



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
GIOVANNI PITRUZZELLA
apresentadas em 13 de julho de 2023¹

Processos apensos C-693/21 P e C-698/21 P

EDP España, SA
contra

Naturgy Energy Group, SA, anteriormente Gas Natural SDG, SA,
Comissão Europeia (C-693/21 P)

e

Naturgy Energy Group, SA, anteriormente Gas Natural SDG, SA

v.

Comissão Europeia (C-698/21 P)

«Recurso — Auxílios de Estado — Incentivo ambiental adotado pela Espanha em benefício das centrais elétricas a carvão — Decisão de dar início ao procedimento formal de investigação — Obrigação de fundamentação — Recurso de anulação»

1. No âmbito de dois recursos apensos, a EDP España (processo C-693/21 P) e a Naturgy Energy Group (processo C-698/21 P) (a seguir «recorrentes») pedem a anulação do Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 8 de setembro de 2021, Naturgy Energy Group/Comissão² (a seguir «acórdão recorrido»), através do qual este último negou provimento ao pedido de anulação da Decisão C(2017) 7733 final da Comissão, de 27 de novembro de 2017, relativa ao auxílio de Estado SA.47912 (2017/NN) — Incentivo ambiental adotado por Espanha para as centrais a carvão (a seguir «decisão recorrida»).

I. Quadro jurídico

2. O artigo 4.º, n.º 4, do Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia³, prevê o seguinte:

«Quando, após uma análise preliminar, a Comissão considerar que a medida notificada suscita dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno, decidirá dar início ao procedimento formal de investigação nos termos do artigo 108.º, n.º 2, do TFUE (“decisão de dar início ao procedimento formal de investigação”)

¹ Língua original: italiano.

² V. Acórdão de 8 de setembro de 2021, Naturgy Energy Group/Comissão (T-328/18, não publicado, EU:T:2021:548).

³ (JO 2015, L 248, p. 9).

3. O artigo 6.º, n.º 1, do mesmo regulamento enuncia:

«A decisão de dar início a um procedimento formal de investigação resumirá os elementos pertinentes em matéria de facto e de direito, incluirá uma apreciação preliminar da Comissão quanto à natureza de auxílio da medida proposta e indicará os elementos que suscitam dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno. A decisão incluirá um convite ao Estado-Membro em causa e a outras partes interessadas para apresentarem as suas observações num prazo fixado, normalmente não superior a um mês. A Comissão pode prorrogar esse prazo em casos devidamente justificados.»

4. O artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, do referido regulamento dispõe:

«1. Sem prejuízo do disposto no artigo 10.º, o procedimento formal de investigação será encerrado por via de decisão, nos termos dos n.ºs 2 a 5 do presente artigo.

2. Quando a Comissão verificar que, eventualmente após alterações pelo Estado-Membro em causa, uma medida notificada não constitui um auxílio, fará constar esse facto por via de decisão.»

II. Factos na origem do litígio

5. No período compreendido entre 1998 e 2007, todas as instalações de produção de eletricidade em Espanha podiam beneficiar de uma remuneração denominada «garantia de potência», independentemente da tecnologia utilizada, a fim de incentivar a criação e a manutenção da capacidade de produção no sistema elétrico e garantir um abastecimento fiável. As instalações de energias renováveis, pelo contrário, não beneficiaram do referido incentivo e receberam uma forma de recompensa especial.

6. Em 2007, o legislador espanhol atribuiu ao Ministro dell'Industria, del Turismo y del Comercio (Ministro da Indústria, Turismo e Comércio) poderes para substituir a garantia de potência por um novo imposto denominado «imposto sobre a capacidade».

7. A referida decisão foi formalizada pelo Decreto Real 871/2007⁴, que adaptou as tarifas de eletricidade a partir de 1 de julho de 2007. O referido decreto, publicado em 29 de junho de 2007⁵, estipulou que o imposto sobre a capacidade entraria em vigor a partir de 1 de outubro de 2007.

8. A regulamentação das tarifas de eletricidade foi definida pela Orden ITC/2794/2007⁶, emitida em 27 de setembro de 2007⁷ e que entrou em vigor em 1 de outubro de 2007 (a seguir «ITC/2794/2007»).

9. A referida decisão especifica as várias medidas que devem ser adotadas para remunerar a capacidade, incluindo um incentivo para assegurar a disponibilidade das instalações e um incentivo para promover o investimento na produção.

⁴ Real Decreto 871/2007 por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007 (Decreto Real 871/2007 que adapta as tarifas de eletricidade a partir de 1 de julho de 2007).

⁵ BOE n.º 156 de 30 de junho de 2007, p. 28324.

⁶ Orden ITC/2794/2007, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre de 2007 (Decisão ITC/2794/2007 que revê as tarifas de eletricidade a partir de 1 de outubro de 2007).

⁷ BOE n.º 234 de 29 de setembro de 2007, p. 39690.

10. O incentivo à disponibilidade destina-se a beneficiar as instalações de produção abrangidas pelo regime ordinário do sistema peninsular, com uma potência instalada mínima de 50 megawatts (MW). Esta disposição aplica-se às instalações em funcionamento após 1 de janeiro de 1998 e que ainda não tenham completado dez anos de funcionamento. O incentivo tem por objetivo encorajar a construção e a colocação em funcionamento de novas instalações, prevendo pagamentos que contribuam para compensar os custos de investimento. O montante da remuneração é fixado em 20 000 euros por megawatt por ano.

11. O anexo III da ITC/2794/2007 define os incentivos ao investimento: no ponto 10, indica-se que o Ministro da Indústria, do Turismo e do Comércio é competente para aprovar as referidas medidas relativas aos investimentos em instalações de produção abrangidas pelo regime normal do sistema peninsular e que tenham uma capacidade instalada igual ou superior a 50 MW. Os referidos incentivos podem ser concedidos para investimentos significativos necessários à expansão ou modificação substancial de instalações existentes, ou para investimentos de novas instalações em tecnologias prioritárias, em conformidade com os objetivos da política energética e da segurança do abastecimento.

12. A medida contida neste texto foi aplicada para facilitar às centrais elétricas a carvão a realização de investimentos «ambientais» em instalações de dessulfuração. As condições desse benefício foram fixadas na Orden ITC/3860/2007⁸ (a seguir «medida impugnada»), de 28 de dezembro de 2007⁹, que reviu as tarifas de eletricidade a partir de 1 de janeiro de 2008.

13. Apenas podem beneficiar do incentivo acima referido as centrais elétricas a carvão incluídas no Plano Nacional de Redução das Emissões das Grandes Instalações de Combustão Existentes (a seguir «PNRE-GIC»), aprovado por deliberação do Conselho de Ministros espanhol de 7 de dezembro de 2007, e que estejam igualmente incluídas na denominada «bolha» de emissões estabelecida pelo PNRE-GIC, que prescreve as quantidades de emissões autorizadas por empresa.

14. Além disso, os investimentos devem ter sido efetuados antes da data de entrada em vigor da Orden ITC/2794/2007, 1 de outubro de 2007, ou o pedido de aprovação deve ter sido apresentado pelo menos três meses antes da referida data.

15. Em 2011, o benefício da medida impugnada foi alargado às centrais elétricas a carvão que tinham efetuado não só investimentos em instalações de dessulfurização mas também outros investimentos «ambientais» destinados a reduzir as emissões de óxido de enxofre, efetuados antes de 1 de janeiro de 2008.

16. A Comissão Europeia abriu um inquérito setorial em onze Estados-Membros, incluindo Espanha, em 29 de abril de 2015. Na sequência do referido inquérito, em 4 de abril de 2017, a Comissão informou as autoridades espanholas que tinha investigado a medida em questão e, em 27 de novembro de 2017, decidiu dar início a um procedimento formal de investigação da medida nos termos do artigo 108.º, n.º 2, TFUE.

17. Na referida decisão, a Comissão declara ter chegado à conclusão preliminar de que a medida constitui um auxílio estatal e ter dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno. Em especial, a Comissão considera que a medida impugnada constitui um auxílio aos investimentos realizados para tornar as centrais elétricas a carvão conformes com a Diretiva

⁸ Orden ITC/3860/2007, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 (Decisão ITC/3860/2007 que revê as tarifas de eletricidade a partir de 1 de janeiro de 2008).

⁹ BOE n.º 312 de 29 de dezembro de 2007, p. 53781.

2001/80/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2001, relativa à limitação das emissões para a atmosfera de certos poluentes provenientes de grandes instalações de combustão (JO 2001, L 309, p. 1).

III. Tramitação processual no Tribunal Geral e acórdão recorrido

18. Em 28 de maio de 2018, a Naturgy Energy Group, anteriormente conhecida como Gas Natural SDG, sociedade espanhola que exerce atividade no setor da energia e se dedica à produção de eletricidade a partir do carvão, apresentou um recurso na Secretaria do Tribunal Geral. Tal recurso destinava-se a obter a anulação da decisão recorrida pela referida sociedade.

19. Nesse processo, intervieram em apoio da recorrente, em primeira instância, a EDP España e a Viesgo Producción.

20. No acórdão recorrido, o Tribunal Geral negou provimento aos pedidos de anulação por ter julgado improcedente o primeiro fundamento relativo à obrigação de fundamentação do caráter seletivo da medida em causa.

21. O Tribunal Geral chamou a atenção, no n.º 60 do acórdão recorrido, para o facto de, nos termos do Regulamento 2015/1589, o procedimento formal de investigação poder ser iniciado através de um resumo dos elementos pertinentes em matéria de facto e de direito relativos à medida estatal, juntamente com uma avaliação preliminar da medida em questão, a fim de averiguar se esta pode ser qualificada como auxílio e justificando as dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno.

22. No n.º 61 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral acrescentou que a Comissão estava obrigada a dar início ao referido procedimento sempre que o primeiro exame não lhe tivesse permitido ultrapassar todas as dificuldades suscitadas pela questão de saber se a medida em causa constituía ou não um auxílio na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

23. O Tribunal Geral recordou, no n.º 62 do acórdão recorrido, que o objetivo da decisão de dar início ao procedimento era o de permitir às partes interessadas participar ativamente no procedimento formal de investigação. Esclareceu igualmente que a decisão incluía apreciações preliminares e que a Comissão não estava obrigada a esclarecer todas as questões potencialmente não resolvidas durante esta fase inicial.

24. No n.º 63 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral declarou que era importante recordar que a qualificação de uma medida estatal como auxílio numa decisão deste tipo é apenas provisória. Tal é confirmado pelo artigo 9.º, n.º 2, do Regulamento 2015/1589 que prevê que a Comissão pode concluir, no final do procedimento formal de investigação, que a medida em causa não constitui efetivamente um auxílio. Assim, a qualificação de uma medida estatal como auxílio estatal está sujeita a alterações e não é necessariamente permanente.

25. O Tribunal Geral rejeitou os argumentos da recorrente relativos a dois processos anteriores¹⁰, nos n.ºs 64 e 65 do acórdão recorrido. O Tribunal Geral considerou estes argumentos irrelevantes, uma vez que o primeiro processo se referia a uma decisão de arquivamento de um procedimento formal de investigação e o segundo não tinha por objeto a fiscalização da observância do dever de fundamentação.

26. No n.º 73 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral concluiu que, tendo em conta a natureza, a formulação, o conteúdo, o contexto e as normas jurídicas pertinentes que dizem respeito à decisão recorrida, a recorrente estava em condições de compreender as razões subjacentes à apreciação preliminar da Comissão de que a medida parecia ser seletiva.

27. O n.º 74 do acórdão recorrido refere-se ao argumento da recorrente relativo ao facto de, no que diz respeito ao objetivo da medida, a Comissão alegadamente não ter procedido ao exame da questão de saber se a medida recorrida favorecia determinadas empresas ou bens em relação a outros que se encontravam numa situação semelhante. No entanto, o Tribunal Geral rejeitou o referido argumento e explicou que tal comparação poderia ser prematura na fase de exame preliminar do procedimento formal de investigação, salientando que uma análise da comparabilidade poderia antecipar as conclusões da investigação.

28. No n.º 75 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral declarou que o argumento relativo ao carácter seletivo da medida não impediu a recorrente de apresentar considerações aprofundadas sobre a comparabilidade das situações mencionadas no seu segundo fundamento de recurso.

29. No n.º 76 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral considerou não ter sido impedido de fiscalizar a legalidade da decisão recorrida.

30. Por conseguinte, no n.º 81 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral julgou improcedente o primeiro fundamento.

31. Em segundo lugar, o Tribunal Geral julgou improcedente o segundo fundamento, relativo à violação do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, no que respeita à seletividade da medida em causa.

32. A título preliminar, importa salientar que foi esclarecido, nos n.ºs 98 e 99 do acórdão recorrido, que sempre que é interposto recurso da decisão de dar início ao procedimento formal de investigação da Comissão sobre a qualificação da medida como auxílio estatal, a fiscalização levada a cabo pelo juiz da União limita-se ao exame da questão de saber se a Comissão incorreu em erros manifestos de apreciação ao considerar que não tinha conseguido ultrapassar todos os obstáculos na sua análise preliminar da medida.

33. No acórdão recorrido, especialmente nos n.ºs 102 a 116, o Tribunal Geral analisou pormenorizadamente e, em última análise, rejeitou a alegação da recorrente de que a medida impugnada se tinha destinado simplesmente a equiparar os investimentos pertinentes realizados após 1998, sem ter em conta a tecnologia específica utilizada ou o tipo de instalações em causa.

34. O Tribunal Geral também analisou e rejeitou, nos n.ºs 117 a 125 do acórdão recorrido, a alegação da recorrente de que as centrais elétricas a carvão não eram semelhantes às centrais elétricas que utilizam uma tecnologia diferente.

¹⁰ Acórdão de 20 de dezembro de 2017, Comunidad Autónoma de Galicia e Retegal/Comissão (C-70/16 P, EU:C:2017:1002) e Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), de 21 de dezembro de 2016.

35. Assim, no n.º 126 do acórdão recorrido, foi afirmado que a recorrente não conseguiu provar que a Comissão tinha incorrido num erro manifesto de apreciação no que respeita à análise da comparabilidade.

36. Nos n.ºs 128 a 130 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral rejeitou os argumentos da Naturgy Energy Group e da EDP España, baseados no acórdão Comunidad Autónoma de Galicia e Retegal/Comissão¹¹, uma vez que este acórdão dizia respeito a decisões da Comissão tomadas no final do procedimento formal de investigação.

37. Nos n.ºs 131 a 133 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral também rejeitou os argumentos da recorrente relativos à necessidade da medida controvertida para a segurança do abastecimento, considerando que estes se referiam à apreciação da compatibilidade do auxílio e não à sua qualificação e que, segundo jurisprudência assente, o artigo 107.º, n.º 1, TFUE não fazia distinção segundo as causas ou os objetivos das intervenções estatais, mas definia-as em função dos seus efeitos.

38. Por conseguinte, no n.º 134 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral julgou improcedente o segundo fundamento de recurso e, conseqüentemente, a totalidade do recurso.

39. Por último, o Tribunal Geral condenou a recorrente a pagar, além das suas próprias despesas, as despesas suportadas pela Comissão e condenou a Viesgo Producción e a EDP España no pagamento das respetivas despesas.

IV. Pedidos das partes

40. Com o respetivo recurso, a Naturgy Energy Group (recorrente em primeira instância) e a EDP España pedem ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão recorrido e a decisão recorrida e que condene a Comissão no pagamento das despesas do processo.

41. No seu articulado, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que negue provimento ao recurso e condene as recorrentes no pagamento das despesas.

42. A Generaciones Eléctricas Andalucía, inicialmente Viesgo Producción e interveniente em primeira instância, pede ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão recorrido.

43. A Endesa Generación, autorizada a intervir em apoio das recorrentes por Despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 31 de maio de 2022, pede ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão recorrido e que condene a Comissão no pagamento de todas as despesas suportadas no presente processo.

¹¹ Acórdão de 20 de dezembro de 2017, Comunidad Autónoma de Galicia e Retegal/Comissão (C-70/16 P, EU:C:2017:1002).

V. Análise do recurso

A. Considerações preliminares

44. Os dois fundamentos de recurso, embora distintos, têm ligações óbvias entre si: o primeiro alega a interpretação e aplicação erradas do dever de fundamentação pelo Tribunal Geral em relação ao conceito de seletividade; o segundo, a interpretação e aplicação erradas do artigo 107.º, n.º 1, TFUE pelo Tribunal Geral em relação ao mesmo conceito.

45. Os artigos 107.º e 108.º TFUE estabelecem as regras em matéria de auxílios estatais a nível do direito primário, definindo, um, os critérios gerais com base nos quais os auxílios podem ou não ser considerados compatíveis com o mercado interno, e, o outro, o procedimento a seguir pela Comissão para apreciar a compatibilidade ou não dos auxílios com o mercado interno. O Regulamento 2015/1589 contém as regras de execução do artigo 108.º do TFUE e, especialmente, nos seus artigos 4.º a 9.º, descreve o procedimento a seguir para a apreciação dos auxílios: análise preliminar (artigo 4.º), decisão de dar início ao procedimento formal de investigação (artigo 6.º), decisão de encerramento do procedimento formal de investigação (artigo 9.º).

46. No essencial, as recorrentes e as intervenientes criticam o acórdão recorrido pelo facto de este ter considerado a decisão da Comissão isenta de vícios, quando esta enferma de falta de fundamentação. Em especial, a decisão de dar início ao procedimento formal não continha uma fundamentação suficiente no que respeita à seletividade da medida adotada, não tendo sido efetuada uma análise da comparabilidade das situações dos beneficiários da medida de incentivo às das outras empresas. A título subsidiário, com o segundo fundamento de recurso, critica-se o acórdão recorrido pelo facto de ter considerado correta (porque isenta de erro manifesto de apreciação) a qualificação da medida controvertida como auxílio incompatível com o mercado interno.

47. A questão jurídica no cerne do presente processo pode ser reconduzida à maior ou menor amplitude do dever de fundamentação da Comissão na decisão de dar início ao procedimento formal de investigação e, a título subsidiário e como consequência, à qualificação ou não da medida controvertida como auxílio incompatível com o mercado interno. Para apreciar a eventual existência dos erros de direito do acórdão recorrido invocados pelas recorrentes e pelas intervenientes, serão analisados os seguintes aspetos: a) aplicação dos princípios gerais de fundamentação à decisão de dar início ao procedimento formal de investigação; b) diferenças de função e de conteúdo entre a decisão de dar início do procedimento e a decisão de encerramento do procedimento, nomeadamente no que se refere aos requisitos do carácter provisório e de síntese que caracterizam a decisão de dar início ao procedimento; c) necessidade de realizar, na referida decisão de dar início ao procedimento, uma análise da comparabilidade das situações dos beneficiários da medida de incentivo às das outras empresas; d) repartição do ónus da prova entre a Comissão e as partes que impugnam a decisão.

48. No essencial, há que apreciar se o Tribunal Geral, na sua análise do mérito da decisão da Comissão de dar início à investigação formal, aplicou corretamente os princípios gerais de fundamentação das decisões das instituições da União e, especialmente, determinados princípios desenvolvidos em matéria de auxílios estatais; se, ao fazê-lo, aplicou corretamente os referidos princípios a uma decisão como a controvertida, em que a Comissão, ao apreciar (ainda que provisoriamente) o carácter seletivo de uma medida, não efetuou uma análise da comparabilidade

das situações dos beneficiários da medida de incentivo às das outras empresas; e se, na prática, tal permitiu aos interessados exercerem o respetivo direito de defesa em observância das regras de repartição do ónus da prova aplicáveis ao caso em apreço.

B. Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação do dever de fundamentação

1. Argumentos das partes

49. Com o seu primeiro fundamento, as recorrentes invocam a interpretação e a aplicação erradas do dever de fundamentação no que respeita ao critério de seletividade.

50. As intervenientes sustentam que o primeiro fundamento é procedente, utilizando argumentos semelhantes aos das recorrentes.

51. As recorrentes alegam que o considerando 28 da decisão recorrida não constitui fundamentação suficiente para demonstrar a existência do caráter seletivo da medida controvertida, tanto mais que a decisão de dar início ao procedimento pode ter consequências jurídicas significativas, como a suspensão ou a recuperação dos montantes pagos a esse título.

52. A Generaciones Eléctricas Andalucía acrescenta que esta decisão não só implica a suspensão dos alegados pagamentos de auxílios mas também confere aos órgãos jurisdicionais nacionais poderes para adotar todas as medidas necessárias para responsabilizar todos aqueles que violem a obrigação de suspender a execução da medida (Acórdão de 21 de novembro de 2013, *Deutsche Lufthansa*, C-284/12, EU:C:2013:755).

53. Tanto as recorrentes como as intervenientes consideram ainda que a decisão recorrida, mesmo tratando-se apenas de uma decisão de dar início ao procedimento formal de investigação, deve incluir uma análise da comparabilidade das sociedades envolvidas e esclarecer, nos termos do artigo 296.º TFUE, a razão pela qual a legislação aplicável distingue entre diferentes tecnologias e de que modo a situação de facto e de direito das centrais elétricas a carvão é comparável à daquelas que utilizam outras tecnologias.

54. Alegam que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito nos n.ºs 64 e 65 do acórdão recorrido, uma vez que rejeitou os argumentos baseados nos Acórdãos de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/Hansestadt Lübeck* (C-524/14 P, EU:C:2016:971) e de 20 de dezembro de 2017, *Comunidad Autónoma de Galicia e Retegal/Comissão* (C-70/16 P, EU:C:2017:1002).

55. Além disso, em seu entender, o Tribunal Geral interpretou e aplicou erradamente, no n.º 66 do acórdão recorrido, os princípios dos Acórdãos de 10 de março de 2016, *HeidelbergCement/Comissão* (C-247/14 P, EU:C:2016:149) e de 21 de julho de 2011, *Alcoa Trasformazioni/Comissão* (C-194/09 P, EU:C:2011:497).

56. Por conseguinte, é necessário realizar uma apreciação aprofundada e bem documentada da seletividade de uma medida, com base em precedentes jurídicos assentes. Tal apreciação deve ser suficientemente pormenorizada para permitir ao juiz um exame completo, nomeadamente no que respeita à avaliação da comparabilidade da situação das pessoas que beneficiam da medida à das que dela não beneficiam. Com efeito, tais apreciações devem ser «suficientemente

fundamentadas» para permitir uma fiscalização jurisdicional completa (Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Morild Duty Free Group SA e o., C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981).

57. Segundo as recorrentes, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito, no n.º 74 do acórdão recorrido, ao afirmar que a introdução de uma análise de comparabilidade durante o procedimento formal de investigação tornaria difícil a distinção entre a decisão inicial e a decisão final no termo do procedimento.

58. A Generaciones Eléctricas Andalucía alega ainda que o Tribunal Geral também não interpretou corretamente a natureza do poder da Comissão de decidir dar início ao procedimento formal de investigação e afirma que não se trata de um poder discricionário, mas de um poder vinculado.

59. A mesma acrescenta que a «mera indicação» é inadequada no contexto do artigo 6.º do Regulamento 2015/1589 que exige que a Comissão forneça uma análise objetiva do potencial auxílio estatal. Segundo a Generaciones Eléctricas Andalucía, a Comissão tem o ónus de demonstrar que a medida pode ser qualificada como auxílio estatal antes de dar início à investigação formal.

60. Por conseguinte, a Comissão deveria, em seu entender, ter invocado as dificuldades que tornam necessário o adiamento de uma análise mais aprofundada.

61. Segundo a EDP España, no n.º 73 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral reconheceu o caráter «sumário» da argumentação da Comissão sobre o caráter seletivo da medida em causa. No entanto, no n.º 66, procurou remediar tal caráter «sumário», considerando que a medida em causa foi adotada «num contexto bem conhecido da recorrente, dada a natureza das suas atividades» e que, além disso, «como resulta do recurso», esta conhecia todas as regras aplicáveis.

62. Por último, considera que o Tribunal Geral, nos n.ºs 68 a 73 do acórdão recorrido, tentou erradamente colmatar tal vício reconstituindo a fundamentação com base em diversos pontos da decisão recorrida.

63. Assim, entende que o Tribunal Geral considerou erradamente que a Comissão não tinha violado o seu dever de fundamentação.

64. A Comissão considera que o primeiro fundamento deve ser julgado improcedente. Observa, assim, que o Tribunal Geral analisou corretamente o dever de fundamentação no acórdão recorrido.

65. A Comissão alega que o Tribunal Geral não cometeu nenhum erro de direito nos n.ºs 63 e 64 do acórdão recorrido ao considerar irrelevantes os argumentos das recorrentes e das intervenientes. A decisão do Tribunal Geral apoiou-se no Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), no qual o Tribunal de Justiça não abordou o dever de fundamentação, tendo-se centrado no mérito da causa. No seu Acórdão de 20 de dezembro de 2017, Comunidad Autónoma de Galicia e Retegal/Comissão (C-70/16 P, EU:C:2017:1002), o Tribunal de Justiça considerou que o dever de fundamentação tinha sido violado devido à seletividade da medida aplicada a um único setor de atividade. No entanto, no caso concreto, a decisão recorrida continha uma análise provisória e a Comissão não tinha considerado que a medida favorecia um setor.

66. A Comissão responde à alegação das recorrentes sobre a falta de uma análise de comparabilidade fazendo referência ao artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento 2015/1589, que estabelece que a decisão deve apresentar um resumo dos elementos pertinentes em matéria de facto e de direito e incluir uma apreciação preliminar. Assim, se a decisão satisfaz os critérios enunciados nos n.ºs 73 e 76 do acórdão recorrido, a mera brevidade da análise não é suficiente para constituir uma violação do dever de fundamentação.

67. A Comissão entende que o Tribunal Geral considerou corretamente que as recorrentes compreenderam as razões pelas quais a medida controvertida tinha sido considerada seletiva, conforme indicado no n.º 75 do acórdão recorrido.

68. Alega que as consequências jurídicas ligadas ao início do referido procedimento formal de investigação são hipotéticas no caso em apreço e não obstam uma fundamentação preliminar e sucinta na aceção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2015/1589.

69. A decisão recorrida foi analisada pelo Tribunal Geral, que referiu outros elementos da fundamentação dessa decisão em apoio da sua própria análise. O Tribunal de Justiça também reconheceu que não é exigida uma estrutura específica das decisões da Comissão e que há que examinar o conteúdo dessa decisão no seu conjunto para a averiguação da observância do dever de fundamentação (Acórdão de 25 de julho de 2018, Comissão/Espanha e o., C-128/16 -P, EU:C:2018:591, n.º 93).

2. Apreciação

70. Com o seu primeiro fundamento, as recorrentes invocam o erro de direito cometido pelo Tribunal Geral na sua análise da fundamentação da decisão recorrida no que respeita ao caráter seletivo da medida controvertida.

71. No que diz respeito à questão objeto do primeiro fundamento, no acórdão recorrido o Tribunal Geral indicou, no essencial, que a decisão de dar início ao procedimento formal de investigação pode limitar-se a resumir os elementos de facto e de direito pertinentes e que a mesma contém apreciações provisórias que serão objeto de análise aprofundada no próprio procedimento.

72. Tais afirmações são corretas e partilho a análise que delas consta. No entanto, o Tribunal Geral, provavelmente partindo do pressuposto de que existe uma diferença radical (também em termos de fundamentação) entre a função e o conteúdo da decisão de dar início ao procedimento e da decisão de encerramento do procedimento, retira desses pressupostos determinadas consequências que, em minha opinião, são erradas e que viciam o raciocínio jurídico.

73. O Tribunal Geral afirmou, com efeito, que alguns dos precedentes do Tribunal de Justiça não são aplicáveis ao caso em apreço porque são relativos a uma decisão de encerramento do procedimento¹² ou a situações em que o aspeto específico do dever de fundamentação¹³ não foi examinado; que, apesar da sua concisão, a fundamentação da decisão da Comissão foi adequada porque as partes puderam compreender as razões subjacentes a essa decisão, como demonstrou a defesa posterior, e porque a decisão foi adotada num contexto bem conhecido das próprias partes;

¹² Acórdão de 20 de dezembro de 2017, Comunidad Autónoma de Galicia e Retegal/Comissão (C-70/16 P, EU:C:2017:1002).

¹³ Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971).

tendo ainda afirmado que a análise da comparabilidade das diferentes empresas para determinar a seletividade da medida era prematura numa decisão de dar início ao procedimento porque podia antecipar as conclusões a tirar no final do procedimento.

74. Segundo jurisprudência assente, a fundamentação exigida pelo artigo 296.º TFUE deve ser adaptada à natureza do ato em causa e deve revelar, de forma clara e inequívoca, o raciocínio da instituição autora do ato, de modo que permita aos interessados conhecerem as razões da medida adotada e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização. O dever de fundamentação deve ser apreciado em função de todas as circunstâncias do caso concreto, designadamente do conteúdo do ato, da natureza dos fundamentos invocados e do interesse que os destinatários do ato ou outras pessoas por este, direta e individualmente, abrangidas possam ter em receber explicações. Não se exige que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, visto que a questão de saber se a fundamentação de um ato satisfaz as exigências do artigo 296.º TFUE deve ser apreciada à luz não só da sua redação mas também do seu contexto e do conjunto de regras jurídicas que regulam a matéria em causa (Acórdão de 10 de março de 2016, HeidelbergCement/Comissão, C-247/14 P, EU:C:2016:149, n.º 16).

75. Aplicando este princípio às medidas da Comissão em matéria de auxílios estatais, é de notar que a decisão de dar início ao procedimento formal de investigação não é uma medida em relação à qual o dever de fundamentação seja particularmente ligeiro ou superficial.

76. A leitura atenta dos artigos 4.º, 6.º e 7.º do Regulamento 2015/1589 permite, com efeito, compreender que a decisão de dar início ao procedimento pressupõe, em termos de tempo e de lógica, uma análise preliminar: a Comissão efetua uma investigação com o Estado em causa, na qual já foram analisados os elementos suscetíveis de qualificar uma determinada medida como auxílio, e conclui, ainda que de forma preliminar, que existem dúvidas quanto à compatibilidade da medida em causa com o mercado interno. Caso contrário, a Comissão conclui o procedimento com uma decisão de não levantar objeções.

77. A decisão de dar início ao procedimento formal de investigação não é, portanto, o primeiro ato a partir do qual serão analisados todos os elementos que permitam qualificar ou não uma determinada medida como auxílio proibido, constituindo ao invés um momento posterior no qual a Comissão, tendo já realizado um exame preliminar, «concluiu», ainda que preliminarmente, que subsistem dúvidas quanto à compatibilidade da própria medida com o mercado interno. O procedimento subsequente à decisão de dar início permitirá a todas as pessoas em causa exercer os seus direitos de defesa, apresentando argumentos que contrariem os argumentos jurídicos avançados pela Comissão ao qualificar (ainda que provisoriamente) uma determinada medida como incompatível com o mercado interno.

78. Na decisão de dar início ao procedimento, a Comissão deve, por conseguinte, precisamente tendo em conta todas as circunstâncias do caso, expor todos os argumentos e fundamentos jurídicos com base nos quais considera a medida incompatível com o mercado interno, não podendo adiar a análise para uma data posterior.

79. O caráter provisório da apreciação não pode ser confundido com a superficialidade da mesma, nem pode resultar na omissão de análises, testes e comparações que já eram possíveis no momento em que foi tomada a decisão de dar início ao procedimento.

80. Apenas em caso de impossibilidade, nomeadamente em casos tecnicamente complexos, de efetuar uma determinada análise que exija elementos factuais que só podem ser obtidos no âmbito do procedimento de investigação, e após o seu início, é que a Comissão pode, de forma fundamentada, reservar a análise, o teste ou a apreciação para a decisão final.

81. Por estas razões, a decisão de dar início ao procedimento, conforme repetidamente alegado pelas recorrentes e intervenientes, já tem relevância autónoma e pode ter efeitos concretos e significativos para os interesses económicos das partes. O início de um procedimento formal de investigação em matéria de auxílios estatais obriga à suspensão dos pagamentos do alegado auxílio e habilita os órgãos jurisdicionais nacionais a adotar as medidas necessárias para extrair as consequências da violação da obrigação de suspensão da execução da medida impugnada¹⁴.

82. Pelas mesmas razões, a aplicabilidade ou não dos princípios desenvolvidos pela jurisprudência em matéria de auxílios deve ser examinada com atenção, não podendo certos princípios expressos em casos em que foram analisadas decisões de encerramento do procedimento formal de investigação ser afastados como inaplicáveis.

83. A decisão de dar início ao procedimento e a decisão de encerramento previstas nos artigos 6.º e 9.º do Regulamento 2015/1589 são, sem dúvida, diferentes e desempenham funções diferentes. Contudo, pelas razões acima expostas, os princípios enunciados pelo Tribunal de Justiça não podem deixar de ser apreciados pelo simples facto de dizerem respeito a um procedimento de encerramento.

84. A função do procedimento subsequente à fase que dá início ao procedimento é, de facto, permitir às partes convencer a Comissão a alterar a posição inicial apresentada no início do procedimento de que uma determinada medida constitui um auxílio incompatível com o mercado interno.

85. No Acórdão Comunidad Autónoma, o Tribunal de Justiça concluiu pela existência de uma violação do dever de fundamentação no que diz respeito ao princípio da seletividade, observando que uma medida que beneficia apenas um setor de atividade ou apenas algumas das empresas desse setor não é necessariamente seletiva e que apenas o é se, no âmbito de um determinado sistema jurídico, a referida medida tiver por efeito beneficiar algumas empresas em relação a outras que pertencem a outros setores ou ao mesmo setor e que, à luz do objetivo prosseguido por esse regime, se encontram numa situação factual e jurídica comparável¹⁵.

86. Embora o Acórdão Comunidad Autónoma diga respeito a uma decisão da Comissão adotada no final do procedimento formal, é importante observar que o Tribunal de Justiça se baseia em princípios derivados do Acórdão Lübeck¹⁶, que dizia respeito a uma decisão de dar início a um procedimento formal de investigação.

87. Decorre igualmente do exposto que a Comissão podia e devia ter efetuado uma análise de comparabilidade das diferentes empresas do setor. É, por conseguinte, errada a afirmação do Tribunal Geral de que «impor, em todo o caso, na fase de análise preliminar, contida numa

¹⁴ V. Despacho de deferimento de 13 de novembro de 2019, pelo qual o Tribunal de Justiça admitiu a intervenção da EDP España por ter demonstrado um interesse direto e atual no litígio.

¹⁵ Acórdão de 20 de dezembro de 2017, Comunidad Autónoma de Galicia e Retegal/Comissão (C-70/16 P, EU:C:2017:1002), n.º 61.

¹⁶ Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), n.º 58: «uma medida de que beneficia apenas um setor de atividade ou uma parte das empresas desse setor não é necessariamente seletiva. De facto, [...] apenas o é se, no âmbito de um dado regime jurídico, tiver por efeito beneficiar certas empresas relativamente a outras que pertencem a outros setores ou ao mesmo setor e que, à luz do objetivo prosseguido por esse regime, se encontrem numa situação factual e jurídica comparável».

decisão de dar início ao procedimento formal de investigação, uma fundamentação relativa à comparabilidade das situações poderia ser prematuro e antecipar as conclusões a tirar no final desse procedimento»; com o risco de «esbater a fronteira entre a decisão de dar início do procedimento formal de investigação e a decisão de encerramento desse procedimento»¹⁷.

88. A meu ver, a Comissão está obrigada a especificar, mesmo na fase de dar início ao procedimento formal de investigação, as razões pelas quais o facto de uma medida beneficiar apenas algumas empresas de um setor permite considerá-la, *a priori*, seletiva, sendo que, neste contexto, também não pode deixar de levar a cabo o exame preliminar da comparabilidade das empresas que beneficiam da medida com as que, no mesmo setor, não beneficiam da mesma.

89. Quanto à afirmação do Tribunal Geral de que as partes estavam bem cientes do contexto e apresentaram a sua defesa também relativamente à questão da comparação com outras empresas, considero que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito que prejudica a repartição do ónus da prova e que também afeta o segundo fundamento de recurso¹⁸.

90. Na decisão de dar início ao procedimento, a Comissão deve efetuar todas as análises pertinentes que permitam às partes rebater os argumentos jurídicos que qualificam (provisoriamente) a medida adotada pelo Estado-Membro como auxílio estatal adequado incompatível com o mercado interno.

91. Confiar às partes a tarefa de reconstruir de forma indireta ou por dedução as posições jurídicas apresentadas pela Comissão, para as rebater, seria contrário à normal repartição do ónus da prova.

92. A Comissão devia, portanto, analisar a comparabilidade das situações dos operadores do mercado, apresentando todos os argumentos úteis para a identificação da situação concreta de um auxílio estatal incompatível com o mercado interno, embora com o carácter provisório de uma análise suscetível de modificação no decurso do procedimento formal de investigação.

93. No Acórdão *Deutsche Post/Comissão*¹⁹, relativo a uma decisão de alargamento de um procedimento formal que foi considerada viciada por falta de fundamentação, ficou bem claro que, após a apreciação preliminar da medida, a Comissão deve fundamentar a sua decisão se decidir dar início a um procedimento formal de investigação²⁰.

94. Por outro lado, ainda no mesmo acórdão, o Tribunal Geral declarou que «qualquer decisão tomada pela Comissão no final da fase da investigação preliminar deve incluir uma avaliação preliminar da medida estatal em causa [no que diz respeito à questão de saber] se a mesma tem natureza de auxílio [estatal]»²¹.

95. Por conseguinte, a análise da comparabilidade nunca pode ser relegada para o procedimento formal de investigação, uma vez que é sempre possível tecer considerações, ainda que apenas provisórias.

¹⁷ Acórdão recorrido, n.º 74.

¹⁸ Referido mais adiante.

¹⁹ Acórdão de 10 de abril de 2019, *Deutsche Post/Comissão* (T-388/11, EU:T:2019:237).

²⁰ «[S]alvo se privar o dever de fundamentação previsto no artigo 296.º, n.º 2, TFUE da sua substância, qualquer decisão tomada pela Comissão no final da fase da investigação preliminar deve incluir uma avaliação preliminar da medida estatal em causa [no que diz respeito à questão de saber] se a mesma tem natureza de auxílio e, quando decide dar início a um procedimento formal de investigação, expor as razões que suscitam dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum».

²¹ Acórdão de 10 de abril de 2019, *Deutsche Post/Comissão* (T-388/11, EU:T:2019:237), n.º 72.

96. Embora a Comissão tenha afirmado, com razão, que é essencial considerar todo o conteúdo de uma decisão para apreciar a sua fundamentação²² importa referir que a decisão em causa carece de toda e qualquer análise de comparabilidade.

97. Tendo em conta o exposto, considero que o primeiro fundamento de recurso deve ser acolhido.

C. Quanto ao segundo fundamento relativo à violação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE no que respeita ao critério da seletividade

1. Argumentos das partes

98. Com o segundo fundamento, é invocada a violação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE no que respeita ao critério da seletividade

99. As intervenientes defendem que o segundo fundamento é procedente, utilizando argumentos semelhantes aos das recorrentes.

100. A Naturgy Energy Group critica o Tribunal Geral no que diz respeito ao n.º 82 do acórdão recorrido, salientando que a recorrente tinha alegado que a Comissão tinha incorrido num erro manifesto na apreciação do carácter seletivo da medida em causa.

101. A argumentação apresentada pelas recorrentes e pelas intervenientes é a de que o Tribunal Geral deveria ter efetuado um exame aprofundado da análise da Comissão sobre a seletividade da medida em causa (a Naturgy refere o Acórdão de 22 de dezembro de 2008, *British Aggregates/Comissão*, C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.º 111). A este respeito, as recorrentes referem a análise do Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/Hansestadt Lübeck* (C-524/14 P, EU:C:2016:971), no qual o Tribunal de Justiça concluiu pela existência de um erro de direito e não de um erro manifesto de apreciação quanto à seletividade de uma medida que tinha sido objeto de uma decisão de dar início ao procedimento formal de investigação.

102. Segundo a Naturgy Energy Group, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao comparar os investimentos anteriores e os posteriores a 1998, em vez de determinar se o ponto 10, n.º 2, do anexo III da ITC/2794/2007 constituía uma medida seletiva. Em seu entender, a referida disposição permitia ao Governo contribuir com investimentos significativos para todas as centrais elétricas, independentemente da sua tecnologia.

103. No que respeita à comparabilidade das situações das centrais elétricas a carvão às das centrais elétricas que não utilizam carvão como combustível principal, as recorrentes e as intervenientes alegam que, além de ter cometido um erro de direito ao proceder à fiscalização por erro manifesto, o Tribunal Geral, nos n.ºs 102 a 126 do acórdão recorrido, inverteu o ónus da prova quando considerou que a demandante devia ter demonstrado a inexistência de discriminação relativamente às centrais elétricas que não utilizam o carvão como principal combustível (Acórdão de 8 de setembro de 2011, *Comissão/Países Baixos*, C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.º 62).

²² Acórdão de 25 de julho de 2018, *Comissão/Espanha e o.* (C-128/16 P, EU:C:2018:591), n.º 93.

104. A Comissão deveria assumir a tarefa de identificar os casos de discriminação, mesmo tratando-se de uma análise preliminar. O que inclui, nomeadamente, a identificação de casos análogos aos mencionados nos n.ºs 121 e 124 do acórdão recorrido, tal como assinalado pelo Tribunal Geral.

105. A EDP España sublinha, especialmente, que o Tribunal Geral reconheceu que a análise da oportunidade de dar início a um procedimento formal de investigação não pode limitar-se à procura de erros manifestos de apreciação, mas deve ir mais além (Acórdão de 8 de setembro de 2021, *Achema e Achema Gas Trade/Comissão*, T-193/19, não publicado, EU:T:2021:558, n.ºs 43 e 44).

106. Por conseguinte, se o Tribunal Geral tivesse procedido a uma fiscalização da legalidade de acordo com a jurisprudência dos órgãos jurisdicionais da União, deveria ter chegado à mesma conclusão no acórdão recorrido.

107. A Endesa Generación considera, em seguida, que, se o critério de apreciação da existência de um auxílio se baseasse num erro manifesto de apreciação, o Tribunal Geral deveria ter declarado que a Comissão incorreu num erro manifesto de apreciação na sua análise do caráter seletivo da medida impugnada. Este facto é corroborado pela explicação dada no n.º 28 da decisão recorrida.

108. A Endesa Generación alega ainda que, em todo o caso, o acórdão recorrido está viciado por um erro de direito, uma vez que o Tribunal Geral considerou que a Comissão não incorreu em tal erro na decisão recorrida ao concluir — provisoriamente — que a medida controvertida era seletiva apenas porque se aplicava a determinadas empresas e sem proceder à análise de comparabilidade exigida pela jurisprudência para identificar o caráter seletivo da medida.

109. Por último, a Generaciones Eléctricas Andalucía considera que o Tribunal Geral errou ao centrar-se apenas na exigência de um erro manifesto de apreciação, uma vez que as consequências de dar início ao procedimento formal de investigação são significativas. A mesma sustenta que a Comissão não pode decidir dar início a um procedimento deste tipo e deve, pelo contrário, confirmar que as situações analisadas cumprem o critério de seletividade.

110. Alega ainda que o Tribunal Geral confundiu, no acórdão recorrido, o caráter provisório da análise contida na decisão de dar início ao procedimento formal de investigação com a existência de um poder discricionário da Comissão.

111. A Comissão considera que o segundo fundamento deve ser julgado improcedente.

112. Alega que a lei espanhola que permite pagamentos diferenciados aos produtores de eletricidade não prejudica o caráter seletivo da medida. Mesmo que as centrais elétricas construídas após uma determinada data possam beneficiar de um retorno do investimento, a medida continua a conceder uma vantagem seletiva de montantes variáveis (Acórdão de 22 de junho de 2006 nos processos apensos C-182/03 e C-217/03, *Bélgica e Forum 187/Comissão*, EU:C:2006:416, n.ºs 112 e 120). Além disso, apenas as centrais a carvão inscritas no PNRE-GIC podem beneficiar desta medida.

113. Alega que decorre de jurisprudência constante que a fiscalização da legalidade de uma decisão de dar início a um procedimento formal de investigação é limitada à verificação de erros manifestos de apreciação (Acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/Hansestadt Lübeck*, C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 78).

114. Além disso, afirma que, para demonstrar que foi cometido um erro manifesto na apreciação de factos complexos suscetível de justificar a anulação da decisão, os elementos de prova aduzidos pelas recorrentes devem ser suficientes para tornar implausíveis as apreciações dos factos contidas no referido ato e que, sob reserva de tal apreciação da plausibilidade, não compete ao Tribunal Geral substituir pela sua apreciação dos factos complexos a apreciação realizada pelo autor da referida decisão [Acórdão de 15 de outubro de 2009, *Enviro Tech (Europe)*, C-425/08, EU:C:2009:635, n.º 47].

115. Por conseguinte, segundo a Comissão, se não foram apresentadas provas que tornem implausíveis as apreciações contidas na decisão recorrida não é sequer possível alegar que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito na sua apreciação da seletividade. Este dever de produção de prova é, em seu entender, inerente a qualquer apreciação de um erro manifesto e nada tem que ver com o facto de caber à Comissão provar, a título preliminar, que a medida é seletiva.

116. A apreciação do Tribunal Geral contida nos n.ºs 102 a 126 do acórdão está em plena conformidade com a necessária fiscalização da legalidade baseada na jurisprudência. O Tribunal Geral verificou a exatidão, a fiabilidade e a coerência de todas as provas apresentadas, assegurando-se de que todos os dados pertinentes foram tidos em conta na apreciação da situação complexa (Acórdão de 22 de novembro de 2007, *Espanha/Lenzing*, C-525/04 P, EU:C:2007:698, n.º 57 e de 6 de novembro de 2008, *Países Baixos/Comissão*, C-405/07 P, EU:C:2008:613).

117. A alegação de que o Tribunal Geral não apreciou corretamente se o anexo III, ponto 10, n.º 2, da Orden ITC/2794/2007 constituía uma medida seletiva não procede. Com efeito, o auxílio foi efetivamente concedido através de uma decisão posterior (Orden ITC/3860/2007), confirmada no ponto 4 da decisão recorrida e reconhecida pelo Tribunal Geral no n.º 109 do acórdão recorrido.

118. A Naturgy Energy Group não apresentou nenhuma justificação para a sua alegação de que as apreciações efetuadas pelo Tribunal Geral foram desvirtuadas, nomeadamente nos n.ºs 102 a 105 do acórdão recorrido. A Comissão alega que o Tribunal Geral efetuou uma análise exaustiva da legislação nacional e concluiu que não existiam provas que sugerissem que o regime em questão se destinava a favorecer apenas os grandes investimentos efetuados após 1998.

119. A Comissão observou que os argumentos apresentados eram não só improcedentes mas também inaplicáveis. Com efeito, de acordo com jurisprudência constante, o artigo 107.º, n.º 1, do Tratado não distingue as intervenções estatais em função das suas causas ou dos seus objetivos, mas define-as em função dos seus efeitos. Assim, o conceito de auxílio é um conceito objetivo e depende essencialmente do facto de uma medida estatal proporcionar ou não uma vantagem a uma ou mais empresas. Uma vez demonstrada a existência do auxílio, a Comissão deve averiguar se o auxílio está estruturado de forma que garanta que os seus efeitos positivos na realização de um objetivo de interesse comum compensam os seus potenciais efeitos negativos sobre o comércio e a concorrência.

120. Por último, no que respeita à comparabilidade das centrais elétricas a carvão às centrais elétricas que não utilizam o carvão como combustível, e ao argumento de que, no essencial, o Tribunal Geral deveria ter anulado a decisão recorrida por não conter uma análise pormenorizada da comparabilidade destes dois grupos de empresas, a Comissão recorda que na decisão recorrida, de facto, explicou que considera que a medida controvertida é seletiva, uma vez que beneficia apenas as centrais elétricas a carvão que figuram no PNRE-GIC, e não outras

centrais elétricas a carvão ou centrais elétricas que utilizam outra tecnologia. Conclui que o Tribunal Geral examinou corretamente, nos n.ºs 117 a 126 do acórdão recorrido, com base nos argumentos das recorrentes e das intervenientes, a questão de saber se a Comissão tinha incorrido num erro manifesto de apreciação, posto que as centrais elétricas a carvão não se encontravam numa situação de facto e de direito comparável à das centrais elétricas que utilizam outros tipos de tecnologia, e que esta conclusão não foi posta em causa pelos argumentos das recorrentes e das intervenientes.

121. A Comissão alega que o ónus da prova não foi, portanto, invertido, em nenhum momento, uma vez que o Tribunal Geral examinou a questão de saber se a apreciação da Comissão na decisão recorrida estava bem fundamentada e se os argumentos das recorrentes tornavam a mesma implausível. Por conseguinte, as recorrentes não demonstraram, e também não alegaram, que o Tribunal Geral tivesse desvirtuado os factos em que baseou as suas conclusões.

2. *Apreciação*

122. O segundo fundamento é invocado a título subsidiário para o caso de o Tribunal de Justiça não acolher o primeiro fundamento de recurso. Uma vez que proponho ao Tribunal de Justiça acolher o primeiro fundamento, limitar-me-ei a tecer algumas breves considerações sobre o segundo, até porque, conforme acima referido, os dois fundamentos estão estreitamente ligados.

123. Com o seu segundo fundamento, as recorrentes invocam um erro de direito na fiscalização da aplicação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, relativamente ao carácter seletivo da medida em causa.

124. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a fiscalização da legalidade da qualificação de uma medida como «auxílio estatal» de uma decisão da Comissão de dar início ao procedimento formal de investigação se deve limitar à verificação da questão de saber se a Comissão não cometeu erros manifestos de apreciação²³. A Comissão deve dar início ao procedimento formal de investigação se não puder concluir que a medida notificada é compatível com o mercado interno ou se tiver dúvidas quanto ao facto de a medida constituir um auxílio na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE²⁴.

125. No mesmo acórdão, o Tribunal declarou que quando, durante a análise preliminar da Comissão, o Estado-Membro alega que as suas medidas não podem ser consideradas auxílios, a Comissão deve realizar uma apreciação aprofundada da questão com base nas informações fornecidas pelo Estado, mesmo que esse exame conduza a uma apreciação que não é definitiva. Além disso, se for evidente, com base nas informações disponíveis quando se deu início ao procedimento, que a medida não pode ser qualificada como um novo auxílio, a decisão de dar início ao procedimento em relação a essa medida deve ser anulada²⁵.

²³ Acórdão de 21 de julho de 2011, Alcoa Trasformazioni/Comissão (C-194/09 P, EU:C:2011:497), n.º 61 e Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), n.º 78.

²⁴ Acórdão de 16 de março de 2021, Comissão/Polónia (C-562/19 P, EU:C:2021:201), n.º 50.

²⁵ Acórdão de 16 de março de 2021, Comissão/Polónia (C-562/19 P, EU:C:2021:201), n.º 53.

126. Em segundo lugar, no n.º 99 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral declarou que não lhe compete pronunciar-se definitivamente sobre o carácter manifestamente seletivo da medida controvertida²⁶. Com efeito, o Tribunal de Justiça considera que deve evitar pronunciar-se definitivamente relativamente a questões que só foram objeto de uma apreciação provisória da Comissão²⁷.

127. Com base na referida jurisprudência, o Tribunal Geral rejeitou, em primeira instância, o «fundamento» apresentado relativo ao erro de direito sobre a qualificação como auxílio da medida controvertida, pelo facto de as recorrentes e intervenientes não terem podido demonstrar a existência de um erro manifesto de apreciação por parte da Comissão.

128. O ponto deste raciocínio encontra-se na ligação várias vezes evocada entre os dois fundamentos de recurso: essencialmente, segundo o Tribunal Geral, na decisão de dar início ao procedimento, a Comissão tem um ónus de fundamentação bastante limitado que consiste apenas na apresentação de uma síntese dos factos e dos elementos de direito, com a possibilidade de diferir a sucessiva análise aprofundada para o procedimento posterior à decisão de dar início do procedimento, incluindo a análise da comparabilidade das empresas beneficiárias da medida com as empresas que operam no mesmo setor e que dela não são beneficiárias.

129. Em seguida, no que diz respeito ao alcance da fiscalização do Tribunal Geral e ao ónus da prova conexo que recai sobre as partes interessadas em apoiar posições contrárias às da Comissão (no sentido da não ocorrência de elementos suficientes para qualificar a medida controvertida como auxílio incompatível com o mercado interno), as partes estão obrigadas, no entender deste órgão jurisdicional, a demonstrar a existência de um erro manifesto de apreciação, contrariando com uma profusão de alegações e provas os argumentos incompletos (porque deviam ser completados no decurso do procedimento) apresentados pela Comissão.

130. Tal raciocínio prejudica a adequada repartição do ónus da prova.

131. A Comissão está obrigada a efetuar um exame preliminar com o Estado-Membro, justificando a decisão de dar início ao procedimento formal de investigação por considerar que, com base nos elementos conhecidos, a medida controvertida pode ser qualificada como auxílio e que existem dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno.

132. A decisão de dar início ao procedimento deve conter uma análise que é preliminar, mas completa, com base nos dados e elementos conhecidos, para permitir às partes conhecer todos os fundamentos jurídicos que justificam a qualificação da medida como auxílio incompatível com o mercado interno. Tal apreciação da Comissão é provisória (mas, repita-se, não incompleta), porque suscetível de ser modificada no decurso do procedimento em virtude dos argumentos apresentados pelas partes interessadas.

133. O direito de defesa das partes é, no entanto, plenamente respeitado se lhes for permitido conhecer, já no momento da decisão de dar início ao procedimento, todos os elementos e argumentos jurídicos em apoio da qualificação efetuada pela Comissão, ainda que a título provisório. Apenas no caso de certas apreciações ou testes exigirem, devido a uma especial complexidade técnica, elementos adicionais que a Comissão só poderá examinar após a

²⁶ V., neste sentido, o Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), n.º 73.

²⁷ V., neste sentido, o Acórdão de 23 de outubro de 2002, Diputación Foral de Guipúzcoa/Comissão (T-269/99, T-271/99 e T-272/99, EU:T:2002:258), n.º 48, e o Acórdão de 25 de março de 2009, Alcoa Trasformazioni/Comissão (T-332/06, não publicado, EU:T:2009:79), n.º 61.

intervenção de outras partes interessadas diferentes do Estado-Membro (com o qual já foi estabelecido um diálogo no decurso da apreciação preliminar), é que tais apreciações ou testes poderão ser adiados para o momento do procedimento com uma fundamentação específica nesse sentido. O mesmo se aplica à análise da comparabilidade.

134. Uma vez cumprido o ónus da prova acima descrito, é correto considerar que a fiscalização do Tribunal se deve limitar à existência de um erro manifesto de apreciação na análise da Comissão, não podendo o órgão jurisdicional entrar no mérito das apreciações complexas e aprofundadas já efetuadas. Caso contrário, no caso de uma fundamentação deficiente e incompleta, a limitação da fiscalização do tribunal à existência de um erro manifesto na análise da Comissão corre o risco de se revelar uma distorção da correta repartição do ónus da prova em detrimento das partes interessadas em defender a posição contrária à da Comissão.

135. No caso vertente, embora concorde com as afirmações da Comissão sobre os limites da fiscalização jurisdicional, tal como reafirmados pela jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça²⁸, no que diz respeito à qualificação da medida controvertida como seletiva, as deficiências da fundamentação acima descritas não me permitem concluir que o segundo fundamento que está, de facto, corretamente subordinado ao primeiro, deva ser rejeitado.

136. Se o Tribunal de Justiça decidir não acolher o primeiro fundamento e considerar que o raciocínio do Tribunal Geral, que não censurou a decisão da Comissão por falta de fundamentação, deve ser considerado isento de vícios, os elementos dos autos, nomeadamente a falta de análise comparativa na decisão de dar início ao procedimento, são suscetíveis de permitir considerar que a decisão da Comissão está viciada por erro manifesto de apreciação.

VI. Conclusão

137. Tendo presente o conjunto das considerações que antecedem, proponho ao Tribunal de Justiça que:

- julgue procedente o primeiro fundamento;
- anule o acórdão recorrido e a decisão da Comissão.

²⁸ Acórdão de 16 de março de 2021, Comissão/Polónia (C-562/19 P, EU:C:2021:201), n.ºs 50 e 52.