

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção
Alargada)

5 de Agosto de 2003 *

Nos processos apensos T-116/01 e T-118/01,

P & O European Ferries (Vizcaya) SA, anteriormente Ferries Golfo de Vizcaya SA, com sede em Bilbao (Espanha), representada por Sir Jeremy Lever, QC, e D. Beard, barrister, J. Ellison, solicitor, e J. Folguera Crespo, advogado,

recorrente no processo T-116/01
e interveniente no processo T-118/01
em apoio da Diputación Foral de Vizcaya,

Diputación Foral de Vizcaya, representada por M. Morales Isasi e I. Sáenz-Cortabarría Fernández, advogados,

recorrente no processo T-118/01
e interveniente no processo T-116/01
em apoio da P & O European Ferries (Vizcaya) SA,

* Língua do processo: espanhol e inglês.

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por J. M. Flett, J. Buendía e D. Triantafyllou, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida,

que têm por objecto um pedido de anulação da Decisão 2001/247/CE da Comissão, de 29 de Novembro de 2000, relativa ao regime de auxílios aplicado pela Espanha à companhia marítima Ferries Golfo de Vizcaya (JO 2001, L 89, p. 28),

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Primeira Secção Alargada),

composto por: B. Vesterdorf, presidente, K. Lenaerts, J. Azizi, M. Jaeger e H. Legal, juízes,

secretário: J. Palacio González, administrador principal,

vistos os autos e após a audiência de 4 de Fevereiro de 2003,

profere o presente

Acórdão

Matéria de facto na origem do litígio

- 1 Em 9 de Julho de 1992, a Diputación Foral de Vizcaya (Conselho provincial de Biscaia, a seguir «Diputación», «recorrente no processo T-118/01» ou «interveniente no processo T-116/01») e o Ministério do Comércio e do Turismo do Governo basco, por um lado, e a Ferries Golfo de Vizcaya, que passou a P & O European Ferries (Vizcaya) SA (a seguir «P & O Ferries», «recorrente no processo T-116/01» ou «interveniente no processo T-118/01»), por outro lado, assinaram um acordo (a seguir «acordo inicial») que dizia respeito ao estabelecimento de um serviço de *ferry* entre Bilbao e Portsmouth. Esse acordo previa a aquisição pelas autoridades signatárias, entre Março de 1993 e Março de 1996, de 26 000 cupões de viagem a utilizar na linha marítima Bilbao-Portsmouth. A contrapartida financeira máxima a pagar à P & O Ferries foi fixada em 911 800 000 pesetas (ESP) e ficou acordado que a tarifa por passageiro seria de 34 000 ESP em 1993/1994 e, sob reserva de modificação, de 36 000 ESP em 1994/1995 e 38 000 ESP em 1995/1996. O acordo inicial não foi notificado à Comissão.
- 2 Por carta de 21 de Setembro de 1992, a sociedade Bretagne Angleterre Irlande, que desde há vários anos explora, sob o nome comercial de «Brittany Ferries», uma linha marítima entre os portos de Plymouth no Reino Unido e Santander em Espanha, denunciou à Comissão as importantes subvenções que a Diputación e o Governo basco deviam conceder à P & O Ferries.

- 3 Por ofício de 30 de Novembro de 1992, a Comissão pediu ao Governo espanhol que lhe fornecesse todas as informações úteis relativamente às referidas subvenções. A resposta deu entrada na Comissão em 1 de Abril de 1993.
- 4 Em 29 de Setembro de 1993, a Comissão decidiu dar início ao procedimento previsto no artigo 93.º, n.º 2, do Tratado CE (actual artigo 88.º, n.º 2, CE). Considerou que o acordo inicial não constituía uma transacção comercial normal, dado que dizia respeito à aquisição de um número previamente fixado de cupões de viagem durante um período de três anos, que o preço acordado era superior à tarifa comercial, que os cupões de viagem teriam de ser pagos mesmo relativamente às viagens não efectuadas ou desviadas para outros portos, que incluía um compromisso de solver todos os prejuízos do novo serviço ao longo dos três primeiros anos de exploração e que o elemento de risco comercial era, assim, eliminado para a P & O Ferries. Tendo em conta as informações que lhe foram transmitidas, a Comissão considerou que o auxílio financeiro dado à P & O Ferries constituía um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 87.º CE) e não preenchia as condições necessárias para poder ser declarado compatível com o mercado comum.
- 5 Por ofício de 13 de Outubro de 1993, a Comissão notificou a referida decisão ao Governo espanhol e instou-o a confirmar que suspenderia todos os pagamentos a título do auxílio em causa até que a Comissão adoptasse uma decisão final. Nesse ofício, o Governo espanhol também foi convidado a apresentar as suas observações e a fornecer todas as informações necessárias à apreciação desse auxílio.
- 6 Por ofício de 10 de Novembro de 1993, o Governo basco informou a Comissão da suspensão da execução do acordo inicial.

- 7 A decisão de dar início a um processo relativo ao auxílio concedido pela Espanha à P & O Ferries foi objecto de uma comunicação da Comissão, dirigida aos outros Estados-Membros e às partes interessadas, publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (JO 1994, C 70, p. 5).
- 8 No quadro do procedimento administrativo, a P & O Ferries e a Comissão discutiram o tipo de acordo que poderia ser negociado entre as partes. Essas trocas de opinião incidiram, designadamente, sobre um projecto de alteração do acordo inicial e sobre projectos de substituição do acordo inicial por um novo acordo.
- 9 Por carta de 27 de Março de 1995, dirigida a um funcionário da Direcção-Geral (DG) «Transportes» encarregado das questões relacionadas com os auxílios de Estado no sector dos transportes, a P & O Ferries comunicou à Comissão um novo acordo (a seguir «novo acordo») que tinha sido concluído em 7 de Março de 1995 entre a Diputación e a P & O Ferries e que vigoraria de 1995 a 1998. De uma carta anexa a essa comunicação resulta que a Diputación deveria receber juros sobre os montantes que tinham sido colocados à disposição da P & O Ferries no quadro do acordo inicial.
- 10 Nos termos desse novo acordo, a Diputación comprometia-se a adquirir, relativamente ao período de Janeiro de 1995 a Dezembro de 1998, um total de 46 500 cupões de viagem a utilizar na linha marítima Bilbao-Portsmouth explorada pela P & O Ferries. A contrapartida financeira máxima a pagar pela autoridade pública foi fixada em 985 500 000 ESP, das quais 300 000 000 ESP deviam ser pagas em 1995, 315 000 000 ESP em 1996, 198 000 000 ESP em 1997 e 172 500 000 ESP em 1998. Foi acordada a tarifa por passageiro de 20 000 ESP para 1995, 21 000 ESP para 1996, 22 000 ESP para 1997 e 23 000 ESP para 1998. Estas tarifas foram objecto de um desconto que tinha em conta o compromisso de aquisição a longo prazo assumido pela Diputación e foram calculadas com base numa tarifa de referência de 22 000 ESP, que era a tarifa comercial publicada para 1994, acrescida de 5% ao ano, o que a elevava para 23 300 ESP em 1995, 24 500 ESP em 1996, 25 700 ESP em 1997 e 26 985 ESP em 1998.

11 A quinta cláusula no novo acordo estipula:

«[...] pela presente cláusula a [Diputación] confirma que foram adoptadas todas as medidas necessárias para dar cumprimento à legislação aplicável ao acordo e, em especial, que este não viola a legislação interna, a legislação relativa à defesa contra as infracções às regras de concorrência, nem o artigo 92.º do Tratado de Roma e que foram adoptadas todas as medidas necessárias para dar cumprimento ao artigo 93.º, n.º 3, do Tratado de Roma».

12 Em 7 de Junho de 1995, a Comissão adoptou a sua decisão de pôr termo ao procedimento de exame iniciado relativamente a um auxílio em favor da P & O Ferries (a seguir «decisão de 7 de Junho de 1995»).

13 A decisão de 7 de Junho de 1995 salientava que o novo acordo continha várias alterações importantes a fim de satisfazer as exigências da Comissão. O Governo basco já não era parte nesse acordo. Segundo as informações fornecidas à Comissão, o número de cupões de viagem a adquirir pela Diputación tinha sido calculado de acordo com as previsões de aceitação da oferta por determinados grupos de pessoas de escassos recursos e pelas pessoas a quem se dirigiam os programas sociais e culturais, incluindo grupos escolares, jovens e idosos. O preço dos cupões de viagem era menos elevado que o dos bilhetes que constava do prospecto para o período em questão, nos termos da prática normal no que respeita a prémios de volume a grandes utilizadores de serviços comerciais. Na decisão também se indicava que os outros pontos do acordo inicial que tinham levantado dúvidas tinham desaparecido do novo acordo.

14 Na decisão de 7 de Junho de 1995, a Comissão declarou também que a viabilidade do serviço proposto pela P & O Ferries ficara provada pelos resultados comerciais realizados e que esta última pôde consolidar as suas actividades sem recorrer ao auxílio do Estado. A P & O Ferries, nos termos do novo acordo, não dispõe de qualquer direito especial no porto de Bilbao e a sua prioridade sobre o cais está limitada aos horários específicos de partida e chegada

dos seus navios, o que permite, de facto, que outros navios utilizem o cais em outros momentos. A Comissão considerou que o novo acordo, cujo objectivo era privilegiar os residentes que utilizam os serviços de transportes locais de *ferry*, parecia constituir a expressão de uma relação comercial normal e leal no que respeita às tarifas dos serviços prestados.

- 15 A Comissão considerou, portanto, que o novo acordo não constituía um auxílio de Estado e decidiu encerrar o procedimento iniciado em 29 de Setembro de 1993.
- 16 Por acórdão de 28 de Janeiro de 1999, BAI/Comissão (T-14/96, Colect., p. II-139, a seguir «acórdão BAI»), o Tribunal de Primeira Instância anulou a decisão de 7 de Junho de 1995 por a Comissão se ter baseado numa errada interpretação do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado CE, ao concluir que o novo acordo não constituía um auxílio de Estado.
- 17 Em 26 de Maio de 1999, a Comissão decidiu dar início ao procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, para permitir às partes interessadas apresentar as suas observações relativamente à posição adoptada pela Comissão à luz do acórdão BAI (JO 1999, C 233, p. 22). Disso informou o Reino de Espanha por ofício de 16 de Junho de 1999. Recebeu as observações de algumas das partes interessadas e transmitiu-as às autoridades espanholas para que estas apresentassem as respectivas observações. As referidas autoridades apresentaram os seus argumentos por ofício de 21 de Outubro de 1999 e formularam observações complementares em 8 de Fevereiro e 6 de Junho de 2000.

Decisão impugnada

- 18 Com a Decisão 2001/247/CE da Comissão, de 29 de Novembro de 2000, relativa ao regime de auxílios aplicado pela Espanha à companhia marítima Ferries Golfo de Vizcaya (JO 2001, L 89, p. 28, a seguir «decisão impugnada» ou «decisão»), a

Comissão pôs termo ao procedimento *ex* artigo 88.º, n.º 2, CE, ao declarar que o auxílio em causa era incompatível com o mercado comum e ao ordenar ao Reino de Espanha que exigisse a sua restituição.

- 19 Da decisão impugnada resulta que, com a sua aquisição de cupões de viagem, a Diputación pretendia, por um lado, subvencionar viagens para pessoas de terceira idade residentes na Biscaia, no quadro de um programa de viagens de férias organizadas por medida, intitulado «Adineko», e, por outro, facilitar o acesso ao transporte de pessoas e instituições da Biscaia que necessitassem de condições especiais para viajar (por exemplo, as autoridades locais, associações, escolas profissionais e universidades). Da decisão também resulta que o programa Adineko tinha sido criado pelas autoridades autónomas bascas com o objectivo de substituir, a partir de 1996, o programa nacional de viagens subvencionadas chamado «Inserso» e do qual aproximadamente 15 000 biscainhos tinham beneficiado anualmente (considerandos 32 a 34, 48 e 51 da decisão).
- 20 Na sua apreciação do auxílio, a Comissão observou que o número total de cupões de viagem adquiridos pela Diputación não foi fixado em função das suas necessidades reais. De acordo com a Comissão, contrariamente ao que a Diputación lhe explicara, o número de cupões comprados à P & O Ferries não pôde ser calculado a partir dos números do programa Inserso. Observa (considerando 49):

«[A Diputación] decidiu adquirir 15 000 cupões de viagem à [P & O Ferries] em 1995, quando ainda participava no programa Inserso, o qual, nesse mesmo ano, pretendia beneficiar cerca de 15 000 pessoas na região da Biscaia. As autoridades autónomas bascas não explicaram porque é que as necessidades da Biscaia duplicaram nesse ano, nem porque é que apenas foram distribuídos 9 000 e 7 500 cupões de viagem em 1997 e 1998 (em vez de 15 000). Quando [a Diputación] decidiu comprometer-se a comprar esse número de cupões de viagem, não sabia que o programa Inserso se continuaria a aplicar a habitantes da região [apesar de a Diputación ter deixado de contribuir para o programa] e que o seu programa não chegaria a bom termo. As autoridades autónomas bascas também não

explicaram porque é que o número de cupões de viagem adquiridos variou tanto segundo o mês em questão (por exemplo, em 1995, foram adquiridos 750 cupões em Janeiro e 3 000 em Fevereiro).»

- 21 No que se refere ao número de cupões distribuídos, conclui-se na decisão que, no quadro do Adineko, tinham sido distribuídos um total de 3 532 cupões entre 1996 e 1998 e que, no quadro do programa destinado a facilitar o acesso ao transporte de pessoas e instituições da Biscaia, tinham sido distribuídos 12 520 cupões de viagem entre 1995 e 1998 (considerandos 50 e 51).
- 22 Por fim, a Comissão nota que o novo acordo contém várias disposições anómalas num acordo comercial relativo à aquisição de cupões de viagem, mencionando, a título exemplificativo, o facto de o acordo especificar o número semanal e anual de viagens que a P & O Ferries deve assegurar, o facto de ser necessário o consentimento da Diputación caso a P & O Ferries queira mudar o navio que efectua o serviço e o facto de o acordo impor determinadas condições, como a nacionalidade da tripulação ou a proveniência dos bens e serviços (considerando 52).
- 23 Daí a Comissão conclui (considerando 53) o seguinte:

«[O novo acordo] não correspondia aos autênticos imperativos de carácter social invocados pelas autoridades autónomas bascas, nem constitui uma transacção comercial normal, mas sim um auxílio à companhia marítima. O facto de os montantes concedidos nos termos [do acordo inicial] e do [novo acordo] serem semelhantes corrobora esta conclusão. As autoridades autónomas estabeleceram um segundo programa que permitia à companhia marítima conservar o nível de auxílio prometido em 1992.»

24 No que se refere à aplicabilidade das derrogações previstas no artigo 87.º, n.ºs 2 e 3, CE, a Comissão considera que nenhuma dessas derrogações é aplicável no caso vertente (considerandos 56 a 73).

25 Relativamente à restituição do auxílio, a Comissão rejeita o argumento segundo o qual esta restituição traía a confiança legítima da Diputación e da P & O Ferries. A este propósito, a Comissão invoca e cita integralmente os n.ºs 51 a 54 dos fundamentos do acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Janeiro de 1997, Espanha/Comissão (C-169/95, Colect., p. I-135). Também invoca o facto de a decisão de 7 de Junho de 1995 ter sido contestada dentro dos prazos e posteriormente anulada pelo Tribunal de Primeira Instância, de o auxílio ter sido aplicado antes de a Comissão ter adoptado uma decisão final a seu respeito e de o Estado-Membro nunca ter procedido a uma notificação válida nos termos do artigo 88.º, n.º 3, CE (considerandos 74 a 78).

26 Nos termos do artigo 1.º da decisão impugnada:

«O auxílio estatal atribuído pela Espanha à [P & O Ferries], num montante de 985 500 000 pesetas espanholas, é incompatível com o mercado comum.»

27 O artigo 2.º da decisão impugnada está assim redigido:

«1. A Espanha adoptará todas as medidas necessárias para recuperar do seu beneficiário o montante do auxílio referido no artigo 1.º, que foi posto à sua disposição ilegalmente.

2. A recuperação será feita sem demora e segundo as normas processuais previstas no direito nacional, caso estas permitam a execução imediata e efectiva da presente decisão. O auxílio a recuperar produz juros a contar da data em que foi posto à disposição do beneficiário até à data da sua recuperação. Os juros são calculados com base na taxa de referência utilizada para o cálculo do equivalente-subvenção dos auxílios regionais.»

Tramitação processual e pedidos das partes

- 28 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 25 de Maio de 2001, a P & O Ferries interpôs o seu recurso no processo T-116/01.
- 29 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 31 de Maio de 2001, a Diputación interpôs o seu recurso no processo T-118/01.
- 30 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 6 de Setembro de 2001, a Diputación apresentou um pedido de intervenção no processo T-116/01 em apoio da posição da P & O Ferries. Este pedido foi admitido por despacho do presidente da Segunda Secção Alargada do Tribunal de Primeira Instância de 5 de Novembro de 2001.
- 31 Por telecópia enviada à Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 27 de Setembro de 2001, cujo original foi entregue na Secretaria em 28 de Setembro de 2001, a P & O Ferries pediu para intervir no processo T-118/01 em apoio da posição da Diputación. Este pedido foi admitido por despacho do presidente da Segunda Secção Alargada do Tribunal de Primeira Instância de 23 de Novembro de 2001.

- 32 Devido à alteração da composição das Secções do Tribunal de Primeira Instância a partir de 1 de Outubro de 2002, o juiz-relator foi afectado à Primeira Secção Alargada e os presentes processos foram, por conseguinte, atribuídos a essa Secção. Tendo-se verificado um impedimento relativamente ao juiz-relator inicialmente designado pelo presidente do Tribunal de Primeira Instância, o Tribunal decidiu, em 3 de Outubro de 2002, atribuir o processo a outro juiz-relator.
- 33 Com base no relatório preliminar do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância decidiu iniciar a fase oral sem proceder a medidas de instrução prévias. Todavia, decidiu pedir a apresentação de um documento e colocar determinadas questões às partes.
- 34 Por despacho de 20 de Janeiro de 2003, ouvidas as partes, o Tribunal de Primeira Instância decidiu apensar os processos T-116/01 e T-118/01 para efeitos da fase oral do processo e do acórdão.
- 35 Em 31 de Janeiro de 2003, o Reino Unido apresentou um pedido de intervenção nos presentes processos. Tendo este pedido sido apresentado fora de prazo, foi indeferido por despacho do presidente da Primeira Secção Alargada de 4 de Março de 2003.
- 36 No processo T-116/01, a recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular o artigo 2.º da decisão impugnada;

— condenar a Comissão nas despesas.

37 A interveniente no processo T-116/01 conclui no sentido de apoiar o pedido da recorrente no processo T-116/01.

38 No processo T-116/01, a Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar o recurso improcedente;

— condenar a recorrente nas despesas.

39 No processo T-118/01, a recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão impugnada;

— a título subsidiário, anular o artigo 2.º da decisão impugnada;

— condenar a Comissão nas despesas.

- 40 A interveniente no processo T-118/01 conclui no sentido de apoiar o pedido da recorrente no processo T-118/01.
- 41 No processo T-118/01, a Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:
- declarar o recurso parcialmente inadmissível;
 - a título subsidiário, negar provimento ao recurso;
 - condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

- 42 Em apoio do seu recurso no processo T-116/01, a recorrente apresenta três fundamentos baseados, em primeiro lugar, na violação do princípio da confiança legítima, em segundo, na violação do artigo 88.º CE e, em terceiro, na violação do artigo 253.º CE.
- 43 Em apoio do seu recurso no processo T-118/01, a recorrente apresenta sete fundamentos baseados, o primeiro, na violação do artigo 87.º, n.º 1, CE, uma vez que a Comissão considera, na decisão impugnada, que a totalidade dos

montantes pagos constitui um auxílio de Estado, o segundo, numa violação do artigo 87.º, n.º 1, CE, uma vez que a Comissão considera, na decisão impugnada, que os montantes pagos como contrapartida dos cupões de viagem ainda não utilizados constituem um auxílio de Estado, o terceiro, numa violação do direito de propriedade e do artigo 295.º CE, o quarto, na violação do artigo 87.º, n.º 1, CE, uma vez que a Comissão não demonstrou, na decisão impugnada, que o comércio intracomunitário era afectado, e na fundamentação insuficiente da decisão impugnada no que concerne às condições de aplicação do referido artigo, o quinto, na violação das regras processuais, designadamente das formalidades essenciais impostas pelo Tratado CE e pelo Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [88.º] do Tratado CE (JO L 83, p. 1), e na violação do dever de fundamentação, o sexto, numa violação do artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE e, o sétimo, numa violação do artigo 14.º do Regulamento n.º 659/1999 e dos princípios da protecção da confiança legítima e da boa administração.

44 O Tribunal de Primeira Instância considera útil apreciar, antes de mais, os fundamentos aduzidos pela recorrente no processo T-118/01. Estes fundamentos podem ser reagrupados em cinco fundamentos baseados, em primeiro lugar, na violação do artigo 87.º, n.º 1, CE, em segundo, numa violação do direito de propriedade e do artigo 295.º CE, em terceiro, numa violação do artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE, em quarto, na inexistência de um pedido de informação e na insuficiência de fundamentação e, em quinto, numa violação do artigo 14.º do Regulamento n.º 659/1999 e dos princípios da protecção da confiança legítima e da boa administração. A este propósito, importa, além disso, apreciar conjuntamente o quinto fundamento no processo T-118/01 e o primeiro no processo T-116/01.

45 Antes de proceder a uma apreciação destes fundamentos, o Tribunal de Primeira Instância considera necessário, a título preliminar, examinar a questão de saber se o auxílio objecto da decisão impugnada (a seguir «auxílio controvertido») foi concedido nos termos do procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE, e, portanto, se se trata ou não de um auxílio legal.

Quanto à legalidade do auxílio controvertido

Argumentos das partes

- 46 Para demonstrar que se trata, no caso vertente, de um auxílio concedido de acordo com o procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE, as recorrentes alegam que, contrariamente ao indicado nos considerandos 75 e 77 da decisão impugnada, o auxílio controvertido não foi posto em execução antes da decisão de 7 de Junho de 1995.
- 47 As recorrentes observam, a este propósito, que a quinta cláusula do novo acordo contém uma condição suspensiva, conforme ao direito espanhol, por força da qual as partes contraentes tinham acordado suspender a execução do referido acordo até ao momento em que a Comissão sobre ele se pronunciasse, no âmbito do procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE. Ora, de acordo com o direito espanhol, um contrato escrito pode envolver uma condição prévia não escrita, quando esta tenha sido expressa ou tacitamente acordada entre as partes.
- 48 A recorrente no processo T-116/01 precisa que não foi concedido nenhum auxílio de Estado ao abrigo do novo acordo antes da aprovação da decisão de 7 de Junho de 1995 em virtude de essa decisão constituir uma condição prévia à entrada em vigor do novo acordo, por força do qual o alegado auxílio tinha sido concedido, em conformidade com o que o Tribunal de Justiça tinha admitido no acórdão de 15 de Fevereiro de 2001, Áustria/Comissão (C-99/98, Colect., p. I-1101, n.ºs 40 a 44).
- 49 Em seu entender, a razão pela qual o novo acordo previa a emissão de cupões que podiam ser trocados por títulos de viagem a utilizar inicialmente em Janeiro, Fevereiro, Março e Abril de 1995, anteriormente à decisão de 7 de Junho de 1995, estava ligado ao facto de o acordo ter sido redigido em 1994 e, nessa data, ser previsível que seria aprovado pela Comissão em inícios de 1995.

- 50 Relativamente à alegada irregularidade da notificação, decorrente do facto de ter sido efectuada pelos advogados do beneficiário e não pelo Governo espanhol, sustentam as recorrentes que a validade de um acto de execução só é afectada pela inobservância das obrigações resultantes do artigo 88.º, n.º 3, último período, CE (acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Novembro de 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires* e *Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, C-354/90, Colect., p. I-5505, n.º 12). Dado que, no caso vertente, o auxílio foi posto em execução após a decisão de aprovação da Comissão, as alegadas irregularidades da notificação não podiam implicar a ilegalidade do auxílio controvertido.
- 51 De todo o modo, o artigo 88.º, n.º 3, CE não previa que a notificação da Comissão devesse ser efectuada pelo Estado-Membro. O artigo 2.º do Regulamento n.º 659/1999, citado no considerando 78 da decisão impugnada, não se applicava no caso em apreço, uma vez que não se encontrava em vigor à data da comunicação do novo acordo à Comissão.
- 52 Por último, as recorrentes contestam o argumento da Comissão segundo o qual o novo acordo estaria estreitamente ligado ao acordo inicial e afirmam que o primeiro não foi examinado no quadro de um procedimento formal de inquérito. A designação «NN» estaria ligada ao acordo inicial e não a um procedimento relativo ao novo acordo. Fazem notar, a este propósito, que foi só em 26 de Maio de 1999 que a Comissão decidiu alargar ao novo acordo o procedimento iniciado em 1993 relativamente ao antigo. Assim, no caso vertente, existiam na realidade dois processos, o novo acordo relativo a auxílios notificados e o acordo inicial referente a auxílios não notificados.
- 53 A título subsidiário, a recorrente no processo T-116/01, apoiada pela interveniente e baseando-se no princípio jurídico do «estoppel» e do *non venire contra factum proprium*, alega que a Comissão não podia invocar uma inobservância do

artigo 88.º, n.º 3, CE, pois aceitara a comunicação do novo acordo por parte dos advogados da recorrente no processo T-116/01 sem levantar qualquer objecção quanto à validade jurídica dessa comunicação, utilizara as informações transmitidas pelos advogados da recorrente no processo T-116/01 para efeitos da adopção da decisão de 7 de Junho de 1995 e teria sido possível pedir ao Estado-Membro em causa que transmitisse o novo acordo à Comissão se esta o tivesse exigido.

- 54 A Comissão alega, em primeiro lugar, que existe uma continuidade entre o acordo inicial, não comunicado, e o novo acordo. Observa que o preâmbulo do novo acordo refere que este último substitui o acordo inicial, que o acórdão BAI sublinha esta continuidade nos n.ºs 76 e 80 dos seus fundamentos e que o procedimento administrativo começou com o acordo inicial, não notificado, e continuou com a apreciação das suas modificações ulteriores, incluindo o novo acordo. Como a Comissão concluiu pela existência de auxílios não notificados, estava no direito de se pronunciar quanto à sua eventual compatibilidade com o Tratado sem ter que previamente pedir uma notificação formal. Uma nova notificação não podia eliminar as consequências da não notificação do acordo inicial, designadamente, o seu carácter ilegal.
- 55 Além disso, a Comissão observa que o artigo 88.º, n.º 3, CE obriga o Estado-Membro a proceder a uma notificação formal (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Setembro de 1998, BFM e EFIM/Comissão, T-126/96 e T-127/96, Colect., p. II-3437, n.º 47) e que uma comunicação efectuada pelos advogados da recorrente no processo T-116/01 não pode ser qualificada de notificação.
- 56 Por último, faz notar que todas as trocas de informações entre a Comissão, as autoridades em causa e os beneficiários anteriores à decisão de 7 de Junho de 1995 evidenciam que se trata de um acordo não notificado e que estava fora de questão ponderar uma notificação formal.

Apreciação do Tribunal

57 Nos termos do artigo 88.º, n.º 3, CE:

«Para que possa apresentar as suas observações, deve a Comissão ser informada atempadamente dos projectos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios. [...] O Estado-Membro em causa não pode pôr em execução as medidas projectadas antes de tal procedimento haver sido objecto de uma decisão final.»

58 No caso vertente, o Tribunal conclui que o auxílio instaurado pelo novo acordo não foi concedido em conformidade com o procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE e que, portanto, é ilegal. Resulta claramente da decisão impugnada, com apoio nas explicações fornecidas pelas partes no quadro do presente processo, que o acordo inicial e o novo acordo constituem um único auxílio, instaurado e aplicado em 1992 no quadro da conclusão do acordo inicial, sem notificação prévia à Comissão.

59 Com efeito, há que realçar, em primeiro lugar, que, como resulta do preâmbulo do novo acordo, bem como da comunicação dos advogados da P & O Ferries de 27 de Março de 1995, o novo acordo constitui uma simples modificação do acordo inicial e foi elaborado com o objectivo de o substituir.

60 A este propósito, importa declarar que as modificações do acordo inicial, como resultam do novo acordo, não afectam, na sua essência, o auxílio tal como instaurado pelo acordo inicial (v., por analogia, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Abril de 2002, Government of Gibraltar/Comissão, T-195/01 e T-207/01, Colect., p. II-2309, n.º 111).

- 61 Com efeito, resulta dos dois acordos que estes consistem numa compra pela Diputación à mesma companhia marítima, a P & O Ferries, de um determinado número de cupões de viagem utilizáveis na mesma linha marítima e para um período com a mesma duração. Além disso, os dois acordos contêm disposições idênticas quanto à frequência dos trajectos e ambos impõem à P & O Ferries o compromisso de observar determinadas cláusulas quanto à nacionalidade da tripulação e aos bens e serviços utilizados a bordo dos navios (v. considerandos 9 e 14 da decisão impugnada). Além disso, tal como resulta, designadamente, dos considerandos 9, 13, 31 e 32 da decisão impugnada, da primeira cláusula do acordo inicial e do preâmbulo do novo acordo, ambos os acordos visam assegurar um serviço regular de linha marítima a fim de fomentar as trocas comerciais, o turismo e o desenvolvimento regional do País Basco e fornecer oportunidades de viagens ao estrangeiro a grupos economicamente desfavorecidos. Por último, é certo que os montantes concedidos por força do novo acordo são bastante próximos dos concedidos ao abrigo do acordo inicial e que estes últimos ficaram à disposição da P & O Ferries e foram utilizados para remunerar a P & O Ferries no âmbito do novo acordo (v. considerandos 18 e 53 da decisão impugnada).
- 62 Em segundo lugar, a decisão impugnada, bem como a documentação fornecida pelas partes, permitem concluir que a comunicação da P & O Ferries de 27 de Março de 1995, enviada a um funcionário da DG «Transportes» da Comissão pelos advogados da P & O Ferries, longe de constituir uma notificação formal de um novo auxílio projectado, encerra uma longa correspondência entre os serviços da Comissão e as recorrentes sobre as modificações gradualmente introduzidas no acordo inicial (v. n.º 8, *supra*).
- 63 A este propósito, resulta da documentação apresentada pela própria recorrente no processo T-116/01 que, após a adopção da decisão da Comissão, de 29 de Setembro de 1993, de iniciar o procedimento formal de exame e após uma reunião, em 22 de Abril de 1994, entre os serviços da DG «Transportes» da Comissão, por um lado, e a Diputación e a P & O Ferries, por outro, estas últimas enviaram várias cartas à Comissão contendo propostas de alteração ao acordo inicial (v., designadamente, as cartas do beneficiário de 11 de Maio, 6 de

Junho e 1 de Dezembro de 1994, enviadas a um funcionário da DG «Transportes», bem como o ofício de 25 de Novembro de 1994 que a Diputación enviou à Comissão e que continha uma lista exaustiva das modificações introduzidas no acordo inicial).

- 64 O facto de a comunicação de 27 de Março de 1995 não constituir a notificação de um novo auxílio é também claramente confirmado pelo facto de ter sido enviada pelos advogados da P & O Ferries e não pelo Governo espanhol. Além disso, a forma e o conteúdo dessa comunicação não respondem de modo algum aos critérios formais exigidos. Com efeito, contrariamente ao exigido no n.º 3, alínea a), i) e ii), da carta da Comissão aos Estados-Membros SG (81) 12740, de 2 de Outubro de 1981, a comunicação foi enviada a um funcionário da DG «Transportes» e não ao secretário-geral da Comissão e não contém qualquer referência ao artigo 88.º, n.º 3, CE.
- 65 Em terceiro lugar, as cartas que as recorrentes enviaram à Comissão, incluindo a comunicação de 27 de Março de 1995, têm todas o número de referência utilizado pela Comissão no processo relativo ao acordo inicial, ou seja, «NN 40/93» (v., a este propósito, acórdão Áustria/Comissão, já referido, n.º 42).
- 66 Em quarto lugar, a análise do Tribunal é corroborada pelo comportamento da Comissão que, na sequência do recebimento da comunicação de 27 de Março de 1995, deu-lhe seguimento, adoptando a decisão de 7 de Junho de 1995, em vez de a não aceitar por incompleta, em conformidade com a carta aos Estados-Membros SG (81) 12740, já referida, e à sua prática habitual [v., a título de exemplo, decisão de 23 de Dezembro de 1992 da Comissão nos termos do n.º 2 do artigo 88.º do Tratado CE dirigida aos outros Estados-Membros e outros interessados, relativa a auxílios que a Itália decidiu conceder ao Ente partecipazioni e finanziamento industria manifatturiera (JO 1993, C 75, p. 2) e acórdão BFM e EFIM/Comissão, já referido, n.º 47].

- 67 Em quinto lugar, o Tribunal conclui que a Comissão, na decisão de 7 de Junho de 1995, declara expressamente que, através do ofício que enviou ao Governo espanhol, pôs termo ao procedimento iniciado em 29 de Setembro de 1993.
- 68 É, portanto, claro que as próprias partes em causa e a Comissão, tanto no procedimento administrativo prévio como na decisão impugnada, forneceram indicações que permitiam a conclusão de que consideravam que o auxílio controvertido era um auxílio não notificado.
- 69 O facto de as partes terem alterado ou suprimido determinadas disposições do acordo inicial consideradas incompatíveis com o artigo 87.º CE em nada altera o facto de, na sua substância, o acordo inicial e o novo acordo constituírem um único auxílio (acórdão *Government of Gibraltar/Comissão*, já referido, n.º 111).
- 70 Importa notar, além disso, que, contrariamente ao que alegam as recorrentes, a circunstância de a Comissão ter aceite a comunicação do novo acordo sem levantar qualquer objecção relativamente à sua validade jurídica não pode, de modo algum, alterar o carácter ilegal do auxílio controvertido. Com efeito, basta verificar, a este propósito, que a Comissão de modo algum pode autorizar uma derrogação ao procedimento de notificação previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE e, através do seu comportamento, alterar o carácter ilegal de um auxílio. De todo o modo, resulta claramente do que precede que o comportamento da Comissão era perfeitamente normal no quadro de um procedimento relativo a um auxílio não notificado. O simples facto de, alegadamente, os advogados da P & O Ferries estarem convictos de que a sua comunicação de 27 de Março de 1995 constituía uma notificação formal de um novo auxílio não pode afectar o carácter ilegal do auxílio controvertido.

- 71 Por fim, a análise do Tribunal também não pode ser afectada pelo facto de a Comissão, nos considerandos 5 e 6 da decisão impugnada, ter declarado que decidira, em 26 de Maio de 1999, «alargar o procedimento aberto em 1993 contra o [acordo inicial], de modo a também abranger o [novo acordo]» e convidar terceiros a apresentar as suas observações sobre o auxílio controvertido.
- 72 Com efeito, é de jurisprudência constante que, se um primeiro exame levar a Comissão à convicção de que um auxílio estatal é incompatível com o Tratado ou não tiver permitido ultrapassar todas as dificuldades suscitadas pela apreciação da compatibilidade desse auxílio com o mercado comum, a Comissão tem o dever de obter todos os pareceres necessários e dar início, para o efeito, ao procedimento do n.º 2 do artigo 88.º CE (v., designadamente, acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France, C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 39, e acórdão BFM e EFIM/Comissão, já referido, n.º 44).
- 73 Além disso, resulta do artigo 88.º, n.º 2, CE que a Comissão decide «depois de ter notificado os interessados para apresentarem as suas observações». O Tribunal de Justiça já decidiu que a comunicação de abertura visa exclusivamente obter, da parte dos interessados, todas as informações destinadas a esclarecer a Comissão na sua acção futura (acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 1973, Comissão/Alemanha, 70/72, Colect., p. 309, n.º 19, e acórdão BFM e EFIM/Comissão, já referido, n.º 45).
- 74 O facto de a Comissão, na sua decisão de 26 de Maio de 1999, considerar necessário solicitar o parecer dos interessados sobre o auxílio como modificado pelo novo acordo de modo algum pode, portanto, ser interpretado no sentido de que, antes desta data, o procedimento iniciado em 29 de Setembro de 1993 e terminado com a decisão de 7 de Junho de 1995 apenas dizia respeito ao acordo inicial. Do conjunto das considerações que precede resulta que as recorrentes não forneceram ao Tribunal elementos que permitam a conclusão de que o novo acordo tinha instaurado um novo auxílio.

Quanto ao primeiro fundamento no processo T-118/01 baseado em violação do artigo 87.º, n.º 1, CE

- 75 Importa, em primeiro lugar, examinar a excepção peremptória suscitada pela Comissão relativamente a este fundamento. Em seu entender, este deve ser julgado inadmissível pois põe em causa a força de caso julgado do acórdão BAI/Comissão, já referido. Fundamentalmente, a recorrente contestava as considerações do Tribunal de Primeira Instância, designadamente as apresentadas nos n.ºs 70 a 82 do referido acórdão, relativas à qualificação do auxílio controvertido e ao efeito real do auxílio controvertido sobre a concorrência e as trocas comerciais entre Estados-Membros.
- 76 A recorrente considera que o princípio da força do caso julgado não tem por efeito tornar inadmissível o presente fundamento.
- 77 De acordo com jurisprudência bem firmada, a autoridade de caso julgado de que goza um acórdão poderá impedir a admissibilidade de um recurso se o que esteve na origem do acórdão em causa opôs as mesmas partes, incidiu sobre o mesmo objecto e se baseou no mesmo fundamento (acórdãos do Tribunal de Justiça de 19 de Setembro de 1985, Hoogovens Groep/Comissão, 172/83 e 226/83, Recueil, p. 2831, n.º 9, e de 22 de Setembro de 1988, França/Parlamento, 358/85 e 51/86, Colect., p. 4821, n.º 12; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Março de 1990, Maindiaux e o./CES, T-28/89, Colect., p. II-59, n.º 23), especificando-se que essas condições têm necessariamente carácter cumulativo (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 5 de Junho de 1996, NMB França e o./Comissão, T-162/94, Colect., p. II-427, n.º 37).
- 78 Daqui resulta que a força de caso julgado não pode ser invocada quando os recursos em causa não incidem sobre o mesmo acto, chamando-se a atenção para o facto de que o acto cuja anulação é pedida constitui um elemento essencial que permite caracterizar o objecto de um recurso (acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Outubro de 1987, Diezler/CES, 146/85 e 431/85, Colect., p. 4283, n.ºs 14 a 16, e acórdão Maindiaux e o./CES, já referido, n.º 23).

- 79 Ora, sendo o presente recurso interposto de um acto diferente do que deu lugar ao acórdão BAI, não se pode considerar que os dois recursos tenham o mesmo objecto.
- 80 Além disso, o presente recurso não opõe as mesmas partes que já haviam estado implicadas no processo que deu lugar ao acórdão BAI.
- 81 Não se opondo a força de caso julgado à interposição do presente recurso, o mesmo se passa relativamente a cada um dos fundamentos apresentados pelas recorrentes no presente processo, pelo que não há necessidade de apreciar se esses fundamentos, no essencial, já haviam sido apreciados pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão BAI.
- 82 Este fundamento deve, pois, ser declarado admissível.

Argumentos das partes

- 83 Este fundamento pode dividir-se em três vertentes. No quadro da primeira, a recorrente no processo T-118/01 alega que a Comissão violou o artigo 87.º, n.º 1, CE ao considerar que o novo acordo constitui no seu conjunto um auxílio de Estado, sem ter em conta os cupões de viagem efectivamente utilizados. Na segunda vertente, sustenta que a Comissão, na sua apreciação da existência de um auxílio, deveria ter tido em conta igualmente os cupões de viagem ainda não utilizados. A terceira vertente baseia-se no facto de o comércio intracomunitário não ser afectado e numa fundamentação insuficiente a esse propósito.

— Quanto à primeira vertente

- 84 No quadro desta vertente, a Diputación alega que os montantes pagos como contrapartida de um serviço de transporte marítimo efectivamente fornecido pela P & O Ferries não constituem um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, dado não implicarem qualquer vantagem em favor da P & O Ferries, antes constituindo a remuneração, a preço de mercado, de um serviço efectivamente fornecido pelo operador comercial.
- 85 Com efeito, o Tribunal de Justiça considerou que, quando uma medida estatal consiste na remuneração de um serviço fornecido por um operador comercial, não se trata de um auxílio na acepção do artigo 87.º CE (acórdãos do Tribunal de Justiça de 7 de Fevereiro de 1985, ADBHU, 240/83, Recueil, p. 531, n.º 18, e de 22 de Novembro de 2001, Ferring, C-53/00, Colect., p. I-9067, n.º 26).
- 86 Além disso, haveria que aplicar por analogia a análise efectuada pela Comissão na sua comunicação respeitante a auxílios estatais no âmbito da venda de terrenos e imóveis públicos (JO 1997, C 209, p. 3). Nessa comunicação, a Comissão indicou considerar existirem elementos de auxílio numa venda unicamente quando esta seja realizada por um preço inferior ao preço de mercado. Além disso, a Comissão considerou que o facto de poderem existir elementos de auxílio numa transacção não significa que a própria transacção constitua um auxílio de Estado. A Diputación infere destes elementos que, de acordo com a tese da Comissão desenvolvida na referida comunicação, a venda em si não pode ser considerada contrária às regras relativas aos auxílios de Estado.
- 87 Considera que o facto de o Tribunal ter concluído, no acórdão BAI, que o novo acordo não constitui uma transacção comercial normal não permite a conclusão de que o Tribunal a qualificou de auxílio autorizado em violação do artigo 87.º, n.º 1, CE. No entender da Diputación, o Tribunal de Primeira Instância apenas considerou que o novo acordo podia conter elementos de auxílio.

- 88 Além disso, a Comissão, no considerando 47 da decisão impugnada, referindo-se ao número total de cupões de viagem e observando que esse número não correspondia a «necessidades reais», teria tacitamente reconhecido que os cupões de viagem efectivamente utilizados correspondiam a «necessidades reais». O montante correspondente aos cupões de viagem utilizados não podia, portanto, ser qualificado de auxílio, uma vez que constitui a contrapartida económica de um serviço efectivamente prestado.
- 89 No que toca às explicações fornecidas pela Comissão no presente processo, de acordo com as quais a contrapartida dada pela P & O Ferries não originara praticamente nenhum custo suplementar, a Diputación alega que estas não podiam ser admitidas pelo Tribunal de Primeira Instância, uma vez que não figuram na decisão impugnada.
- 90 Além disso, o acordo implica custos que a Comissão deveria ter tido em conta na apreciação dos elementos de auxílio, incluindo os ligados à obrigação da P & O Ferries de prestar os seus serviços nessa linha marítima durante todo o ano, em conformidade com o novo acordo, mesmo que não seja rentável durante a estação baixa.
- 91 O raciocínio da Comissão também produzia efeitos injustos na medida em que a P & O Ferries podia ver-se constrangida a intentar uma acção por enriquecimento sem causa contra a Diputación pelos serviços gratuitos de que esta última beneficiou.
- 92 Uma vez que a decisão impugnada não está, portanto, fundamentada de forma a suportar o facto de que os montantes pagos à P & O Ferries como contrapartida dos cupões de viagem utilizados constituíam um auxílio de Estado, a Diputación entende que a referida decisão está ferida de violação de formalidades essenciais.

- 93 A Comissão refuta o argumento da Diputación segundo o qual os montantes pagos à P & O Ferries como contrapartida de um serviço efectivamente prestado não comportam uma vantagem, afirmando que resulta de jurisprudência constante que a existência de uma contrapartida não exclui a existência de um auxílio se os efeitos do acordo em causa constituírem um benefício importante. Ora, de um ponto de vista económico, o novo acordo, por permitir à P & O Ferries ocupar artificialmente os lugares do *ferry* com passageiros durante a estação baixa, representa para ela um benefício económico importante resultante, por um lado, de receitas suplementares e, por outro, de custos suplementares praticamente nulos, como o Tribunal de Primeira Instância já observara no acórdão BAI, no n.º 76.
- 94 Acrescenta que o facto de uma transacção ter sido alegadamente realizada ao preço de mercado não exclui, de modo algum, a presença de elementos de auxílio quando não corresponde a uma necessidade real do adquirente e se efectua com um determinado beneficiário, com exclusão de todos os outros interessados potenciais.
- 95 Por fim, a Comissão alega que uma acção por enriquecimento sem causa seria lógica e habitual numa situação em que, na sequência da anulação de um acordo entre duas partes, as prestações fornecidas devam ser reembolsadas. A questão da existência e do montante de eventuais custos suplementares suportados pela P & O Ferries devia ser examinada, sendo esse o caso, no âmbito da recuperação.

— Quanto à segunda vertente

- 96 A Diputación alega que a decisão impugnada sofre de erro manifesto de apreciação, uma vez que a Comissão, na sua avaliação das «necessidades reais» da Diputación, não tomou em consideração o facto de os cupões de viagem comprados no quadro do novo acordo e não utilizados poderem ainda ser utilizados e de a sua compra também não constituir, portanto, um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

- 97 A Diputación lembra, a este propósito, que a primeira cláusula do novo acordo prevê que os cupões de viagem possam ser utilizados para além do período de 1995-1998, desde que na estação baixa. Isto provava que as «necessidades reais» da Diputación nunca estiveram ligadas ao período de 1995-1998, pois os cupões de viagem não tinham limite de validade.
- 98 Nestas circunstâncias, actuara como um investidor público diligente que prossegue uma política estrutural ou sectorial de conjunto a longo prazo (acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1991, Itália/Comissão, C-303/88, Colect., p. I-1433, n.ºs 21 e 22, e Itália/Comissão, C-305/89, Colect., p. I-1603, n.º 23).
- 99 A este propósito, alega que os termos do novo acordo, designadamente no que se refere ao compromisso de compra a longo prazo, são comparáveis aos dos contratos geralmente celebrados entre as companhias marítimas e os operadores privados de bilhetes de transporte conhecidos sob a designação «ITX», que procedem a importantes aquisições de bilhetes antecipadamente a fim de poderem beneficiar dos prémios de aquisição de grandes quantidades.
- 100 Por último, a Diputación rejeita a afirmação da Comissão segundo a qual a P & O Ferries teria decidido explorar a linha de *ferry* Bilbao-Portsmouth devido às condições de aquisição de cupões oferecidos pela Diputación. Alega que esta linha estava operacional a partir de Março de 1993 e que a sua viabilidade, não contestada pela Comissão na decisão impugnada, ficara demonstrada pelos resultados comerciais.
- 101 A Comissão considera que a argumentação da Diputación deve ser julgada improcedente.

— Quanto à terceira vertente

- 102 A Diputación alega que a Comissão, na decisão impugnada, não demonstrou que a concorrência e as trocas intracomunitárias tinham sido afectadas com o novo acordo.
- 103 A Diputación contesta as afirmações da Comissão constantes do considerando 55 da decisão impugnada, de acordo com as quais os efeitos do novo acordo sobre a concorrência e as trocas entre Estados-Membros são idênticos aos que podiam ser imputados ao acordo inicial, observando que o exame deste último não dera lugar a uma apreciação definitiva relativamente à existência de um auxílio em favor da P & O Ferries. De todo o modo, a Comissão era obrigada a indicar na decisão impugnada quais eram esses efeitos ou quais eram os do novo acordo (acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Outubro de 2000, Itália e Sardeña Lines/Comissão, C-15/98 e C-105/99, Colect., p. I-8855, n.º 66).
- 104 A Diputación interroga-se igualmente sobre a existência de elementos susceptíveis de permitir à Comissão afirmar, no considerando 54 da decisão impugnada, que as actividades de transporte da Brittany Ferries poderiam ter sido maiores se o novo acordo não tivesse existido.
- 105 No que se refere à condição relativa ao facto de as trocas intracomunitárias serem afectadas, a Diputación alega que a Comissão se limitou, na decisão impugnada, a afirmações de carácter genérico.
- 106 Além disso, realça que a referência feita no considerando 54 da decisão impugnada às actividades da sociedade-mãe da P & O Ferries é irrelevante, uma vez que o litígio versa sobre eventuais elementos de auxílio no novo acordo, que visa a ligação marítima Bilbao/Portsmouth/Bilbao.

107 A Comissão alega que, dado que o novo acordo constitui um auxílio ilegal, não tinha que demonstrar os seus efeitos reais sobre a concorrência e as trocas intracomunitárias.

108 A título subsidiário, alega que a decisão impugnada está suficientemente fundamentada e, a esse propósito, remete para os considerandos 54 e 55 da mesma.

Apreciação do Tribunal

— Quanto às primeira e segunda vertentes

109 Há que examinar conjuntamente as primeira e segunda vertentes, que visam contestar, ambas, a qualificação de auxílio de Estado adoptada pela Comissão na decisão impugnada relativamente ao novo acordo.

110 Nos termos do artigo 87.º, n.º 1, CE «[s]alvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções».

- 111 De acordo com jurisprudência constante, esta disposição tem por objecto evitar que as trocas comerciais entre Estados-Membros sejam afectadas por benefícios concedidos pelas autoridades públicas que, sob diversas formas, falseiem ou ameacem falsear a concorrência ao favorecer certas empresas ou certas produções (acórdãos do Tribunal de Justiça de 24 de Fevereiro de 1987, Deufil/Comissão, 310/85, Colect., p. 901, n.º 8, de 15 de Março de 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Colect., p. I-877, n.º 12, e de 11 de Julho de 1996, SFEI e o., C-39/94, Colect., p. I-3547, n.º 58).
- 112 Para apreciar se uma medida estatal constitui um auxílio, há assim que determinar se a empresa beneficiária recebe uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado (acórdãos do Tribunal de Justiça SFEI e o., já referido, n.º 60, e de 29 de Junho de 1999, DM Transport, C-256/97, Colect., p. I-3913, n.º 22). Com efeito, o artigo 87.º, n.º 1, CE não faz a distinção segundo as causas ou os objectivos das intervenções estatais, mas define-as em função dos seus efeitos (acórdãos do Tribunal de Justiça de 29 de Fevereiro de 1996, Bélgica/Comissão, C-56/93, Colect., p. I-723, n.º 79, e de 26 de Setembro de 1996, França/Comissão, C-241/94, Colect., p. I-4551, n.º 20).
- 113 Para determinar se uma intervenção como a em causa confere uma vantagem à empresa beneficiária, há que apreciar se, como alegado pela Diputación, o Estado actuou do mesmo modo que um investidor privado, operando nas condições normais de uma economia de mercado (acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão, C-142/87, Colect., p. I-959, n.º 29), de uma dimensão que possa ser comparada à dos organismos que gerem o sector público.
- 114 Assim, uma medida estatal a favor de uma empresa não pode, pelo simples facto de as partes se comprometerem a prestações recíprocas, ser *a priori* excluída do conceito de auxílio de Estado referido no artigo 87.º CE (acórdão BAI, n.º 71).
- 115 No n.º 75 do acórdão BAI, o Tribunal de Primeira Instância declarou a este propósito que «o facto de os termos do [novo acordo], designadamente no que

respeita ao compromisso de aquisição a longo prazo e aos descontos concedidos ao comprador em função da quantidade, serem equiparáveis aos dos contratos que são geralmente celebrados entre as companhias de transportes marítimos e os operadores privados [...], não basta para demonstrar que a aquisição de cupões de viagem pel[a Diputación] tem a natureza de uma transacção comercial normal».

- 116 No referido acórdão, nos n.ºs 76 e 79, para apreciar se se tratava de uma transacção comercial normal, o Tribunal de Primeira Instância acolheu como critério determinante a questão de saber se o acordo de compra de cupões de viagem celebrado entre a Diputación e a P & O Ferries era o reflexo das necessidades efectivas sentidas pelas autoridades públicas. Considerou que, juridicamente, tal facto não ficara suficientemente demonstrado.
- 117 Resulta do que antecede que o simples facto de um Estado-Membro adquirir bens e serviços nas condições de mercado não basta para que essa operação constitua uma transacção comercial efectuada em condições que um investidor privado teria aceite, ou, dito de outro modo, uma transacção comercial normal, se se verificar que o Estado não tinha uma necessidade real desses bens e serviços.
- 118 A necessidade que um Estado-Membro tem de demonstrar que uma aquisição de bens ou serviços por si efectuada constitui uma transacção comercial normal impõe-se sobretudo quando, como no caso vertente, a escolha do operador não foi antecedida de um concurso público aberto que tenha sido objecto de publicidade suficiente. Com efeito, de acordo com a prática constante da Comissão, a existência de um tal concurso público prévio a uma aquisição por um Estado-Membro é normalmente considerada suficiente para excluir que esse Estado-Membro pretenda conceder uma vantagem a uma empresa determinada [v., designadamente, Comunicação da Comissão sobre o enquadramento comunitário dos auxílios estatais à investigação e desenvolvimento (JO 1996, C 45, p. 5), n.º 2.5, e, nesse sentido, as orientações comunitárias sobre auxílios estatais aos transportes marítimos (JO 1997, C 205, p. 5), capítulo 9].

- 119 No caso vertente, para demonstrar que o novo acordo constitui uma transacção comercial normal que responde a uma sua necessidade real, a Diputación chama a atenção, designadamente, para o facto de um certo número de cupões de viagem já ter sido utilizado durante o período abrangido pelo novo acordo e de os cupões de viagem não utilizados poderem ainda sê-lo após a expiração do período indicado no contrato.
- 120 Ora, como se recordou nos n.ºs 114 a 117 *supra*, o simples facto de uma empresa ter fornecido uma contrapartida a um organismo estatal não demonstra, por si só, que este último tinha uma necessidade real dos serviços em causa. O simples argumento de que foram realmente fornecidos serviços pela P & O Ferries à Diputación não basta, pois, para demonstrar que esta tinha uma necessidade real dos serviços em causa.
- 121 Pelo contrário, tal como resulta claramente da decisão impugnada, inúmeros elementos convergem para provar que a Diputación não celebrou o novo acordo para satisfazer necessidades efectivas.
- 122 Em primeiro lugar, há que notar que o acordo inicial incluía uma série de elementos que demonstram que não constituía uma transacção comercial normal.
- 123 Basta lembrar, a este propósito, que, tal como resulta dos considerandos 10 e 11 da decisão impugnada, o acordo inicial incluía, designadamente, o compromisso das autoridades autónomas bascas de adquirirem um certo número de cupões a um preço muito superior ao do mercado e de não considerarem as eventuais perdas da P & O Ferries durante os três primeiros anos.

124 Além disso, como evocado no n.º 61 *supra*, as razões do compromisso da Diputación de adquirir os cupões de viagem eram, designadamente, incitar a criação de um serviço de *ferry* regular. Isto também resulta inequivocamente de um ofício de 8 de Fevereiro de 2000 enviado pela Representação Permanente do Reino de Espanha à Comissão. Com efeito, ninguém contesta, a este propósito, que foi unicamente após a celebração do acordo inicial que a P & O Ferries iniciou as suas actividades na linha Bilbao-Portsmouth.

125 Em segundo lugar, como resulta do considerando 49 da decisão impugnada, o número de cupões de viagem adquirido pela Diputación nos termos do novo acordo era alegadamente calculado com base em experiências do Governo basco no âmbito do programa Inserso, que permitiu oferecer aproximadamente 15 000 viagens por ano aos biscaínhos da terceira idade. Tendo em conta este número, a Comissão considera, correctamente, ser inexplicável o facto de, para 1995, a Diputación ter decidido adquirir 15 000 cupões de viagem à P & O Ferries, quando nesse ano ainda participava no programa Inserso. Relativamente aos anos de 1997 e 1998, a decisão impugnada refere que as autoridades autónomas bascas também não deram qualquer explicação para o facto de apenas 9 000 e 7 500 cupões de viagem (em vez de 15 000) terem sido distribuídos no quadro do programa em 1997 e 1998. Além disso, no considerando 51 da decisão impugnada, a Comissão conclui que as autoridades autónomas bascas não explicaram como tinham sido calculadas as necessidades para a aquisição de cupões destinados a facilitar o acesso da população e das instituições da Biscaia ao transporte. A Comissão conclui, por fim, no considerando 53 da decisão impugnada, que sendo semelhantes os montantes concedidos nos termos do acordo inicial e do novo acordo, o número de cupões de viagem adquiridos no quadro do novo acordo foi determinado unicamente com o objectivo de poder conservar o nível de auxílio prometido em 1992.

126 Para explicar os números relativos aos anos de 1995, 1997 e 1998, a Diputación observa, em resposta a uma pergunta escrita colocada pelo Tribunal de Primeira Instância, que o novo acordo não a obrigava a utilizar um número exacto de cupões ao longo de um dado ano, uma vez que todos podiam ser utilizados nos três anos seguintes a 1995 e mesmo após a expiração deste período. Em seu

entender, são estes três anos que estão relacionados com o total dos cupões de viagem, a saber, 46 500, uma vez que se utilizou como referência, através de uma projecção a três anos, a procura anual do programa Inserso para a Biscaia, a saber, cerca de 15 000.

127 O Tribunal considera que estas explicações não convencem.

128 Em primeiro lugar, o Tribunal observa que o novo contrato contém uma disposição que prevê o número de cupões de viagem que podem ser distribuídos por mês e por ano entre 1 de Janeiro de 1995 e 31 de Dezembro de 1998. Assim, o contrato estipula expressamente que, em 1995, deviam ter sido distribuídos 15 000 cupões de viagem e que, em 1997 e 1998, apenas se previra uma distribuição de 9 000 e 7 500 cupões de viagem. Nessas circunstâncias, não se pode aceitar o argumento aduzido pela Diputación, segundo o qual não havia sido prevista qualquer distribuição em 1995 e a Diputación considerara realmente a possibilidade de uma distribuição de cerca de 15 000 cupões de viagem por ano nos anos de 1996, 1997 e 1998.

129 É tanto mais legítimo interrogarmo-nos sobre a necessidade real da Diputación quanto, pelo compromisso que assumiu com a P & O Ferries, abandonou todos os destinos geográficos até então propostos no quadro do Inserso, todos situados em Espanha, Portugal e Itália, em favor de um único destino para o Reino Unido, que oferece condições climáticas manifestamente diferentes das propostas no quadro do programa Inserso.

130 Com efeito, de acordo com as explicações adiantadas pela Diputación, o programa da Adineko foi consideravelmente alterado em 1997 e 1998, pelo que, já em 1997, apenas foram propostas 1 000 viagens a Londres, enquanto foram incluídas nesse programa 8 000 viagens com destino a Espanha (Benidorm, Baleares, Salou, La Manga, Canárias, costa andaluza, estações balneares, Galiza)

e a Itália (Roma). Como resulta da decisão impugnada, no período abrangido pelo novo acordo foram distribuídos um total de 16 052 em 46 500 cupões de viagens, dos quais 3 532 a pessoas da terceira idade, no quadro do programa Adineko.

- 131 A Diputación não contestou estes números no âmbito do presente processo. Pelo contrário, respondendo a uma questão colocada pelo Tribunal, na audiência, a P & O Ferries explicou que só aproximadamente 9 000 dos 16 052 cupões distribuídos foram efectivamente utilizados, dos quais 3 000 viagens no quadro do Adineko.
- 132 Ora, o facto de menos de 25% dos cupões de viagem adquiridos terem sido efectivamente utilizados confirma a tese da Comissão segundo a qual não existe uma necessidade real de cupões de viagem.
- 133 Para explicar esta diminuta taxa de utilização, a Diputación limita-se, em substância, a argumentar que os cupões de viagem não utilizados ainda podem sê-lo após a expiração do período abrangido pelo contrato.
- 134 Ora, a utilização eventual dos cupões de viagem no futuro não pode bastar para provar a existência de uma necessidade real (v. n.ºs 114 a 117, *supra*). Além disso, importa observar que a P & O Ferries explicou na audiência que, de 1998 até ao final de 2001, foram utilizados 7 cupões de viagem. Embora a Diputación tenha explicado, a este propósito, que a não utilização dos cupões de viagem desde 1998 se deve à incerteza originada pelo início, em 1999, do procedimento que levou à adopção da decisão impugnada, não deixa de ser verdade que não apresentou qualquer prova susceptível de justificar essa asserção. Além disso, admitindo que, no futuro, seja utilizado um maior número de cupões, as taxas de utilização desde 1995 demonstram que a possibilidade de uma parte substancial dos cupões de viagem não utilizados o vir a ser é meramente teórica.

- 135 A este propósito, da não utilização dos cupões de viagem após 31 de Dezembro de 1998 também se pode deduzir que o destino Londres foi, de facto, abandonado no programa da Adineko após essa data, o que reforça a conclusão segundo a qual a necessidade que a Diputación tinha dos cupões de viagem em causa não era real.
- 136 No que toca à referência da Diputación aos acórdãos ADBHU e Ferring, já referidos, basta observar que esses acórdãos dizem respeito a situações em que o Estado impôs às empresas obrigações de serviço público. Ora, no caso em apreço, embora seja verdade que a Diputación aludiu designadamente ao facto de o novo acordo comportar custos suplementares decorrentes, designadamente, das obrigações de regularidade impostas à P & O Ferries, em momento algum alegou que a operação em causa devia ser considerada um financiamento estatal de um serviço público, nem que a medida em causa se justificava nos termos do artigo 86.º, n.º 2, CE.
- 137 Decorre do que precede que a Diputación não apresentou, nem durante o procedimento administrativo nem no Tribunal de Primeira Instância, elementos de prova suficientes para demonstrar que a compra dos cupões de viagem nos termos do novo acordo correspondia, relativamente à totalidade ou mesmo em parte, a uma necessidade real e que o seu comportamento era semelhante ao de um investidor privado operando nas condições normais de uma economia de mercado. Daqui resulta que a Comissão podia justificadamente concluir que o novo acordo, na sua globalidade, conferia uma vantagem à P & O Ferries de que ela não beneficiaria em condições normais de mercado e que todos os montantes pagos em cumprimento do acordo de aquisição constituíam um auxílio de Estado.
- 138 Nestas circunstâncias, é irrelevante saber se, como alegado pela Comissão, a contrapartida fornecida pela P & O Ferries não acarretou praticamente qualquer custo complementar e se, como alega a Diputación, tal argumento é inadmissível.

139 No que concerne à fundamentação contida na decisão impugnada, resulta igualmente do que precede que esta revela de modo claro e inequívoco o raciocínio da Comissão, de modo a permitir aos interessados conhecerem as razões da medida adoptada e ao Tribunal o seu controlo. Recorda-se, a este propósito, que não se exige que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de um acto satisfaz as exigências do artigo 253.º CE deve ser apreciada à luz não somente do seu teor mas também do seu contexto e do conjunto das normas jurídicas que regem a matéria em causa (acórdãos de 29 de Fevereiro de 1996, *Bélgica/Comissão*, já referido, n.º 86, e *Comissão/Sytraval e Brink's France*, já referido, n.º 63).

140 À luz das considerações que precedem, há que negar provimento às primeira e segunda vertentes do fundamento.

— Quanto à terceira vertente

141 A recorrente não pode censurar a Comissão por não ter apreciado os efeitos reais do auxílio controvertido sobre a concorrência e sobre o facto de as trocas comerciais entre Estados-Membros serem afectadas.

142 Importa notar, a este propósito, que, em caso de auxílios ilegalmente concedidos, a Comissão não está obrigada a provar o efeito real de tais auxílios sobre a concorrência e sobre as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Com efeito, tal obrigação conduziria a favorecer os Estados-Membros que concedem auxílios com violação do dever de notificação constante do n.º 3 do artigo 88.º CE, em prejuízo daqueles que notificam os auxílios na fase de projecto (acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1990, *França/Comissão*, C-301/87, *Colect.*, p. I-307, n.º 33, e do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Setembro de 2000, *CETM/Comissão*, T-55/99, *Colect.*, p. II-3207, n.º 103).

- 143 Tendo chegado à conclusão, nos n.ºs 58 a 74 do presente acórdão, que o auxílio controvertido foi concedido ilegalmente, há que julgar improcedente a argumentação apresentada pela recorrente no âmbito desta vertente do fundamento.

- 144 Segue-se que o primeiro fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao segundo fundamento no processo T-118/01 baseado em violação do direito de propriedade e do artigo 295.º CE

Argumentos das partes

- 145 A Diputación alega que a decisão impugnada viola o artigo 295.º CE, uma vez que constitui uma limitação injusta da sua capacidade de celebrar contratos e priva-a do direito de propriedade dos cupões de viagem adquiridos. Em seu entender, a decisão impugnada leva à conclusão de que todas as aquisições de bens e prestações de serviços pelas autoridades públicas ou empresas públicas, ainda que a preço de mercado, constituem auxílios de Estado, sem que seja necessário provar a existência de uma vantagem. Nestas condições, seria difícil descobrir empresas que estivessem dispostas a correr o risco de fornecer às autoridades públicas bens ou serviços cujo montante pago a preço de mercado podia a qualquer momento ser qualificado de auxílio de Estado pela Comissão, devendo, por isso, ser restituído. No caso em apreço, tratando-se dos montantes pagos para liquidação dos cupões de viagem já utilizados, a ordem de restituição conduzia a que a prestação correspondente fosse efectuada a título gratuito.

146 A Comissão alega que este fundamento é inadmissível dado ser contrário ao princípio da autoridade do caso julgado uma vez que visa, no essencial, pôr em causa a apreciação do conceito de auxílio feita pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão BAI.

147 A Comissão, na medida em que este fundamento se confunde com o anterior, remete para as considerações apresentadas sobre esse aspecto no quadro desse fundamento. Além disso, observa que, de todo o modo, o artigo 295.º CE não é aplicável no caso em apreço, uma vez que o presente litígio se refere a prestações de serviços que não integram, por esse facto, o âmbito dos direitos reais, como o direito de propriedade.

Apreciação do Tribunal

148 Este fundamento deve ser declarado admissível pelas razões já expostas nos n.ºs 77 a 81 do presente acórdão.

149 Quanto ao mérito, os argumentos da Diputación traduzem-se, no essencial, em pôr em causa o conceito de auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, como apreciado no âmbito do fundamento anterior.

150 Nos termos do artigo 295.º CE, o Tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros.

151 Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, embora o regime da propriedade continue a ser da competência de cada Estado-Membro nos termos do artigo 295.º CE, esta disposição não tem por efeito eximir os regimes de

propriedade existentes nos Estados-Membros às regras fundamentais do Tratado (v., por analogia, acórdãos do Tribunal de Justiça de 6 de Novembro de 1984, Fearon, C-182/83, Recueil, p. 3677, n.º 7; de 1 de Junho de 1999, Konle, C-302/97, Colect., p. I-3099, n.º 38; de 4 de Junho de 2002, Comissão/Bélgica, C-503/99, Colect., p. I-4809, n.º 44, e Comissão/Portugal, C-367/98, p. I-4731, n.º 48).

- 152 Não pode, portanto, considerar-se que o artigo 295.º CE limita o alcance do conceito de auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.
- 153 Do que precede resulta que o argumento baseado na violação do artigo 295.º CE não é procedente.

Quanto ao terceiro fundamento no processo T-118/01 baseado em violação do artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE

Argumentos das partes

- 154 A título subsidiário, a Diputación alega que a Comissão deveria ter isentado o auxílio controvertido ao abrigo da derrogação prevista no artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE, uma vez que os cupões adquiridos foram distribuídos no âmbito de programas sociais geridos pela Diputación e que, assim, o auxílio beneficiou consumidores individuais.

- 155 Fora erradamente que a Comissão entendeu, no considerando 58 da decisão impugnada, que o auxílio não tinha sido atribuído sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos, uma vez que em 1995 apenas existia um único operador na linha Bilbao-Portsmouth cujos serviços podiam ser utilizados pelos residentes de Biscaia.
- 156 A circunstância, independente da vontade da Diputación, de apenas existir um único operador na linha Bilbao-Portsmouth não constituía uma razão válida e suficiente para imputar à Diputación um comportamento discriminatório. Além disso, no âmbito de um processo relativo ao domínio do transporte aéreo, a Comissão entendera que, se a ligação ou a rota de transporte em causa está aberta a todas as companhias aéreas que a decidam explorar, não existe discriminação [carta SG (2000) D/102051 da Comissão, de 3 de Março de 2000, relativa a um auxílio de carácter social em benefício de determinadas categorias de passageiros e nas oito ligações aéreas entre Marselha e Nice, por um lado, Ajaccio, Bastia, Calvi e Figari, por outro].
- 157 A Diputación censura a Comissão por ter, no âmbito do presente processo, introduzido um novo elemento, que não constava da fundamentação da decisão impugnada, segundo o qual, para que o artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE seja aplicável, é necessário, designadamente, que os beneficiários dos auxílios de carácter social tenham a possibilidade de escolher o operador. Por outro lado, a Diputación refere que os consumidores têm efectivamente livre acesso à prestação subvencionada e, portanto, aos auxílios sociais.
- 158 No que toca à afirmação feita no considerando 60 da decisão impugnada, segundo a qual «outras companhias poderiam estar interessadas em transportar estes passageiros», a Diputación observa que a Brittany Ferries nunca demonstrou tal interesse e sempre se limitou a pedir à Comissão que verificasse a utilização efectiva dos cupões de transporte adquiridos pela Diputación, sem nunca ter alegado ser vítima de discriminação.

- 159 Por último, sustenta que é à Comissão que cabe, no que respeita, designadamente, às derrogações previstas no artigo 87.º, n.ºs 2 e 3, CE, o ónus da prova quando considera que os auxílios estatais não podem ser aprovados (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 4 de Abril de 2001, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia/Comissão, T-288/97, Colect., p. II-1169, n.º 73).
- 160 A Comissão alega que o carácter discriminatório dos auxílios ficou claramente demonstrado na decisão impugnada. Os auxílios não foram concedidos aos consumidores individuais mas a um prestador de serviços, ou seja, a P & O Ferries. Segundo a Comissão, existia assim, automaticamente, discriminação em favor desta última companhia. O facto de, na prática, existir um único operador a assegurar o serviço de transporte marítimo entre Bilbao e Portsmouth não excluía a existência de uma discriminação, uma vez que os consumidores não poderiam utilizar os cupões de viagem com outro operador que não a P & O Ferries. Ora, para que o artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE seja aplicável, é necessário que os beneficiários dos auxílios tenham a possibilidade de escolher o operador.
- 161 Alega, igualmente, que a Diputación poderia alcançar os seus objectivos sociais por outros meios, designadamente através de outro tipo de meio de transporte que não o transporte marítimo e/ou para outros destinos que não Portsmouth, sem que fossem afectados os objectivos sociais do programa.

Apreciação do Tribunal

- 162 O artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE estabelece que são compatíveis com o mercado comum «os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos».

- 163 Para verificar se um auxílio foi concedido sem discriminação relacionada com a origem dos produtos, há que verificar se os consumidores beneficiam do auxílio em causa independentemente do operador económico que fornece o produto ou do serviço susceptível de satisfazer o objectivo social invocado pelo Estado-Membro em causa [v., neste sentido, comunicação da Comissão 94/C 350/07 relativa à aplicação dos artigos [87.º] e [88.º] do Tratado CE e do artigo 61.º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu aos auxílios de Estado no sector da aviação, JO 1994, C 350, p. 5, n.º 24).
- 164 Isto não está em contradição com o ofício da Comissão relativa a um auxílio de carácter social em benefício de determinadas categorias de passageiros nas oito ligações aéreas entre Marselha e Nice, por um lado, Ajaccio, Bastia, Calvi e Figari, por outro, já referido e invocado pela Diputación. Com efeito, nesse processo, considerou-se que os auxílios em causa, pagos a diversas companhias aéreas, se destinavam, na realidade, aos consumidores individuais, na medida em que estes podiam beneficiar dos auxílios independentemente do operador aéreo que assegurasse o serviço nas linhas aéreas em causa.
- 165 No caso em apreço, a Diputación limita-se a observar que a P & O Ferries era, então, a única entidade a operar no porto de Bilbao, sublinhando que qualquer outro operador marítimo teria podido dispor de acesso a esse porto. Contudo, a Diputación não alegou, nem *a fortiori* demonstrou, que os consumidores também teriam podido beneficiar do auxílio controvertido utilizando eventualmente outras companhias marítimas susceptíveis de operar entre Bilbao e Portsmouth.
- 166 Há que concluir, a este propósito, que, nos termos do novo acordo, a P & O Ferries recebe um montante anual previamente determinado, independentemente do número de cupões de viagens efectivamente utilizados pelos consumidores finais. Importa, igualmente, lembrar que o acordo de compra de cupões de viagem, no caso em apreço, foi celebrado exclusivamente entre a Diputación e a

P & O Ferries. É pacífico, a este respeito, que o novo acordo não prevê que os cupões de viagem distribuídos pela P & O Ferries possam ser utilizados noutras companhias susceptíveis de satisfazer o objectivo social prosseguido pela Diputación. Além disso, o novo contrato não obriga a P & O Ferries a, eventualmente, transferir uma parte do auxílio controvertido para essas outras companhias.

- 167 Na falta de prova de que os consumidores finais também poderiam beneficiar do auxílio controvertido se utilizassem os serviços de outras companhias susceptíveis de satisfazer o objectivo social prosseguido pela Diputación, a Comissão podia concluir que este auxílio não foi concedido aos consumidores individuais sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos e que, portanto, não estavam preenchidas as condições enunciadas no artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE.

- 168 No que se refere à fundamentação constante da decisão impugnada, há que concluir que, no considerando 58 da mesma, a Comissão observa que «a condição imposta pelo Tratado (ausência de discriminações relacionadas com a origem dos produtos) não é cumprida no presente caso», que «os cupões de viagem foram adquiridos unicamente à [P & O Ferries], e [que] as autoridades autónomas bascas não demonstraram que a empresa tinha sido seleccionada de forma transparente». Além disso, no considerando 59, a Comissão salienta que «[as autoridades autónomas bascas] nunca afirmaram nem demonstraram que tinham entrado em contacto com outras companhias diferentes da [P & O Ferries] quando decidiram, em 1995, adquirir cupões de viagem como parte do seu programa social [e que por] tudo isto, conclui-se que os auxílios favoreceram a [P & O Ferries]». Por último, acrescenta, no considerando 60 da decisão impugnada, que «outras companhias poderiam estar interessadas em transportar estes passageiros para o Reino Unido por outra rota. As autoridades autónomas bascas podiam ter realizado os mesmos objectivos de carácter social através de ofertas de viagens diversificadas (por exemplo, para outras regiões de Espanha ou — se o programa tinha que ter um carácter internacional — para outros países vizinhos, tais como a França ou Portugal».

- 169 Resulta, pois, claramente da fundamentação constante da decisão impugnada que a Comissão considerava que o auxílio controvertido não tinha sido concedido sem discriminação relacionada com a origem dos produtos, na medida em que favorecia uma única empresa, ou seja, a P & O Ferries, com exclusão de qualquer outra.
- 170 Nestas circunstâncias, a Comissão não era obrigada a indicar expressamente que os consumidores deveriam ter tido a possibilidade de escolher livremente o operador. Com efeito, a fundamentação reproduzida *supra* deixa transparecer, de forma clara e inequívoca, a argumentação da Comissão, por forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adoptada e ao Tribunal exercer o seu controlo, recordando-se que a exigência de fundamentação deve ser apreciada em função das circunstâncias do caso em apreço, designadamente do conteúdo do acto, da natureza dos fundamentos invocados e do interesse que os destinatários ou outras pessoas directa e individualmente afectadas pelo acto podem ter em obter explicações (acórdãos de 29 de Fevereiro de 1996, Bélgica/Comissão, já referido, n.º 86, e Comissão/Sytraval e Brink's France, já referido, n.º 63).
- 171 Este fundamento deve, pois, ser julgado improcedente.

Quanto ao quarto fundamento no processo T-118/01 baseado na inexistência de um pedido de informação e na insuficiência de fundamentação

Argumentos das partes

- 172 A Diputación alega que a decisão viola formalidades essenciais, uma vez que a Comissão não tentou obter as informações essenciais à adopção da decisão final. Com efeito, nos considerandos 49, 51 e 59 da decisão impugnada, a Comissão

baseou-se numa insuficiência de informações das autoridades espanholas no que respeita, designadamente, ao cálculo das necessidades de viagens e à questão da discriminação e dos eventuais contactos entre a Diputación e outros operadores que não a P & O Ferries.

- 173 Em seu entender, a Comissão adoptou a decisão impugnada não tendo ou faltando-lhe informações sobre questões para as quais nunca tinha pedido explicações ou esclarecimentos. Ora, antes de adoptar a decisão impugnada, deveria ter exigido das autoridades espanholas que lhe fornecessem todas as informações necessárias à sua apreciação do auxílio controvertido. De acordo com jurisprudência constante, a Comissão está obrigada, antes de adoptar uma decisão quanto à compatibilidade de um auxílio com o mercado comum, a utilizar todas as possibilidades de que dispõe para obrigar o Estado-Membro a fornecer-lhe as informações necessárias se considerar insuficientes as informações fornecidas (acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Abril de 1994, Alemanha e Pleuger Worthington/Comissão, C-324/90 e C-342/90, Colect., p. I-1173, n.ºs 26 e seguintes, e de 22 de Março de 2001, França/Comissão, C-17/99, Colect., p. I-2481). Esta obrigação também decorria claramente do artigo 10.º do Regulamento n.º 659/1999.
- 174 As mesmas considerações conduzem igualmente a Diputación a concluir que a decisão impugnada não está suficientemente fundamentada a esse propósito, relativamente aos considerandos acima mencionados.
- 175 A Comissão alega que pediu todas as informações necessárias antes de adoptar a decisão impugnada. Entende, além disso, que o pedido de informação contido na sua decisão de 26 de Maio de 1999 reveste a natureza de injunção conforme à indicada no acórdão Alemanha e Pleuger Worthington/Comissão, já referido, e ao artigo 10.º do Regulamento n.º 659/1999.

Apreciação do Tribunal

- 176 Importa notar que, no procedimento aplicável para efeitos da apreciação dos auxílios ilegais, a Comissão pode adoptar uma decisão final quando considerar que dispõe de todos os documentos, informações e elementos necessários para apreciar a compatibilidade do auxílio com o mercado comum.
- 177 Só quando a Comissão considerar não dispor de informações suficientes para adoptar uma decisão final é que solicita ao Estado-Membro que lhe forneça informações, em conformidade com o acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão, já referido (v., neste sentido, acórdão Alemanha e Pleuger Worthington/Comissão, já referido, n.º 26). É o que também resulta inequivocamente do artigo 10.º, n.º 3, do Regulamento n.º 659/1999.
- 178 No caso vertente, a Comissão não adoptou a decisão impugnada com base em informações insuficientes. A este propósito, o Tribunal de Primeira Instância considera que os argumentos da recorrente assentam numa leitura errónea da decisão impugnada.
- 179 Importa, com efeito, observar que, no considerando 49 da decisão impugnada, a Comissão indica que as autoridades autónomas bascas não explicaram «porque é que as necessidades da Biscaia duplicaram [em 1995]», «porque é que apenas foram distribuídos 9 000 e 7 500 cupões de viagem em 1997 e 1998 (em vez de 15 000)» e «porque é que o número de cupões de viagem adquiridos variou tanto segundo o mês em questão». Em seguida, no considerando 51 da decisão impugnada, a Comissão indica que «[a]s autoridades autónomas bascas não explicavam como tinham sido calculadas as necessidades da outra vertente do programa [...]». Por fim, no considerando 59, relativo à aplicação do artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE, a Comissão indica que as autoridades autónomas bascas

«nunca afirmaram nem demonstraram que tinham entrado em contacto com outras companhias diferentes da [P & O Ferries] quando decidiram, em 1995, adquirir cupões de viagem como parte do seu programa social».

180 Ora, resulta claramente destes considerandos da decisão impugnada que a Comissão não se limitou a formular uma interrogação, antes tendo procedido a uma apreciação da prova produzida pelas autoridades nacionais no âmbito do procedimento administrativo.

181 Isto é tanto mais verdadeiro quanto, no seu ofício de 16 de Junho de 1999 que informa o Reino de Espanha da sua decisão de instaurar o procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, tomada em 26 de Maio de 1999, a Comissão exprimiu as mesmas dúvidas quanto ao auxílio controvertido que expressa nos considerandos 49, 51 e 59 da decisão impugnada. Assim, nesse ofício, a Comissão informa as autoridades espanholas de que, como estas não demonstraram que necessitavam de um maior número de cupões do que no passado, pressupunha que o número de cupões adquirido no âmbito do novo acordo tinha sido artificialmente aumentado para manter o contributo financeiro das autoridades espanholas ao nível previsto no acordo inicial. Nesse ofício, a Comissão observa, além disso, que as autoridades espanholas não tinham apresentado qualquer argumento válido para explicar a duplicação do número de cupões e que o número de cupões realmente distribuído não correspondia, nem sequer aproximadamente, ao número de cupões previsto anteriormente pelas autoridades públicas. No que respeita à aplicabilidade do artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE, a Comissão nota que as autoridades nacionais não demonstraram que os auxílios tinham sido concedidos «sem discriminação relacionada com a origem dos produtos». No penúltimo parágrafo da decisão, a Comissão intimou o Reino de Espanha a comunicar-lhe as suas observações e a transmitir-lhe todas as informações susceptíveis de contribuir para a apreciação do auxílio.

182 Assim, antes de a decisão impugnada ter sido adoptada, foram dadas todas as condições ao Reino de Espanha para apresentar as suas observações quanto às dúvidas expressas pela Comissão relativamente ao auxílio controvertido.

183 Para sermos exaustivos, importa declarar que, como resulta dos considerandos 49 a 53 da decisão impugnada e da análise do Tribunal no âmbito do primeiro fundamento, os elementos apontados pela Comissão nos considerandos 49 e 51 não são as únicas considerações que levaram a Comissão a concluir pela inexistência de necessidade real. A recorrente não podia, pois, em caso algum invocar a forma alegadamente interrogativa utilizada nestes últimos para chegar à conclusão de que a Comissão não dispunha de informações suficientes antes da adopção da decisão impugnada.

184 Nestas condições, a Comissão, que estava em condições de proceder a uma apreciação definitiva da compatibilidade do auxílio controvertido com o mercado comum com base nas informações de que dispunha, não tinha de exigir às autoridades espanholas, através de uma decisão interlocutória, que lhe fornecesse informações complementares.

185 Resulta igualmente das considerações que precedem (v., designadamente, n.º 180 *supra*) que a decisão impugnada está suficientemente fundamentada.

186 Ademais, a Diputación não apresentou qualquer elemento de prova no quadro dos primeiro, segundo e terceiro fundamentos susceptível de infirmar as conclusões a que a Comissão chegou nos considerandos 49, 51 e 59 da decisão impugnada.

187 Do que antecede resulta que este fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao quinto fundamento no processo T-118/01 baseado em violação do artigo 14.º do Regulamento n.º 659/1999 e ao primeiro fundamento no processo T-116/01, baseado em violação do princípio da protecção da confiança legítima

- 188 No âmbito do quinto fundamento no processo T-118/01, a recorrente alega que o artigo 14.º do Regulamento n.º 659/1999 se opõe à recuperação de um auxílio concedido nos termos do procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE. A título subsidiário, alega que, mesmo que o auxílio controvertido devesse ser qualificado de auxílio ilegal, existiam princípios gerais de direito, designadamente os princípios da protecção da confiança legítima e da boa administração, que obstavam à recuperação do auxílio.
- 189 A recorrente no processo T-116/01, no âmbito do seu primeiro fundamento, alega que o princípio da confiança legítima se opõe à recuperação de um auxílio concedido nos termos do procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE.
- 190 Cabe apreciar estes fundamentos, assumidos como um único que se subdivide em duas vertentes, uma que parte da hipótese de que se trata de um auxílio concedido em conformidade com o procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE, a outra de que se trata de um auxílio ilegal.

Quanto à primeira vertente, baseada em violação do artigo 14.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999 CE, bem como do princípio da protecção da confiança legítima que proíbe a recuperação de auxílios legais

— Argumentos das partes

- ¹⁹¹ As recorrentes alegam que a Comissão não pode exigir a restituição de um auxílio concedido na sequência de uma decisão positiva quando o auxílio tenha sido notificado em conformidade com o procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE. Segundo a recorrente no processo T-118/01, apoiada pela interveniente, esta conclusão decorre do artigo 14.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999. Segundo a recorrente no processo T-116/01, a mesma conclusão decorre do princípio da protecção da confiança legítima.
- ¹⁹² A Comissão alega a inadmissibilidade desta vertente do fundamento por considerar que é contrária ao princípio da força de caso julgado.
- ¹⁹³ Quanto ao mérito, a Comissão alega que, uma vez que o auxílio controvertido foi ilegalmente concedido pelas autoridades espanholas, o artigo 14.º do Regulamento n.º 659/1999 e o princípio da protecção da confiança legítima não se opõem à decisão de restituição constante da decisão impugnada.

— Apreciação do Tribunal

- ¹⁹⁴ Relativamente à excepção peremptória suscitada pela Comissão, esta deve ser julgada improcedente pelos fundamentos já expostos nos n.ºs 77 a 81 do presente acórdão.

- 195 Quanto ao mérito, importa observar que, no âmbito desta vertente, a argumentação das recorrentes segundo a qual houve violação do artigo 14.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999 e do princípio da protecção da confiança legítima baseia-se inteiramente na hipótese de o auxílio controvertido ter sido notificado em conformidade com o procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE.
- 196 Ora, uma vez que já se concluiu, nos n.ºs 58 a 74 do presente acórdão, que o auxílio controvertido foi concedido ilegalmente, improcedem os argumentos das recorrentes apresentados no quadro desta vertente.

Quanto à segunda vertente, baseada em violação dos princípios gerais de direito comunitário que proíbem a recuperação dos auxílios ilegais

— Argumentos das partes

- 197 No âmbito desta vertente, a recorrente no processo T-118/01, apoiada pela interveniente, alega que, caso o auxílio controvertido deva ser qualificado de auxílio ilegal, a existência de circunstâncias excepcionais susceptíveis de originar o surgimento de uma confiança legítima impediam a recuperação do auxílio controvertido, em conformidade com o disposto no artigo 14.º, n.º 1, último parágrafo, do Regulamento n.º 659/1999 (acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Novembro de 1987, RSV/Comissão, 223/85, Colect., p. 4617, n.ºs 13 a 17). Além disso, pelo seu comportamento, a Comissão teria violado o princípio da boa administração.

198 Em seu entender, o facto de os auxílios apenas terem sido executados após a decisão definitiva da Comissão e o facto de esta última nunca ter salientado, quando da instrução do processo, que a comunicação do acordo pelos advogados da P & O Ferries não era juridicamente válida, constituem circunstâncias excepcionais que estiveram na origem do surgimento de uma confiança no carácter regular do auxílio que implica uma protecção jurídica. Com efeito, a Comissão deveria ter informado o Governo espanhol de que lhe cabia proceder à notificação do novo acordo, e isto em virtude do princípio da boa fé e da cooperação leal consagrado no artigo 10.º CE, bem como do princípio geral da boa administração (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Março de 2001, Prayon-Rupel/Comissão, T-73/98, Colect., p. II-867, n.º 45). Observa, além disso, que a decisão de 7 de Junho de 1995 foi oficialmente notificada ao Governo espanhol. Entende que as relações existentes entre a Comissão e o Governo espanhol durante o procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE e, designadamente, o facto de a decisão de 7 de Junho de 1995 ter sido notificada a este último, teriam «regularizado» os efeitos da falta de notificação.

199 A interveniente no processo T-118/01 acrescenta que a Comissão reconheceu que, em matéria de auxílios de Estado, a sua atitude pode originar uma confiança legítima tanto para a autoridade que concedeu o auxílio como para a empresa beneficiária (Decisão 2001/212/CE da Comissão, de 16 de Maio de 2000, relativa ao regime de auxílio concedido pela Itália a grandes empresas em dificuldade, JO 2001, L 79, p. 29, considerando 72).

200 A Comissão alega que o facto de não ter inicialmente suscitado objecções ao auxílio controvertido não é de molde a criar uma confiança legítima da empresa beneficiária quanto à legalidade do auxílio concedido em execução do novo acordo, uma vez que, como já foi demonstrado, as condições enunciadas no artigo 88.º, n.º 3, CE não foram respeitadas e a decisão de 7 de Junho de 1995 foi anulada pelo acórdão BAI.

— Apreciação do Tribunal

- 201 Importa salientar que a possibilidade de um beneficiário de um auxílio ilegal invocar circunstâncias excepcionais, que puderam legitimamente fundamentar a sua confiança no carácter regular desse auxílio, e de se opor, em consequência, ao seu reembolso não pode, certamente, ser excluída (acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 1990, Comissão/Alemanha, C-5/89, Colect., p. I-3437, n.º 16).
- 202 Em contrapartida, um Estado-Membro, cujas autoridades concederam um auxílio em violação das normas de processo previstas no artigo 88.º CE, não pode invocar a confiança legítima dos beneficiários para se subtrair à obrigação de tomar as medidas necessárias com vista ao cumprimento de uma decisão da Comissão que lhe ordena a recuperação do auxílio. Admitir tal possibilidade significaria, com efeito, privar os artigos 87.º CE e 88.º CE de qualquer efeito útil, na medida em que as autoridades nacionais poderiam basear-se no seu próprio comportamento ilegal para anular a eficácia das decisões tomadas pela Comissão ao abrigo dessas disposições do Tratado (acórdãos do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 1990, Comissão/Alemanha, já referido, n.º 17, e de 7 de Março de 2002, Itália/Comissão, C-310/99, Colect., p. I-2289, n.º 104). Assim, não incumbe ao Estado-Membro em causa, mas sim à empresa beneficiária, invocar a existência das circunstâncias excepcionais que puderam criar a sua confiança legítima a fim de se opor à restituição de um auxílio ilegal (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Janeiro de 1998, Ladbroke Racing/Comissão, T-67/94, Colect., p. II-1, n.º 183).
- 203 Segue-se que a Diputación não pode invocar a existência de circunstâncias excepcionais e a protecção da confiança legítima da P & O Ferries.

- 204 Importa igualmente observar, a este propósito, que, no âmbito do recurso que interpôs no processo T-116/01, o beneficiário do auxílio controvertido, a P & O Ferries, não invocou, para além do facto de a Comissão ter inicialmente adoptado a decisão de 7 de Junho de 1995, circunstâncias excepcionais susceptíveis de criarem, na sua esfera, uma confiança legítima.
- 205 A este propósito, há que especificar que a circunstância de a Comissão ter inicialmente adoptado uma decisão positiva aprovando o auxílio controvertido não podia criar, na P & O Ferries, uma confiança legítima, uma vez que esta decisão foi contestada dentro dos prazos de recurso contencioso e, em seguida, anulada pelo tribunal comunitário (acórdão Espanha/Comissão, já referido, n.º 53).
- 206 Ora, é pacífico que o artigo 230.º CE põe em confronto o princípio da legalidade, que visa evitar que actos ilegais criem efeitos no mercado comum, e o princípio da segurança jurídica, que visa evitar que se ponham indefinidamente em causa actos comunitários que produzem efeitos jurídicos (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 1997, Wiljo, C-178/95, Colect., p. I-585, n.º 19; de 15 de Fevereiro de 2001, Nachi Europe, C-239/99, Colect., p. I-1197, n.º 29, e de 22 de Outubro de 2002, National Farmer's Union, C-241/01, Colect., p. I-9079, n.º 34).
- 207 Importa também sublinhar que, segundo a jurisprudência, embora se deva velar pelo respeito dos imperativos da segurança jurídica que protegem interesses privados, importa também ponderá-los com os imperativos da protecção dos interesses públicos (acórdãos do Tribunal de Justiça de 22 de Março de 1961, SNUPAT/Alta Autoridade, 42/59 e 49/59, Recueil, p. 103, Colect. 1954-1961, p. 597; de 12 de Julho de 1962, Hoogovens NV/Alta Autoridade, 14/61, Recueil, p. 485, mais especialmente, pp. 516 a 523, Colect. 1962-1964, p. 123, e do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Abril de 1996, Industrias Pesqueras Campos e o./Comissão, T-551/93, T-231/94, T-232/94 a T-234/94, Colect., p. II-247, n.º 76).

- 208 Ora, no domínio dos auxílios de Estado, existe um interesse público importante que visa evitar que o funcionamento do mercado seja falseado por auxílios de Estado prejudiciais à concorrência, o que exige, de acordo com jurisprudência constante, que os auxílios ilegais sejam restituídos a fim de a situação anterior ser restabelecida (acórdão Deufil/Comissão, já referido, n.º 24, e de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão, já referido, n.º 66). Este interesse público compreende assim, designadamente, a protecção dos concorrentes que têm um interesse manifesto em poder contestar os actos da Comissão que lhes causam prejuízo (v., neste sentido, acórdãos SNUPAT/Alta Autoridade, já referido, p. 159, e Hoogovens/Alta Autoridade, já referido, p. 518).
- 209 Chegar a outra conclusão significaria privar de efeito útil o controlo a que o órgão jurisdicional comunitário procede no que respeita à legalidade dos actos adoptados pelas instituições comunitárias nos termos dos artigos 220.º CE, 230.º, primeiro parágrafo, CE e 233.º CE. Ora, resulta de jurisprudência constante que a exigência de um controlo jurisdicional constitui um princípio geral do direito comunitário, que decorre das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros e que teve a sua consagração nos artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 1986, Johnston, 222/84, Colect., p. 1651, n.º 18; de 27 de Novembro de 2001, Comissão/Áustria, C-424/99, Colect., p. I-9285, n.º 45, e de 25 de Julho de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Conselho, C-50/00 P, Colect., p. I-6677, n.º 39). O direito à acção foi, além disso, reafirmado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclamada em 7 de Dezembro de 2000 em Nice (JO 2000, C 364, p. 1).
- 210 Decorre das considerações que antecedem que, nas circunstâncias do caso vertente, não podia ter surgido na esfera da P & O Ferries qualquer confiança legítima.
- 211 No que concerne à alegada violação do princípio da boa administração, este argumento parece, no essencial, criticar o comportamento da Comissão quando da instrução do processo e, assim, pôr em causa a ilegalidade do auxílio controvertido.

- 212 Nestas circunstâncias, sem que seja necessário apreciar se este aspecto do pedido foi apresentado em conformidade com as exigências do artigo 21.º do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça e do artigo 44.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, deve ser rejeitado remetendo para a análise a que o Tribunal de Primeira Instância procedeu no quadro do primeiro fundamento (n.ºs 57 a 74 *supra*).
- 213 Do que antecede decorre que o presente fundamento deve ser julgado inteiramente improcedente.

Quanto ao segundo fundamento no processo T-116/01 baseado em violação do artigo 88.º CE

Argumentos das partes

- 214 A título subsidiário, a recorrente no processo T-116/01 alega que o auxílio controvertido deve ser considerado implicitamente autorizado ou por força do artigo 4.º, n.º 6, do Regulamento n.º 659/1999, ou por aplicação dos princípios gerais do direito comunitário como formulados antes da promulgação do regulamento, dado que a Comissão não abriu (ou reabriu) o procedimento previsto no artigo 88.º CE nos dois meses seguintes à prolação do acórdão BAI. Um outro raciocínio permitiria à Comissão suspender a adopção de uma eventual decisão de abertura de um procedimento formal nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE, quando inicialmente adoptou uma decisão de aprovação que posteriormente veio a ser anulada, por um período de tempo maior do que se tivesse tratado correctamente o processo quando do primeiro procedimento (acórdão Áustria/Comissão, já referido, n.ºs 68 a 78).
- 215 A Comissão considera que este fundamento é improcedente.

Apreciação do Tribunal

- ²¹⁶ No acórdão de 11 de Dezembro de 1973, Lorenz (120/73, Colect., p. 553, n.º 6), o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 88.º, n.º 3, CE implica que «se a Comissão, depois de ter sido informada por um Estado-Membro de um projecto destinado a instituir ou a alterar um auxílio, omite dar início ao procedimento contraditório, aquele Estado pode, no termo do prazo suficiente para proceder ao primeiro exame do projecto, pôr o auxílio projectado em execução, com a condição que de tal tenha dado um pré-aviso à Comissão, integrando-se depois aquele auxílio no regime dos auxílios existentes». O Tribunal de Justiça, em acórdãos posteriores, especificou que esse prazo não pode exceder dois meses (v., por exemplo, acórdãos do Tribunal de Justiça de 20 de Março de 1984, Alemanha/Comissão, 84/82, Recueil, p. 1451, n.º 11, SFEI e o., já referido, n.º 38, e Áustria/Comissão, já referido, n.º 74). Este princípio foi posteriormente retomado no artigo 4.º, n.º 6, do Regulamento n.º 659/1999.
- ²¹⁷ Recorde-se que o princípio estabelecido pelo acórdão Lorenz e inscrito no artigo 4.º, n.º 6, do Regulamento n.º 659/1999 apenas pode ser invocado no quadro de um auxílio notificado em conformidade com o procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE. Não se aplica no quadro de um procedimento aberto pela Comissão relativamente a um auxílio não notificado.
- ²¹⁸ Ora, uma vez que o auxílio controvertido não foi notificado em conformidade com o artigo 88.º, n.º 3, CE, há que rejeitar o argumento segundo o qual a Comissão deveria ter aberto o procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE no prazo de dois meses após a prolação do acórdão BAI.
- ²¹⁹ Consequentemente, este fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao terceiro fundamento no processo T-116/01 baseado em violação do artigo 253.º CE

Argumentos das partes

- 220 A título subsidiário, a recorrente no processo T-116/01 invoca igualmente a insuficiência ou a irrelevância da fundamentação da decisão impugnada. Entende, em especial, que nada na decisão impugnada indica que a Comissão tenha tentado realizar um equilíbrio entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, como exigido pelo direito comunitário. De todo o modo, quando, como no caso em apreço, um auxílio tenha sido notificado à Comissão e aprovado por esta antes da sua concessão, qualquer conclusão no sentido de negar o primado ao princípio da segurança jurídica era incompatível com o conjunto do regime organizado pelas regras do Tratado em matéria de auxílios de Estado e submeteria, de modo inadmissível, a concessão de um auxílio a circunstâncias aleatórias, mesmo quando o interesse público exigisse que o auxílio fosse concedido e que a sua concessão se verificasse sem demora.
- 221 Daqui a recorrente no processo T-116/01 conclui que o artigo 2.º da decisão impugnada devia ser anulado em virtude, também, de uma incorrecta aplicação do direito comunitário.
- 222 A Comissão entende que este fundamento deve ser julgado manifestamente improcedente.

Apreciação do Tribunal

- 223 Deve recordar-se que a supressão de um auxílio estatal ilegalmente concedido mediante recuperação é a consequência lógica do reconhecimento da sua ilegalidade (acórdão de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão, já referido,

n.º 66). Com efeito, a obrigação que incumbe ao Estado de suprimir um auxílio considerado pela Comissão como incompatível com o mercado comum visa o restabelecimento da situação anterior (acórdãos do Tribunal de Justiça de 4 de Abril de 1995, Comissão/Itália, C-350/93, Colect., p. I-699, n.º 21, e de 17 de Junho de 1999, Bélgica/Comissão, C-75/97, Colect., p. I-3671, n.º 64).

224 Assim, no que respeita ao dever da Comissão de fundamentar uma decisão que ordene a recuperação de um auxílio ilegal, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, em matéria de auxílios de Estado, sempre que, contrariamente às disposições do artigo 88.º, n.º 3, CE, o auxílio projectado já tiver sido pago, a Comissão, que tem o poder de dirigir injunções às autoridades nacionais para exigir a sua restituição, não é obrigada a fornecer razões específicas para justificar o seu exercício (acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 1994, Espanha/Comissão, C-278/92 a C-280/92, Colect., p. I-4103, n.º 78, de 17 de Junho de 1999, Bélgica/Comissão, já referido, n.º 82, e acórdão CETM/Comissão, já referido, n.º 172).

225 Tendo o auxílio controvertido sido concedido ilegalmente, deve concluir-se que a Comissão não era obrigada a fundamentar a sua decisão de ordenar a sua recuperação, não havendo necessidade de examinar se a fundamentação exposta nos considerandos 74 a 78 da decisão impugnada é suficiente.

226 Assim, a decisão impugnada não sofre, sob este aspecto, de qualquer falta de fundamentação.

227 Na medida em que, na realidade, a recorrente procura contestar a decisão da Comissão de ordenar a recuperação, há que remeter para a análise a que o

Tribunal de Primeira Instância procedeu no quadro do quinto fundamento. Com efeito, o fundamento baseado em erro de apreciação da Comissão não pode ser apreciado no quadro de um fundamento relativo ao artigo 253.º CE (acórdão Comissão/Sytraval e Brink's France, já referido, n.ºs 67 a 72).

- 228 Consequentemente, do conjunto das considerações que precede resulta que deve ser negado provimento aos recursos.

Quanto às despesas

- 229 Nos termos do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas, se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo as recorrentes nos processos T-116/01 e T-118/01 sido vencidas, há que condená-las nas despesas, conforme os pedidos da Comissão.

- 230 Nos termos do artigo 87.º, n.º 4, terceiro parágrafo, o Tribunal de Primeira Instância pode determinar que um interveniente suporte as suas próprias despesas. No caso vertente, as partes que intervieram em apoio das recorrentes nos processos T-116/01 e T-118/01 suportarão as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção Alargada)

decide:

- 1) É negado provimento aos recursos.
- 2) As recorrentes, em cada um dos processos, suportarão as suas próprias despesas, bem como as efectuadas pela Comissão.
- 3) As intervenientes suportarão as suas próprias despesas.

Vesterdorf

Lenaerts

Azizi

Jaeger

Legal

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 5 de Agosto de 2003.

O secretário

O presidente

H. Jung

B. Vesterdorf