tribunal de Justiça. Em qualquer caso, os elementos de prova submetidos ao Tribunal Geral corroboram a sua conclusão quanto à existência de uma concorrência intensa e complexa.

135. Além disso, o argumento segundo o qual o Tribunal Geral deveria ter tomado em conta o facto de uma das medidas objeto da decisão controvertida ser aplicável durante um período em que os organismos de seguros estavam proibidos de distribuir lucros é inadmissível, na medida em que foi invocado pela primeira vez na fase do presente recurso e é, em qualquer caso, inoperante e improcedente. A conclusão relativa à possibilidade de procurar e de realizar «livremente» lucros não está em contradição com a existência de uma regulamentação relativa à realização de lucros.

2. Apreciação

136. A título preliminar, parece-me útil enunciar certos princípios fundamentais decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativamente à desvirtuação dos elementos de prova.

137. Antes de mais, recordo que, segundo jurisprudência clássica, o carácter probatório ou não probatório das peças processuais resulta da apreciação soberana dos factos feita pelo Tribunal Geral, que escapa à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito do recurso de uma decisão do Tribunal Geral, salvo em caso de desvirtuação⁹⁷.

⁹⁷ Acórdão de 11 de setembro de 2008, Alemanha e o./Kronofrance (C-75/05 P e C-80/05 P, EU:C:2008:482, n.º 78 e jurisprudência referida).

138. Uma desvirtuação deve resultar de forma manifesta dos documentos dos autos, sem que seja necessário proceder a uma nova apreciação dos factos e das provas⁹⁸. Para demonstrar a existência de uma desvirtuação, não basta propor uma leitura dos referidos elementos de prova diferente da adotada pelo Tribunal Geral⁹⁹. Para esse efeito, um recorrente deve indicar de forma precisa os elementos que foram desvirtuados pelo Tribunal Geral e demonstrar os erros de análise que, na sua apreciação, o conduziram a essa desvirtuação¹⁰⁰.

139. No caso em apreço, no que toca, em primeiro lugar, à alegação relativa à desvirtuação dos elementos de prova respeitantes à existência temporária de uma proibição de distribuir lucros imposta aos organismos de seguros de saúde, observo, antes de mais, que, contrariamente ao que sustenta a Dóvera na sua contestação, a República Eslovaca já tinha chamado a atenção para esta circunstância no n.º 53 do seu articulado de intervenção no Tribunal Geral, pelo que não se trata de um argumento invocado pela primeira vez na fase do presente recurso. Todavia, saliento igualmente que, no presente recurso, a República Eslovaca se limita a indicar que a proibição de distribuir lucros resulta de várias peças processuais, mas não menciona nenhum elemento que o Tribunal Geral tenha apresentado no acórdão recorrido de modo manifestamente errado. Na minha opinião, esta alegação visa, na realidade, criticar o facto de o Tribunal Geral não ter tomado em conta este elemento, considerando-o irrelevante para efeitos da sua avaliação. Tal constitui, todavia, uma apreciação dos elementos de prova que, enquanto tal, não está sujeita à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal Geral. Considero que esta alegação deve, por conseguinte, ser julgada inadmissível.

140. Em segundo lugar, quanto à questão de saber se a conclusão do Tribunal Geral no n.º 64 do acórdão recorrido, segundo a qual os organismos de seguros na Eslováquia têm a possibilidade de procurar e de realizar «livremente» lucros, constitui uma desvirtuação, observo que a República Eslovaca não indica nenhum elemento específico que tenha sido desvirtuado pelo Tribunal Geral, limitando-se a uma referência genérica aos «documentos dos autos». Em substância, parece-me que, a coberto de uma alegação de desvirtuação, o que a República Eslovaca censura ao Tribunal Geral é um erro de apreciação dos factos. Com efeito, não contesta que as restrições impostas pela lei eslovaca foram corretamente entendidas pelo Tribunal Geral, mas alega que, contrariamente ao que este considerou, as restrições em questão não incidem apenas sobre a possibilidade de os organismos de seguros de saúde utilizarem e distribuírem lucros, mas também sobre a possibilidade de realizarem esses mesmos lucros. Por conseguinte, a presente alegação deve, na minha opinião, ser julgada inadmissível.

141. Em terceiro lugar, a Comissão e a República Eslovaca invocam uma desvirtuação dos elementos de prova, na medida em que o Tribunal Geral, no n.º 67 do acórdão recorrido, afirmou que existe, no âmbito do sistema eslovaco de seguro de saúde, uma concorrência «intensa e complexa». Atendendo ao exposto, considero que esta alegação equivale, em substância, a reiterar os argumentos, desenvolvidos no âmbito do segundo fundamento apresentado pela Comissão e do terceiro fundamento invocado pela República Eslovaca, que visam a caracterização de um erro de direito do Tribunal Geral, cuja rejeição já propus pelas razões expostas nos n.ºs 89 a 130 das presentes conclusões.

142. Caso o Tribunal de Justiça considere que o presente fundamento da Comissão e esta última alegação da República Eslovaca visam verdadeiramente uma desvirtuação dos elementos de prova, basta observar que em momento algum a República Eslovaca indica os elementos de prova cujo sentido o Tribunal Geral deturpou no acórdão recorrido. Quanto à Comissão, embora seja verdade que cita um desses elementos, a saber, um quadro de cobertura que ilustra as diferenças entre as

98 V. Acórdão de 4 de abril de 2017, Provedor de Justiça/Staelen (C-337/15 P, EU:C:2017:256, n.º 83 e jurisprudência referida).

99 V. Acórdão de 25 de julho de 2018, QuaMa Quality Management/EUIPO (C-139/17 P, não publicado, EU:C:2018:608, n.º 35 e jurisprudência referida).

100 V. Acórdão de 25 de julho de 2018, Espanha/Comissão (C-588/17 P, não publicado, EU:C:2018:607, n.º 35 e jurisprudência referida).

coberturas dos diferentes organismos de seguros de saúde, é igualmente verdade que não identifica de modo algum os erros de análise que levaram o Tribunal Geral a essa desvirtuação. O fundamento da Comissão e a alegação da República Eslovaca devem, portanto, na minha opinião, ser julgados inadmissíveis.

3. Conclusão quanto ao terceiro fundamento de recurso no processo C-262/18 P e ao segundo fundamento de recurso no processo C-271/18 P

143. À luz das considerações atrás expostas, sugiro ao Tribunal de Justiça que declare inadmissíveis, na sua totalidade, o terceiro fundamento de recurso no processo C-262/18 P e o segundo fundamento de recurso no processo C-271/18 P.

V. Recursos subordinados

A. Argumentos das partes

144. Com os seus recursos subordinados, a Dôvera invoca um único fundamento, a saber, que o Tribunal Geral cometeu um erro processual e violou o seu dever de fundamentação quando declarou, no n.º 58 do acórdão recorrido, que a Dôvera não tinha contestado a conclusão de que o sistema eslovaco de seguro de saúde apresentava «aspectos sociais, de solidariedade e regulamentares [predominantes]»¹⁰¹. Em apoio deste fundamento, chama a atenção para um certo número de passagens nos articulados que apresentou em primeira instância, nas quais rejeitou expressamente essa conclusão.

145. Todavia, segundo a Dôvera, este fundamento é de natureza contingente, na medida em que só é necessário na hipótese improvável de, ao adotar uma interpretação estrita da formulação do referido número do acórdão recorrido, o Tribunal de Justiça ignorar o erro de tradução na versão na língua do processo, ou seja, a versão em língua inglesa, desse acórdão, que define os aspectos sociais, de solidariedade e regulamentares do referido sistema, como «predominant» (*predominantes*), apesar de serem definidos como «importantes» na versão em língua francesa.

146. A Union subscreve os pedidos da Dôvera.

147. A Comissão retorque que os recursos subordinados são inadmissíveis mas, admitindo que o Tribunal de Justiça os considere admissíveis, deve concluir, com base na versão em língua inglesa do acórdão recorrido, que são procedentes. A República Eslovaca alega que a versão em língua inglesa desse acórdão não enferma de qualquer erro de tradução e que, em qualquer caso, os recursos subordinados são inadmissíveis.

B. Apreciação

148. Tendo em conta as considerações que desenvolvi nos n.ºs 61 a 64 das presentes conclusões, considero que o n.º 58 da versão em língua inglesa do acórdão recorrido contém um erro de tradução. Uma vez que este erro pode, na minha opinião, ser corrigido através de uma simples interpretação do acórdão recorrido, considero que o Tribunal de Justiça não deve examinar os recursos subordinados.

¹⁰¹ É a tradução literal em português do termo utilizado na versão inglesa do acórdão recorrido. Na versão em língua francesa, o termo utilizado é «importants».

149. Todavia, para o caso de o Tribunal de Justiça considerar que há que proceder a tal exame, parece-me indubitável que será levado a concluir pela inadmissibilidade destes recursos por falta de interesse em agir da Dôvera.

150. Com efeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a existência de um interesse em agir pressupõe que o recurso possa, pelo seu resultado, proporcionar um benefício à parte que o interpôs¹⁰².

151. Ora, em primeira instância, o Tribunal Geral deu provimento ao recurso da Dôvera e anulou a decisão controvertida. É por essa razão que não vejo qual o benefício que a Dôvera poderia retirar do facto de o Tribunal de Justiça dar provimento aos seus recursos subordinados e anular o n.º 58 do acórdão recorrido na parte em que o Tribunal Geral considerou que a Dôvera não tinha contestado a afirmação de que o regime eslovaco de seguro de saúde obrigatório apresentava aspetos sociais, de solidariedade e regulamentadores predominantes. Ainda que o Tribunal de Justiça dê provimento aos presentes recursos subordinados, esta alteração visaria os *fundamentos* do acórdão recorrido e não teria qualquer incidência no seu *dispositivo* e, em qualquer caso, nenhuma modificação do dispositivo, no qual o Tribunal Geral deu provimento ao seu recurso, poderia proporcionar o menor benefício à Dôvera.

C. Conclusões quanto aos recursos subordinados nos processos C-262/18 P e C-271/18 P

152. À luz destas considerações, proponho que o Tribunal se abstenha de examinar os recursos subordinados interpostos pela Dôvera nos processos C-262/18 P e C-271/18 P.

VI. Quanto ao recurso no Tribunal Geral

153. Nos termos do artigo 61.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, quando o recurso é julgado procedente e o Tribunal de Justiça anula a decisão do Tribunal Geral, pode decidir definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal Geral, para julgamento.

154. No caso em apreço, considero que o Tribunal de Justiça pode decidir sobre os fundamentos invocados pela Dôvera no Tribunal Geral.

155. No que respeita ao segundo fundamento, proponho que seja julgado improcedente com base nos n.ºs 89 a 130 das presentes conclusões.

156. Quanto ao primeiro fundamento, conforme resumido no n.º 7 das presentes conclusões, sugiro igualmente que seja julgado improcedente na sua totalidade. Com efeito, quanto à primeira alegação deste fundamento, resulta da abordagem funcional do conceito de «empresa», conforme evocada no n.º 109 das presentes conclusões, que a qualificação de uma entidade como tal está sempre associada a uma atividade bem precisa. Por outras palavras, uma entidade que exerce simultaneamente atividades económicas e atividades não económicas deve ser considerada uma empresa unicamente no que respeita às primeiras. Esta alegação deve, portanto, ser julgada improcedente. Quanto à segunda alegação, como resulta da jurisprudência constante recordada nos n.ºs 114 e 115 das presentes conclusões, a qualificação como económica da atividade exercida no âmbito dos regimes de segurança social mistos depende de um exercício de ponderação, que consiste na análise dos diferentes elementos

102 V., nomeadamente, Acórdão de 21 de dezembro de 2011, Iride/Comissão (C-329/09 P, não publicado, EU:C:2011:859, n.ºs 48 a 51 e jurisprudência referida).

económicos e não económicos do regime nacional, bem como da sua importância e do seu objeto respetivo. Daqui decorre logicamente que o argumento segundo o qual qualquer elemento económico é suficiente para implicar essa qualificação é juridicamente errado. Na minha opinião, o segundo fundamento deve igualmente ser julgado improcedente.

VII. Quanto às despesas

157. Nos termos do artigo 184.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se o recurso for julgado procedente e o Tribunal de Justiça decidir definitivamente o litígio, decidirá igualmente sobre as despesas.

158. Nos termos do artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, aplicável ao processo de recurso de uma decisão do Tribunal Geral por força do artigo 184.º, n.º 1, desse mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão e a República Eslovaca pedido essa condenação, há que condenar a Dôvera nas despesas relativas ao processo no Tribunal Geral e ao presente recurso.

159. Nos termos do artigo 140.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, os Estados-Membros e as instituições que intervenham no litígio devem suportar as suas próprias despesas. A República da Finlândia, interveniente nos litígios, deve, portanto, suportar as suas próprias despesas efetuadas no âmbito do presente recurso.

160. Nos termos do artigo 140.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, o Tribunal de Justiça pode decidir que um interveniente diferente dos mencionados nos números anteriores suporte as suas próprias despesas. Há que decidir que a Union deve suportar as suas próprias despesas efetuadas no âmbito do processo no Tribunal Geral e do presente recurso.

VIII. Conclusão

161. À luz das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que decida do modo seguinte:

- 1) O Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 5 de fevereiro de 2018, Dôvera zdravotná poist'ovňa/Comissão (T-216/15, não publicado, EU:T:2018:64), é anulado.
- 2) Deve ser negado provimento ao recurso interposto pela Dôvera zdravotná poist'ovňa a.s. no Tribunal Geral da União Europeia.
- 3) É negado provimento aos recursos subordinados.
- 4) A Dôvera zdravotná poist'ovňa é condenada a suportar as suas próprias despesas e as efetuadas pela Comissão Europeia no âmbito do processo no Tribunal Geral e do presente recurso. Além disso, é condenada a suportar as despesas efetuadas pela República Eslovaca no âmbito do presente recurso.
- 5) A Union zdravotná poist'ovňa a.s. suportará as suas próprias despesas efetuadas no âmbito do processo no Tribunal Geral e do presente recurso.
- 6) A República da Finlândia suportará as suas próprias despesas efetuadas no âmbito do presente recurso.