



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)

19 de dezembro de 2019*

«Reenvio prejudicial — Auxílios de Estado — Conceito — Empresa pública ferroviária em dificuldades económicas — Medidas de auxílio — Atribuição de um auxílio financeiro — Objetivo — Prossecução das atividades da empresa pública ferroviária — Atribuição e participação no capital dessa empresa pública — Transferência para o capital de outra empresa pública — Critério do investidor privado — Dever de notificação prévia dos auxílios novos»

No processo C-385/18,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), por Decisão de 5 de abril de 2018, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 11 de junho de 2018, no processo

Arriva Italia Srl,

Ferrotramviaria SpA,

Consorzio Trasporti Aziende Pugliesi (CO.TRA.P)

contra

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti,

sendo intervenientes:

Ferrovie dello Stato Italiane SpA,

Gestione Commissariale per Le Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici Srl a socio unico,

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: A. Arabadjiev, presidente de secção, K. Lenaerts, presidente do Tribunal de Justiça, exercendo funções de juiz da Segunda Secção, P. G. Xuereb (relator), C. Vajda e A. Kumin, juízes,

advogado-geral: E. Tanchev,

secretário: R. Schiano, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 8 de maio de 2019,

* Língua do processo: italiano.

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Arriva Italia Srl, da Ferrotramviaria SpA e do Consorzio Trasporti Aziende Pugliesi (CO.TRA.P), por G. Zampa e T. Salonico, avvocati,
- em representação da Ferrovie dello Stato Italiane SpA, por A. Zoppini, G. M. Roberti, G. Bellitti e I. Perego, avvocati,
- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por P. Palmieri, avvocatessa dello Stato,
- em representação do Governo polaco, por B. Majczyna, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão Europeia, por D. Recchia e F. Tomat, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 29 de julho de 2019,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 107.º TFUE e 108.º, n.º 3, TFUE.
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Arriva Italia Srl, a Ferrotramviaria SpA e o Consorzio Trasporti Aziende Pugliesi (CO.TRA.P) (a seguir «Arriva Italia e o.») ao Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministério das Infraestruturas e dos Transportes, Itália) relativamente à transferência, por este último, da sua participação de 100 % no capital da Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici Srl a socio unico (a seguir «FSE») para a Ferrovie dello Stato Italiane SpA (a seguir «FSI»).

Quadro jurídico

Direito da União

- 3 O ponto 188 da Comunicação da Comissão Europeia sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, [TFUE] (JO 2016, C 262, p. 1; a seguir «Comunicação de 2016»), dispõe:

«O facto de as autoridades atribuírem um serviço público a um prestador interno (mesmo se tivessem poder para confiar esse serviço a terceiros) não exclui uma possível distorção da concorrência. No entanto, exclui-se uma possível distorção da concorrência se forem preenchidas as seguintes condições cumulativas:

- a) Um serviço está sujeito a um monopólio legal (estabelecido em conformidade com o direito da UE);
- b) O monopólio legal não só exclui a concorrência no mercado como também a concorrência para o mercado, na medida em que impede toda a potencial concorrência de se tornar o prestador exclusivo do serviço em questão;
- c) O serviço não está em concorrência com outros serviços; e

d) Se o prestador de serviços exercer a sua atividade noutra mercado (geográfico ou do produto) que está aberto à concorrência, há que excluir a subsídio cruzada. Tal requer a utilização de contas separadas, uma afetação adequada dos custos e das receitas e a impossibilidade de o financiamento público concedido ao serviço objeto do monopólio legal poder beneficiar outras atividades.»

4 Os pontos 211 e 212 da Comunicação de 2016 têm a seguinte redação:

«211. Existem circunstâncias em que certas infraestruturas não estão em concorrência direta com outras infraestruturas do mesmo tipo ou com outras infraestruturas de natureza diferente que oferecem serviços com um elevado grau de substituíbilidade, ou diretamente com tais serviços. A ausência de concorrência direta entre infraestruturas é provavelmente o caso das infraestruturas de redes globais que são monopólios naturais, ou seja, cuja reprodução seria ineficiente do ponto de vista económico. De igual modo, pode haver setores onde o financiamento privado para a construção de infraestruturas é insignificante. Segundo a Comissão, é de excluir, normalmente, um efeito sobre as trocas comerciais entre os Estados-Membros ou uma distorção da concorrência no que respeita à construção de infraestruturas nos casos em que, ao mesmo tempo, i) uma infraestrutura não enfrenta normalmente qualquer concorrência direta e ii) o financiamento privado é insignificante no setor e no Estado-Membro em causa e iii) a infraestrutura não visa favorecer de forma seletiva uma determinada empresa ou setor, mas traga benefícios para a sociedade em geral.

212. Para que a totalidade do financiamento público de um dado projeto não seja abrangida pelo âmbito de aplicação das regras em matéria de auxílios estatais, os Estados-Membros têm de garantir que o financiamento concedido para a construção das infraestruturas nas situações referidas no ponto 211 não pode ser utilizado para a subsídio cruzada ou indireta de outras atividades económicas, nomeadamente a exploração da infraestrutura. [...]»

5 O ponto 219 da Comunicação de 2016 estabelece:

«Embora a exploração das infraestruturas ferroviárias possa constituir uma atividade económica [...], a construção das infraestruturas ferroviárias que são postas à disposição de potenciais utilizadores em termos equitativos e não discriminatórios — por oposição à exploração das infraestruturas — preenche normalmente as condições previstas no ponto 211, pelo que o seu financiamento não afeta, normalmente, as trocas comerciais entre os Estados-Membros nem falseia a concorrência. [...]

(*) [Nota oficial] Esta observação não prejudica a questão de saber se qualquer vantagem concedida ao operador da infraestrutura pelo Estado constitui um auxílio estatal. Por exemplo, se a exploração da infraestrutura estiver sujeita a um monopólio legal e se for excluída a concorrência para o mercado explorar a infraestrutura, uma vantagem concedida ao operador da infraestrutura pelo Estado não é suscetível de falsear a concorrência, pelo que não constitui um auxílio estatal. [...] Como explicado no ponto 188, se o proprietário ou o operador exercer a sua atividade noutra mercado liberalizado, deve, para evitar a subsídio cruzada, manter contas separadas, afetar custos e receitas de uma forma adequada e assegurar que qualquer financiamento público não beneficia outras atividades.»

Direito italiano

6 O artigo 1.º, n.º 867, da legge n. 208 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016) (Lei n.º 208, que regula a Elaboração do Orçamento Anual e Plurianual do Estado), de 28 de dezembro de 2015 (suplemento ordinário ao GURI n.º 15, de 20 de janeiro de 2016, a seguir «Lei da Estabilidade de 2016»), previa a colocação da FSE sob administração extraordinária, devido à sua «grave situação financeira». Esta administração extraordinária devia ser instituída por decreto do Ministério das Infraestruturas e dos Transportes.

- 7 O segundo e quinto períodos do artigo 1.º, n.º 867, da Lei da Estabilidade de 2016 impunham ao administrador extraordinário, responsável pela administração da FSE, por um lado, que «elabor[asse] um plano empresarial de saneamento financeiro» destinado a reduzir os custos de funcionamento desta e, por outro, que apresentasse ao ministro das Infraestruturas e dos Transportes propostas para que a FSE fosse transferida ou cedida segundo critérios e métodos definidos mediante decreto adotado pelo referido ministro. Além disso, o sexto e último período do artigo 1.º, n.º 867, da Lei da Estabilidade de 2016 dispunha que, na pendência da aplicação do plano de saneamento financeiro supramencionado, «a fim de garantir a continuidade operacional da [FSE]», era autorizada uma despesa de 70 milhões de euros para o exercício de 2016.
- 8 Nos termos daquela disposição da Lei da Estabilidade de 2016, o ministro das Infraestruturas e dos Transportes adotou o Decreto n.º 9, de 12 de janeiro de 2016 (a seguir «Decreto de 12 de janeiro de 2016»), que previa a colocação da FSE sob administração extraordinária. Nos termos do artigo 6.º deste decreto, o montante de 70 milhões de euros, atribuído à FSE nos termos do artigo 1.º, n.º 867, da Lei da Estabilidade de 2016, destinava-se a aumentar progressivamente o capital desta última e podia ser utilizado pelo administrador extraordinário sem autorização do sócio público «a fim de garantir a prossecução e a regularidade do serviço gerido pela sociedade».
- 9 Pelo Decreto n.º 264, de 4 de agosto de 2016 (a seguir «Decreto de 4 de agosto de 2016»), e considerando que o património negativo da FSE ascendia a 200 milhões de euros, o ministro das Infraestruturas e dos Transportes decidiu transferir a totalidade da participação do seu Ministério no capital desta sociedade para a FSI.
- 10 Segundo o Decreto de 4 de agosto de 2016, o adquirente da FSE foi selecionado com base nos critérios enunciados no artigo 1.º, n.º 1, do referido decreto, concretamente: a) «melhoria da eficiência das participações públicas no quadro de uma reorganização interna de uma única unidade económica detida pelo mesmo proprietário (o Estado)»; b) «adequada capacidade industrial e patrimonial da entidade para a qual foi transferida a participação, para assegurar a continuidade laboral, do serviço e do acesso ao financiamento [...]»; e c) «saneamento da sociedade, tendo em conta o património líquido negativo da [FSE]».
- 11 Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do Decreto de 4 de agosto de 2016, a transferência devia ser efetuada sem qualquer contrapartida, sob reserva do compromisso formal da FSI de pôr termo, nos prazos legais, ao desequilíbrio patrimonial da FSE. O artigo 2.º, n.º 3, do referido decreto estabelecia que a transferência não punha em causa o direito da FSE de utilizar a atribuição do montante de 70 milhões de euros referido no artigo 1.º, n.º 867, da Lei da Estabilidade de 2016, para alcançar os objetivos estabelecidos por essa lei. Além disso, decorre do artigo 2.º, n.º 4, do mesmo decreto que a transferência só podia ser efetuada depois de a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridade de Defesa da Concorrência e do Mercado, Itália, a seguir «AGCM») ter decidido não proceder à fiscalização da operação de concentração entre a FSI e a FSE ou autorizar a referida concentração.
- 12 Na sequência da transferência da participação no capital da FSE para a FSI, o artigo 47.º, n.º 7, do decreto-legge n. 50 — Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo (Decreto-Lei n.º 50, que aprova Disposições Urgentes em Matéria Financeira, Iniciativas de Apoio às Autoridades Regionais ou Locais, Medidas Adicionais de Apoio às Zonas afetadas por Fenómenos Sísmicos e Medidas para o Desenvolvimento), de 24 de abril de 2017 (suplemento ordinário do GURI n.º 95, de 24 de abril de 2017, a seguir «Decreto-Lei n.º 50/2017»), que passou, após alteração, a Lei

n.º 96, de 21 de junho de 2017 (suplemento ordinário do GURI n.º 31, de 23 de junho de 2017), alterou o sexto período do artigo 1.º, n.º 867, da Lei da Estabilidade de 2016, substituindo-o pelo seguinte texto:

«Sem prejuízo das obrigações referidas no presente número, é autorizada uma despesa de 70 milhões de euros para o ano de 2016. Os recursos correspondentes são transferidos para o património da [FSE] para, em conformidade com a regulamentação da União relativa esta matéria e no âmbito do plano de saneamento financeiro da empresa, serem utilizados exclusivamente para cobrir o passivo, incluindo o passivo anterior, e as necessidades financeiras do setor das infraestruturas. Tal não prejudica os atos, as medidas e as operações já realizados ao abrigo do [Decreto de 4 de agosto de 2016] [...]»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 13 Na data em que foi colocada sob administração extraordinária, a FSE estava encarregada, por parte da Região da Apúlia (Itália), da exploração e manutenção de uma infraestrutura ferroviária local com a extensão de 474 km e de serviços públicos de transporte ferroviário de passageiros, bem como de serviços de transporte rodoviário complementares e/ou alternativos.
- 14 A FSI, sociedade integralmente detida pelo Ministério da Economia e das Finanças, é a sociedade *holding* de um grupo que opera no setor do transporte ferroviário de mercadorias e passageiros, com a assistência da sua filial Trenitalia SpA, que é a principal empresa ferroviária italiana e concessionária da exploração da rede ferroviária nacional da Rete Ferroviaria Italiana SpA, que faz parte do mesmo grupo.
- 15 Em 24 de outubro de 2016, a Arriva Italia e o., que operam todas no setor dos transportes públicos, ferroviários ou rodoviários, e que tinham anteriormente informado o administrador extraordinário do seu interesse em adquirir a FSE, interpuseram no Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália) um recurso de anulação do Decreto de 4 de agosto de 2016 que prevê a transferência para a FSI da totalidade da participação do Ministério das Infraestruturas e dos Transportes no capital da FSE.
- 16 Em apoio do presente recurso, alegaram, em especial, que a atribuição de 70 milhões de euros e a transferência para a FSI da totalidade da participação do Ministério das Infraestruturas e dos Transportes na FSE (a seguir, conjuntamente, «medidas em causa») constituíam um auxílio de Estado e que, ao não notificar essas medidas à Comissão e ao ter procedido à sua aplicação, o Estado italiano violou o artigo 108.º, n.º 3, TFUE.
- 17 Em 26 de outubro de 2016, a AGCM comunicou ao Governo italiano o projeto de transferência para a FSI da participação de 100 % do Ministério das Infraestruturas e Transportes na FSE e da atribuição de 70 milhões de euros (a seguir «comunicação da AGCM»). A razão desta comunicação baseava-se no facto de cada uma das medidas em causa, segundo a AGCM, poder constituir um auxílio de Estado.
- 18 Em 21 de novembro de 2016, a AGCM decidiu não proceder à fiscalização da operação de concentração entre a FSI e a FSE, uma vez que, segundo a referida autoridade, tal concentração não implicava a criação ou o reforço de uma posição dominante suscetível de eliminar ou reduzir de forma substancial e duradoura a concorrência nos mercados pertinentes.
- 19 Por memorando de 28 de novembro de 2016, o Ministro das Infraestruturas e dos Transportes informou que estavam reunidas as duas condições de que dependia a transferência para a FSI da totalidade da participação que detinha no capital da FSE, concretamente, que a AGCM tinha decidido

não proceder à fiscalização da operação de concentração entre a FSI e a FSE e que a FSI se tinha comprometido a sanar, nos prazos legais, o desequilíbrio patrimonial da FSE. No mesmo dia, a transferência da participação no capital da FSE para a FSI foi realizada por escritura notarial.

- 20 O memorando ministerial de 28 de novembro de 2016 especifica que o montante de 70 milhões de euros, atribuído nos termos do artigo 1.º, n.º 867, da Lei da Estabilidade de 2016 «se destina[va] — com caráter exclusivo — a cobrir as necessidades financeiras das infraestruturas ferroviárias da [FSE] no respeito da regulamentação da União».
- 21 Em janeiro de 2017, a FSE requereu ao Tribunale di Bari (Tribunal de Primeira Instância de Bari, Itália) a celebração de um acordo com os credores.
- 22 Por Sentença de 31 de maio de 2017, o Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio) negou provimento ao recurso que lhe tinha sido submetido.
- 23 A Arriva Italia e o. interpuseram recurso dessa decisão para o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália).
- 24 Este órgão jurisdicional considera que, para dirimir o litígio que lhe é submetido, é necessária uma interpretação das disposições do Tratado TFUE.
- 25 Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à questão de saber se as medidas em causa foram financiadas através de recursos do Estado e se conferem uma vantagem ao beneficiário, como exige o artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Em especial, a transferência da participação no capital da FSE para a FSI pode inscrever-se num contexto e obedecer a objetivos que permitam invocar o princípio da neutralidade da União no que respeita ao regime da propriedade das sociedades previsto no artigo 345.º TFUE.
- 26 Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio observa que o montante de 70 milhões de euros atribuído à FSE, embora tenha sido incluído na contabilidade desta última, não saiu materialmente do orçamento do Estado italiano. Por conseguinte, é duvidoso que se possa considerar que os fundos em questão já tinham sido concedidos e, por conseguinte, estejam sujeitos à obrigação de notificação nos termos do artigo 108.º, n.º 3, TFUE.
- 27 Em terceiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio observa que o setor económico pertinente no caso em apreço é o setor do transporte regional de passageiros no território abrangido pelo contrato de prestação de serviços celebrado entre a ESF e a Região da Apúlia. Ora, a AGCM considerou que a transferência da participação no capital da FSE para a FSI não constituía uma concentração que tivesse por efeito restringir a concorrência em qualquer dos mercados de serviços de transporte em causa no presente processo.
- 28 Por último, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta-se se, caso se verifique, não obstante, a existência de um auxílio de Estado no presente processo, o montante atribuído de 70 milhões de euros deve ser retirado e a estrutura de propriedade atual da FSE mantida ou se, pelo contrário, deve ser organizado um concurso público para a aquisição desta empresa.
- 29 Nestas condições, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Nas circunstâncias de facto e de direito apresentadas, constitui um auxílio de Estado, na aceção do artigo 107.º [TFUE], uma medida que consiste na atribuição por via legislativa de um montante de 70 milhões de euros a um operador do setor dos transportes ferroviários, nas condições definidas

no artigo 1.º, n.º 867, da [Lei da Estabilidade de 2016], conforme alterada pelo Decreto-Lei n.º 50/2017, de 24 de abril de 2017, e a posterior transferência desse [operador] para outro operador económico, sem que tenha havido concurso e sem o pagamento de uma contrapartida?

- 2) Em caso de resposta afirmativa, o auxílio em questão é compatível com o direito da União e quais são as consequências da sua falta de notificação nos termos do artigo 107.º, n.º 3, TFUE?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

- 30 Com a primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 107.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que, por um lado, a atribuição de uma quantia de dinheiro a uma empresa pública ferroviária que se encontra em graves dificuldades financeiras e, por outro, a transmissão da totalidade da participação detida pelo Estado-Membro em causa no capital dessa empresa para outra empresa pública, sem concurso e sem contrapartida, mas mediante a obrigação de esta última sanar o desequilíbrio patrimonial da primeira, constituem auxílios de Estado, na aceção do referido artigo 107.º TFUE.
- 31 Segundo jurisprudência constante, a qualificação de auxílio de Estado, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, exige que estejam preenchidos todos os requisitos referidos nessa disposição. Por conseguinte, em primeiro lugar, deve tratar-se de uma intervenção do Estado ou através de recursos estatais. Em segundo lugar, essa intervenção deve ser suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Em terceiro lugar, deve conceder uma vantagem seletiva ao seu beneficiário. Em quarto lugar, deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência (Acórdão de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 38 e jurisprudência referida).
- 32 Cumpre, pois, examinar se estes requisitos estão preenchidos para as medidas em causa.

No que se refere à atribuição de 70 milhões de euros a FSE

- 33 No que se refere à atribuição do montante de 70 milhões de euros à FSE, importa recordar, quanto ao primeiro dos requisitos referidos no n.º 31 do presente acórdão, que, para que as vantagens possam ser qualificadas de «auxílios», na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, devem, por um lado, ser concedidas direta ou indiretamente através de recursos estatais e, por outro, ser imputáveis ao Estado (Acórdão de 15 de maio de 2019, Achema e o., C-706/17, EU:C:2019:407, n.º 47 e jurisprudência referida).
- 34 No que diz respeito, em primeiro lugar, à imputabilidade da medida ao Estado, basta observar que a atribuição do referido montante à FSE é uma consequência direta da Lei da Estabilidade de 2016.
- 35 No que respeita, em segundo lugar, à exigência de que a vantagem seja concedida direta ou indiretamente através de recursos estatais, importa notar que o facto de, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o montante de 70 milhões de euros não ter saído materialmente do orçamento do Estado italiano e, conseqüentemente, não ter dado lugar a uma despesa para o orçamento desse Estado-Membro não significa, enquanto tal, que esse montante não possa ser qualificado de «recurso estatal», designadamente quando foi criado um encargo potencial para o orçamento do Estado italiano pelo artigo 1.º, n.º 867, da Lei da Estabilidade de 2016.

- 36 A este respeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, a partir do momento em que o direito a receber um auxílio, prestado através de recursos estatais, é conferido ao beneficiário nos termos da legislação nacional aplicável, o auxílio deve ser considerado concedido, pelo que a transferência efetiva dos recursos em causa não é determinante (v., neste sentido, Acórdão de 21 de março de 2013, *Magdeburger Mühlenwerke*, C-129/12, EU:C:2013:200, n.º 40).
- 37 Com efeito, no que respeita, mais especificamente, a uma sociedade beneficiária em dificuldades financeiras, é a decisão das autoridades públicas de lhe conceder um auxílio estatal, e não o pagamento efetivo do mesmo, que é suscetível de permitir aos dirigentes dessa sociedade concluir que a sua atividade é economicamente viável e, portanto, prosseguir-la, sempre que essa decisão confira à sociedade beneficiária um direito a receber esse auxílio, o que cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar, se necessário.
- 38 A este respeito, saliente-se que resulta do artigo 1.º, n.º 867, da Lei da Estabilidade de 2016 que a atribuição do montante de 70 milhões de euros à FSE foi autorizada «na pendência da aplicação do plano de saneamento» a elaborar pelo administrador extraordinário, ao qual incumbia administrar a FSE por força da mesma disposição.
- 39 Com efeito, como resulta igualmente do artigo 1.º, n.º 867, da Lei da Estabilidade de 2016, o legislador italiano tinha decidido, tendo em conta a «grave situação financeira» da FSE na data de adoção da referida lei, colocar esse montante à disposição da FSE, a fim de garantir a prossecução das suas atividades, como resulta do artigo 6.º do Decreto de 12 de janeiro de 2016, o que implica que esta medida se destinava a ser imediatamente aplicável. Assim, não estava condicionada à finalização de um plano de saneamento.
- 40 A este respeito, saliente-se que o relatório técnico anexo à Lei da Estabilidade de 2016 refere efeitos negativos significativos para a continuidade dos serviços de transporte público na Região da Apúlia que, na falta de uma intervenção extraordinária por parte do Estado italiano, ocorreriam a partir de dezembro de 2015. Recorde-se ainda que resulta da decisão de reenvio que o montante em causa no processo principal foi contabilizado pela FSE na sequência da adoção da lei de 2016.
- 41 Nestas circunstâncias, deve considerar-se que a atribuição do montante de 70 milhões de euros à FSE, com base no artigo 1.º, n.º 867, da Lei da Estabilidade de 2016, mesmo que este montante não tenha sido materialmente retirado do orçamento do Estado italiano, pode constituir uma intervenção mediante recursos estatais, na aceção da jurisprudência referida no n.º 31 do presente acórdão, desde que a mesma disposição já tenha concedido à FSE um direito a essa atribuição, o que incumbe ao órgão jurisdicional nacional verificar.
- 42 No que respeita ao segundo requisito mencionado no n.º 31 do presente acórdão, importa recordar que decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, para efeitos da qualificação de uma medida nacional de «auxílio de Estado», não é necessário provar a incidência real do auxílio em causa nas trocas comerciais entre os Estados-Membros e a distorção efetiva da concorrência, mas apenas examinar se esse auxílio é suscetível de afetar essas trocas e falsear a concorrência (Acórdão de 27 de junho de 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 78 e jurisprudência referida).
- 43 A este respeito, não é necessário que as próprias empresas beneficiárias participem nas trocas comerciais entre os Estados-Membros. Com efeito, quando um Estado-Membro concede um auxílio a uma empresa, a produção interna pode ser mantida ou aumentada, daí resultando que as hipóteses de as empresas estabelecidas noutros Estados-Membros penetrarem no mercado deste Estado-Membro são diminuídas (v., neste sentido, Acórdão de 8 de maio de 2013, *Libert e o.*, C-197/11 e C-203/11, EU:C:2013:288, n.º 78 e jurisprudência referida).

- 44 Além disso, resulta da jurisprudência que o requisito segundo o qual o auxílio deve ser suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros não depende da natureza local ou regional dos serviços de transporte fornecidos nem da importância do domínio de atividade em causa (Acórdão de 14 de janeiro de 2015, Eventech, C-518/13, EU:C:2015:9, n.º 69).
- 45 À luz desta jurisprudência, importa recordar que uma das recorrentes no processo principal, a Arriva Italia, é uma filial do grupo alemão Deutsche Bahn AG e que, como observou o advogado-geral no n.º 48 das suas conclusões, a atribuição do montante de 70 milhões de euros à FSE diminuiu a possibilidade desta sociedade, ou mesmo de outras empresas estabelecidas em Estados-Membros distintos da República Italiana, explorar a infraestrutura ferroviária confiada à FSE ou prestar serviços de transporte de passageiros nessa infraestrutura. Nestas circunstâncias, o apoio financeiro que permite assegurar a sustentabilidade de uma empresa, como a FSE, que atravessa dificuldades financeiras é suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros.
- 46 No que se refere ao terceiro requisito mencionado no n.º 31 do presente acórdão, não se contesta que a atribuição do montante de 70 milhões de euros à FSE constituiu uma vantagem concedida a esta empresa pública. Contudo, resulta de jurisprudência constante que os requisitos que uma medida deve preencher para se enquadrar no conceito de «auxílio» na aceção do artigo 107.º TFUE não estão preenchidos se a empresa pública beneficiária pudesse obter a mesma vantagem que foi colocada à sua disposição através de recursos do Estado em circunstâncias correspondentes às condições normais do mercado, sendo esta apreciação feita, em relação às empresas públicas, pela aplicação, em princípio, do critério do investidor privado (Acórdão de 5 de junho de 2012, Comissão/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, n.º 78 e jurisprudência referida).
- 47 Resulta igualmente da jurisprudência que, para efeitos da apreciação da questão de saber se a mesma medida teria sido adotada em condições normais do mercado por um investidor privado colocado numa situação o mais semelhante possível à do Estado, só podem ser tidos em conta os benefícios e as obrigações relacionados com a situação deste Estado na qualidade de acionista, com exclusão dos relacionados com a sua qualidade de poder público (Acórdão de 5 de junho de 2012, Comissão/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, n.º 79 e jurisprudência referida).
- 48 Além disso, em caso de dúvida, o referido critério só é aplicável se o Estado-Membro puder demonstrar inequivocamente e com base em elementos objetivos e verificáveis, estabelecidos prévia ou simultaneamente à concessão da vantagem económica, que a medida aplicada decorre da sua qualidade de acionista. A este propósito, podem, nomeadamente, ser exigidos elementos que demonstrem que essa decisão se baseia em avaliações económicas comparáveis às que, nas circunstâncias do caso em apreço, um investidor privado razoável colocado numa situação o mais semelhante possível à do referido Estado-Membro teria efetuado, antes de proceder ao referido investimento, para determinar a rentabilidade futura desse investimento (v., neste sentido, Acórdão de 5 de junho de 2012, Comissão/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, n.ºs 82 e 84).
- 49 A este respeito, importa recordar que decorre do artigo 1.º, n.º 867, da Lei da Estabilidade de 2016 que o montante de 70 milhões de euros foi atribuído à FSE, tendo em conta a sua «grave situação financeira», «a fim de assegurar a prossecução das atividades [da FSE]» enquanto se aguardava a execução do plano de saneamento. No entanto, um investidor privado numa situação tão próxima quanto possível da do Estado, numa situação como a que está em causa no presente processo, não teria procedido à atribuição de um montante de 70 milhões de euros a uma empresa em sérias dificuldades financeiras sem ter previamente avaliado a rentabilidade de tal investimento.
- 50 Não resulta, todavia, dos elementos dos autos que o Estado italiano tenha procedido a essa avaliação antes da adoção da Lei da Estabilidade de 2016. É certo que o relatório técnico que acompanha esta lei faz referência a uma «análise financeira e económica» a este respeito. Todavia, como salientou o advogado-geral, no n.º 54 das suas conclusões, não há indicação de que essa análise tenha procurado determinar a rentabilidade da atribuição de 70 milhões de euros para o Estado italiano.

- 51 Nestas circunstâncias, na falta de elementos que permitam demonstrar que a decisão de atribuir o montante em questão à FSE foi tomada pelo Estado enquanto acionista da mesma, o que, no entanto, caberá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, não parece possível aplicar o critério do investidor privado para concluir que essa atribuição não constituía uma vantagem seletiva.
- 52 No que se refere ao último dos requisitos previstos no n.º 31 do presente acórdão, deve recordar-se que, segundo a jurisprudência referida no n.º 42 do presente acórdão, não é necessário provar a distorção efetiva da concorrência, mas apenas examinar se esse auxílio é suscetível de falsear a concorrência. Importa igualmente recordar que decorre desta mesma jurisprudência que os auxílios que visam libertar uma empresa dos custos que ela devia normalmente suportar no âmbito da sua gestão corrente ou das suas atividades normais falseiam, em princípio, as condições de concorrência (Acórdão de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 80 e jurisprudência referida).
- 53 Uma atribuição de fundos como a que está em causa no processo principal, que permite a uma empresa em sérias dificuldades financeiras continuar a estar presente no mercado, é, pois, em princípio, suscetível de falsear as condições de concorrência.
- 54 É certo que a FSI e o Governo italiano sustentam, em primeiro lugar, que isso não acontece no processo principal, alegando que o montante de 70 milhões de euros só podia ser utilizado para financiar a infraestrutura ferroviária explorada pela FSE, em segundo lugar, que essa operação estava sujeita a um monopólio legal em direito italiano e, em terceiro lugar, que o facto de a FSE ter contabilidade separada para a exploração dessa infraestrutura, por um lado, e a prestação de serviços de transporte, por outro, evitava qualquer risco de subvenções cruzadas. No entanto, esta argumentação não pode refutar a conclusão obtida no número anterior do presente acórdão no que respeita aos efeitos nas condições de concorrência que podem resultar da manutenção no mercado de uma empresa, como a FSE, que se encontra em sérias dificuldades financeiras.
- 55 Com efeito, em primeiro lugar, importa salientar que nem a versão original do artigo 1.º, n.º 867, da Lei da Estabilidade de 2016 nem os Decretos de 12 de janeiro e de 4 de agosto de 2016 previam que o montante de 70 milhões de euros atribuído à FSE só podia ser utilizado para financiar a infraestrutura ferroviária utilizada por esta última. Apenas na versão alterada pelo Decreto-Lei n.º 50/2017, adotado em 24 de abril de 2017, esta disposição da Lei da Estabilidade de 2016 mencionou essa afetação do referido montante.
- 56 No entanto, uma vez que decorre da jurisprudência referida no n.º 36 do presente acórdão que o momento decisivo para a apreciação da conformidade de uma medida relativamente às regras da União em matéria de auxílios estatais é aquele em que o direito a receber o auxílio em questão é conferido ao beneficiário ao abrigo da legislação nacional aplicável, a modificação da afetação do montante em causa no processo principal pelo Decreto-Lei n.º 50/2017 não pode afetar a conclusão de que a atribuição desse montante era suscetível de falsear a concorrência, desde que o artigo 1.º, n.º 867, da Lei da Estabilidade de 2016, na versão inicial, já tenha conferido à FSE o direito incondicional a essa atribuição, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, como resulta do n.º 41 do presente acórdão.
- 57 Em segundo lugar, é verdade, como a Comissão afirma, em substância, nos pontos 188 e 219 da sua Comunicação de 2016, que o facto de um Estado-Membro confiar um serviço público sujeito a monopólio legal a uma empresa pública não falseia, em determinadas circunstâncias, a concorrência, e que uma vantagem concedida ao operador de uma infraestrutura sujeita a monopólio legal não pode, em tais circunstâncias, falsear a concorrência. No entanto, tal como a Comissão salienta igualmente no ponto 188, alínea b), da referida comunicação, para que tal distorção seja excluída em tais circunstâncias, é necessário que o monopólio legal não só exclua a concorrência no mercado mas também para o mercado, na medida em que impede toda a potencial concorrência de se tornar o prestador exclusivo do serviço em questão.

- 58 Resulta dos elementos do processo apresentado ao Tribunal de Justiça que, durante o período do seu contrato com a Região da Apúlia, a FSE beneficia do direito exclusivo de explorar a infraestrutura ferroviária abrangida por esse contrato para a prestação de serviços de transporte público ferroviário de passageiros. No entanto, para demonstrar que se tratava de um contrato que excluía a concorrência, seria necessário demonstrar que a Região da Apúlia estava obrigada, através de medidas legislativas ou regulamentares, a adjudicar a exploração dessa infraestrutura e esses serviços de forma exclusiva a essa empresa (v., por analogia, Acórdão de 29 de julho de 2019, Azienda Napoletana Mobilità, C-659/17, EU:C:2019:633, n.º 38). Ora, nenhum elemento do processo apresentado ao Tribunal de Justiça demonstra que tal obrigação existia, pelo que parece que esta região teria igualmente podido atribuir a referida exploração e os referidos serviços a outro prestador de serviços.
- 59 Consequentemente, a atribuição do montante de 70 milhões de euros à FSE, ao permitir a esta sociedade permanecer no mercado, era suscetível de impedir a atribuição a outras empresas, como a Arriva Italia e o., a exploração da infraestrutura ferroviária explorada pela FSE e a prestação de serviços de transporte na mesma infraestrutura.
- 60 Em terceiro lugar, no que se refere ao argumento relativo à manutenção de uma contabilidade separada pela FSE, por um lado, para a exploração da infraestrutura ferroviária em causa e, por outro, para a prestação de serviços de transporte, convém notar que, ainda que o montante de 70 milhões de euros tivesse sido atribuído à FSE e por ela utilizado exclusivamente para o financiamento desta infraestrutura ferroviária, eventualmente a partir da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 50/2017, é de notar que esta circunstância não excluiria os efeitos nas condições de concorrência referidas no n.º 53 do presente acórdão. Com efeito, como a Comissão indicou no ponto 219 da sua Comunicação de 2016, é a construção das infraestruturas ferroviárias que são postas à disposição de potenciais utilizadores em termos equitativos e não discriminatórios que preenche normalmente as condições previstas no ponto 211 da referida comunicação, pelo que o financiamento dessa construção não distorce normalmente a concorrência.
- 61 Assim, pressupondo que a atribuição deste montante à FSE pode ser entendida como tendo sido efetuada exclusivamente para efeitos de construção de uma infraestrutura ferroviária, e não para outros fins, trata-se, no entanto, de uma infraestrutura ferroviária que não é posta à disposição de potenciais utilizadores em termos equitativos e não discriminatórios, tendo em conta que a FSE beneficia de um direito exclusivo a essa utilização durante a vigência do seu contrato com a Região da Apúlia. Por conseguinte, o facto de a FSE estar obrigada a uma contabilidade separada não afeta a conclusão de que a atribuição do montante de 70 milhões de euros a esta empresa era suscetível de falsear a concorrência.
- 62 Resulta do que precede que, sem prejuízo das verificações a efetuar pelo órgão jurisdicional de reenvio, uma medida que consiste na atribuição de um montante em dinheiro a uma empresa ferroviária pública em sérias dificuldades financeiras pode ser qualificada de auxílio de Estado, na aceção do artigo 107.º TFUE.

No que respeita à transferência da participação no capital da FSE para a FSI

- 63 No que respeita à segunda das duas medidas em causa, importa salientar, desde já, que esta compreende dois elementos, concretamente, por um lado, a transferência da totalidade da participação detida pelo Ministério das Infraestruturas e dos Transportes no capital da FSE para a FSI, sem um procedimento de concurso e sem contrapartida, e, por outro, a obrigação assumida pela FSI de sanar o desequilíbrio patrimonial da FSE.
- 64 Ainda que o facto de a participação detida no capital da FSE ter sido transferida para a FSI sem contrapartida sugira, à primeira vista, que esta última sociedade é que poderia ser considerada beneficiária de um potencial auxílio de Estado, importa recordar que a operação em causa visava

restabelecer a rentabilidade da FSE. Não se pode pois excluir que esta última possa ser considerada beneficiária do auxílio potencial. Caberá, por conseguinte, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar qual destas duas empresas deve ser considerada, se for caso disso, beneficiária de um potencial auxílio de Estado ou se tanto a FSE como a FSI podem ser consideradas, em conjunto, como tendo beneficiado desse auxílio com base nos critérios estabelecidos no n.º 31 do presente acórdão.

- 65 Quanto à questão de saber se a segunda das duas medidas em causa constitui um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º TFUE, importa notar, em primeiro lugar, no que respeita ao primeiro dos requisitos referidos no n.º 31 do presente acórdão, que a transferência da totalidade da participação detida pelo Ministério das Infraestruturas e dos Transportes no capital da FSE para a FSI deve ser considerada uma transferência de recursos do Estado imputável a este último. Além disso, a obrigação assumida pela FSI de sanar o desequilíbrio patrimonial da FSE constitui igualmente uma transferência de recursos do Estado, a favor desta última, desde que a FSI tenha adquirido um direito a esse apoio, o que, se for caso disso, caberá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. Uma vez que o compromisso de sanar o desequilíbrio patrimonial da FSE foi assumido por uma empresa pública detida a 100 % pelo Ministério da Economia e das Finanças, é, em quaisquer circunstâncias, imputável ao Estado italiano.
- 66 Contrariamente ao que o Governo italiano e a FSI alegaram, o facto de, nos termos do artigo 345.º TFUE, este Tratado em nada prejudicar o regime da propriedade nos Estados-Membros, não pode ser invocado em apoio da tese de que a transferência da participação no capital da FSE para a FSI não pode ser considerada um auxílio de Estado.
- 67 Com efeito, como recordou o advogado-geral no n.º 87 das suas conclusões, o artigo 345.º TFUE não isenta os regimes de propriedade pública das regras relativas aos auxílios de Estado, uma vez que resulta do artigo 106.º, n.º 1, TFUE que as regras do Tratado FUE em matéria de concorrência, incluindo as relativas aos auxílios de Estado, em princípio, são igualmente aplicáveis às empresas públicas. Além disso, como alegou a Comissão, aceitar a tese de que as regras em matéria de auxílios de Estado não são aplicáveis pelo facto de o beneficiário ser uma empresa pública e de a vantagem concedida permanecer na esfera económica do Estado em sentido lato, comprometeria o efeito útil dessas regras e introduziria uma discriminação injustificada entre os beneficiários públicos e os beneficiários privados, em violação do princípio da neutralidade previsto no artigo 345.º TFUE.
- 68 Em qualquer caso, importa recordar que, no processo principal, não se trata apenas da transferência do capital de uma empresa pública em dificuldades financeiras para outra empresa pública, mas também da obrigação aceite pela empresa pública destinatária dessa transferência de sanar o desequilíbrio patrimonial dessa empresa pública em dificuldades.
- 69 Em segundo lugar, no que se refere ao requisito relativo à afetação das trocas comerciais entre os Estados-Membros, importa notar que a transferência em causa no processo principal, assim como a atribuição do montante de 70 milhões de euros à FSE, reduz a possibilidade de a Arriva Italia, ou mesmo de outras empresas estabelecidas em Estados-Membros distintos da República Italiana, operarem nos mercados confiados à FSE. Nestas circunstâncias, a transferência da participação no capital da FSE para a FSI, sem contrapartida, mas mediante a obrigação desta última de sanar o desequilíbrio patrimonial da FSE, deve ser considerada uma medida suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros.
- 70 Em terceiro lugar, quanto à questão de saber se a transferência da participação detida pelo Ministério das Infraestruturas e dos Transportes no capital da FSE para a FSI é suscetível de constituir uma vantagem seletiva para a FSI, importa notar que essa transferência de capital, sem contrapartida financeira, gera, em princípio, uma vantagem seletiva para a entidade para a qual o capital é transferido se, na data dessa transferência, o valor desse capital exceder o custo das obrigações eventualmente assumidas por essa entidade no âmbito da referida operação de transferência. Assim, no caso em apreço, a transferência em causa é suscetível de constituir uma vantagem seletiva para a FSI, uma vez que o valor da FSE na data dessa transferência, eventualmente aumentado pela atribuição do montante

de 70 milhões a seu favor por parte do Estado italiano, excede o montante do investimento que a FSI deve realizar para cumprir a sua obrigação de sanar o desequilíbrio patrimonial da FSE, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

- 71 Tal transferência é igualmente suscetível de constituir uma vantagem seletiva para a entidade para a qual é transferido o capital se essa operação permitir assegurar a sua continuidade. No processo principal, a existência de tal vantagem, conferida à FSE, dependerá assim da questão de saber se a obrigação assumida pela FSI de sanar o desequilíbrio patrimonial da FSE lhe permitir continuar a explorar a infraestrutura ferroviária que lhe foi confiada pela Região da Apúlia e prestar serviços de transporte nessa infraestrutura, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.
- 72 Contrariamente ao que o Governo italiano e a FSI alegaram na audiência, não resulta dos elementos do processo apresentado ao Tribunal de Justiça que, segundo o critério do investidor privado, a empresa pública beneficiária desta vantagem, seja a FSI ou a FSE, poderia ter obtido a mesma vantagem que a concedida através de recursos estatais em circunstâncias correspondentes às condições normais de mercado, uma vez que, como se observa na comunicação da AGCM, o Estado italiano não procedeu a uma avaliação da rentabilidade da transferência da participação no capital da FSE, sem contrapartidas, para a FSI, mediante a obrigação desta última de sanar o desequilíbrio patrimonial da FSE, antes de proceder a essa transferência, que caberá, contudo, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, tendo nomeadamente em conta o relatório de auditoria a que o Governo italiano fez referência nas suas observações e os estudos datados de março e maio de 2016 a que a FSI fez referência na audiência no Tribunal de Justiça.
- 73 A este respeito, importa recordar, antes de mais, que, para aplicar o critério do investidor privado, em caso de dúvida, deve ser possível demonstrar inequivocamente e com base em elementos objetivos e verificáveis que a medida aplicada pelo Estado-Membro em questão decorre da sua qualidade de acionista (Acórdão de 5 de junho de 2012, Comissão/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, n.º 82). No entanto, resulta do Decreto de 4 de agosto de 2016 que a transferência da participação no capital da FSE para a FSI se destinava, designadamente, a garantir a continuidade do emprego e dos serviços de transporte prestados pela FSE. Além disso, esta operação prosseguia igualmente o objetivo de manter a participação no capital da FSE no setor público. No entanto, estas considerações não são tidas em conta por um investidor privado.
- 74 Em seguida, recorde-se que avaliações económicas levadas a cabo depois da concessão da referida vantagem ou a verificação retrospectiva da rentabilidade efetiva do investimento efetuado pelo Estado-Membro em causa não bastam para demonstrar que esse Estado-Membro adotou, prévia ou simultaneamente a essa concessão, uma decisão desse tipo enquanto acionista (Acórdão de 5 de junho de 2012, Comissão/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, n.º 85). Segundo a FSI, o resultado positivo do processo de acordo com os credores iniciado pela FSE não pode, por conseguinte, ser tido em conta para verificar se a transferência da participação era conforme com o critério do investidor privado.
- 75 Tendo em conta o que precede, não parece possível, sem prejuízo da verificação referida no n.º 72 do presente acórdão, aplicar o critério do investidor privado para concluir que a operação de transferência da participação detida pelo Ministério das Infraestruturas e dos Transportes no capital da FSE para a FSI não constituía uma vantagem seletiva no caso vertente.
- 76 Em quarto lugar, no que respeita à questão de saber se a medida em causa é suscetível de falsear a concorrência, importa notar, como observou o advogado-geral no n.º 118 das suas conclusões, que a transferência da participação no capital da FSE para a FSI, em conjugação com a obrigação assumida por esta última de sanar o desequilíbrio patrimonial da FSE, impediu que fosse confiada aos potenciais concorrentes da FSE, como a Arriva Italia e o., a exploração da infraestrutura ferroviária explorada pela FSE e a prestação de serviços de transporte nessa infraestrutura.

- 77 Esta conclusão não é posta em causa pelo facto de a AGCM não ter iniciado uma fiscalização da operação de concentração entre a FSI e a FSE à luz das normas italianas relativas às concentrações, uma vez que a apreciação dos efeitos de uma operação na concorrência à luz dessas normas não é idêntica à relativa à eventual existência de um auxílio de Estado. Com efeito, resulta da decisão da AGCM que a sua apreciação se destinava a verificar se a concentração em causa não dava lugar à criação ou ao reforço de uma posição dominante suscetível de eliminar ou reduzir de modo significativo e duradouro a concorrência nos mercados em causa, e não se era suscetível de falsear a concorrência na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Além disso, decorre da comunicação da AGCM que esta última considerou que a transferência em causa no processo principal era suscetível de falsear a concorrência.
- 78 Daqui resulta que, sem prejuízo das verificações a efetuar pelo órgão jurisdicional de reenvio, uma transferência de uma participação no capital de uma empresa pública com graves dificuldades financeiras para outra empresa pública, sem contrapartida, mas mediante a obrigação desta última de sanar o desequilíbrio da empresa pública em dificuldades, pode ser qualificada de «auxílio de Estado».
- 79 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à primeira questão prejudicial que o artigo 107.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que, sem prejuízo das verificações que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar, tanto a atribuição de um montante em dinheiro a uma empresa pública com graves dificuldades financeiras como a transferência da totalidade da participação detida pelo Estado-Membro em causa no capital dessa empresa para outra empresa pública, sem contrapartida, mas mediante a obrigação desta última de sanar o desequilíbrio patrimonial da primeira empresa, podem ser qualificadas de auxílios de Estado, na aceção do artigo 107.º TFUE.

Quanto à segunda questão

- 80 A título preliminar, importa salientar que, embora, na segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio tenha feito referência ao artigo 107.º, n.º 3, TFUE, resulta da sua decisão que esta questão respeita, na realidade, ao artigo 108.º, n.º 3, TFUE, segundo o qual os Estados-Membros estão obrigados a informar atempadamente a Comissão dos seus projetos destinados a instituir ou a alterar auxílios.
- 81 Com a segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, na hipótese de o direito da União dever ser interpretado no sentido de que medidas, como a atribuição de um montante em dinheiro a uma empresa pública em graves dificuldades financeiras ou a transferência da totalidade da participação detida pelo Estado-Membro em causa no capital dessa empresa para outra empresa pública, sem contrapartida, mas mediante a obrigação desta última de sanar o desequilíbrio patrimonial da primeira, devem ser qualificadas de «auxílios de Estado» na aceção do artigo 107.º TFUE, que consequências se devem retirar do facto de esses auxílios não terem sido notificados à Comissão, em violação do disposto no artigo 108.º, n.º 3, TFUE.
- 82 É certo que, com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta também ao Tribunal de Justiça se, no caso de se verificar a existência de um auxílio de Estado, esse auxílio é compatível com o direito da União. No entanto, resulta claramente da sua decisão de reenvio que, com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, na realidade, saber se, no caso de se poder considerar que as medidas em causa conferem uma vantagem aos seus destinatários, estão igualmente preenchidos os outros requisitos necessários para qualificar uma medida de «auxílio de Estado» e que, nesta medida, a segunda questão se sobrepõe à primeira.
- 83 De qualquer modo, importa recordar que resulta de jurisprudência constante, citada também na decisão de reenvio, que a apreciação da compatibilidade das medidas de auxílio com o mercado interno é da competência exclusiva da Comissão, que atua sob a fiscalização dos órgãos jurisdicionais

da União (Acórdãos de 11 de julho de 1996, SFEI e o., C-39/94, EU:C:1996:285, n.º 42, e de 29 de julho de 2019, Bayerische Motoren Werke/Comissão, C-654/17 P, EU:C:2019:634, n.º 79 e jurisprudência referida).

- 84 No que respeita à resposta a dar à segunda questão, resulta de jurisprudência constante que cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais, chamados a dirimir um litígio fundado na alegada violação da obrigação de notificação de um auxílio de Estado à Comissão, nos termos do artigo 108.º, n.º 3, TFUE, retirar todas as consequências dessa violação, em conformidade com o seu direito nacional, tanto no que se refere à validade dos atos de execução das medidas de auxílio como à recuperação dos apoios financeiros concedidos com inobservância dessa disposição (v., neste sentido, Acórdão de 26 de outubro de 2016, DEI e Comissão/Alouminion tis Ellados, C-590/14 P, EU:C:2016:797, n.º 100 e jurisprudência referida).
- 85 A este respeito, importa sublinhar que o restabelecimento da situação anterior ao pagamento de um auxílio ilegal ou incompatível com o mercado interno é uma exigência necessária à manutenção do efeito útil das disposições dos Tratados relativas aos auxílios de Estado (Acórdão de 7 de março de 2018, SNCF Mobilités/Comissão, C-127/16 P, EU:C:2018:165, n.º 104 e jurisprudência referida).
- 86 No âmbito do processo principal, e desde que as medidas em causa devam ser consideradas auxílios de Estado, incumbe, pois, ao órgão jurisdicional de reenvio retirar todas as conclusões decorrentes do facto de os referidos auxílios não terem sido notificados à Comissão, em violação do artigo 108.º, n.º 3, TFUE, e, conseqüentemente, deverem ser considerados ilegais.
- 87 No que respeita à atribuição do montante de 70 milhões de euros, caberá mais especificamente ao órgão jurisdicional de reenvio determinar a vantagem, incluindo os juros acumulados, que resultou para a FSE da disponibilização desse montante e ordenar a esta última que restitua aquela vantagem.
- 88 No que diz respeito à transferência da participação no capital da FSE para a FSI, o restabelecimento da situação anterior implicará, se for o caso, a reversão dessa transferência através da reatribuição da participação na FSE ao Ministério das Infraestruturas e dos Transportes, bem como a neutralização de todos os efeitos dessa transferência.
- 89 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à segunda questão prejudicial que o direito da União deve ser interpretado no sentido de que, no caso de medidas, como a atribuição de um montante em dinheiro a uma empresa pública em graves dificuldades financeiras ou a transferência da totalidade da participação detida pelo Estado-Membro em causa no capital dessa empresa para outra empresa pública, sem contrapartida, mas mediante a obrigação desta última de sanar o desequilíbrio patrimonial da primeira, serem qualificadas de auxílios de Estado, na aceção do artigo 107.º TFUE, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio deduzir todas as consequências decorrentes do facto de os referidos auxílios não terem sido notificados à Comissão, em violação do disposto no artigo 108.º, n.º 3, TFUE, e, conseqüentemente, a sua ilegalidade.

Quanto às despesas

- 90 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Segunda Secção) declara:

- 1) O artigo 107.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que, sem prejuízo das verificações que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar, tanto a atribuição de um montante em dinheiro a uma empresa pública com graves dificuldades financeiras como a**

transferência da totalidade da participação detida pelo Estado-Membro em causa no capital dessa empresa para outra empresa pública, sem contrapartida, mas mediante a obrigação desta última de sanar o desequilíbrio patrimonial da primeira empresa, podem ser qualificadas de auxílios de Estado, na aceção do artigo 107.º TFUE.

- 2) O direito da União deve ser interpretado no sentido de que, no caso de medidas, como a atribuição de um montante em dinheiro a uma empresa pública em graves dificuldades financeiras ou a transferência da totalidade da participação detida pelo Estado-Membro em causa no capital dessa empresa para outra empresa pública, sem contrapartida, mas mediante a obrigação desta última de sanar o desequilíbrio patrimonial da primeira, serem qualificadas de auxílios de Estado, na aceção do artigo 107.º TFUE, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio deduzir todas as consequências decorrentes do facto de os referidos auxílios não terem sido notificados à Comissão Europeia, em violação do disposto no artigo 108.º, n.º 3, TFUE, e, consequentemente, a sua ilegalidade.**

Assinaturas