

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Terceira Secção alargada)

12 de Fevereiro de 2008\*

No processo T-289/03,

**British United Provident Association Ltd (BUPA)**, com sede em Londres (Reino Unido),

**BUPA Insurance Ltd**, com sede em Londres,

**BUPA Ireland Ltd**, com sede em Dublin (Irlanda),

representadas por N. Green, QC, K. Bacon, J. Burke, barristers, e B. Amory, advogado,

recorrentes,

contra

**Comissão das Comunidades Europeias**, representada inicialmente por N. Khan e J. Flett, e em seguida por N. Khan e T. Scharf, na qualidade de agentes,

recorrida,

\* Língua do processo: inglês.

apoiada por

**Reino dos Países Baixos**, representado por N. Bel, na qualidade de agente,

por

**Irlanda**, representada por D. O'Hagan, na qualidade de agente, assistido por G. Hogan, SC, e E. Regan, barrister,

e por

**Voluntary Health Insurance Board**, com sede em Dublin, representada por D. Collins, G. FitzGerald, D. Carke, solicitors, e P. Gallagher, SC,

intervenientes,

que tem por objecto um recurso de anulação interposto, designadamente, pela BUPA Ireland Ltd, prestadora de serviços de seguros privados de saúde na Irlanda, da Decisão C (2003) 1322 final da Comissão, de 13 de Maio de 2003, de não levantar objecções à implementação de um sistema de compensação dos riscos (risk equalisation scheme, a seguir «RES») no mercado irlandês dos seguros privados de saúde (auxílio de Estado n.º 46/2003-Irlanda), tomada ao abrigo do artigo 4.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento (CE) n.º 659/1999, do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [88.º CE] (JO L 83, p. 1),

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA  
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Terceira Secção alargada),

composto por: M. Jaeger, presidente, V. Tiili, J. Azizi, E. Cremona e O. Czúcz, juízes,  
secretário: J. Palacio González, administrador principal,

vistos os autos e após a audiência de 7 de Março de 2007,

profere o presente

### **Acórdão**

#### **Quadro jurídico**

##### *I — Disposições do Tratado*

<sup>1</sup> O artigo 16.º CE prevê:

«Sem prejuízo do disposto nos artigos 73.º, 86.º e 87.º, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços

funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.»

2 Nos termos do artigo 43.º, primeiro parágrafo, CE:

«No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.»

3 Por força do artigo 49.º, primeiro parágrafo «as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação.»

4 O artigo 86.º CE dispõe:

«1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 12.º e 81º [CE] a 89.º [CE], inclusive.

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral [...] ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo

ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas.»

5 O artigo 87.º, n.º 1, CE prevê:

«Salvo 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 estaduais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.»

6 O artigo 88.º, n.ºs 2 e 3, CE prevê:

«2. Se a Comissão, depois de ter notificado os interessados para apresentarem as suas observações, verificar que um auxílio concedido por um Estado ou proveniente de recursos estaduais não é compatível com o mercado comum nos termos do artigo 87.º, ou que esse auxílio está a ser aplicado de forma abusiva, decidirá que o Estado em causa deve suprimir ou modificar esse auxílio no prazo que ela fixar.

[...]

3. Para que possa apresentar as suas observações, deve a Comissão ser informada atempadamente dos projectos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios. Se a Comissão considerar que determinado projecto de auxílio não é compatível com o mercado comum nos termos do artigo 87.º, deve sem demora dar início ao procedimento previsto no número anterior. O Estado-Membro em causa não pode pôr em execução as medidas projectadas antes de tal procedimento haver sido objecto de uma decisão final.»

7 O artigo 152.º, n.ºs 1 e 5, CE dispõe:

«1. Na definição e execução de todas as políticas e acções da Comunidade será assegurado um elevado nível de protecção da saúde.

A acção da Comunidade, que será complementar das políticas nacionais, incidirá na melhoria da saúde pública e na prevenção das doenças e afecções humanas e na redução das causas de perigo para a saúde humana. [...]

[...]

5. A acção da Comunidade no domínio da saúde pública respeitará plenamente as competências dos Estados-Membros em matéria de organização e prestação de serviços de saúde e de cuidados médicos [...]

II — *Regulamento (CE) n.º 659/1999*

- 8 O artigo 4.º, n.ºs 3 e 4, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [88.º CE] (JO L 83, p. 1), dispõe:

«3. Quando, após a análise preliminar, a Comissão considerar que não há dúvidas quanto à compatibilidade da medida notificada com o mercado comum, na medida em que está abrangida pelo n.º 1 do artigo [87.º] do Tratado, decidirá que essa medida é compatível com o mercado comum, adiante designada decisão de não levantar objecções. A decisão referirá expressamente a derrogação do Tratado que foi aplicada.

4. Quando, após a análise preliminar, a Comissão considerar que a medida notificada suscita dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum, decidirá dar início ao procedimento formal de investigação nos termos do n.º 2 do artigo [88.º CE], adiante designada «decisão de início de um procedimento formal de investigação.»»

III — *Directiva 92/49/CEE*

- 9 O artigo 54.º, n.º 1, da Directiva 92/49/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo não vida e que altera as directivas 73/239/CEE e 88/357/CEE (JO L 228, p. 1, a seguir «terceira directiva sobre o seguro não vida») dispõe:

«Sem prejuízo de qualquer disposição em contrário, qualquer Estado-Membro no qual os contratos relativos ao ramo 2 do ponto A do anexo à Directiva 73/239/CEE podem substituir parcial ou inteiramente a cobertura da doença assegurada pelo regime legal de segurança social, pode exigir que o contrato esteja em conformidade com as disposições legais específicas que protegem nesse Estado-Membro o interesse geral quanto a esse ramo de seguro e que as condições gerais e específicas desse seguro sejam comunicadas às autoridades competentes desse Estado-Membro antes da respectiva utilização.»

#### IV — *Comunicação da Comissão relativa aos serviços de interesse geral na Europa*

- <sup>10</sup> Nos termos do n.º 14 da Comunicação da Comissão relativa aos serviços de interesse geral na Europa (JO 2001, C 17, p. 4, a seguir «comunicação relativa aos serviços de interesse geral»):

«Os serviços de interesse económico geral diferem dos serviços normais uma vez que as autoridades públicas consideram que têm que ser prestados mesmo nos casos em que o mercado possa não ter incentivos suficientes para o fazer [...] Contudo, se as autoridades públicas consideram que determinados serviços são de interesse geral e que as forças de mercado não os podem prestar de forma satisfatória, podem estabelecer determinadas disposições relativas a um serviço específico para dar resposta a essas necessidades, sob a forma de obrigações de serviço de interesse geral [...] O caso clássico é a obrigação de serviço universal [...], ou seja a obrigação de fornecer um determinado serviço em todo o território, com tarifas acessíveis e em condições de qualidade semelhantes, independentemente da rendibilidade de cada exploração.»



- 11 O ponto 15 da comunicação relativa aos serviços de interesse geral enuncia:

«As autoridades públicas podem decidir impor obrigações de interesse geral a todos os operadores no mercado ou, nalguns casos, designar um ou um número limitado de operadores com obrigações específicas, sem concederem direitos especiais ou exclusivos. Desta forma, é possível uma maior concorrência e os utilizadores continuam a usufruir da máxima liberdade no que se refere à escolha do prestador de serviços [...]»

- 12 O ponto 22 da comunicação relativa aos serviços de interesse geral tem a seguinte redacção:

«A liberdade de definição [dos serviços de interesse económico geral] dos Estados-Membros significa que os Estados-Membros são, em primeira instância, os responsáveis pela definição do que considerem ser tais serviços [...] com base nas características específicas das actividades. Esta definição pode apenas ser sujeita ao controlo das situações de abuso. Podem conceder direitos especiais ou exclusivos às empresas que asseguram o seu funcionamento, podem regular as suas actividades e, quando necessário, podem financiá-las. Em áreas que não estão especificamente cobertas pela regulamentação comunitária, os Estados-Membros beneficiam de uma ampla margem de manobra na concepção das suas políticas, que apenas podem ser sujeitas a controlo por erro manifesto. O facto de um serviço ser considerado de interesse geral e as modalidades do seu funcionamento são questões decididas prioritária e principalmente a nível local. O papel da Comissão consiste em garantir que os meios utilizados são compatíveis e coerentes com o direito comunitário. Contudo, em todos os casos, para que se aplique a excepção prevista no n.º 2 do artigo 86.º [CE], a missão de serviço público tem de ser claramente definida e confiada expressamente, através de um acto da autoridade pública (incluindo os contratos) [...] Esta obrigação é necessária para garantir a certeza jurídica e a transparência face aos cidadãos e é indispensável para que a Comissão realize a sua apreciação no que se refere à proporcionalidade.»

13 O ponto 23 da comunicação relativa aos serviços de interesse geral enuncia:

«A proporcionalidade nos termos do n.º 2 do artigo 86.º [CE] implica que os meios utilizados para realizar a missão de interesse geral não podem provocar distorções desnecessárias no comércio. Especificamente, deverá garantir-se que quaisquer restrições às regras do Tratado CE e, em especial, restrições da concorrência e limitações das liberdades do mercado interno não excedem o que é necessário para garantir a realização efectiva da missão. A realização do serviço de interesse económico geral deve ser garantida e a empresa que a assumiu deve estar em condições de suportar os encargos específicos e os custos líquidos adicionais da tarefa específica que lhe foi confiada. A Comissão exerce este controlo da proporcionalidade, que está sujeito a uma revisão judicial do Tribunal de Justiça, de forma razoável e realista, tal como demonstrado pela actual utilização dos poderes de decisão que lhe são conferidos pelo n.º 3 do artigo 86.º [CE].»

### **Factos na origem do litígio**

*I — Criação do sistema de compensação dos riscos no mercado irlandês dos seguros privados de saúde*

14 Os seguros privados de saúde (private medical insurance, a seguir «PMI») foram formalmente introduzidos na Irlanda em 1957, com a criação do Voluntary Health Insurance Board (conselho de seguros privados de saúde, a seguir «VHI»), essencialmente para permitir às pessoas sem direito aos serviços da segurança social aceder a uma cobertura dos custos de hospitalização. Nessa altura, o VHI era o único operador que dispunha de uma licença concedida pelo Ministro da Saúde para oferecer serviços de seguros privados de saúde (a seguir «serviços de seguros privados de saúde»). Desde 1987, a pedido do Ministro da Saúde, o VHI oferece uma apólice denominada «plan P» que fornece uma cobertura para as despesas hospitalares em hospitais públicos, pano esse subscrito por cerca de 1% da população irlandesa.

- 15 Desde 1991, a segurança social, essencialmente financiada por receitas fiscais, oferece uma cobertura a toda a população irlandesa independentemente do rendimento das pessoas em causa. Assim, o papel das seguradoras que operam no mercado irlandês dos seguros privados de saúde (a seguir «seguradoras com seguros privados de saúde») consiste desde então em fornecer uma cobertura alternativa à da segurança social pública.
- 16 O mercado irlandês dos PMI foi liberalizado após a adopção, em 1994, do 1994 Health Insurance Act (lei sobre os seguros privados de saúde de 1994) e, em 1996, do 1996 Voluntary Health Insurance (Amendment) Act (lei de alteração dos seguros privados de saúde de 1996) bem como das disposições de execução contidas nos 1996 Health Insurance Regulations (regulamentos sobre os seguros privados de saúde de 1996). Estes subdividem-se em vários regulamentos, a saber, o Health Insurance Act, 1994 (Open Enrolment) Regulations 1996 (regulamentos de 1996 de execução da lei relativa aos seguros privados de saúde de 1994 quanto à adesão aberta), os Health Insurance Act, 1994 (Lifetime Cover) Regulations 1996 (regulamentos de 1996 relativos à execução da lei sobre os seguros privados de saúde de 1994, quanto à cobertura vitalícia), e os Health Insurance Act, 1994 (Minimum Benefit) Regulations 1996 (regulamentos de 1996 de execução da lei sobre os seguros privados de saúde de 1994 quanto às prestações mínimas).
- 17 A BUPA Ireland, criada nos termos desta legislação, opera no mercado irlandês dos PMI desde 1 de Janeiro de 1997. Desde então, tendo uma quota de mercado de cerca de 15% em termos de segurados e de cerca de 11% em termos de rendimento, constituía, no momento da entrega da petição inicial do presente processo, a principal concorrente do VHI no mercado de PMI irlandês, conservando este uma quota de mercado de cerca de 85% em termos de rendimento e de cerca de 80% em termos de segurados. Hoje em dia, cerca de 50% da população irlandesa está coberta por um seguro de saúde.
- 18 O 1994 Health Insurance Act e os 1996 Health Insurance Regulations conferiam, além disso, competência ao Ministro da Saúde para ordenar e regulamentar, designadamente, a criação de um «Risk equalisation scheme» (sistema de compensação dos

riscos, a seguir «SCR»). Em 1997, o Ministro da Saúde criou um comité consultivo com o mandato de fazer recomendações sobre a criação de um RES. No seu relatório de 1998, o comité consultivo concluiu pela necessidade de criar um RES. Em 1999, o Ministério da Saúde publicou, em primeiro lugar, um documento técnico de consulta e posteriormente um livro branco com a proposta de um RES.

19 Em 2 de Março de 1999, a BUPA Ireland apresentou uma denúncia na Comissão sobre a implementação do RES projectado, por violação, designadamente, do artigo 87.º, n.º 1, CE. Entre Março de 1999 e Abril de 2003, completou a sua denúncia submetendo à Comissão uma série de memorandos, de relatórios e de documentos.

20 Em 2001, o 1999 Health Insurance Act foi alterado pelo 2001 Health Insurance Act (lei sobre os seguros privados de saúde de 2001), que conferia ao Ministro da Saúde competência para implementar o RES e que criava a Health Insurance Authority (Autoridade dos Seguros privados de saúde, a seguir «HIA»). A HIA foi incumbida designadamente de aconselhar o ministro sobre a questão do início dos pagamentos previstos no RES (a seguir «pagamentos RES» ou «pagamentos de compensação») e da gestão desses pagamentos através de um fundo instituído especialmente para esse efeito.

21 A legislação que autoriza a implementação do RES entrou em vigor em 1 de Julho de 2003.

22 Em Outubro de 2004, a Vivas Healthcare, uma nova seguradora de seguros privados de saúde, entrou no mercado irlandês de PMI ficando isenta, ao abrigo do artigo 12.º do 2001 Health Insurance Act, de pagamentos RES durante três anos.

- 23 Em 29 de Abril de 2005, a HIA recomendou ao Ministro da Saúde, com base no seu relatório de Abril de 2005, que estabelecia uma «diferença de riscos» de 4,7%, que iniciasse os pagamentos RES.
- 24 Após a interposição de um recurso pela BUPA Insurance Ltd e pela BUPA Ireland na High Court (Supremo Tribunal de Justiça, Irlanda) impugnando, por um lado, a legislação irlandesa que regula o RES e, por outro, a recomendação da HIA de 29 de Abril de 2005, a High Court, por acórdão de 24 de Maio de 2005, alterado em 30 de Maio e em 29 de Dezembro de 2005, indeferiu o pedido de injunção ao Ministro da Saúde para que este se abstinhasse de ordenar o início dos pagamentos RES, tendo, contudo, suspenso a execução dos pagamentos RES das recorrentes até que a decisão quanto ao mérito fosse proferida no processo principal.
- 25 Em 27 de Junho de 2005, o Ministro da Saúde decidiu não seguir a recomendação da HIA de 29 de Abril de 2005. Após uma nova recomendação da HIA, o Ministro da Saúde decidiu, em 23 de Dezembro de 2005, fixar a data do início da execução dos referidos pagamentos RES em 1 de Janeiro de 2006, sem prejuízo da suspensão dos referidos pagamentos pelas recorrentes, conforme ordenado pela High Court.
- 26 Por acórdão de 23 de Novembro de 2006, a High Court preferiu o seu acórdão quanto ao mérito e negou provimento aos recursos das recorrentes.

## II — *Funcionamento do RES*

### A — *Objectivo do RES*

- 27 O RES constitui, no essencial, um mecanismo que prevê, por um lado, o pagamento de uma contribuição à HIA por parte das seguradoras PMI com um perfil de risco

mais são do que o perfil de risco médio do mercado e, por outro, o pagamento correspondente pela HIA às seguradoras PMI com um perfil de risco menos são que o perfil de risco médio do mercado. Estes pagamentos são efectuados através de um fundo especialmente criado para o efeito e gerido pela HIA (artigo 12.º do RES).

B — *Accionamento dos pagamentos RES*

- 28 Por força da legislação pertinente, o accionamento dos pagamentos RES ocorre segundo as etapas descritas a seguir.
- 29 As seguradoras PMI sujeitas ao RES são obrigadas a fornecer relatórios à HIA que cubram períodos de seis meses, devendo o primeiro relatório cobrir o semestre que teve início em 1 de Julho de 2003 (artigo 9.º do RES). Com base nos referidos relatórios, a HIA aprecia e avalia a repartição dos riscos entre as seguradoras PMI e apresenta um relatório e, eventualmente, uma recomendação ao Ministro da Saúde (artigo 10.º do RES).
- 30 À luz deste relatório e, eventualmente, de uma recomendação da HIA, o Ministro da Saúde decide se deve ou não iniciar os pagamentos RES. Essa decisão está sujeita às seguintes condições (artigo 10.º do RES):

— um diferencial de riscos entre os operadores inferior a 2% não basta para accionar os pagamentos RES;

- um diferencial de riscos de 2 a 10% permite ao Ministro da Saúde decidir sobre o início dos pagamentos RES unicamente com base numa recomendação da ASS;
  
- um diferencial de riscos entre os operadores superior a 10% obriga, em princípio, o Ministro da Saúde a dar início aos pagamentos RES, a menos que existam boas razões para não o fazer.

### *C — Modo de cálculo dos pagamentos RES*

- <sup>31</sup> O modo de cálculo dos pagamentos RES a efectuar, após a decisão de accionamento dos referidos pagamentos, foi precisado no Anexo II ao RES e explicado mais detalhadamente no Guide to the Risk Equalisation Scheme, 2003 as prescribed in Statutory Instrument No. 261 of 2003, July 2003 (guia do RES da HIA de 2003, a seguir «guia do RES»).
- <sup>32</sup> A determinação dos pagamentos RES está directamente associada ao diferencial dos perfis de risco das seguradoras PMI cuja apreciação depende da tomada em conta de uma série de critérios de risco. Esses critérios incluem, em primeiro lugar, a idade e o sexo dos segurados bem como, eventualmente, um factor de ajustamento (entre 0 e 50%), denominado «factor de ponderação do estado de saúde» (health status weight factor) que se baseia na utilização de instalações hospitalares. Até agora, a HIA não usou este factor de ajustamento, que é actualmente de zero, e só baseou a sua apreciação das diferenças de riscos entre as seguradoras PMI nos critérios da idade e do sexo dos segurados.

33 De acordo com o guia do RES (pp. 14 e segs.), o princípio que rege o cálculo dos pagamentos RES é que cada seguradora PMI deve suportar os custos que deveria suportar caso o seu perfil de risco fosse equivalente ao perfil de risco médio do mercado. Os custos relativos ao perfil de risco real da seguradora e ao perfil de risco médio do mercado são calculados em função da idade e do sexo dos segurados. Para este efeito, os segurados são antes de mais repartidos em diferentes grupos de idade e de sexo para identificar o montante dos custos gerados por esses por cada um desses grupos e determinar o custo médio efectivo por segurado de cada grupo. Nos termos do artigo 3.º do RES, os custos a ter em conta, neste contexto, são exclusivamente os gerados pelos pedidos de reembolso (claims costs) apresentados pelos segurados às seguradoras PMI durante o período de referência e que se destinam ao pagamento dos custos de serviços de saúde prestados durante uma hospitalização. Em seguida, a HIA determina o perfil de risco médio do mercado por grupo de idade e de sexo, relativamente à totalidade da população segurada, com base nos dados fornecidos pelas seguradoras PMI. Depois, o perfil de risco real das seguradoras PMI por grupo de idade e de sexo é substituído pelo perfil de risco médio do mercado para identificar os custos hipotéticos em que essas seguradoras teriam incorrido se tivessem efectivamente esse perfil de risco médio do mercado. O diferencial de custos determinado com base na comparação entre os custos efectivos (com base no perfil de risco real da seguradora) e os custos hipotéticos (com base no perfil de risco médio do mercado da seguradora) serve, por último, para calcular os pagamentos de compensação, conforme referidos no n.º 27, *supra*. Estes pagamentos devem corresponder exactamente a esse diferencial de custos e podem ser sujeitos, por aplicação do método «zero sum adjustment factor» (factor correctivo de resultado zero), a ajustamentos para garantir o auto-financiamento do sistema.

34 Embora o RES se destine, em teoria, a ser aplicado a todas as seguradoras PMI que operam no mercado irlandês, as partes concordam em que, nas circunstâncias actuais, a sua aplicação conduziria essencialmente a uma transferência de fundos da BUPA Ireland para o VHI.



III — *Decisão impugnada*

35 Em 23 de Janeiro de 2003, as autoridades irlandesas notificaram formalmente a Comissão do RES, por força do artigo 88.º, n.º 3, CE.

36 Pela Decisão C (2003) 1322 final, de 13 de Maio de 2003 (auxílio de Estado n.º 46/2003-Irlanda, (a seguir «decisão impugnada»), a Comissão decidiu não levantar objecções, ao abrigo do artigo 4.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 659/1999, à implementação do RES na Irlanda.

37 O artigo 1.º da parte decisória da decisão impugnada enuncia:

«O [SCR] implica pagamentos que são limitados ao estritamente necessário para indemnizar as seguradoras [PMI] das suas obrigações de serviço de interesse económico geral e que, assim, não são auxílios de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.»

38 No âmbito da descrição do RES, feita nos n.ºs 17 a 30 da decisão impugnada, a Comissão descreveu detalhadamente o âmbito de aplicação e o funcionamento do sistema. Nos pontos 20 a 30 da referida decisão, são descritas as condições do accionamento dos pagamentos RES (pontos 20 a 40) e os critérios e o modo de cálculo desses pagamentos (pontos 25 a 30).

39 No âmbito da sua apreciação jurídica, a Comissão considerou que a medida notificada «não constitu[ía] um auxílio nos termos do artigo 87.º, n.º 1, CE, ou que [podia], em alternativa, ser declarada compatível com o mercado comum, nos termos do artigo 86.º, n.º 2, CE» (pontos 37 e 61 da decisão impugnada).

40 Para fundamentar esta apreciação, a Comissão considerou essencialmente, por um lado, que o RES preenchia, em princípio, as condições enunciadas no artigo 87.º, n.º 1, CE. Observou a este respeito que os pagamentos RES provinham de recursos públicos, retirados de um fundo criado pela legislação nacional, financiado por contribuições obrigatórias e controlado pelas autoridades do Estado, que beneficiam na prática a VHI, uma empresa com posição dominante com 85% de quota de mercado, para compensar custos que este deveria normalmente suportar. Entendeu que esses pagamentos podiam afectar a concorrência e as trocas intracomunitárias e que, por esse motivo, o RES podia ser qualificado como auxílio de Estado (n.º 39 da decisão impugnada).

41 No entanto, a Comissão considerou que a compensação assegurada pelo RES não constituía, apesar de tudo, um auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, uma vez que se tratava, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça (acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Novembro de 2001, Ferring, C-53/00, Colect., p. I-9067, n.º 27), de uma indemnização destinada a compensar obrigações de serviço de interesse económico geral (a seguir «obrigações SIEG») impostas a todas as seguradoras que operam no mercado irlandês de PMI, a saber, obrigações que se destinam a assegurar a toda e qualquer pessoa que viva na Irlanda um nível mínimo de serviços PMI a um preço acessível e em condições qualitativas idênticas. Observou (nos pontos 40 e 41 da decisão impugnada) que esse objectivo seria realizado com a instituição de solidariedade entre os segurados e que, em particular:

— a obrigação de adesão aberta, ou seja, a obrigação de as seguradoras PMI proporem um contrato PMI a toda e qualquer pessoa que lhes dirija um pedido

nesse sentido, independentemente da sua idade, sexo ou estado de saúde, evitava excluir dos PMI pessoas idosas ou pessoas que sofram de doenças crónicas;

- a obrigação de cobertura vitalícia evitava que as seguradoras PMI rejeitassem os segurados quando estes ficam doentes ou velhos;
  
- a tarifação comum impunha às seguradoras PMI a obrigação de aplicar o mesmo prémio a todos os segurados para o mesmo tipo de produto, independentemente do seu estado de saúde, da sua idade ou do seu sexo; por conseguinte, os prémios seriam fixados numa taxa mais elevada do que a que deveriam pagar as pessoas jovens por um fornecimento de serviços PMI cujas tarifas se baseassem numa avaliação do risco e os prémios pagos pelas pessoas idosas ou doentes seriam bem mais acessíveis do que se fossem fixados em função do risco segurado; assim, a tarifação comum constituía a própria razão de ser da solidariedade entre as gerações, garantindo a todos os segurados que o surgimento de uma doença crónica ou de uma ferida grave não tornava inacessível o custo da cobertura;
  
- por último, a regulamentação sobre as prestações mínimas garantia que os produtos propostos respeitavam determinados padrões de qualidade mínima, apesar de as seguradoras PMI serem livres de definir os seus seguros.

<sup>42</sup> No que diz respeito à contestação feita pelas recorrentes na sua denúncia, de que as obrigações referidas no n.º 41, *supra*, constituíssem obrigações SIEG, a Comissão considerou, no essencial, que era permitido às autoridades nacionais considerar que certos serviços eram de interesse geral e que deviam ser assegurados através de obrigações SIEG quando as forças do mercado não fossem suficientes para garantir a sua prestação. Além disso, observou que, na falta de harmonização ao nível comunitário relativamente ao sector dos seguros privados de saúde, as autoridades nacionais eram

competentes para impor obrigações SIEG a todos os operadores do mercado em causa. A este respeito, observou que a liberdade deixada na Irlanda aos operadores para fixarem os preços e definirem os seus seguros não punha em causa o facto de as obrigações previstas pela legislação pertinente eram obrigações SIEG, na medida em que as referidas obrigações serviam para atingir os objectivos de uma missão de serviço de interesse económico geral (a seguir «missão SIEG»), como o acesso de toda e qualquer pessoa que viva na Irlanda a um determinado nível de serviços PMI a um preço acessível e em condições de qualidade idênticas. A este respeito, entendeu que as autoridades irlandesas não cometeram um erro manifesto ao qualificar como SIEG serviços que vão além dos oferecidos pela segurança social e admitiu, por conseguinte, que as obrigações em causa no presente caso podiam ser qualificadas como obrigações SIEG na acepção do direito comunitário (pontos 42 a 49 da decisão impugnada).

43 Em seguida, a Comissão declarou que a aplicação do RES era estritamente necessária à preservação da estabilidade do mercado pertinente, à neutralização do diferencial dos perfis de risco entre as seguradoras PMI e à compensação da execução das obrigações SIEG em questão. Assim, concluiu pelo carácter proporcionado do RES (pontos 50 a 59 da decisão impugnada).

44 No que se refere à necessidade da existência do RES, observou que estudos económicos tinham realçado que, num sistema de tarifação comum e apesar da obrigação de adesão aberta, as seguradoras PMI, na falta de RES, eram fortemente incitadas a escolher como seu público-alvo, através designadamente de estratégias de *marketing* selectivas, os consumidores de risco reduzido e em bom estado de saúde a fim de fixarem um prémio comum menos elevado que o dos seus concorrentes. Observou igualmente que, nestas circunstâncias, mesmo na falta de selecções de riscos activa, os consumidores podiam mudar de seguradora, o que poderia fazer subir em espiral os custos das seguradoras PMI cujo perfil de risco é constituído por uma proporção mais significativa de segurados em mau estado de saúde.

45 No que se refere ao mercado irlandês dos PMI, a Comissão considerou, face ao relatório da Irish Society of Actuaries, de Abril de 2002 e dos dados disponíveis, que a situação actual podia mudar e levar a uma «espiral mortal», na medida em que certas seguradoras PMI tinham tentado atrair consumidores jovens, e, logo, supostamente em bom estado de saúde, através de uma estratégia de selecção dos riscos em vez de uma estratégia de qualidade e de eficiência (nota de pé-de-página n.º 9 da decisão impugnada). Por conseguinte, entendeu que, mesmo que ainda não se tenha observado uma instabilidade do mercado, não se podia excluir o perigo de uma selecção dos riscos no mercado irlandês de PMI baseado em tarifas comuns, de forma que era necessário preservar a estabilidade desse mercado através da introdução do RES, que garantia uma repartição apropriada dos riscos no referido mercado. Com efeito, num mercado de PMI com tarifas baseadas no risco, o RES não seria necessário (n.ºs 50 a 52 da decisão impugnada).

46 No que diz respeito ao carácter proporcionado do RES, por um lado, a Comissão observou, no essencial, que uma repartição desigual dos riscos entre as seguradoras PMI não implicava automaticamente o accionamento do RES, mas que este operava quando certas condições estavam preenchidas e, designadamente, quando certas percentagens de diferenças de risco eram atingidas. Por outro lado, observou que o RES limitava as transferências de pagamentos entre as seguradoras PMI ao nível estritamente necessário para neutralizar a diferença entre os seus perfis de risco. Considerou que um regime que indemniza as seguradoras PMI em função das despesas incorridas para cobrir os riscos «maus» superiores à média do mercado era estritamente necessário para a compensação das obrigações SIEG a seu cargo, que as impedem de fixar o montante dos prémios em função do risco segurado e de rejeitar os riscos «maus».

47 Além disso, a Comissão observou que nem todos os reembolsos das seguradoras PMI aos segurados davam lugar a uma compensação, visto o RES prever um *plafond* determinado correspondente ao nível das prestações de que a maioria dos segurados beneficiam no mercado irlandês de PMI, com exclusão das prestações «de luxo». Observou igualmente que o RES tinha em conta os custos médios da seguradora gerados pelos pedidos de reembolso de forma a evitar uma compensação do custo médio por categoria de segurados e permitir às seguradoras PMI preservar os ganhos

obtidos graças à sua própria eficiência. Por último, considerou que o RES limitava a aplicação do factor da ponderação do estado de saúde, para efeitos da determinação do perfil de risco, a 50% da utilização de instalações hospitalares (igualmente denominado «experiência do mercado»), o que era uma garantia suplementar para incitar as seguradoras a promover a redução da duração dos internamentos hospitalares, a despistagem precoce e uma boa gestão geral. Observou que, por conseguinte, o RES nunca compensa a totalidade do diferencial de riscos no mercado (pontos 27, 28 e 53 a 57 da decisão impugnada).

48 A Comissão concluiu que, mesmo que a compensação das obrigações SIEG devesse ser considerada um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, o elemento de auxílio era compatível com o mercado comum nos termos do artigo 86.º, n.º 2, CE, sem prejuízo de uma eventual compatibilidade com outras regras de direito comunitário, em particular com a terceira directiva sobre o seguro não vida, cuja apreciação deveria ser feita no âmbito de procedimentos apropriados (pontos 60 e 61 da decisão impugnada).

49 Por carta de 2 de Junho de 2003, em resposta à carta das recorrentes de 7 de Maio de 2003, a Comissão informou-as de que considerava que o RES não constituía um auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, ou que podia ser declarado compatível com o mercado comum, nos termos do artigo 86.º, n.º 2, CE.

50 Por carta de 6 de Junho de 2003, a Comissão enviou às recorrentes, a pedido destas, uma cópia da decisão impugnada, que estas receberam em 11 de Junho de 2003.

51 Por carta de 23 de Julho de 2003, a Comissão confirmou às recorrentes que a decisão impugnada implicava a rejeição da sua denúncia e comunicou-lhes, em resposta a outro pedido das mesmas, uma lista de sete estudos económicos apresentados em apoio da notificação das autoridades irlandesas, precisando que eram «do domínio público».

**Tramitação processual e pedidos das partes**

- 52 Por petição inicial apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 20 de Agosto de 2003, as recorrentes interpuseram o presente recurso. Nos termos do artigo 14.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, este decidiu atribuir o processo a uma secção alargada.
- 53 Por requerimento separado entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância no mesmo dia, as recorrentes pediram, ao abrigo do artigo 76.º-A do Regulamento de Processo, que o processo fosse julgado seguindo uma tramitação acelerada. Por carta de 5 de Setembro de 2003, a recorrida apresentou as suas observações quanto a esse pedido. Por carta de 23 de Setembro de 2003, o Tribunal informou as recorrentes da sua decisão de indeferir o pedido de tramitação acelerada.
- 54 Por requerimentos apresentados na Secretaria do Tribunal respectivamente em 27 de Novembro e em 12 e 17 de Dezembro de 2003, a Irlanda, o Reino dos Países Baixos e o VHI pediram para intervir no presente processo em apoio da recorrida. Por despachos de 3 de Fevereiro e de 2 de Abril de 2004, o Presidente da Terceira Secção Alargada do Tribunal admitiu respectivamente, por um lado, a Irlanda e o Reino dos Países Baixos e, por outro, o VHI a intervir no presente processo em apoio dos pedidos da recorrida.
- 55 Por carta de 28 de Abril de 2004, a Irlanda formulou objecções relativamente a um pedido de tratamento confidencial apresentado pelas recorrentes e pediu ao Tribunal de Primeira Instância que lhe enviasse uma cópia completa dos autos. Por despacho de 4 de Março de 2005, o Presidente da Terceira Secção Alargada do Tribunal de Primeira Instância indeferiu o pedido de tratamento confidencial das recorrentes relativamente à Irlanda e ordenou que fosse enviada à mesma uma cópia completa dos autos.

- 56 As intervenientes apresentaram as suas alegações de intervenção e as recorrentes apresentaram as suas observações sobre estas alegações nos prazos estipulados.
- 57 Por requerimento separado entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 22 de Junho de 2005, as recorrentes apresentaram um pedido de medidas provisórias, ao abrigo dos artigos 242.º CE e 243.º CE, registado sob o número T-289/03 R, pedindo a suspensão da aplicação do artigo 1.º da decisão impugnada. Por carta de 1 de Julho de 2005, as recorrentes desistiram do seu pedido de medidas provisórias. Por despacho de 12 de Setembro de 2005, o Presidente do Tribunal de Primeira Instância ordenou o cancelamento do processo T-289/03 R no registo e reservou para final a decisão sobre as despesas.
- 58 Em 19 de Janeiro de 2006, as recorrentes apresentaram um pedido de tratamento prioritário, ao abrigo do artigo 55.º, n.º 2. do Regulamento de Processo. A recorrida, a Irlanda e o VHI apresentaram as suas observações sobre este pedido.
- 59 Com base no relatório do juiz relator, o Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção Alargada) decidiu dar início à fase oral e de conceder um tratamento prioritário ao processo ao abrigo do artigo 55.º, n.º 2, do Regulamento de Processo e, no âmbito das medidas de organização do processo, previstas no artigo 64.º do mesmo regulamento, convidou as partes a responderem a questões escritas antes da audiência. As partes responderam a essas questões nos prazos estipulados.
- 60 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às perguntas colocadas pelo Tribunal na audiência de 7 de Março de 2007.



61 As recorrentes concluem pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão impugnada;

— condenar a recorrida nas despesas;

— declarar inadmissíveis os argumentos da Irlanda e do VHI, relativos ao artigo 87.º, n.º 1, CE;

— condenar as intervenientes nas despesas.

62 A recorrida e as intervenientes que a apoiam concluem pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar as recorrentes nas despesas.

## Questão de direito

### I — Quanto à admissibilidade

#### A — Argumentos das partes

63 Na tréplica, a recorrida contesta a admissibilidade do recurso com o fundamento de a decisão impugnada não dizer directa e individualmente respeito às recorrentes, na acepção do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE.

64 A este respeito, a recorrida alega, por um lado, que o RES se aplica a todas as seguradoras PMI que operam no mercado irlandês e que, assim sendo, se aplica a situações determinadas objectivamente e só produz efeitos jurídicos relativamente a categorias de pessoas visadas de forma abstracta. Com efeito, conforme resulta do relatório da HIA apresentado ao Ministro da Saúde, de 28 de Abril de 2004, enviado à Comissão em 14 de Maio de 2004, e contrariamente à afirmação formulada na petição inicial de que as recorrentes e o VHI eram as únicas sujeitas ao RES, existe uma terceira seguradora PMI, o Staff Medical Provident Fund da Electricity Supply Board (a seguir «SMPF»), que também está sujeita ao RES. Consequentemente, a decisão não diz individualmente respeito às recorrentes devido a qualidades que lhes sejam específicas ou a uma situação de facto que as caracterize em relação a qualquer outra pessoa (acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Julho de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Conselho, C-50/00 P, Colect. P. I-6677, n.º 36) e as mesmas também não se encontram numa situação comparável à que esteve na origem do acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Maio de 1991, Extramet Industrie/Conselho (C-358/89, Colect., p. I-2501). A possibilidade de determinar num dado momento a identidade provável dos beneficiários do RES não afecta o alcance geral do regime em questão.

- 65 Por outro lado, a recorrida sustenta que a adopção da decisão impugnada não tem necessariamente por consequência a aplicação do RES, uma vez que, para isso, ainda é necessária uma recomendação da HIA e a sua aprovação ministerial (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Novembro de 2001, *Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie/Comissão*, T-9/98, Colect., p. II-3367, n.º 51). A este respeito, a recorrida precisou na audiência que a decisão impugnada não dizia directamente respeito às recorrentes, uma vez que a implementação do RES implicava medidas intermediárias que deviam ser adoptadas pelas autoridades irlandesas e que podiam ser objecto de recurso nos órgãos jurisdicionais nacionais.
- 66 No âmbito das suas observações sobre o fundamento relativo à falta de início do procedimento formal de investigação, previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, a recorrida acrescenta que o objectivo essencial do recurso é contestar o mérito da decisão impugnada. Consequentemente, este recurso não pode ser declarado admissível quando tenha por objecto um pedido de respeito dos direitos processuais das recorrentes, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, tal como foram reconhecidos no acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 1993, *Cook/Comissão* (C-198/91, Colect., p. I-2487).
- 67 As recorrentes defendem que a questão prévia de inadmissibilidade suscitada pela recorrida é contrária ao artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, na medida em que foi suscitada tardiamente na tréplica. Além do mais, recordam que o accionamento do RES tem inevitavelmente por consequência pagamentos por parte da BUPA Ireland a favor do VHI e que a decisão impugnada foi adoptada no fim do processo preliminar de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE. Contudo, as recorrentes não contestam que o SMPF também está sujeito ao RES e que pode até beneficiar de uma transferência de fundos no âmbito da sua aplicação.
- 68 As recorrentes concluem que, de acordo com a jurisprudência, a decisão impugnada lhes diz individual e directamente respeito. Acrescentam que o seu recurso também tem por fundamento a omissão do procedimento formal de investigação, previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE e visa garantir o respeito dos seus direitos processuais. Invocam

o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Março de 2004, *Danske Busvognmænd/Comissão* (T-157/01, Colect., p. II-917, n.º 41), no qual o Tribunal confirmou que uma parte recorrente pode invocar qualquer um dos fundamentos de ilegalidade enumerados no artigo 230.º, segundo parágrafo, CE, na medida em que vise a anulação total ou parcial da decisão impugnada.

## B — *Apreciação do Tribunal de Primeira Instância*

### 1. Quanto à admissibilidade da questão prévia de inadmissibilidade

<sup>69</sup> Em resposta ao argumento das recorrentes segundo o qual a questão prévia de inadmissibilidade foi suscitada tardiamente, à luz do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, há que observar que, de qualquer forma, a questão prévia de inadmissibilidade relativa à falta de legitimidade do recorrente constitui uma questão prévia de inadmissibilidade de ordem pública, na acepção do artigo 113.º do Regulamento de Processo, que o Tribunal pode apreciar oficiosamente em qualquer fase do processo e independentemente dos fundamentos e dos argumentos adiantados pelas partes (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Abril de 2005, *Sniace/Comissão*, T-141/03, Colect., p. II-1197, n.ºs 20 a 22, e de 13 de Setembro de 2006, *British Aggregates/Comissão*, T-210/02, Colect., p. II-2789, n.º 57). Além disso, verifica-se que a recorrida menciona na tréplica um elemento factual novo, sobre o qual só foi informada pela Irlanda em 14 de Maio de 2004, a saber, que existia uma terceira seguradora PMI, o SMPF, que estava igualmente sujeita à obrigação de pagamentos RES.

<sup>70</sup> Consequentemente, deve apreciar-se o fundamento da questão prévia de inadmissibilidade suscitada pela recorrida.

## 2. Quanto ao fundamento da questão prévia de inadmissibilidade

### a) Quanto à afectação individual das recorrentes

71 A recorrida contesta, a título principal, que a decisão impugnada diga individualmente respeito às recorrentes, na acepção do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE.

72 A este respeito, segundo jurisprudência assente, os sujeitos que não sejam destinatários de uma decisão só podem alegar que uma decisão lhes diz individualmente respeito se essa decisão os afectar devido a determinadas qualidades que lhes são próprias ou a uma situação de facto que os caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e assim os individualiza de forma análoga à do destinatário (acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1963, Plaumann/Comissão, 25/62, Colect. 1962-1964, pp. 279, 281; Cook/Comissão, referido no n.º 66, *supra*, n.º 20, e de 29 de Abril de 2004, Itália/Comissão, C-298/00 P, Colect., p. I-4087, n.º 36). No que respeita mais especificamente a uma decisão da Comissão em matéria de auxílios de Estado, importa recordar que, no âmbito do processo de controlo desses auxílios previsto no artigo 88.º CE, é preciso distinguir entre, por um lado, a fase preliminar de investigação dos auxílios, instituída pelo n.º 3 desse artigo, que tem apenas por objecto permitir à Comissão formar uma primeira opinião sobre a compatibilidade parcial ou total do auxílio em causa, e, por outro, a fase da investigação a que se refere o n.º 2 do mesmo artigo. É apenas no âmbito desta fase, que se destina a permitir à Comissão ter uma informação completa sobre todos os dados do caso, que o Tratado CE prevê a obrigação de a Comissão notificar os interessados para apresentarem as suas observações (acórdãos do Tribunal de Justiça Tribunal de Justiça Cook/Comissão, referido no n.º 66, *supra*, n.º 22; de 15 de Junho de 1993, Matra/Comissão, C-225/91, Colect., p. I-3203, n.º 16; de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France, C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 38, e de 13 de Dezembro de 2005, Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, C-78/03 P, Colect., p. I-10737, n.ºs 33 e 34).

73 Sempre que, sem iniciar o procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, a Comissão concluir, através de uma decisão adoptada com base no n.º 3 do mesmo artigo, que um auxílio é compatível com o mercado comum, os beneficiários dessas garantias processuais só podem obter o respeito delas se tiverem a possibilidade de impugnar essa decisão perante o juiz comunitário (acórdãos Cook/Comissão, referido no n.º 66, *supra*, n.º 23; Matra/Comissão, referido no n.º 72, *supra*, n.º 17; e Comissão/Sytraval e Brink's France, referido no n.º 72, *supra*, n.º 40). Por estas razões, este julga admissível um recurso de anulação dessa decisão, interposto por um interessado na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, quando o autor desse recurso pretenda, com a sua interposição, salvaguardar os direitos processuais conferidos por esta última disposição (acórdãos, já referidos, Cook/Comissão, referido no n.º 66, *supra*, n.ºs 23 a 26, e Matra/Comissão, referido no n.º 72, *supra*, n.ºs 17 a 20). Ora, os interessados, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, que podem assim, em conformidade com o artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, interpor recursos de anulação, são as pessoas, empresas ou associações eventualmente afectadas nos seus interesses pela concessão de um auxílio, isto é, por exemplo, as empresas concorrentes dos beneficiários desse auxílio e as organizações profissionais (v. acórdãos Comissão/Sytraval e Brink's France, referido no n.º 72, *supra*, n.º 41, e Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, referido no n.º 72, *supra*, n.ºs 35 e 36).

74 Em contrapartida, se o recorrente põe em causa a justeza da decisão de apreciação do auxílio em si mesmo, o simples facto de poder ser considerado interessado na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE não basta para a admissibilidade do recurso. Deve também demonstrar que tem um estatuto particular na acepção da jurisprudência Plaumann/Comissão, referido no n.º 72, *supra*. É esse o caso, nomeadamente, se a posição do recorrente no mercado fosse substancialmente afectada pelo auxílio objecto da decisão em causa (v. acórdão Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, referido no n.º 72, *supra*, n.º 37, e jurisprudência aí referida).

75 No presente caso, as recorrentes contestam, no essencial, designadamente através do primeiro e do segundo fundamentos, a legalidade da decisão impugnada quanto ao mérito, apenas o sexto fundamento se referindo à falta de início do procedimento formal de investigação e, logo, à falta de respeito das garantias processuais previstas

no artigo 88.º, n.º 2, CE, de que as recorrentes podiam beneficiar na qualidade de partes interessadas. No âmbito deste último fundamento, as recorrentes alegam, além disso, que a Comissão devia ter dado início ao procedimento formal de investigação, devido às dúvidas existentes quanto à compatibilidade do RES com o mercado comum, atendendo à complexidade factual e económica do processo.

76 Antes de mais, no que diz respeito à legitimidade das recorrentes para obter o respeito dos seus direitos processuais, não é disputado pela recorrida que as recorrentes, e designadamente a BUPA Ireland, na qualidade de principal concorrente do VHI no mercado irlandês de PMI, possuem a qualidade de partes interessadas na aceção da jurisprudência referida no n.º 69, *supra*. A este respeito, o facto de, no presente caso, as recorrentes terem tido a possibilidade, após terem entregue a sua denúncia contra o RES em 1999, ou seja, antes de a Comissão dar início à sua instrução do RES notificado pela Irlanda em 2003, de invocar os seus argumentos logo durante o processo preliminar de investigação, ao abrigo do artigo 88.º, n.º 3, CE, não as deve privar do direito ao respeito da garantia processual que lhes é expressamente conferido pelo artigo 88.º, n.º 2, CE (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Fevereiro de 2006, Le Levant 001 e o./Comissão, T-34/02, Colect., p. II-267, n.ºs 94 a 98). Donde resulta que as recorrentes têm legitimidade, na medida em que pretendem obter o respeito dos seus direitos processuais derivados do artigo 88.º, n.º 2, CE.

77 Em seguida, no que respeita à legitimidade das recorrentes para contestar a justeza da decisão impugnada, a recorrida não tem razão ao alegar que as recorrentes não são individualizadas pela decisão impugnada, na aceção da jurisprudência Plauermann, referida no n.º 69, *supra*.

78 Com efeito, relativamente, em primeiro lugar, à BUPA Ireland, é pacífico que, mesmo que o RES se destine a ser aplicado a todas as seguradoras que operam no mercado irlandês de PMI, por um lado, a BUPA Ireland constitui o principal concorrente do VHI no mercado irlandês de PMI, onde este último ocupa uma posição dominante e, por outro, que a aplicação do RES daria necessariamente lugar, numa primeira

fase, a pagamentos RES apenas da parte da BUPA Ireland a favor do VHI através do fundo gerido pela HIA. Assim sendo, a decisão impugnada não só afecta a BUPA Ireland substancialmente na sua posição concorrencial no mercado irlandês de PMI, mas também a visa, no momento da sua adopção, como única contribuinte líquida do fundo criado pelo RES. A este respeito, não se pode acolher o argumento da recorrida segundo o qual o círculo de pessoas atingidas pelo RES e, logo, o alcance da decisão impugnada abrange igualmente o SMPF, tanto mais que não se indica que esta circunstância pode relativizar o encargo imposto à BUPA Ireland na qualidade de única contribuinte líquida. Deve acrescentar-se que é devido ao receio desta afectação substancial da sua situação concorrencial, ou mesmo ao receio de ter de deixar o mercado irlandês de PMI, que a BUPA Ireland apresentou uma denúncia na Comissão e que foi a única terceira parte interessada a ter participado activamente, após uma contestação que durou cerca de três anos, no procedimento que culminou na adopção da decisão impugnada, cujo conteúdo também foi, pelo menos parcialmente, por ela determinado (v., designadamente, n.ºs 33 a 35 e 42 a 49 da decisão impugnada).

79 O Tribunal de Primeira Instância conclui das considerações antecedentes que a BUPA Ireland comprovou assim a existência de um conjunto de elementos constitutivos de uma situação particular que a caracteriza, face à decisão impugnada, relativamente a qualquer outro operador económico (v., neste sentido, acórdão *Extramet Industrie/Conselho*, referido no n.º 64, *supra*, n.º 17). Donde resulta que a decisão impugnada individualiza a BUPA Ireland como um destinatário.

80 Em seguida, no que se refere à afectação individual da segunda e da terceira recorrentes, basta observar que as considerações feitas nos n.ºs 78 e 79, *supra*, se aplicam *mutatis mutandis* visto que, no momento da interposição do presente recurso e até agora, estas recorrentes compõem com a BUPA Ireland um grupo de empresas no âmbito do qual a primeira recorrente, a BUPA United Provident Association Ltd, controla as suas filiais BUPA Insurance Ltd (a segunda recorrente) e a BUPA Ireland (a terceira recorrente) em 100% (v., por analogia, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Abril de 1999, *Monsanto/Comissão*, T-112/97, Colect., p. II-1277, n.ºs 57 e 58, não visados pelo recurso da decisão do Tribunal de Primeira Instância que conduziu ao acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Janeiro de 2002, *França/Monsanto e Comissão*, C-248/99 P, Colect., p. I-1).



## b) Quanto à afectação directa das recorrentes

81 Quanto à questão da afectação directa suscitada pela recorrida, constitui jurisprudência assente que a medida contestada deve produzir directamente efeitos na situação jurídica do interessado e a sua implementação deve ter um carácter puramente automático e decorrer apenas da legislação comunitária, sem aplicação de outros actos intermediários. Tratando-se de uma decisão que autoriza auxílios, o mesmo é válido quando a possibilidade de as autoridades nacionais decidirem não conceder os auxílios autorizados pela decisão controvertida é puramente teórica e a vontade das referidas autoridades nacionais em agir nesse sentido não deixar qualquer dúvida (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância *Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie/Comissão*, referido no n.º 65, *supra*, n.ºs 47 e 48; de 27 de Abril de 1995, *ASPEC e o./Comissão*, T-435/93, Colect., p. II-1281, n.ºs 60 e 61, e *AAC e o./Comissão*, T-442/93, Colect., p. II-1329, n.ºs 45 e 46; v., também, acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Maio de 1998, *Dreyfus/Comissão*, C-386/96 P, Colect., p. I-2309, n.ºs 43 e 44).

82 No presente caso, decorre dos factos anteriores à adopção da decisão impugnada, e designadamente das diligências efectuadas após a liberalização do mercado irlandês de PMI, incluindo a criação da HIA (v. n.ºs 18 e segs., *supra*), que as autoridades irlandesas tinham a firme intenção de implementar o RES, cujo dispositivo tinha sido discutido e revisto por várias vezes, tendo ficado apenas por decidir a data exacta da sua aplicação e do accionamento dos seus pagamentos e a determinação do montante dos referidos pagamentos. Consequentemente, no momento da adopção da decisão impugnada, a possibilidade de as autoridades Irlandesas decidirem não implementar o RES era puramente teórica, devendo-se o atraso da sua implementação unicamente aos recursos interpostos pelas recorrentes para a High Court das medidas de aplicação previstas na legislação nacional pertinente.

83 Por conseguinte, não há que acolher a argumentação da recorrida segundo a qual a adopção da decisão impugnada não tinha necessariamente por consequência a aplicação do RES visto que as autoridades irlandesas deviam tomar certas medidas intermédias susceptíveis de recurso.

84 Donde resulta que a decisão impugnada diz directa e individualmente respeito às recorrentes, na acepção do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, e que o recurso deve ser declarado admissível na íntegra.

85 Consequentemente, a questão prévia de inadmissibilidade deve ser julgada improcedente.

## II — *Quanto ao mérito*

### A — *Observação liminar*

86 As recorrentes invocam sete fundamentos em apoio do seu recurso, a saber, em primeiro lugar, um fundamento relativo à aplicação errada do artigo 87.º, n.º 1, CE; em segundo, um fundamento relativo à aplicação errada do artigo 86.º, n.º 2, CE; em terceiro, um fundamento relativo a um erro de direito que alegadamente consiste na falta de apreciação da legalidade do RES à luz do artigo 86.º, n.º 1, conjugado com o artigo 82.º CE; em quarto, um fundamento relativo a um alegado erro de direito que consiste na falta de apreciação da legalidade do RES à luz dos artigos 43.º CE e 49.º CE; em quinto, um fundamento relativo a um erro de direito e a uma falta de fundamentação em virtude da falta de apreciação adequada da legalidade do RES à luz da terceira directiva sobre o seguro não vida; em sexto, um fundamento relativo à abstenção ilegal de dar início ao procedimento formal de investigação nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE; e, em sétimo, um fundamento relativo à violação do dever de fundamentação previsto no artigo 253.º CE.

87 O Tribunal de Primeira Instância observa, a título preliminar, que os argumentos das partes adiantados no primeiro e no segundo fundamentos coincidem amplamente. Suscitam em particular a questão da existência de uma missão SIEG e a da necessidade do RES para a execução dessa missão e também do seu carácter proporcionado. Assim, há que recapitular, antes de mais, a substância destes argumentos, a fim de os ter devidamente em conta, de seguida, no contexto da apreciação desses dois fundamentos.

## B — *Quanto ao primeiro e ao segundo fundamentos*

### 1. Argumentos das partes

a) Quanto ao fundamento relativo à aplicação errada do artigo 87.º, n.º 1, CE

i) Argumentos das recorrentes

1) Observações gerais

88 As recorrentes indicam, a título preliminar, que contestam, com o seu primeiro fundamento, o artigo 1.º da decisão impugnada, segundo o qual [os pagamentos] do RES «não implica[m] auxílios de Estado, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, [CE]». Observam que a recorrida não apresenta argumentos contra este fundamento, de forma que a decisão impugnada devia ser anulada por este motivo.

89 As recorrentes acrescentam que a Comissão declarou, com razão, no n.º 39 da decisão impugnada, que, em princípio, o RES cumpre os critérios do artigo 87.º, n.º 1, CE e que, conseqüentemente, pode ser qualificado como auxílio de Estado. Contudo, nos pontos 61 e 62 da referida decisão, a Comissão considerou erradamente que o RES não constitui, apesar de tudo, um auxílio de Estado, na acepção dessa disposição, pelo facto de compensar obrigações SIEG. No entanto, no presente caso, as condições de existência de uma compensação de obrigações SIEG, conforme estabelecidas pelo Tribunal de Justiça (acórdãos Ferring, referido no n.º 41, *supra*, n.º 27, e de 24 de Julho de 2003, Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Colect., p. I-7747, a seguir «acórdão Altmark», n.ºs 87 a 93), não estão reunidas. Em particular, no acórdão Altmark, o Tribunal de Justiça decidiu que, na medida em que uma intervenção estatal deva ser considerada uma compensação que representa a contrapartida das prestações efectuadas pelas empresas beneficiárias para cumprir obrigações de serviço público, de forma que estas empresas não beneficiam, na realidade, de uma vantagem financeira e que, portanto, a referida intervenção não tem por efeito colocar essas empresas numa posição concorrencial mais favorável em relação às empresas que lhes fazem concorrência, essa intervenção não cai sob a alçada do artigo 87.º, n.º 1, CE (acórdão Altmark, n.º 87). Além disso, segundo o Tribunal de Justiça, é necessário para isso que estejam preenchidas quatro condições cumulativas (acórdão Altmark, n.ºs 88 a 93), o que não se passa no presente caso.

90 A este respeito, a tentativa da recorrida de evitar que a decisão impugnada seja anulada, baseando-se unicamente no artigo 86.º, n.º 2, CE, não pode ser acolhida, dado que a parte decisória da referida decisão não alude ao artigo 86.º, n.º 2, CE, e que a fundamentação a esse respeito, no n.º 61 da referida decisão, não é suficiente. Mesmo na medida em que as condições de aplicação do artigo 86.º, n.º 2, CE são equivalentes às do artigo 87.º, n.º 1, CE, o que a recorrida não contesta, a sua argumentação não pode proceder, visto que não demonstra, de qualquer forma, a existência de uma obrigação SIEG que justifique o RES e o carácter proporcionado do RES tanto na acepção do acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, como na do artigo 86.º, n.º 2, CE.

91 Neste contexto, as recorrentes alegam, além disso, que, diversamente da recorrida e do Reino dos Países Baixos, a Irlanda e o VHI tentam defender a legalidade da decisão impugnada mediante a alegação de que as condições estipuladas no acórdão Altmark,

referido no n.º 89, *supra*, estão preenchidas. Ora, por força do artigo 116.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, os intervenientes devem aceitar o processo no estado em que este se encontra no momento da sua intervenção de forma que não podem alterar o âmbito do litígio (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Outubro de 1997, *British Steel/Comissão*, T-243/94, Colect., p. II-1887, n.º 70), tal como foi definido nos articulados das recorrentes e da recorrida. No entanto, visto que a recorrida renunciou à apresentação de argumentos relativos ao artigo 87.º, n.º 1, CE, o âmbito do litígio, no momento da intervenção, fundava-se unicamente sobre o artigo 86.º, n.º 2, CE. No entender das recorrentes, daqui resulta que os argumentos da Irlanda e do VHI, relativos ao artigo 87.º, n.º 1, CE, devem ser declarados inadmissíveis.

92 Seja como for, os defeitos de raciocínio subjacentes à decisão impugnada não podem ser remediados, no decurso da instância e retroactivamente, por novos argumentos de direito e de facto invocados pelas intervenientes (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 25 de Outubro de 2002, *Tetra Aval/Comissão*, T-5/02, Colect., p. II-4381, n.ºs 255, 271 e 282; conclusões do advogado-geral N. Fennelly no processo que culminou no acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Outubro de 2000, *Itália e Sardegnia Lines/Comissão*, C-15/98 e C-105/99, Colect., p. I-8855, n.º 70). Assim sendo, os argumentos da Irlanda e do VHI devem, de qualquer forma, ser julgados improcedentes.

93 Por último, no que diz respeito às alegações de intervenção da Irlanda, as recorrentes sustentam que, à luz do artigo 116.º, n.º 4, alínea b), do Regulamento de Processo e da jurisprudência (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Novembro de 1997, *Cipeke/Comissão*, T-84/96, Colect., p. II-2081, n.ºs 31 e 34), os argumentos de fundo que constam dos anexos 4, 7, 9 e 10 dessas alegações só são admissíveis na medida em que foram invocados nas próprias alegações.

94 As recorrentes salientam que, no presente caso, as quatro condições cumulativas enunciadas no acórdão *Altmark*, referido no n.º 89, *supra*, não estão reunidas no que concerne ao RES. De resto, a Comissão não apreciou de forma alguma a segunda, a terceira e a quarta condições, depois de ter admitido, sem ter feito uma apreciação adequada, a posição das autoridades irlandesas quanto à primeira condição.

2) Quanto à primeira condição, relativa a obrigações SIEG reais e claramente definidas

95 As recorrentes recordam a primeira condição enunciada pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Altmark*, referido no n.º 89, *supra*, (n.º 89), segundo a qual a empresa beneficiária deve efectivamente estar encarregada do cumprimento de obrigações de serviço público e estas obrigações devem ser claramente definidas.

96 As recorrentes entendem que, devido designadamente à ligação estreita entre o artigo 87.º, n.º 1, CE e o artigo 86.º, n.º 2, CE, o conceito de obrigação de serviço público utilizado pelo Tribunal de Justiça é equivalente ao de obrigação SIEG (conclusões do advogado-geral A. Tizzano no processo que culminou no acórdão *Ferring*, referido no n.º 41, *supra*, *Colect.*, p. I-9069, n.º 51 e 60, e conclusões do advogado-geral F.G. Jacobs no processo que culminou no acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Novembro de 2003, *GEMO*, C-126/01, *Colect.*, p. I-13769, I-13772). A própria Comissão reconheceu na decisão impugnada o carácter equivalente destes dois conceitos. Além disso, explicou publicamente que estes dois conceitos se referem a serviços com características particulares, que satisfazem necessidades do grande público (relatório da Comissão sobre o avanço dos trabalhos sobre as orientações relativas aos auxílios de Estado associados às [SIEG] section 2) (documento informal da Comissão sobre as SIEG e os auxílios de Estado, de 12 de Novembro de 2002, p. 21), que não beneficiam categorias específicas de utilizadores, e que, assim sendo, reúnem os seguintes elementos comuns: serviço universal, continuidade, qualidade do serviço, acessibilidade das tarifas, protecção do utilizador e do consumidor (Livro verde da Comissão sobre serviços de interesse geral, de 21 de Maio de 2003, COM (2003) 270 final, n.º 49).

97 Na opinião das recorrentes, à luz da jurisprudência relativa às obrigações SIEG, as condições supramencionadas implicam uma característica essencial suplementar, a saber que, enquanto serviço universal, o fornecimento do serviço deve ser obrigatório (acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1981, *Züchner*, 172/80, *Recueil* p. 2021, n.º 7; de 10 de Dezembro de 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, C-179/90, *Colect.*, p. I-5889, n.º 27; de 27 de Abril de 1994, *Almelo*, C-393/92, *Colect.*, p. I-1477, n.º 48; de 17 de Julho de 1997, *GT-Link*, C-242/95, *Colect.* p. I-4449, e de 18 de Junho de 1998, *Corsica Ferries France*, C-266/96, *Colect.*, p. I-3949, n.º 45).

98 Por outro lado, as recorrentes sustentam que, à luz da definição específica e limitada do conceito de obrigação SIEG, mesmo que se possa considerar que toda a legislação nacional que impõe obrigações a uma empresa é adoptada no interesse geral ou público, isso não significa que todas essas obrigações constituam obrigações SIEG no sentido estrito, para cuja execução o Estado possa validamente indemnizar as empresas em causa. Com efeito, de acordo com a jurisprudência e com a prática decisória da Comissão, deve fazer-se uma distinção entre a instituição de obrigações SIEG, por um lado, e o controlo e a regulamentação das actividades das empresas, por outro (acórdãos do Tribunal de Justiça de 2 de Março de 1983, GVL/Comissão, 7/82, Recueil., p. 483, n.ºs 31 e 32, e de 13 de Dezembro de 1991, GB-Inno-BM, C-18/88, Colect., p. I-5941, n.º 22; Decisão 97/606/CE da Comissão, de 26 de Junho de 1997 nos termos do n.º 3 do artigo [86.º, n.º 3, CE] relativa ao direito exclusivo de emitir publicidade televisiva na Flandres, JO L 244, p. 18, n.º 14, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 1999, Vaamse Televisie Maatschappij/Comissão, T-266/97, Colect., p. II-2329). Segundo as recorrentes, se não fosse esse o caso e se os Estados-Membros não tivessem de respeitar esta definição precisa e limitada do conceito de obrigação SIEG, poderiam subtrair-se à aplicação do artigo 87.º, n.º 1, CE indemnizando todos os tipos de obrigações impostas às empresas no interesse público.

99 As recorrentes observam que o conceito de obrigação SIEG é um conceito de direito comunitário de interpretação objectiva, tal como o conceito de auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, de que faz parte integrante (acórdãos do Tribunal de Justiça de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão, 173/73, Colect., p. 357, n.º 13, e de 16 de Maio de 2000, França/Adbroke Racing e Comissão, C-83/98 P, Colect., p. I-3271, n.º 25; conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo que culminou no acórdão GEMO, referido no n.º 96, *supra*, n.º 73). Isto é corroborado pela jurisprudência segundo a qual o conceito de SIEG, na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE, é de interpretação estrita (acórdãos do Tribunal de Justiça GT-Link, referido no n.º 97, *supra*, n.º 50, e de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Países Baixos, C-157/94, Colect., p. I-5699, n.º 37), a fim de evitar que os Estados-Membros possam escapar facilmente à aplicação das regras estabelecidas em matéria de auxílios de Estado.

100 Sendo o Estado-Membro livre para decidir, no exercício do seu poder de apreciação, a forma como pretende assegurar e regulamentar o fornecimento de um

SIEG (relatório da Comissão sobre o avanço dos trabalhos relativamente às orientações relativas aos auxílios de Estado e aos SIEG, secção 4.1; Decisão da Comissão SG (99) D/10201, de 14 de Dezembro de 1999, relativa ao auxílio de Estado NN 88/98 — Reino Unido), a qualificação de obrigação SIEG está sujeita a um controlo total das instituições comunitárias (acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Março de 1985, Itália/Comissão, 41/83, Recueil, p. 873, n.º 30).

101 A este respeito, as recorrentes contestam as afirmações da recorrida e das intervenientes segundo as quais, por um lado, o conceito de obrigação SIEG e a sua aplicação só estão sujeitas a uma fiscalização quanto ao erro manifesto e, por outro, que a definição do alcance deste conceito cabe essencialmente no poder discricionário dos Estados-Membros. Além disso, a jurisprudência invocada pelas intervenientes (acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 1999, Albany, C-67/96, Colect., p. I-5751, n.º 104, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Fevereiro de 1997, FFSA e o./Comissão, T-106/95, Colect., p. II-229, n.º 137) confirma, pelo contrário, a tese das recorrentes. Por último, segundo estas, as intervenientes não indicam nenhum argumento susceptível de pôr em causa a definição comunitária do conceito de obrigação SIEG.

102 As recorrentes consideram que, no presente caso, a primeira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, não está preenchida devido à falta de obrigações SIEG associadas ao RES. A apreciação contrária da Comissão, no n.º 49 da decisão impugnada, está errada relativamente a dois aspectos.

103 Por um lado, a Comissão não apreciou a questão de saber se as obrigações SIEG invocadas pelas autoridades irlandesas, a saber, as exigências da adesão aberta, das tarifas comuns, da cobertura vitalícia e de prestações mínimas (a seguir «obrigações PMI»), constituíam efectiva e objectivamente obrigações SIEG. Na realidade, a Comissão esquivou-se a esta questão considerando erradamente que ela era da competência das autoridades irlandesas e que o seu controlo estava limitado aos erros manifestos cometidos por essas autoridades no exercício dessa competência. Procedendo desta



forma, a Comissão ignorou a exigência de uma definição comunitária estrita e objetiva das obrigações SIEG e delegou ilegalmente nas autoridades irlandesas o poder de definir o que constituía essas obrigações. Assim, a Comissão não exerceu o grau de controlo exigido pelo artigo 87.º, n.º 1, CE.

104 Por outro lado, as recorrentes sustentam que as obrigações PMI não têm o carácter de obrigação SIEG pelos motivos a seguir expostos.

105 Em primeiro lugar, de acordo com a jurisprudência e a prática decisória da Comissão, as obrigações PMI só correspondem a obrigações regulamentares normais associadas à autorização do fornecimento de um serviço e ao controlo pelos poderes públicos da actividade dos operadores em causa. Com efeito, a legislação em causa não impõe aos operadores em questão a obrigação de fornecer serviços PMI, e, muito menos, um nível mínimo desses serviços ou um serviço universal Trata-se apenas de uma autorização de fornecer esses serviços segundo a procura do mercado, sujeita à condição de o operador em causa respeitar os princípios da adesão aberta, da cobertura vitalícia, das tarifas comuns e das prestações mínimas. Isto aplica-se igualmente ao VHI que, com excepção do plano P, não está sujeito a nenhuma obrigação regulamentar de fornecer serviços PMI específicos.

106 Em segundo lugar, a declaração da Comissão de que as obrigações PMI se destinam a assegurar um certo nível de serviços PMI a todas as pessoas que vivem na Irlanda, a um preço acessível e em condições de qualidade idênticas é manifestamente errada, tendo em conta a possibilidade de excluir dos serviços PMI pessoas idosas ou pessoas que já estejam doentes. A este respeito, é errada a afirmação da Comissão de que a regra da adesão aberta evita a exclusão dessas pessoas. Pelo contrário, as seguradoras PMI têm o direito de excluir as pessoas que tenham ultrapassado os 65 anos de idade, ou seja, cerca de 8% da população irlandesa, que desejem aderir pela primeira vez (ponto 34, terceiro travessão, da decisão impugnada) e, na prática, o VHI e a BUPA

Ireland não propõem apólices de seguro a essas pessoas. Além disso, no que diz respeito às pessoas já doentes, as seguradoras PMI têm o direito de limitar a cobertura impondo um período de espera de cinco a dez anos segundo a idade das pessoas em causa, antes de estas poderem beneficiar da cobertura, possibilidade essa utilizada na prática pelo VHI — com excepção do plano P — e pela BUPA Ireland. Por último, de acordo com os números actuais, cerca de 49% da população irlandesa não beneficia de serviços PMI. Além disso, a regulamentação em matéria de prestações mínimas prevê um nível de cobertura de tal forma baixo que, na prática, a mesma é pouco útil pelo facto de esse nível ser amplamente ultrapassado pelo das apólices de seguro mais básicas disponíveis no mercado, como as denominadas «plano A» do VHI.

107 Em terceiro lugar, as recorrentes contestam que as obrigações PMI garantam tarifas uniformemente acessíveis. Mesmo para as pessoas com acesso a esses serviços e que possam beneficiar das tarifas comuns, as tarifas, com excepção das do plano P, são exclusivamente fixadas pelas forças do mercado. Assim, são permitidas dispensas ou reduções de prémios significativas designadamente para as pessoas com menos de 18 anos ou com idades compreendidas entre os 18 e os 23 anos. Assim sendo, as tarifas comuns só permitem uniformizar as tarifas determinadas livremente pelas seguradoras em função das condições do mercado.

108 Em quarto lugar, as obrigações PMI não apresentam, de qualquer forma, o carácter de uma obrigação SIEG. Com efeito, longe de corresponderem a um serviço universal criado no interesse geral, como um serviço que substitui o regime público da Segurança Social, os serviços PMI em causa são apenas serviços financeiros opcionais destinados a garantir uma cobertura complementar ou suplementar relativamente ao serviço universal. A este respeito, o presente processo deve ser distinguido da situação na origem do acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Março de 2004, AOK-Bundesverband e o. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, Colect., p. I-2493), relativo ao sistema de cobertura médica na Alemanha, que é obrigatório para a grande maioria dos empregados alemães e que substitui o fornecimento de serviços de saúde (públicos) universais (conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo que culminou no acórdão AOK-Bundesverband e o., já referido, Colect., p. I-2495; acórdão Albany, referido no n.º 101, *supra*). As recorrentes acrescentam

que o presente caso é antes análogo à situação na origem do acórdão *Danske Busvognmænd/Comissão*, referido no n.º 68, *supra* (n.ºs 90 a 92), no qual o Tribunal de Primeira Instância rejeitou a qualificação de SIEG a propósito de um serviço de transporte pelo facto de as actividades de transporte em causa estarem sujeitas à concorrência entre as diferentes empresas de transporte que operavam no mercado e que se encontravam todas na mesma situação.

109 A este respeito, as recorrentes contestam a tese da recorrida, defendida essencialmente na sua contestação (pontos 13 e 35 a 43) e não na decisão impugnada, segundo a qual é a prestação de serviços PMI — e não as obrigações PMI — que constitui a verdadeira missão SIEG e, sem o RES, o mercado irlandês de PMI não pode funcionar em condições economicamente aceitáveis. Com efeito, não é esse o caso, tendo em conta que a BUPA Ireland e o VHI não têm a obrigação, com excepção do plano P, de fornecerem serviços PMI. Na realidade, a decisão impugnada visa apenas a execução de obrigações PMI, que qualifica incorrectamente de obrigações SIEG. Além disso, apesar de os serviços PMI, enquanto serviços financeiros opcionais, fornecerem uma cobertura que assegura um acesso mais rápido e melhor aos cuidados de saúde, não correspondem a uma necessidade e são, como afirma o Comité Europeu de Seguros, voluntários e não um substituto do sistema público. Contudo, caso a Comissão tivesse pretendido provar que as regras que regem os serviços PMI constituem, em si mesmas, obrigações SIEG, questão irrelevante no presente processo, devia ter demonstrado, o que não fez, que as referidas regras apresentam o carácter de uma obrigação SIEG.

110 Neste contexto, não se pode aceitar a tentativa da recorrida, na tréplica, de remediar a sua abordagem contraditória mediante a afirmação de que, com efeito, é a prestação de serviços PMI em si mesma ou uma conjugação desta com as obrigações PMI que constitui o SIEG pertinente. As únicas obrigações definidas na decisão impugnada, que se consideram obrigações SIEG aplicáveis a todas as seguradoras PMI e cujos custos são susceptíveis de ser compensados na acepção do acórdão *Altmark*, referido no n.º 89, *supra*, são as obrigações PMI e não os próprios serviços PMI, que nenhuma seguradora tem a obrigação de fornecer. De resto, esta tese também é sustentada pelo VHI e pela Irlanda.

111 Por último, na audiência, as recorrentes acrescentaram que, tal como confirmado no acórdão da High Court, a Comissão baseou o seu raciocínio, na decisão impugnada, numa má compreensão do princípio das tarifas comuns e, logo, em factos irrelevantes, ao referir-se unicamente à obrigação de tarifas comuns para os contratos PMI individuais na aceção do artigo 7.º do 2001 Health Insurance Act, com as alterações posteriores, quando a justificação da Irlanda a propósito da necessidade da compensação prevista pelo RES reside no princípio das tarifas comuns, aplicável a todo o mercado irlandês de PMI, na aceção do artigo 12.º da referida legislação.

3) Quanto à segunda condição, relativa aos parâmetros objectivos e transparentes para o cálculo da compensação

112 As recorrentes recordam a segunda condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra* (n.º 90) segundo a qual os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente, a fim de evitar que aquela implique uma vantagem económica susceptível de favorecer a empresa beneficiária em relação a empresas concorrentes. Segundo as recorrentes, a determinação da compensação com base em critérios estritos, transparentes, objectivos e pré-determinados constitui uma garantia essencial para os concorrentes da empresa beneficiária, que lhes permite melhor planificar as suas decisões comerciais com conhecimento do valor da compensação de que o seu concorrente irá beneficiar (acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, n.º 59).

113 As recorrentes sustentam que esta segunda condição também não está preenchida no presente caso, devido à falta de parâmetros objectivos para calcular a compensação das alegadas obrigações SIEG. Segundo as recorrentes, os parâmetros adoptados para determinar os pagamentos RES não são nem objectivos nem transparentes e dependem do exercício de um amplo poder de apreciação da HIA e do Ministro da Saúde.

114 Em primeiro lugar, a HIA dispõe de um amplo poder de apreciação na determinação do diferencial de riscos entre as seguradoras PMI com base na fórmula denominada «percentagem de compensação do mercado», o que pode influir no montante dos pagamentos RES. Esta percentagem devia, antes de mais, ser determinada em função do perfil de idade e de sexo dos segurados de cada seguradora PMI, podendo ser ajustada pela HIA tendo em conta a medida em que os segurados recorrem a serviços de cuidado de saúde (artigo 10.º do RES, guia do RES, p. 14). Este factor da ponderação do estado de saúde é definido no RES como uma percentagem que a HIA «pode determinar periodicamente» (n.º 1 do Anexo II do RES) e que pode ir de 0 a 50%. Além disso, a Comissão reconhece expressamente que a HIA «tem o poder de determinar a medida em que este factor é tido em conta, dentro dos limites de parâmetros estabelecidos, com a condição de que a HIA tenha concluído que isso se justifica por circunstâncias relativas aos diferentes perfis de risco entre seguradoras [PMI] e que isso seja no interesse geral das companhias de seguro».

115 Em segundo lugar, a HIA tem de comunicar esse diferencial de risco ao Ministro da Saúde, dispondo do poder discricionário de recomendar, no caso de o diferencial se situar entre 2 e 10%, que se accione a compensação dos riscos (artigo 10.º, n.º 4, do RES), poder igualmente reconhecido de modo expresso pela Comissão. Em terceiro lugar, o Ministro da Saúde dispõe de um poder de apreciação quanto à aceitação dessa recomendação da HIA, baseada num diferencial de riscos entre 2 e 10%. Mesmo quando o diferencial de riscos seja superior a 10% e que a compensação dos riscos deva, em princípio, ser accionada, o Ministro da Saúde ainda pode exercer o seu poder discricionário apreciando se existem boas razões para não accionar a compensação dos riscos (artigo 10.º, n.ºs 6 e 7, do RES). Em quarto lugar, em caso de decisão de accionamento do RES, a determinação do dia do início dos pagamentos RES também depende do poder discricionário do Ministro da Saúde (artigo 13.º do RES). Em quinto lugar, o cálculo dos pagamentos RES é feito pela HIA, de forma discricionária, com base nos relatórios complementares das seguradoras e tendo em conta o diferencial de riscos ou a «percentagem de compensação do mercado» determinada, se for caso disso, após aplicação do factor da ponderação do estado de saúde.

116 As recorrentes concluem das considerações precedentes que a determinação do accionamento do RES e do montante dos pagamentos RES a efectuar não assenta em factores objectivos e transparentes, na acepção da segunda condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, dependendo antes amplamente do poder de apreciação das autoridades irlandesas. Isto é confirmado pelos três relatórios elaborados pela HIA depois de 2003, nos quais declarou existirem diferenças de risco que se situavam entre 3% e 10% e concluiu não existirem elementos de prova que comprovassem uma instabilidade passada ou iminente do mercado. Por razões que as recorrentes desconhecem, o terceiro relatório recomendou, contudo, o início dos pagamentos RES. Contrariamente ao parecer da Irlanda e do VHI, esta falta de objectividade e de transparência não pode ser remediada pelo facto de os parâmetros de funcionamento do RES terem sido «claramente anunciados» e publicados com antecedência, visto que esses parâmetros compreendem, eles próprios, numerosos critérios discricionários. Ora, na falta de critérios objectivos relativos ao desequilíbrio do mercado, a HIA e o Ministro da Saúde, estão, na realidade, em condições de basear a sua apreciação noutros elementos, o que a segunda condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, visa precisamente evitar.

#### 4) Quanto à terceira condição, relativa à necessidade estrita da compensação

117 As recorrentes recordam a terceira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra* (n.º 92) segundo a qual a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável pelo cumprimento destas obrigações. Na opinião das recorrentes, esta condição exige que a compensação seja estritamente necessária para o cumprimento das obrigações SIEG em causa (conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo que culminou no acórdão GEMO, referido no n.º 96, *supra*, n.º 119). Isto implicaria, pelo menos, a identificação das obrigações SIEG pertinentes, a identificação dos custos próprios dessas obrigações, dos custos fixos e variáveis com uma imputação adequada das despesas gerais nas obrigações SIEG, a quantificação das receitas auferidas pela empresa beneficiária devido à execução das

obrigações SIEG, a determinação de um benefício razoável para a execução das obrigações SIEG, e, por último, a garantia de que o benefício que resulta do auxílio não excede os custos adicionais imputáveis à obrigação SIEG, tendo em conta as receitas pertinentes e um benefício razoável.

- 118 As recorrentes consideram que esta condição, equivalente ao critério da proporcionalidade na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE, também não está preenchida no presente caso. Por um lado, a Comissão não apreciou os elementos pertinentes referidos no número anterior, o que constitui um erro de direito e um erro que afecta a fundamentação da decisão impugnada no que diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade. Por outro, tendo em conta a falta de poder discricionário da Comissão na aplicação do artigo 87.º CE, a recorrida não pode invocar validamente o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Dezembro de 1999, *Boehringer/Conselho e Comissão* (T-125/96 e T-152/96, Colect., p. II-3427), que se refere ao controlo limitado do poder discricionário do legislador comunitário no domínio da política agrícola comum.
- 119 De qualquer forma, mesmo que a Comissão tivesse efectuado essa apreciação, o RES não preenche a condição da necessidade estrita, essencialmente por três razões.
- 120 Em primeiro lugar, mesmo partindo do princípio de que as obrigações PMI possam, pelo menos parcialmente, ser qualificadas de obrigações SIEG, elas não criam um encargo financeiro para as seguradoras PMI, incluindo o VHI. Segundo as recorrentes, conforme resulta da Secção 3 do relatório NERA, apresentado em anexo à petição inicial (a seguir «relatório NERA») as obrigações PMI não impedem as seguradoras PMI de salvaguardar a sua rentabilidade, em particular através de medidas comerciais. Assim, podem proteger-se dos «maus» riscos, recusando novos segurados com idade superior a 65 anos ou impondo longos períodos de espera às pessoas doentes. De igual modo, as seguradoras PMI podem ajustar as condições contratuais

e diferenciar os prémios para ter em conta os riscos variados que devem assumir por força das obrigações PMI. Logo, podem segmentar o mercado em função do risco segurado e compensar as despesas mais significativas associadas aos «maus» riscos através de prémios mais elevados.

121 Em segundo lugar, mesmo supondo que as obrigações PMI impliquem custos, o RES não pode compensá-los. Os pagamentos RES não estão de forma alguma associados às obrigações PMI e aos custos que estas podem eventualmente gerar, sendo antes calculados com base no diferencial de riscos entre as seguradoras PMI, medido pela «percentagem de compensação do mercado». Ora, a determinação desse diferencial de riscos também não depende do cálculo dos custos ocasionados pelas obrigações PMI que o RES visa compensar. Esse exercício implica designadamente que se distingam os referidos custos dos custos resultantes de outras actividades e que se quantifiquem, que se avaliem as receitas pertinentes e se calcule um lucro razoável. As recorrentes precisam que a argumentação da recorrida exposta na sua contestação confirma que o RES, na realidade, se destina a compensar o custo da prestação de serviços PMI em si mesmo. Ora, à luz da decisão impugnada, estes não constituem, de qualquer forma, SIEG. Uma relação abstracta entre as obrigações PMI e os custos de cada seguradora PMI não é suficiente e não responde à exigência de limitação estrita do RES aos eventuais custos (claramente quantificados) gerados pelas obrigações PMI. Por último, o argumento da Irlanda segundo o qual o encargo financeiro específico associado às obrigações PMI pode consistir no «desvio entre a tarifa comum do mercado e o custo relativo aos próprios pedidos da seguradora» não pode ser acolhido tendo em conta designadamente a falta de ligação entre os custos efectivos ocasionados pelo pagamento dos pedidos de reembolso.

122 Em terceiro lugar, o RES nem sequer pode compensar os «maus» riscos das seguradoras PMI. Pelo contrário, conforme exposto na Secção 4.2 do relatório NERA, o RES não tem em conta os prémios e as receitas das seguradoras PMI. Procedendo desta forma, o RES ignora que os custos dos pedidos de reembolso suplementares dos clientes de alto risco são, na verdade, compensados por prémios mais elevados. Ora, na falta de consideração destas receitas, não é possível apreciar se os «maus» riscos são a causa de um encargo financeiro líquido das seguradoras PMI que deva ser compensado.



## 5) Quanto à quarta condição, relativa à comparação com uma empresa eficiente

123 Por último, as recorrentes recordam a quarta condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra* (n.º 93), segundo a qual quando a escolha da empresa a encarregar do cumprimento de obrigações de serviço público, num caso concreto, não seja efectuada através de um processo de concurso público que permita seleccionar o candidato capaz de fornecer esses serviços ao menor custo para a colectividade, o nível da compensação necessária deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios para poder satisfazer as exigências de serviço público requeridas, teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respectivas receitas com elas relacionadas, bem como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações. As recorrentes observam que esta condição implica essencialmente que, na falta de um procedimento de concurso público, o nível de compensação deve ser determinado de acordo com os critérios mencionados no n.º 117, *supra*, por referência ao que teria sido exigido por uma empresa (hipotética) eficiente e não por referência aos custos subjectivos de uma empresa determinada. Além disso, este exercício de quantificação relativo à empresa beneficiária deve ser acompanhado de um exercício de comparação com os custos e os lucros de outras empresas do sector ou com o que se poderia razoavelmente esperar quanto a esse aspecto em condições de concorrência. Tal como a Comissão afirmou com razão na sua decisão, de 3 de Maio de 2005, de não levantar objecções ao sistema de repartição dos riscos e de retenção das reservas instaurado pelas autoridades neerlandesas no sector dos seguros privados de saúde, a compensação deve ser limitada aos custos extraordinários de um operador eficiente tendo em conta os prémios (Decisão da Comissão, de 3 de Maio de 2005, relativa aos auxílios de Estado N 541/04 e N 542/04 — Países Baixos — Sistema de perequação dos riscos e de retenção de reservas, JO 2005, C 324, p. 28; a seguir «decisão relativa ao RES neerlandês»).

124 As recorrentes sustentam que a quarta condição do acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, não está preenchida no presente caso, uma vez que não foi feita uma comparação com uma empresa eficiente. Entendem que a Comissão nem sequer apreciou a questão de saber se os eventuais custos do VHI resultantes do

cumprimento das obrigações PMI eram comparáveis aos que teriam sido suportados por um operador eficiente. Observam que, para calcular o diferencial de riscos, o RES não prevê nem um ponto de referência para apreciar a eficiência nem um mecanismo para comparar os preços e a estrutura dos contratos e práticas de gestão dos riscos das seguradoras PMI com os de um operador eficiente. Acrescentam que, na decisão relativa ao RES neerlandês, a Comissão referiu precisamente o facto de as compensações pagas não preencherem a quarta condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*.

## ii) Argumentos da recorrida

<sup>125</sup> A recorrida observa, a título preliminar, que a decisão impugnada se refere, em primeiro lugar, à jurisprudência existente na data da sua adopção, designadamente ao acórdão Ferring, referido no n.º 41, *supra*, para concluir que o RES não é um auxílio de Estado. Contudo, após a adopção da referida decisão, o Tribunal de Justiça pormenorizou, no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, as condições formuladas no acórdão Ferring. Contudo, segundo a recorrida, as implicações do acórdão Altmark não são determinantes para o presente processo visto que a decisão impugnada se apoia igualmente no artigo 86.º, n.º 2, CE para declarar que, mesmo que o RES constitua um auxílio de Estado, é, no entanto, compatível com o mercado comum. A recorrida indica que, por este motivo, concentra a sua argumentação no artigo 86.º, n.º 2, CE, de forma que não apresenta argumentos quanto ao fundamento relativo à violação do artigo 87.º, n.º 1, CE.

## iii) Argumentos da Irlanda e do VHI

<sup>126</sup> A Irlanda sustenta que o raciocínio do Tribunal de Justiça no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, é, no essencial, o seguido nos seus acórdãos de 7 de Fevereiro

de 1985, ADBHU (240/83, Colect., p. 531, n.ºs 3 e 18), e Ferring, referido no n.º 41, *supra* (n.º 27). Além disso, a Irlanda e o VHI entendem que, contrariamente ao que as recorrentes alegam, o RES e a apreciação da Comissão na decisão impugnada a este respeito satisfazem todas as condições estabelecidas no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*.

#### iv) Argumentos do Reino dos Países Baixos

<sup>127</sup> À semelhança da recorrida, o Reino dos Países Baixos observa que o presente litígio incide, no essencial, sobre a interpretação do artigo 86.º, n.º 2, CE e, por isso, decide limitar a sua intervenção à interpretação desta disposição, designadamente do conceito de SIEG e das condições da sua aplicação a uma empresa.

#### b) Quanto ao fundamento relativo à aplicação errada do artigo 86.º, n.º 2, CE

##### i) Argumentos das recorrentes

##### 1) Observação preliminar

<sup>128</sup> As recorrentes sustentam que a apreciação da Comissão segundo a qual, seja como for, os eventuais elementos de auxílios do RES podem ser considerados compatíveis com o mercado comum, ao abrigo do artigo 86.º, n.º 2, CE, não está reflectida no dispositivo da decisão impugnada e também não é apoiada por uma fundamentação

suficiente na referida decisão. Além disso, essa apreciação é manifestamente errada do ponto de vista jurídico. Segundo as recorrentes, o RES e as obrigações PMI a ele associadas não satisfazem as exigências dessa disposição.

## 2) Quanto à falta de obrigações SIEG

<sup>129</sup> Em primeiro lugar, segundo as recorrentes, tal como alegam no contexto do primeiro fundamento (v. n.ºs 95 a 100, *supra*), as obrigações PMI não preenchem as condições objectivas e estritas que as obrigações SIEG devem satisfazer por força do artigo 86.º, n.º 2, CE, cuja apreciação foi ilegalmente delegada pela Comissão às autoridades irlandesas.

## 3) Quanto à falta de acto que atribua uma missão SIEG

<sup>130</sup> Em segundo lugar, segundo as recorrentes, o artigo 86.º, n.º 2, CE exige que as empresas sejam «encarregadas» da gestão de um SIEG, o que implica uma obrigação imposta pelas autoridades públicas de fornecer o serviço em causa. Ora, tal como a Comissão reconhece na sua própria prática decisória, a simples autorização de fornecer esse serviço não é suficiente (Decisão 81/1030/CEE da Comissão, de 29 de Outubro de 1981, relativa a um procedimento de aplicação do artigo [82 CE] IV/29.839 — GVL, JO L 370, p. 49, ponto 66; Decisão 97/606, ponto 14, e decisão relativa ao RES neerlandês). Esta condição tem designadamente em conta o carácter universal do SIEG em causa cuja prestação deve ser posta a coberto das meras forças do mercado. Contudo, no presente caso, com excepção da exigência imposta ao VHI de oferecer um plano P, não existe uma verdadeira missão de serviço universal de carácter obrigatório, na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE, associada às obrigações PMI, mas unicamente uma autorização concedida aos operadores em causa de fornecerem determinados serviços mediante o respeito de certas obrigações regulamentares.

A este respeito, a tentativa do Reino dos Países Baixos de minimizar, no decorrer da instância, a falta de apreciação, na decisão impugnada, da atribuição de uma missão SIEG está votada ao fracasso. Em particular, não tem fundamento jurídico a tese do Reino dos Países Baixos de que não é necessária uma obrigação expressa de cumprir uma missão SIEG quando várias empresas são encarregadas da referida missão e basta que exista um sistema de autorização ou de controlo. No entender das recorrentes, pelo contrário, o respeito do artigo 86.º, n.º 2, CE pressupõe necessariamente a atribuição de uma missão SIEG através de um acto oficial, acto inexistente no presente caso. A este respeito, referem-se ao projecto de decisão da Comissão relativo à aplicação das disposições do artigo 86.º, n.º 2, CE aos auxílios de Estado sob forma de compensações de serviço público concedidas a certas empresas encarregadas da gestão de SIEG, ao projecto de enquadramento comunitário dos auxílios de Estado sob forma de compensações de serviço público e à decisão relativa ao RES neerlandês (secção 4.2.1).

#### 4) Quanto à desnecessidade e à falta de proporcionalidade do RES

#### Observações preliminares

<sup>131</sup> Em terceiro lugar, segundo as recorrentes, à luz do artigo 86.º, n.º 2, CE, a aplicação das regras de concorrência do Tratado CE deve ser um obstáculo à execução das obrigações SIEG de que a empresa foi encarregada. No caso de concessão de direitos especiais ou de assistência financeira a uma empresa, a jurisprudência exige que estas medidas permitam à empresa em questão funcionar em condições economicamente aceitáveis (acórdãos do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 1993, *Corbeau*, C-320/91, Colect., p. I-2533, n.ºs 14 a 16; de 21 de Setembro de 1999, *Brentjens*, C-115/97 a C-117/97, Colect., p. I-6025, n.º 107, e de 10 de Fevereiro de 2000, *Deutsche Post*, C-147/97 e C-148/97, Colect., p. I-825, n.º 49; conclusões da advogada-geral C. Stix-Hackl no processo que culminou no acórdão do Tribunal de Justiça

de 27 de Novembro de 2003, Enirisorse, C-34/01 a C-38/01, Colect., p. I-14243, I-14247, n.º 102 e nota 76). Isto implica uma exigência, em simultâneo, de necessidade e de proporcionalidade relativamente à viabilidade económica do fornecimento do SIEG particular, sem que tal implique o objectivo de proteger a empresa encarregada do SIEG em si mesma (Decisão 97/310/CE da Comissão, de 12 de Fevereiro de 1997, relativa à concessão de períodos de execução adicionais a Portugal para a transposição das Directivas 90/388/CEE e 96/2/CE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações, JO L 133, p. 19, ponto 10; acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Junho de 1982, Nungesser/Comissão, 258/78, Recueil, p. 2015, n.ºs 8 e 9). Esta exigência de proporcionalidade é, além disso análoga, ou mesmo idêntica, ao critério da estrita necessidade correspondente à terceira condição para a compensação de obrigações SIEG formulada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, na medida em que impõe que se limite a subvenção ao montante necessário para compensar as perdas que possam ser sofridas com a prestação do serviço universal em causa (acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2001, TNT Traco, C-340/99, Colect., p. I-4109, n.ºs 57 e 58).

#### Quanto à desnecessidade do RES

<sup>132</sup> As recorrentes sustentam que a Comissão não demonstrou a necessidade do RES. A este respeito, alegam que a Comissão cometeu erros que afectam a fundamentação da decisão impugnada bem como erros de facto.

<sup>133</sup> Por um lado, no que se refere aos erros que afectam a fundamentação da decisão impugnada, a Comissão considerou erradamente que o RES era necessário para assegurar a aplicação dos princípios das tarifas comuns, de cobertura vitalícia e da adesão aberta. Esta consideração é contrariada pelos factos expostos na própria decisão impugnada, que refere que o mercado em causa, após a sua liberalização e a entrada da BUPA Ireland, não conheceu problemas de instabilidade. A este respeito, a mera possibilidade de um perigo de selecção de riscos — perigo puramente teórico, especulativo, distante e não quantificado com base em factos económicos — não é, de qualquer forma, suficiente para demonstrar essa instabilidade.

134 Por outro lado, no que se refere aos erros de facto, as recorrentes consideram que as apreciações da Comissão quanto à possibilidade e às consequências dessa selecção dos riscos são manifestamente erradas. Contrariamente aos argumentos das autoridades irlandesas reproduzidos no ponto 31 da decisão impugnada, as seguradoras PMI não são incitadas a seleccionar activamente os «bons» riscos e a excluir os «maus» riscos. Pelo contrário, uma vez que essas seguradoras oferecem uma gama de serviços com prémios variados e que podem adaptar as suas condições contratuais em função do risco segurado, podem, independentemente do seu perfil de risco, compensar os riscos mais elevados através de um aumento dos prémios e através de coberturas diferenciadas. Consequentemente, não existe benefício financeiro a retirar de uma carteira de segurados de risco reduzido relativamente a um carteira de segurados de risco elevado. De igual modo, contrariamente à declaração da Comissão feita no ponto 50 da decisão impugnada, também não existe uma selecção passiva dos riscos resultante de uma alegada tendência acrescida dos indivíduos para mudar de seguradora PMI. A este respeito, a referência feita aos sete estudos económicos, não explicitados na decisão impugnada e de que as recorrentes só tiveram conhecimento tardiamente, não é suficiente para corroborar as conclusões da Comissão e esta não foi capaz de as fundamentar mais solidamente na sua contestação. Só um destes estudos, irrelevante por dizer respeito ao mercado suíço, refere a vontade dos consumidores de mudarem de seguradora PMI e a Comissão não teve em consideração um estudo pertinente relativo ao mercado irlandês (The Private Health Insurance Market in Ireland, de Março de 2003, efectuado pela Amárach Consulting para a HIA, a seguir «relatório Amárach»), invocado pelas recorrentes durante o procedimento administrativo, segundo o qual os segurados com idades compreendidas entre 18 e 34 anos estão menos inclinados a mudar de seguradora PMI do que as pessoas com idades compreendidas entre 35 e 64 anos.

135 Neste contexto, as recorrentes opõem-se à tese de que a assimetria dos perfis de risco, como a que existe entre a BUPA Ireland e o VHI relativa à idade dos segurados, se explica pela selecção dos riscos. Estas diferenças resultam de dois outros factores, a saber, por um lado, a inércia e a falta de vontade muito acentuada dos segurados em mudar de seguradora PMI e, por outro, a estratégia de fixação de preços do VHI. No que se refere ao primeiro factor, as recorrentes demonstraram, durante o procedimento administrativo, que, tendo em conta a necessidade de oferecer serviços PMI com um diferencial de preços muito significativo para incitar os segurados a mudar de seguradora PMI, um operador novo que entre no mercado deve necessariamente

tomar por alvo os «novos» clientes que são, por definição, os mais jovens. Quanto ao segundo factor, as recorrentes alegam que os níveis de prémios oferecidos pelo VHI aos indivíduos de risco elevado não cobrem os custos dos sinistros médios. Com efeito, a este respeito, o VHI vende com prejuízo e, assim, a BUPA Ireland não pode concorrer relativamente aos clientes geralmente idosos.

136 Além disso, a Comissão concluiu erradamente, unicamente com base numa assimetria dos perfis de risco e sem prova factual e económica pertinente, pela eventual instabilidade do mercado. Ora, tanto o VHI como a BUPA Ireland são perfeitamente capazes de atrair clientes jovens de risco reduzido e efectivamente fazem-no. As recorrentes consideram, com efeito, que a idade média dos clientes que aderem ao VHI é inferior à idade média dos clientes que aderem à BUPA Ireland. Além do mais, os custos elevados que a mudança de um cliente de uma seguradora PMI para outra implica têm um efeito estabilizador, o que contraria a tese da «espiral mortal» defendida pela Comissão. Pelo contrário, o RES, quanto a ele, pode afectar de forma significativa a estabilidade do mercado irlandês de PMI, porque tem por consequência uma elevação dos prémios para os clientes jovens, uma eliminação da BUPA Ireland desse mercado e um aumento das barreiras de entrada. Além disso, o argumento apresentado pela recorrida na sua contestação, mas não na decisão impugnada, de que os *ratios* de solvabilidade do VHI estavam longe de ser satisfatórios e uma deterioração suplementar das suas finanças não era aceitável, é puramente especulativo, não está apoiado em elementos de prova e é mesmo contradito pela decisão impugnada, na medida em que esta conclui pela ausência de instabilidade do mercado no passado. As recorrentes acrescentam que a ausência de instabilidade iminente e futura do mercado em causa é expressamente confirmada pelos três relatórios apresentados pela HIA desde 2003 (v. n.º 116, *supra*) que concluíram todos pela falta de provas pertinentes. Os argumentos contrários adiantados pela Irlanda a este respeito são apenas especulativos ou irrelevantes, porque estão associados a regimes de seguros privados de saúde de outros países. De qualquer forma, estes novos argumentos não são suficientes para justificar o RES visto que o artigo 86.º, n.º 2, CE visa preservar os SIEG em si mesmos e não empresas específicas (acórdão Comissão/Países Baixos, n.º 99, *supra*, n.º 43).



## Quanto à falta de proporcionalidade do RES

137 As recorrentes sustentam, além disso, que a Comissão concluiu erradamente pela proporcionalidade do RES à luz do artigo 86.º, n.º 2, CE. Com efeito, entendem que a Comissão não demonstrou que os pagamentos RES não ultrapassam o montante necessário para indemnizar o VHI dos custos suportados com as suas obrigações PMI.

138 A este respeito, alegam que os cinco argumentos adiantados pela Comissão são irrelevantes. Em primeiro lugar, o diferencial de riscos de 2% necessário para o accionamento do RES não tem efeito prático, tendo em conta que o perfil de risco é calculado com base na idade e no sexo e que a BUPA Ireland dispõe necessariamente de um perfil de idade mais jovem do que o VHI, de forma que esse limite é inevitavelmente ultrapassado. Em segundo lugar, a afirmação da Comissão de que nem todos os pagamentos aos segurados, designadamente os que dizem respeito às prestações «de luxo», são compensados é manifestamente incorrecta. Pelo contrário, as disposições relativas aos «pagamentos compensatórios máximos» cobrem, em princípio, todas as apólices PMI, sendo a única exclusão a relativa ao pedido de reembolso de nível mais elevado. Em terceiro lugar, contrariamente à afirmação da Comissão de que o RES tem em conta o custo médio dos pedidos de reembolso para permitir assim às seguradoras PMI beneficiar da sua própria eficiência, a tomada em conta dos custos próprios efectivos dá lugar a pagamentos mais elevados às seguradoras PMI com custos mais elevados e, logo, incita-as a não serem eficientes. Assim, contrariamente ao que o VHI alega, o RES permite a compensação de custos que não são suportados por uma seguradoras PMI eficiente. Em quarto lugar, a Comissão baseou-se, de forma errada, na limitação de 50% do factor de ponderação do estado de saúde, quanto tal não está associado nem às obrigações PMI nem à justificação do RES. Além disso, esta ponderação favorece igualmente a falta de eficiência devido à tomada em conta dos custos reais em vez dos custos de um operador eficiente. Em quinto lugar, no que se refere à exclusão da aplicação do RES aos novos operadores durante os três primeiros anos da sua actividade no mercado irlandês de PMI, as recorrentes entendem que essa exclusão não consegue reduzir o efeito altamente dissuasor do RES para estes operadores. Em sexto lugar, diversamente do RES neerlandês, o RES não prevê um mecanismo corrector destinado a evitar compensações excessivas.

139 Por último, na audiência, as recorrentes acrescentaram que, contrariamente ao que a recorrida e a Irlanda alegam, o critério da eficiência do operador que beneficia de um auxílio deve ser aplicado, na apreciação do carácter proporcionado para efeitos do artigo 86.º, n.º 2, CE, da mesma forma que na análise da quarta condição formulada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, relativa à existência de uma auxílio na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE. Por um lado, esta apreciação da eficiência é inerente à do critério da proporcionalidade previsto igualmente no artigo 86.º, n.º 2, CE, que exige que a compensação deve ser limitada ao necessário, do ponto de vista de um operador eficiente. Por outro, esta exigência decorre da jurisprudência segundo a qual o artigo 86.º, n.º 2, CE não visa proteger operadores específicos. Além disso, não tomar em conta o critério da eficiência neste contexto contrariaria o princípio de um mercado interno com uma concorrência não falseada e, logo, o interesse comunitário. No que diz respeito a eventuais faltas de eficiência repercutidas em todas as seguradoras PMI devido à tomada em conta, no cálculo dos pagamentos RES, do factor «factor correctivo de soma zero» (*zero sum adjustment*), as recorrentes indicaram, contudo, que a sua crítica não visa este aspecto e reconheceram que os montantes potencialmente em causa nos pagamentos RES seriam irrelevantes. Por último, as recorrentes declararam igualmente na audiência que as eventuais faltas de eficiência associadas a um consumo excessivo, ou o facto de uma seguradora PMI poder incitar os segurados a fazer tratamentos inúteis do ponto de vista médico e a pedir o reembolso das despesas correspondentes, não foram abordados nem durante o procedimento que culminou na decisão impugnada nem durante a instância e que a sua crítica se centrou na necessidade de uma comparação da seguradora PMI beneficiária com um operador eficiente.

## 5) Quanto à afectação do desenvolvimento das trocas

140 Por último, segundo as recorrentes, o artigo 86.º, n.º 2, CE exige que a derrogação às regras da concorrência do tratado não tenha por efeito afectar o desenvolvimento das trocas comerciais numa medida contrária ao interesse da Comunidade. Contudo, contrariamente às exigências estabelecidas na jurisprudência (acórdão *Danske Busvognmænd/Comissão*, referido no n.º 68, *supra*, n.º 96), na decisão impugnada, a Comissão não apreciou nem demonstrou a inexistência de efeitos negativos no desenvolvimento das trocas.

ii) Argumentos da recorrida

1) Observações preliminares

<sup>141</sup> A recorrida sustenta, a título preliminar, que o argumento relativo à falta de menção do artigo 86.º, n.º 2, CE, no dispositivo da decisão impugnada, invocado na réplica, é inadmissível por força do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo e que, de qualquer forma, não tem fundamento, devendo por isso ser julgado improcedente.

2) Quanto à competência para definir obrigações SIEG

<sup>142</sup> Quanto à questão da qualificação das obrigações PMI como obrigações SIEG, a recorrida opõe-se, antes de mais, à tese das recorrentes segundo a qual esta qualificação é da competência das instituições comunitárias e deve resultar da interpretação de um conceito objectivo e específico de direito comunitário. Resulta, pelo contrário, da prática decisória da Comissão que compete essencialmente aos Estados-Membros definir o que consideram ser obrigações SIEG e que o controlo da Comissão a esse respeito se limita ao controlo dos erros manifestos.

<sup>143</sup> A recorrida sustenta que os n.ºs 44, 48 e 49 da decisão impugnada são perfeitamente conformes a essa premissa e não contêm erros.

3) Quanto à qualificação das obrigações PMI como obrigações SIEG

<sup>144</sup> No que se refere à qualificação das obrigações PMI como obrigações SIEG, na aceção do artigo 86, n.º 2, CE, a recorrida observa que a decisão impugnada expõe,

nos n.ºs 44 a 46, um certo número de considerações que podem ser invocadas a favor dessa qualificação, tal como a que diz respeito ao reconhecimento da margem de apreciação concedida aos Estados-Membros para designar os SIEG, a harmonização limitada das legislações relativas aos seguros privados de saúde e a competência dos Estados-Membros em matéria de saúde nos termos do artigo 152.º CE. A este respeito, são erradas as objecções das recorrentes baseadas, em primeiro lugar, no facto de as obrigações PMI serem na realidade simples condições legais, impostas no interesse geral, para regular a actividade geral das seguradoras PMI; em segundo, na falta de garantia de um nível mínimo de serviços PMI e de livre acesso, a um preço abordável, a esses serviços e, em terceiro lugar, no facto de os serviços PMI não se substituírem aos regime público da segurança social.

#### 4) Quanto à imposição de obrigações SIEG às seguradoras PMI

<sup>145</sup> Segundo a recorrida, as recorrentes exigem, sem razão, que exista uma lei que obrigue o VHI e a BUPA Ireland a fornecer serviços PMI quando, nos termos da jurisprudência, basta que um operador seja obrigado a respeitar certas condições previstas numa concessão que lhe seja concedida (acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Outubro de 1997, Comissão/França, C-159/94, Colect., p. I-5815). No presente caso, o 1994 Health Insurance Act exige que as seguradoras PMI se inscrevam no registo das empresas e respeitem, sob pena de serem canceladas no registo, as obrigações PMI. Esta situação é análoga à que esteve na origem do acórdão Ferring, referido no n.º 41, *supra*.

#### 5) Quanto à necessidade do RES

<sup>146</sup> No que se refere à necessidade do RES, a recorrida recorda que os Estados-Membros podem ter em conta objectivos próprios das suas políticas nacionais, quando confiam obrigações SIEG. À luz da jurisprudência (acórdão Albany, já referido no n.º 101,

*supra*, n.ºs 107 a 111), a questão essencial não consiste em saber se o RES corresponde a uma exigência absoluta de necessidade, mas em saber se a decisão impugnada considera de forma manifestamente errada que o RES é necessário, no sentido de que a sua falta impediria que o mercado irlandês de seguros PMI funcionasse em condições economicamente aceitáveis. Assim, a necessidade do RES deve ser apreciada em função do que seja economicamente aceitável e não do que se revele indispensável.

<sup>147</sup> Quanto ao risco de selecção activa dos riscos, a recorrida afirma, no essencial, que o respeito das obrigações PMI, como a adesão aberta e as tarifas comuns, incitam necessariamente as seguradoras PMI a seleccionar activamente os riscos e a reduzir o número de segurados de alto risco. Além disso, a recorrida especifica que a decisão impugnada não sustenta que a entrada das recorrentes no mercado irlandês de PMI tenha por consequência inelutável a instabilidade do referido mercado, mas presume a eventualidade de uma selecção dos riscos como factor de instabilidade. Isto é suficiente, à luz do acórdão Albany, referido no n.º 101, *supra*, e ao grau de controlo restrito que o Tribunal de Primeira Instância é chamado exercer quanto ao critério da necessidade.

## 6) Quanto à proporcionalidade do RES

<sup>148</sup> No que se refere ao carácter proporcionado do montante dos pagamentos RES relativamente às despesas suportadas, a recorrida observa que compete às recorrentes demonstrar, o que não fizeram, que ela cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar que o RES constitui um sistema proporcionado (acórdão Boehringer/Conselho e Comissão, referido no n.º 118, *supra*, n.ºs 74 e segs.). Atendendo ao poder discricionário deixado aos Estados-Membros tanto para a definição de um SIEG como para o método de cálculo das compensações das obrigações SIEG, na aceção do artigo 86.º, n.º 2, CE, as recorrentes deviam ter demonstrado que o RES era manifestamente desproporcionado como forma de assegurar o funcionamento do mercado irlandês de PMI em condições economicamente aceitáveis (conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo que culminou no acórdão AOK-Bundesverband e o., referido no n.º 108, *supra*, n.ºs 95 a 101). Resulta, com

efeito, da jurisprudência que, se o Estado-Membro, quando invoca o artigo 86.º, n.º 2, CE, «demonstrar que as condições previstas por esta disposição se encontram reunidas, este ónus de prova não pode ir até à exigência de que esse Estado-Membro, quando expõe pormenorizadamente as razões pelas quais, em caso de supressão das medidas contestadas, o cumprimento, em condições economicamente aceitáveis, das missões de interesse económico geral que cometeu a uma empresa seria, do seu ponto de vista, posto em causa, vá ainda mais além e demonstre, pela positiva, que nenhuma outra medida imaginável, por definição hipotética, poderia permitir garantir o cumprimento dessas missões nas mesmas condições» (acórdão Comissão/ Países Baixos, referido no n.º 99, *supra*, n.º 58). Ora, as recorrentes não fizeram essa demonstração.

149 A recorrida pede, conseqüentemente, que o presente fundamento seja julgado improcedente.

### iii) Argumentos da Irlanda e do Reino dos Países Baixos

150 A Irlanda faz sua a argumentação desenvolvida pela Comissão para sustentar a rejeição do presente fundamento

151 O Reino dos Países Baixos entende que, no presente caso, as obrigações PMI preenchem as condições que as obrigações SIEG devem preencher, na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE.

## 2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

a) Quanto à admissibilidade dos argumentos da Irlanda e do VHI relativos ao primeiro fundamento

152 Antes de mais, há que apreciar a argumentação das recorrentes segundo a qual os argumentos invocados pela Irlanda e pelo VHI contra o primeiro fundamento relativo à violação do artigo 87.º, n.º 1, CE, são inadmissíveis, à luz do artigo 116.º, n.º 3, do Regulamento de Processo.

153 A este respeito, há que recordar que, nos termos do artigo 40.º, quarto parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, aplicável ao Tribunal de Primeira Instância por força do artigo 53.º do referido estatuto, as conclusões do pedido de intervenção devem limitar-se a sustentar as conclusões de uma das partes. Além disso, nos termos do artigo 116.º, n.º 3, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, o interveniente aceita o processo no estado em que este se encontra no momento da sua intervenção. Ora, embora estas disposições não se oponham a que um interveniente apresente elementos diferentes dos da parte que apoia, as mesmas permitem-no, contudo, na condição de que não alterem o âmbito do litígio e que a intervenção tenha sempre por objectivo o apoio dos pedidos apresentados por esta última (v. acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Abril de 2005, Verein für Konsumenteninformation/Comissão, T-2/03, Colect. p. II-1121, n.º 52, e jurisprudência aí referida, e de 14 de Dezembro de 2006, Technische Gaswerke Ilmenau/Comissão, T-237/02, não publicado na Colectânea, n.º 40).

154 A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância reconhece que a recorrida renunciou, com efeito, de forma explícita, a apresentar argumentos de defesa relativamente ao primeiro fundamento. É certo que, por um lado, o primeiro fundamento, tal como suscitado pelas recorrentes, continua a fazer parte integrante do âmbito do presente litígio e que, por outro, a mera renúncia da recorrida a pronunciar-se sobre o fundamento não pode restringir o alcance do litígio. Além do mais, longe de implicar a confissão da justeza do referido fundamento, esta renúncia é fundamentada com o argumento de que o mesmo é irrelevante para o resultado do litígio. Além disso, no âmbito da sua defesa relativa ao segundo fundamento, a recorrida contesta,

no essencial, a argumentação adiantada pelas recorrentes em apoio do seu primeiro fundamento, na medida em que essa argumentação se refere aos critérios de aplicação tanto do artigo 86.º, n.º 2, CE como do artigo 87.º, n.º 1, CE, conforme precisados no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*. Assim sendo, no presente caso, não há limitação do âmbito do litígio no que diz respeito ao primeiro fundamento, que proíba às intervenientes suscitar argumentos suplementares relativamente aos invocados pela recorrida. Com efeito, a Irlanda e o VHI respeitam plenamente o alcance do primeiro fundamento ao invocar argumentos que visam a reunião dos quatro critérios cumulativos resultantes do acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*. De igual modo, estes argumentos não afectam o pedido da recorrida de que seja negado provimento ao recurso no seu todo, pedido esse que a Irlanda e o VHI continuam a apoiar.

155 Contudo, na medida em que a Irlanda entende alegar, no âmbito do primeiro fundamento, que o RES não implica um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, devido à inexistência de transferência de recursos públicos (acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Março de 2001, PreussenElektra, C-379/98, Colect. p. I-2099, n.ºs 59 a 61), este argumento não pode ser considerado admissível, atendendo ao artigo 40.º, quarto parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, lido em conjugação com o artigo 116.º, n.º 3, do Regulamento de Processo. Apesar de a recorrida não se pronunciar sobre este aspecto nos seus articulados, este argumento contraria a declaração feita no ponto 39 da decisão impugnada, segundo a qual o RES implica efectivamente a transferência de recursos públicos. Além disso, a referida declaração não foi discutida pelas recorrentes na petição inicial. Ora, juntamente com a contestação, a petição inicial determina o âmbito do litígio, que as intervenientes devem aceitar no estado em que se encontra no momento da sua intervenção. Por conseguinte, o argumento em questão da Irlanda é inadmissível na medida em que altera o alcance do litígio na acepção da jurisprudência referida no n.º 153, *supra*. Assim, há que admitir que, em conformidade com a apreciação concordante das recorrentes e da recorrida, o RES constitui um sistema que implica a transferência de recursos públicos na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

156 Resulta de todas as considerações precedentes que, com excepção do argumento relativo à inexistência de transferência de recursos públicos, os argumentos da Irlanda e do VHI quanto ao primeiro fundamento são inadmissíveis.



## b) Quanto à aplicabilidade das condições enunciadas no acórdão Altmark

- 157 Há que recordar que o primeiro fundamento se baseia designadamente nas condições enunciadas pelo Tribunal de Justiça no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, cuja prolação foi posterior à adopção da decisão impugnada e que, por isso, a Comissão não podia conhecer o respectivo conteúdo no momento da sua tomada de decisão. Com efeito, na decisão impugnada, a fim de justificar a inexistência de um auxílio de Estado no presente caso, a Comissão baseou-se principalmente no acórdão Ferring, referido no n.º 41, *supra* (n.º 40 da decisão impugnada).
- 158 Ora, há que declarar que o Tribunal de Justiça não limitou temporalmente as conclusões a que chegou no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*. Sem essa limitação temporal, essas conclusões, que resultam de uma interpretação do artigo 87.º, n.º 1, CE, são, conseqüentemente, plenamente aplicáveis à situação factual e jurídica do presente processo, conforme apresentada à Comissão quando adoptou a decisão impugnada.
- 159 A este respeito, deve recordar-se que a interpretação que o Tribunal de Justiça dá a uma norma do direito comunitário se limita a esclarecer e precisar o seu significado e alcance, tal como deveria ter sido compreendida e aplicada desde o momento da sua entrada em vigor. Daí resulta que a norma assim interpretada pode e deve ser aplicada pelo juiz mesmo às relações jurídicas surgidas e constituídas antes de ser proferido o acórdão em questão e que só a título excepcional o Tribunal de Justiça pode, por aplicação do princípio geral da segurança jurídica inerente à ordem jurídica comunitária, ser levado a limitar a possibilidade de qualquer interessado invocar uma disposição que haja sido interpretada pelo Tribunal para pôr em causa relações jurídicas estabelecidas de boa fé. Ora, essa limitação só pode ser admitida no próprio acórdão que decide sobre a interpretação solicitada (v., nestes sentido e por analogia, acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2005, Bidar, C-209/03, Colect. p. I-2119, n.ºs 66 e 67, e de 6 de Março de 2007, Meilicke e o., C-292/04, não publicado na Colectânea, n.ºs 34 a 36, e jurisprudência aí referida). O Tribunal entende que estas considerações feitas numa jurisprudência que visa, em especial,

o dever de aplicação do direito comunitário pelo juiz nacional, se aplicam *mutatis mutandis* às instituições comunitárias quando estas, por sua vez, são chamadas a aplicar disposições do direito comunitário objecto de uma interpretação posterior pelo Tribunal de Justiça.

160 Assim, há que apreciar se e em que medida a decisão impugnada é compatível com os critérios enunciados no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, cujo alcance coincide, tal como as recorrentes também admitem, com o dos critérios do artigo 86.º, n.º 2, CE. Contudo, tendo em conta a natureza particular da missão SIEG, invocada no presente caso, que consiste na obrigação de todos os operadores activos no mercado irlandês de PMI respeitarem uma série de obrigações qualificadas pela decisão impugnada com obrigações SIEG e com a qual o Tribunal de Justiça nunca teve de lidar até agora, devem aplicar-se esses critérios formulados no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, de acordo com o espírito e com a finalidade que presidiram à sua enunciação, de forma adaptada aos dados particulares do presente caso.

c) Quanto à existência de uma missão SIEG na acepção da primeira condição enunciada no acórdão Altmark e do artigo 86.º, n.º 2, CE

i) Observação preliminar

161 Nos termos da primeira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, a empresa beneficiária deve efectivamente ser encarregada da execução de obrigações de serviço público e essas obrigações devem ser claramente definidas.

162 É pacífico entre as partes que o conceito de obrigação de serviço público visada por esse acórdão corresponde à do SIEG conforme designado pela decisão impugnada e que não diverge da visada no artigo 86.º, n.º 2, CE.

163 No primeiro e segundo fundamentos, as recorrentes alegaram essencialmente que o conceito de SIEG é um conceito de direito comunitário com carácter estrito e objectivo, cujo respeito é sujeito a um controlo total das instituições comunitárias e que não pode ser delegado às autoridades nacionais. Embora os Estados-Membros disponham de uma certa latitude quanto à forma como entendem assegurar e regulamentar o fornecimento de um SIEG, a determinação do referido SIEG depende de uma série de critérios objectivos, como, por exemplo, a universalidade do serviço e o seu carácter obrigatório, cuja presença deve ser verificada pelas instituições. Pelo contrário, no presente caso, não existe obrigação, ou mesmo missão de interesse geral, imposta às seguradoras de fornecer certos serviços PMI e esses serviços não são acessíveis à totalidade da população irlandesa. Os serviços PMI só constituem serviços financeiros facultativos, ou mesmo «de luxo», e não se destinam a substituir o regime público da Segurança Social. Além disso, a decisão impugnada só designa com SIEG as obrigações PMI mas não os serviços PMI em si mesmos. Ora, as obrigações PMI, apesar de serem adoptadas no interesse geral, são apenas obrigações regulamentares ordinárias que se aplicam ao exercício e ao controlo da actividade das seguradoras PMI, o que, segundo a jurisprudência e a prática decisória da Comissão, não é suficiente para as qualificar como SIEG.

164 A recorrida, apoiada pela Irlanda, pelo Reino dos Países Baixos e pelo VHI, sustenta que, por um lado, a definição dos SIEG faz parte, a título principal, da competência e do poder discricionário dos Estados-Membros e que o controlo que as instituições comunitárias estão habilitadas a exercer a esse respeito está limitado à existência ou não de um erro manifesto de apreciação que não existiu no presente caso. A recorrida e a Irlanda sublinham que os PMI constituem um instrumento importante da política social e de saúde prosseguida pela Irlanda, domínio essencialmente reservado, por força do artigo 152.º CE, à competência dos Estados-Membros, bem como um complemento importante do regime público da segurança social, sem contudo se substituir a este. No presente caso, contrariamente ao que as recorrentes alegam,

os serviços PMI enquanto tais, combinados com as obrigações PMI, constituem os SIEG pertinentes visados pela decisão impugnada. Em especial, as obrigações PMI, incluindo a adesão aberta e as tarifas comuns, garantem que os serviços PMI são acessíveis a todas as pessoas. A este respeito, contrariamente à opinião das recorrentes, não é necessário que os serviços PMI tenham um carácter universal e obrigatório no sentido estrito, que sejam gratuitos ou economicamente acessíveis a toda a população irlandesa e que constituam um substituo do regime público da segurança social. Além disso, no entender do Reino dos Países Baixos, tendo em conta o conceito dinâmico de SIEG, basta que o Estado imponha a todas as seguradoras certas exigências, como as obrigações PMI, cujo respeito está sujeito a um sistema de autorização e de controlo, para que possam ser qualificadas de obrigações SIEG. Consequentemente, a concessão de um direito especial ou exclusivo a uma empresa não é necessário.

ii) Quanto ao conceito de missão SIEG e quanto aos poderes de definição e de controlo dos SIEG

<sup>165</sup> Há que declarar que, em direito comunitário e para efeitos da aplicação das regras de concorrência do Tratado CE, não existe uma definição regulamentar clara e precisa do conceito de missão SIEG nem um conceito jurídico estabelecido que fixe, de forma definitiva, as condições que devem estar preenchidas para que um Estado-Membro possa validamente invocar a existência e a protecção de uma missão SIEG, seja na acepção da primeira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, seja na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE.

<sup>166</sup> No que diz respeito à competência para determinar a natureza e o alcance de uma missão SIEG na acepção do Tratado e do grau de controlo que as instituições comunitárias devem exercer neste contexto, resulta do ponto 22 da comunicação sobre os serviços de interesse geral (v. n.º 12, *supra*) e da jurisprudência do Tribunal de

Primeira Instância que os Estados-Membros têm um amplo poder de apreciação quanto à definição do que consideram ser SIEG e que a definição desses serviços por um Estado-Membro só pode ser posta em causa pela Comissão em caso de erro manifesto (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Junho de 2005, Olsen/Comissão, T-17/02, Colect. p. II-2031, n.º 216, e jurisprudência aí referida).

167 Esta prerrogativa do Estado-Membro relativa à definição dos SIEG é confirmada pela falta de competência especialmente atribuída à Comunidade e de definição precisa e completa do conceito de SIEG no direito comunitário. Com efeito, a determinação da natureza e do alcance de uma missão SIEG em domínios de acção particulares, que ou não fazem parte da competência da Comunidade, na acepção do artigo 5.º, primeiro parágrafo, CE, ou se baseiam numa competência comunitária apenas limitada ou partilhada, na acepção do segundo parágrafo desse artigo, permanecem, em princípio, na competência dos Estados-Membros. Ora, conforme a recorrida e a Irlanda alegam, o sector da saúde faz parte da competência quase exclusiva dos Estados-Membros. Neste sector, a Comunidade só pode proceder, por força do artigo 152.º, n.ºs 1 e 5, CE, a acções juridicamente não vinculativas, com respeito pleno pelas responsabilidades dos Estados-Membros em matéria de organização e de fornecimento de serviços de saúde e de cuidados médicos. Daqui resulta que a determinação de obrigações SIEG neste contexto faz igualmente parte, em primeiro lugar, da competência dos Estados-Membros. Esta repartição de competências é, além disso, reflectida de uma forma geral pelo artigo 16.º CE, segundo o qual, atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.

168 A este respeito, as recorrentes não podem invocar o acórdão de 20 de Março de 1985, Itália/Comissão, referido no n.º 100, *supra* (n.º 30), para demonstrar a necessidade de um controlo pleno e total por parte das instituições comunitárias da existência de uma missão SIEG no sector da saúde. Com efeito, resulta do referido acórdão que o poder de acção do Estado-Membro, por força do artigo 86.º, n.º 2, CE, e, logo, o seu

poder de definição dos SIEG, não é ilimitado e não pode ser exercido de forma arbitrária com a exclusiva finalidade de subtrair um sector particular, como o das telecomunicações, à aplicação das regras da concorrência.

169 Por conseguinte, o controlo que as instituições comunitárias estão habilitadas a exercer sobre o exercício do poder discricionário do Estado-Membro na determinação dos SIEG é limitado à procura da existência de um erro manifesto de apreciação. Ora, na decisão impugnada, a Comissão exerceu justamente esse controlo ao apreciar se a apreciação da Irlanda quanto à presença de uma missão SIEG e à qualificação das obrigações PMI como obrigações SIEG estava viciada por um erro manifesto (n.º 44 da decisão impugnada).

170 Assim, o argumento relativo a uma delegação ilegal às autoridades irlandesas da definição dos SIEG em causa e a falta de controlo pleno e total da apreciação das referidas autoridades à luz de uma definição objectiva e estrita dos SIEG em direito comunitário não pode ser acolhido.

iii) Quanto à existência de uma missão SIEG no caso em apreço

1) Quanto à repartição do ónus da prova

171 Há que apreciar se a Comissão podia validamente considerar, na decisão impugnada, que as medidas notificadas pela Irlanda diziam respeito a uma missão SIEG na acepção tanto da primeira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, como do artigo 86.º, n.º 2, CE.

172 A este respeito, há que observar, a título preliminar, que, mesmo que o Estado-Membro disponha de um amplo poder discricionário quanto à determinação do que considera ser um SIEG, isso não o dispensa, quando invoca a existência e a necessidade da protecção de uma missão SIEG, de assegurar que esta satisfaça certos critérios mínimos comuns a toda e qualquer missão SIEG na acepção do Tratado CE, conforme precisados na jurisprudência, e de demonstrar que esses critérios são realmente satisfeitos no caso em apreço. Trata-se designadamente da existência de um acto de autoridade pública que investe os operadores em causa de uma missão SIEG e do carácter universal e obrigatório dessa missão. Inversamente, a falta de prova por parte do Estado-Membro de que esses critérios estão satisfeitos, ou o seu desrespeito por estes, pode constituir um erro manifesto de apreciação que a Comissão tem de sancionar, sob pena de ser ela a cometer um erro manifesto. Além disso, resulta da jurisprudência relativa ao artigo 86.º, n.º 2, CE que o Estado-Membro deve indicar as razões pelas quais considera que o serviço em causa merece, pelo seu carácter específico, ser qualificado de SIEG e distinguido de outras actividades económicas (v., neste sentido, acórdãos *Merci Convenzionali Porto di Genova*, referido no n.º 97, *supra*, n.º 27, e *Enirisorse*, referido no n.º 131, *supra*, n.ºs 33 e 34). Com efeito, na falta dessa fundamentação, um controlo, mesmo marginal, por parte das instituições comunitárias, nos termos tanto da primeira condição enunciada no acórdão *Altmark*, referido no n.º 89, *supra*, como do artigo 86.º, n.º 2, CE, que incida sobre a existência de um erro manifesto cometido pelo Estado-Membro no âmbito do seu poder discricionário, não é possível.

173 É à luz destas considerações que há que apreciar as críticas feitas pelas recorrentes com vista a demonstrar que, no presente caso, a Comissão admitiu erradamente que existia uma missão SIEG.

## 2) Quanto à identidade e à natureza da missão SIEG em causa

174 No presente caso, as partes discordam quanto à identidade e à natureza dos SIEG que constituem o objecto da decisão impugnada e, logo, da medida notificada. As

recorrentes adiantam, no essencial, que a decisão impugnada só visa as obrigações PMI cuja qualificação como obrigações SIEG é admitida pela Comissão. Ao invés, a referida decisão não aprecia a questão de saber se os serviços PMI em si mesmos constituem SIEG, o que não é, de qualquer forma, o caso (v. n.º 110, *supra*). A recorrida e a Irlanda retorquem que, tendo em conta a ligação indissociável entre os serviços PMI e as obrigações PMI que regulam a prestação dos primeiros, a decisão impugnada, ao qualificar as obrigações PMI de obrigações SIEG, também reconhece necessariamente o carácter de SIEG dos serviços PMI em si mesmos.

175 É verdade que a decisão impugnada aprecia, a título principal, designadamente nos pontos 41 a 49, sob o título «[o]brigações de serviço público», as obrigações PMI, a saber, as tarifas comuns, a adesão aberta, a cobertura vitalícia e as prestações mínimas, com uma explicação das razões pelas quais estas devem ser qualificadas como obrigações SIEG. Ora, embora a decisão impugnada não se pronuncie de forma explícita sobre a questão de saber se os serviços PMI em si mesmos ou o sistema irlandês de PMI em geral representam igualmente SIEG, a referida decisão declara, nos pontos 41 e 47, que as «obrigações [PMI] destinam-se a assegurar uma missão de interesse geral, ou seja um certo nível de [serviços] PMI a toda e qualquer pessoa que viva na Irlanda, a um preço acessível e em condições de qualidade idênticas». Além disso, no ponto 48 da decisão impugnada, a Comissão declara que as autoridades irlandesas não cometeram um erro manifesto «ao incluir no seu conceito de SIEG serviços que vão para além dos oferecidos pelo sistema de segurança social de base». Estas declarações confirmam que, na decisão impugnada, a Comissão admitiu igualmente, pelo menos implicitamente, que os serviços PMI apresentavam o carácter de SIEG em si mesmos. De qualquer forma, tendo em conta a ligação indissociável entre as obrigações PMI e os serviços PMI, era impossível para a Comissão limitar a sua apreciação unicamente às obrigações PMI sem ter igualmente em conta os serviços PMI que constituem o seu objecto e cuja prestação está subordinada ao respeito das referidas obrigações.

176 Assim sendo, contrariamente à opinião das recorrentes, a decisão impugnada reconhece simultaneamente que as obrigações PMI constituem obrigações SIEG e que os serviços PMI fazem parte de uma missão SIEG.



3) Quanto à distinção entre a regulamentação da actividade dos operadores e a existência de uma missão SIEG atribuída por um acto de autoridade pública

- 177 As recorrentes contestam a existência de uma missão SIEG, considerando que a legislação em causa só sujeita a actividade de todas as seguradoras PMI a obrigações regulamentares «normais», sem que tal implique a atribuição de uma missão particular definida por um acto de autoridade pública.
- 178 Em primeiro lugar, conforme resulta da jurisprudência, a prestação do serviço em causa deve, por definição, revestir um interesse geral ou público. A este respeito há que referir que os SIEG se distinguem designadamente dos serviços que servem um interesse privado, mesmo que este possa ser mais ou menos colectivo ou ser reconhecido pelo Estado como legítimo ou benéfico (v., neste sentido, acórdãos Züchner, referido no n.º 97, *supra*, n.º 7, e GVL/Comissão, referido no n.º 98, *supra*, n.ºs 31 e 32). Além disso, tal como as recorrentes alegam, o interesse geral ou público invocado pelo Estado-Membro não se deve resumir à necessidade de sujeitar o mercado considerado a determinadas regras ou a actividade comercial dos operadores em causa a uma autorização do Estado. Com efeito, o simples facto de o legislador nacional impor, no interesse geral na acepção mais ampla, determinadas regras de autorização, de funcionamento ou de controlo a todos os operadores de um sector não constitui, em princípio, uma missão SIEG (v., neste sentido, acórdãos GVL/Comissão, referido no n.º 98, *supra*, n.º 32, e GB-Inno-BM, referido no n.º 98 *supra*, n.º 22).
- 179 Pelo contrário, o reconhecimento de uma missão SIEG não pressupõe necessariamente que seja atribuído ao operador encarregado dessa missão um direito exclusivo ou especial para a realizar. Resulta de uma leitura conjugada dos n.ºs 1 e 2 do artigo 86.º CE que se deve distinguir entre, por um lado, um direito especial ou exclusivo atribuído a um operador e, por outro, a missão SIEG que está eventualmente associada a esse direito (v., a este respeito, acórdãos *Merci Convenzionali Porto di Genova*, referido no n.º 97, *supra*, n.ºs 9 e 27; *Almelo*, referido no n.º 97, *supra*, n.ºs 46 a 50, e *Albany*, referido no n.º 101, *supra*, n.ºs 98 e 104 a 111). A concessão de um direito especial ou exclusivo a um operador constitui o instrumento, eventualmente justificado, que permite a esse operador realizar uma missão

SIEG. Consequentemente, como o Reino dos Países Baixos alega, não está viciada a declaração da Comissão, que consta do ponto 47 da decisão impugnada, que se refere aos pontos 14 e 15 da comunicação relativa aos serviços de interesse geral, de que a atribuição de uma missão SIEG pode igualmente consistir numa obrigação imposta a uma série de operadores ou mesmo a todos os operadores activos num mesmo mercado (v., no que diz respeito a uma missão SIEG confiada no âmbito de uma concessão de direito público não exclusivo, acórdão Almelo, referido no n.º 97, *supra*, n.º 47).

180 Por conseguinte, o argumento das recorrentes de que a existência de uma missão SIEG está excluída devido à sujeição de todas as seguradoras PMI a certas obrigações não pode ser acolhido.

181 Em segundo lugar, há que recordar que, no essencial, tanto a primeira condição enunciada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, como a redacção do artigo 86.º, n.º 2, CE, em si mesma, exigem que o operador em causa seja encarregado de uma missão SIEG por um acto de autoridade pública e que este defina claramente as obrigações SIEG em causa (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça Züchner, referido no n.º 97, *supra*, n.º 7; de 11 de Abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen, 66/86, Colect. p. 803, n.º 55; GT-Link, referido no n.º 97, *supra*, n.º 51, e Altmark, referido no n.º 89, *supra*, n.º 89; acórdão Olsen/Comissão, referido no n.º 166, *supra*, n.º 186).

182 No presente caso, contrariamente à tese defendida pelas recorrentes, a legislação irlandesa pertinente não constitui uma regulamentação ou uma autorização qualquer relativa à actividade das seguradoras PMI, mas deve ser qualificada como acto de autoridade pública que cria e define uma missão particular que consiste na prestação de serviços PMI no respeito das obrigações PMI. Com efeito, as sections 7 a 10 do 1994 Health Insurance Act, conforme alterados por último pelo 2001 Health Insurance Act, bem como os 1996 Health Insurance Regulations (v. n.º 16, *supra*) definem de forma detalhada as obrigações PMI, como as tarifas comuns, a adesão aberta, a cobertura vitalícia e as prestações mínimas às quais estão sujeitas todas as seguradoras PMI na acepção dessa legislação. Além disso, com o objectivo declarado

de servir o interesse geral, ao permitir actualmente a cerca de metade da população irlandesa beneficiar de uma cobertura alternativa para certos cuidados de saúde, designadamente hospitalares, as obrigações PMI acima referidas restringem a liberdade comercial das seguradoras PMI numa medida que vai muito além das condições de autorização normais para exercer uma actividade num sector particular (v. n.ºs 191 e segs., *infra*).

183 De igual modo, este Tribunal considera que essa legislação preenche a condição de uma definição clara e precisa das obrigações SIEG em causa na acepção da primeira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra* (n.º 89), o que as recorrentes não contestam. Além disso, visto que o sistema escolhido pela Irlanda não prevê qualquer concessão de direitos exclusivos ou especiais, mas a realização dessa missão por todos os operadores no mercado irlandês de PMI, o que é uma escolha possível do Estado-Membro (v. n.º 179, *supra*), não se pode exigir, contrariamente ao que as recorrentes parece pretenderem, que se confie separadamente a cada um dos operadores sujeitos a obrigações PMI a referida missão através de um acto ou de um mandato individual.

184 Consequentemente, não se pode acolher a crítica relativa à sujeição da actividade das seguradoras PMI a obrigações regulamentares «normais» e à inexistência de um acto de autoridade pública que crie e atribua uma missão SIEG.

4) Quanto ao carácter universal e obrigatório dos serviços abrangidos pela missão SIEG

185 As recorrentes invocam a falta de carácter universal e obrigatório dos serviços PMI para concluir pela inexistência de uma missão SIEG no presente caso.

## Generalidades

- 186 No que diz respeito à universalidade dos serviços PMI, há que declarar, a título preliminar, que, contrariamente à tese adiantada pelas recorrentes, não decorre do direito comunitário que, para poder ser qualificado como SIEG, o serviço em causa deva constituir um serviço universal no sentido estrito, como o regime público da segurança social. Com efeito, o conceito de serviço universal, na acepção do direito comunitário, não implica que o serviço em causa deva corresponder a uma necessidade comum à totalidade da população ou ser fornecido em todo um território (v., a este respeito, acórdãos Ahmed Saeed Flugreisen, referido no n.º 181, *supra*, n.º 55; Corsica Ferries France, referido no n.º 97, *supra*, n.º 45, e Olsen/Comissão, referido no n.º 166, *supra*, n.ºs 186 e segs.). Tal como o ponto 47 da decisão impugnada enuncia ao referir o ponto 14 da comunicação relativa aos serviços de interesse geral, apesar de essas características corresponderem ao tipo de SIEG clássico e mais propagado nos Estados-Membros, isso não exclui a existência de outros tipos de SIEG igualmente lícitos, que os Estados-Membros podem validamente escolher criar no exercício do seu poder discricionário.
- 187 Assim sendo, o facto de as obrigações SIEG em causa terem apenas um âmbito de aplicação territorial ou material restrito ou de os serviços em causa só beneficiarem um grupo relativamente restrito de utilizadores não põe necessariamente em causa o carácter universal de uma missão SIEG na acepção do direito comunitário. Daí resulta que a compreensão restritiva das recorrentes do carácter universal de um SIEG, baseada em alguns relatórios ou documentos da Comissão, cujo conteúdo não é, aliás, juridicamente vinculativo, não é compatível com o alcance do poder discricionário de que os Estados-Membros dispõem quanto à definição de uma missão SIEG. Por conseguinte, este argumento deve ser julgado improcedente.
- 188 No que diz respeito ao argumento de que os serviços PMI só representam serviços financeiros facultativos, ou mesmo «de luxo», destinados a garantir uma cobertura complementar ou suplementar relativamente aos serviços universais obrigatórios previstos pelo regime público de segurança social, há que observar que o carácter

obrigatório do serviço em causa constitui, com efeito, uma condição essencial da existência de uma missão SIEG na acepção do direito comunitário. Este carácter obrigatório deve ser entendido no sentido de que os operadores encarregados da missão SIEG por um acto de poder público são, em princípio, obrigados a oferecer o serviço em causa no mercado com respeito pelas obrigações SIEG que regulam a prestação do referido serviço. Do ponto de vista do operador encarregado de uma missão SIEG, este carácter obrigatório — em si contrário à liberdade comercial e ao princípio da livre concorrência — pode designadamente consistir, em particular no caso da concessão de um direito exclusivo ou especial, na obrigação de exercer uma certa actividade comercial independentemente dos custos a ela associados (v. igualmente, neste sentido, ponto 14 da comunicação relativa aos serviços de interesse geral). Num caso destes, esta obrigação constitui a contrapartida da protecção da missão SIEG e da posição de mercado a ela associada pelo acto que atribuiu essa missão. Não havendo um direito exclusivo ou especial, o carácter obrigatório de uma missão SIEG pode residir na obrigação de o operador em causa oferecer determinados serviços a todo e qualquer cidadão que os requeira, prevista por um acto de poder público (v., igualmente, nesse sentido, ponto 15 da comunicação relativa aos serviços de interesse geral).

189 Contudo, contrariamente à opinião das recorrentes, o carácter vinculativo da missão SIEG não pressupõe que as autoridades públicas imponham ao operador em causa a obrigação de fornecer um serviço com um conteúdo claramente pré-determinado, como é o caso do plano P oferecido pelo VHI (v. n.º 14, *supra*). Com efeito, o carácter obrigatório da missão SIEG não exclui a existência de uma certa latitude deixada ao operador presente no mercado, incluindo quanto ao conteúdo e à fixação do preço dos serviços que entende fornecer. Nestas condições, fica garantido um mínimo de liberdade de acção dos operadores e, logo, de concorrência, relativamente à qualidade e ao conteúdo dos serviços em causa, o que permite limitar, no interesse comunitário, o alcance da restrição da concorrência que resulta geralmente da atribuição de uma missão SIEG, sem que isso afecte os seus objectivos.

190 Resulta do exposto que, não havendo um direito exclusivo ou especial, basta, para considerar que um serviço é obrigatório, que o operador encarregado dessa missão se encontre sujeito à obrigação de fornecer esse serviço a todo e qualquer utilizador que o solicite. Por outras palavras, o carácter obrigatório do serviço e, portanto, a

existência de uma missão SIEG estão comprovados quando o prestador é obrigado a contratar, em condições constantes, sem poder rejeitar a outra parte contratante. Este último elemento permite distinguir o serviço que faz parte de uma missão SIEG de qualquer outro serviço fornecido no mercado e, logo, de qualquer outra actividade exercida de forma totalmente livre (v., neste sentido, acórdãos GT-Link, referido no n.º 97, *supra*, n.º 53, e Mercì Convenzionali Porto di Genova, referido no n.º 97, *supra*, n.º 27).

### Aplicação ao presente caso

191 No presente caso, o Tribunal de Primeira Instância entende que resulta da conjugação das diferentes obrigações PMI impostas a todas as seguradoras PMI irlandesas, ou seja, das obrigações de adesão aberta, de tarifas comuns, de cobertura vitalícia e de prestações mínimas que os serviços PMI devem ser considerados obrigatórios.

192 Com efeito, a obrigação de adesão aberta (Section 8 do 2001 Health Insurance Act, conforme alterado), ou seja, a obrigação de a seguradora PMI oferecer um contrato PMI a toda e qualquer pessoa que o solicite, independentemente da sua idade, do seu sexo ou do seu estado de saúde, basta para reconhecer o carácter obrigatório dos serviços PMI em causa. Esse carácter obrigatório é reforçado pelo facto de a obrigação de contratar estar associada a outras restrições que limitam a liberdade comerciais das seguradoras PMI na determinação do conteúdo dos contratos PMI, a saber, as obrigações de tarifas comuns, de cobertura vitalícia e de prestações mínimas.

193 Com efeito, por força da obrigação de tarifas comuns, quando uma seguradora PMI oferece uma cobertura PMI no mercado, é obrigada a fornecer os serviços PMI em causa a uma tarifa uniformizada, seja qual for a situação pessoal do segurado, a evolução do estado de saúde e a frequência dos pedidos de reembolso do mesmo

(Section 7 do 2001 Health Insurance Act). Além disso, devido à obrigação de cobertura vitalícia, na sequência de uma subscrição pelo segurado dessa cobertura, a seguradora PMI não pode resolver unilateralmente o contrato PMI e também não pode recusar a sua renovação quando o segurado o solicite (Section 9 do 2001 Health Insurance Act). Por último, há que observar que as regras relativas às prestações mínimas prevêm que os reembolsos de cuidados cobertos pelos contratos PMI devem ser efectuados com respeito pelos montantes e pelas percentagens mínimas dos custos dispendidos (Section 10 do 2001 Health Insurance Act, conjugado com a regulamentação relativa às prestações mínimas).

194 A este respeito, as recorrentes alegaram que a obrigação de prestações mínimas não é suficiente para reconhecer a existência de uma missão SIEG, porque o nível de cobertura assim determinado seria de tal forma baixo que, na prática, esse nível seria amplamente ultrapassado mesmo pelas apólices de seguro mais básicas disponíveis no mercado, como o plano A do VHI. Ora, este argumento não pode pôr em causa o carácter obrigatório das exigências às quais as seguradoras PMI estão sujeitas por força das obrigações PMI. Por um lado, ignora que o carácter obrigatório de uma missão SIEG não requer que a lei exija e determine previamente a prestação de um serviço particular privando o operador em causa de toda e qualquer liberdade comercial (v. n.º 188, *supra*). Por outro, a prática comercial dominante no mercado, ainda que revele um nível de serviço superior às prestações mínimas prescritas, não pode por em causa o carácter de obrigatoriedade legal das prestações mínimas que toda e qualquer seguradora PMI é obrigada a respeitar em todas as circunstâncias.

195 A qualificação dos serviços PMI como serviços universais e obrigatórios também não é posta em causa pelo argumento de que os referidos serviços são facultativos, no sentido de que o seu fornecimento é deixado à livre escolha tanto das seguradoras como dos segurados e que, conseqüentemente, esses serviços não substituem os serviços universais ou de base da segurança social. Por um lado, o facto de os consumidores poderem escolher não pedir o fornecimento dos serviços em causa não se opõe ao reconhecimento do carácter obrigatório da missão SIEG, visto que o Estado entende que, por considerações gerais de política social e de saúde, o referido

serviço corresponde a uma necessidade real de uma grande parte da população — no presente caso actualmente cerca de 50% da população irlandesa — e o torna consequentemente acessível devido a uma obrigação de contratar imposta ao fornecedor do respectivo serviço. Com efeito, o carácter universal e obrigatório do SIEG não é condicionado por uma obrigação recíproca de contratar, ou seja, no caso em apreço, por uma subscrição obrigatória dos PMI. Tal como as próprias recorrentes admitem no n.º 29 da réplica, o acórdão Albany, referido no n.º 101, *supra* (n.ºs 98 e segs.), não convida a outra interpretação visto que a inscrição obrigatória no sistema de pensões complementar na origem desse processo não era, de qualquer forma, determinante para o reconhecimento do referido sistema pelo Tribunal de Justiça como parte de uma missão SIEG.

196 Por outro lado, tendo em conta a natureza da missão SIEG em causa, baseada em obrigações PMI impostas a todas as seguradoras PMI e não associadas a um direito especial ou exclusivo, a possibilidade de uma retirada voluntária de uma seguradora do mercado irlandês de PMI não põe em causa a continuidade da prestação do serviço PMI em causa e, logo, a sua universalidade e a sua acessibilidade. Consequentemente, visto que as seguradoras PMI que decidiram oferecer uma cobertura no mercado devem respeitar plenamente as obrigações PMI em causa, a simples faculdade de a seguradora PMI renunciar completamente a fornecer serviços PMI ou abandonar o mercado também não pode afectar o carácter universal e obrigatório dos referidos serviços.

197 As recorrentes invocam, além disso, que o carácter universal e obrigatório dos serviços PMI é contrariado pelas diferentes excepções previstas na lei quanto à obrigação de adesão aberta [section 8 do 2001 Health Insurance Act, conjugado com o Health Insurance Act, 1994 (Open Enrolment) Regulations 1996]. Com efeito, as pessoas com 65 anos ou mais que pretendam subscrever pela primeira vez uma cobertura PMI podem ser recusadas pelas seguradoras PMI [Section 6 dos Health Insurance Act, 1994 (Open Enrolment) Regulations 1996]. Abaixo dos 65 anos, as seguradoras PMI podem impor, na sequência da subscrição de uma cobertura PMI, períodos de espera inicial relativamente aos pedidos de reembolso que são, em princípio, de 26 semanas para as pessoas com menos de 55 anos e de 52 semanas para as pessoas com 55 a 65 anos [Section 7 dos Health Insurance Act, 1994 (Open



Enrolment) Regulations 1996]. No que diz respeito às pessoas que sofrem de doenças anteriores, apesar de terem o direito de subscrição, podem ser-lhes impostos, em função da sua idade, períodos de espera de cinco a dez anos para o reembolso dos custos de determinados cuidados [Section 8 dos Health Insurance Act, 1994 (Open Enrolment) Regulations 1996]. A este respeito, a recorrida e a Irlanda responderam, no essencial, que, por um lado, essas exceções não reduzem de forma significativa o alcance real da obrigação de adesão aberta e que, por outro, constituem, de qualquer forma, medidas legítimas e objectivamente justificadas para proteger o mercado de PMI irlandês sujeito às obrigações PMI de disfunções e abusos.

198 A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância entende que, mesmo pressupondo que a exclusão das pessoas com mais de 65 anos, que nunca subscreveram uma cobertura PMI — exclusão contida na legislação irlandesa no momento da adopção da decisão impugnada — seja susceptível de atingir, em teoria, 8% da população irlandesa, como as recorrentes alegam, a importância dessa excepção parece limitada na prática. Com efeito, por um lado, conforme a recorrida salienta, essa excepção não se aplica às pessoas que já são ou já foram aderentes a um PMI e que queiram renovar essa adesão. Por outro, as recorrentes não contestaram a afirmação da recorrida e da Irlanda de que, tendo em conta a existência de PMI na Irlanda desde 1957, existe uma tendência normal para subscrever pela primeira vez uma apólice PMI com uma idade bem mais jovem do que antigamente, tanto mais que os períodos de espera iniciais, progressivos em função da idade, constituem um incitamento suplementar nesse sentido. Nestas circunstâncias, com efeito, pode, esperar-se que o número de pessoas assim excluídas do PMI decresça. Consequentemente, não é plausível que, na prática, um número significativo de pessoas seja afectado, no futuro, pela possibilidade de uma recusa de subscrição a partir dos 65 anos. De qualquer forma, o Tribunal de Primeira Instância considera que esta restrição limitada não põe em causa o facto de a adesão aberta garantir um acesso livre aos PMI à totalidade da população irlandesa.

199 No que se refere aos períodos de espera inicial, a recorrida e a Irlanda invocaram, sem serem realmente contrariadas pelas recorrentes, que, apesar de esses períodos restringirem temporariamente o acesso a uma cobertura pelos PMI, constituem medidas essenciais e legítimas destinadas a evitar abusos que visem obter uma cobertura meramente temporária para um tratamento rápido por quem não tenha

contribuído anteriormente, através do pagamento de prémios, para o sistema de PMI com tarifas comuns. A este respeito, há que recordar que, tal como a recorrida e a Irlanda alegam, as tarifas comuns visam garantir, através de prémios uniformizados por coberturas idênticas (v. n.º 192, *supra*), uma repartição igual dos custos ocasionados pelos cuidados de saúde de todos os segurados de todas as gerações. Assim, as tarifas comuns, tal como a adesão aberta, têm no fim de contas por objectivo assegurar a afectação comum dos riscos e a solidariedade entre gerações, objectivos esses cuja escolha pelo Estado-Membro, à luz dos artigos 16.º CE e 152.º CE, não pode ser posta em causa pelas instituições comunitárias (v. n.º 167, *supra*).

200 Ora, o Tribunal de Primeira Instância reconhece ser plausível que uma prática como a que acaba de descrever-se crie o risco de pôr em perigo esse objectivo. Além disso, tal como a recorrida alega, a falta de períodos de espera teria por consequência que as seguradoras PMI, confrontadas com um aumento dos pedidos de reembolso, devessem aumentar os prémios em detrimento de todos os segurados para cobrir os custos suplementares daí decorrentes. Esta consequência contrariaria o objectivo da acessibilidade da cobertura PMI garantida à totalidade dos segurados, objectivo este que está igualmente subjacente às tarifas comuns. Nestas condições, o Tribunal de Primeira Instância admite que os períodos de espera inicial são inerentes ao mercado dos PMI sujeitos à adesão aberta e às tarifas comuns e que constituem um meio adequado para conciliar a acessibilidade e a universalidade do serviço PMI, na medida em que permitem evitar que a solidariedade entre gerações seja explorada de forma abusiva por pessoas que atrasam a sua subscrição dos PMI até ao momento em que têm necessidades significativas de cuidados.

201 Resulta das considerações antecedentes que a conjugação das obrigações de adesão aberta, das tarifas comuns, da cobertura vitalícia e de prestações mínimas é adequado poder garantir à população irlandesa um acesso amplo e fácil aos serviços de PMI, o que justifica que sejam qualificados como universais na acepção do direito comunitário. Não se pode acolher o argumento das recorrentes de que, não obstante o mutualismo dos prémios resultante das tarifas comuns, os serviços PMI não são universais por não serem acessíveis a todas as camadas sociais da população irlandesa. Em primeiro lugar, como se declarou no n.º 186 *supra*, o critério da universalidade não exige que a totalidade da população recorra aos mesmos ou possa fazê-lo na prática.

Em segundo lugar, o facto de cerca de 50% da população irlandesa ter subscrito uma cobertura PMI indica que, seja como for, os serviços PMI dão resposta a uma procura muito significativa no mercado irlandês de PMI e que contribuem, de forma substancial, para o bom funcionamento do sistema de segurança social, na acepção ampla, na Irlanda. Em terceiro lugar, este argumento não tem em conta o facto de, tal como as próprias recorrentes reconhecem, os serviços PMI disponíveis no mercado irlandês de PMI se subdividirem em diferentes grupos de cobertura, entre os quais designadamente as coberturas de base, as coberturas médias e as coberturas «de luxo», que são oferecidas a preços diferentes e que respondem a procuras distintas dos segurados.

202 Neste contexto, o facto de os preços dos serviços PMI não serem regulamentados nem limitados também não afecta o seu carácter universal. Se é certo que, na falta de regulamentação relativa aos prémios de cobertura PMI, o nível das tarifas para essa cobertura é, em princípio, fixado pelas forças do mercado, não deixa de ser verdade que, devido à obrigação de tarifas comuns, a tarifa fixada é uniformizada e aplicável a todos os contratos PMI que ofereçam uma cobertura idêntica, independentemente da idade, do sexo e do estado de saúde dos segurados. Ora, devido a esta uniformização das tarifas e da concorrência relativa às tarifas entre as diferentes seguradoras PMI sujeitas às obrigações PMI, em proveito de todos os segurados, o risco de uma tarifa excessiva, economicamente inacessível para certos grupos de pessoas, designadamente no que diz respeito às coberturas PMI de base, parece muito limitado na prática. Pelo contrário, tal como a Irlanda salienta, as tarifas comuns permitem um financiamento cruzado dos prémios em proveito dos segurados mais vulneráveis, em especial as pessoas idosas e os inválidos, e garante-lhes assim um acesso mais fácil aos serviços PMI, que poderia ser potencialmente entravado, ou mesmo excluído, num mercado com tarifas baseadas no risco.

203 Além disso, o critério da universalidade não exige que o serviço em causa seja gratuito ou que seja oferecido sem ter em conta a rentabilidade económica. Com efeito, o facto de certos utilizadores potenciais não disporem dos meios financeiros necessários para poder usufruir de todas as coberturas PMI disponíveis no mercado,

em especial as coberturas «de luxo», não infirma o seu carácter universal, uma vez que o serviço em causa é oferecido a tarifas uniformes e não discriminatórias e em condições de qualidade similares para todos os clientes (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça Corbeau, referido no n.º 131, *supra*, n.º 15; Almelo, referido no n.º 97, *supra*, n.º 48, e de 25 de Outubro de 2001, Ambuanz Glöckner, C-475/99, Colect. p. I-8089, n.º 55).

204 À luz das considerações precedentes, a argumentação demasiado generalista das recorrentes quanto ao carácter facultativo, complementar e «de luxo» dos serviços PMI não pode ser acolhida. Além do facto de as recorrentes não terem em conta, neste contexto, os diferentes níveis de coberturas PMI disponíveis, não contestaram, de forma detalhada, a tese exposta pela recorrida e pela Irlanda segundo a qual os PMI irlandeses constituem, ao lado do regime público de Segurança Social, o segundo pilar do sistema de saúde irlandês, cuja existência corresponde a um objectivo imperativo de coesão social e de solidariedade entre gerações prosseguido pela política de saúde da Irlanda. De acordo com as explicações fornecidas por esta, os PMI contribuem para garantir a eficácia e a rentabilidade do regime público da Segurança Social, desanuviando a pressão dos custos que, de outra forma, ficariam a seu cargo, designadamente no que diz respeito aos cuidados fornecidos nos hospitais públicos. Ora, no âmbito do controlo restrito que as instituições comunitárias estão habilitadas a exercer a esse respeito, essas considerações não podem ser postas em causa nem pela Comissão nem pelo Tribunal de Primeira Instância. Consequentemente, há que admitir que os serviços PMI são úteis para a Irlanda, no interesse geral, como um instrumento indispensável para a boa gestão do sistema nacional de saúde e há que lhes reconhecer, devido às obrigações PMI, o carácter de um SIEG.

205 Por conseguinte, os argumentos das recorrentes quanto à falta de carácter universal e obrigatório dos serviços PMI devem ser julgados improcedentes na sua totalidade.

206 Nestas circunstâncias, a declaração da Comissão, feita no ponto 47 da decisão impugnada, segundo a qual as obrigações PMI se destinam a garantir a toda a população irlandesa um certo nível de serviços PMI, a preços acessíveis e em condições de qualidade similares, não está viciada de erro. Além disso, também não está viciada de erro

a declaração de que a latitude deixada às seguradoras PMI quanto à determinação dos prémios e ao conteúdo das coberturas PMI não põe em causa a qualificação das obrigações PMI como obrigações SIEG. Isto é tanto mais verdade quanto essa latitude preserva um certo nível de concorrência, sem com isso afectar a execução da missão SIEG em causa (v. n.º 188, *supra*).

207 Consequentemente, a Comissão podia considerar, com razão, nos pontos 48 e 49 da decisão impugnada, que as condições que subordinam o reconhecimento dos serviços PMI e das obrigações PMI como parte de uma missão SIEG estavam preenchidas e que a Irlanda não cometeu um erro manifesto a este respeito.

208 Por conseguinte, não se pode acolher a crítica relativa à falta de missão SIEG na aceção da primeira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, e do artigo 86.º, n.º 2, CE.

d) Quanto à existência de parâmetros claramente definidos para o cálculo da compensação ao abrigo do RES na aceção da segunda condição enunciada no acórdão Altmark

i) Observações preliminares

209 O Tribunal de Primeira Instância recorda, a título preliminar, que, por força da segunda condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, os parâmetros com base nos quais a compensação para o exercício da missão SIEG é calculada devem ser previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente.

210 A este respeito, há que recordar que, pelos motivos expostos nos n.ºs 157 a 160, *supra*, a Comissão só se refere, no ponto 40 da decisão impugnada, na sua análise relativa à compensação dos custos ocasionados pela execução das obrigações SIEG em causa, ao acórdão Ferring, referido no n.º 41, *supra* (n.º 27). Nos termos deste acórdão, a referida compensação deve corresponder aos custos adicionais realmente suportados pelo operador encarregado de uma missão SIEG. O Tribunal considera que esta exigência pressupõe necessariamente uma certa transparência e uma certa objectividade dos critérios da compensação, cuja falta impossibilita um controlo, mesmo que marginal, pelas instituições comunitárias.

211 Assim, há que apreciar se a Comissão podia validamente considerar, pelo menos implicitamente, que, no presente caso, os critérios da compensação previstos pelo RES eram suficientemente transparentes e objectivos para satisfazer a segunda condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*.

ii) Quanto ao carácter objectivo e transparente dos critérios que regem o cálculo da compensação ao abrigo do RES

212 As recorrentes alegam essencialmente (v. n.ºs 113 e segs., *supra*) que o cálculo da compensação ao abrigo do RES não é efectuado em função de parâmetros objectivos e transparentes, mas depende numa larga medida da apreciação da HIA e do Ministro da Saúde, a vários níveis. Assim, a apreciação das diferenças de riscos e designadamente a baseada no factor da ponderação do estado de saúde são em larga medida deixadas ao poder discricionário da HIA. Isso é confirmado pelos três relatórios divergentes publicados pela HIA desde 2003 que reconheceram diferenças de risco claramente diferentes e que retiraram conclusões contraditórias quanto à existência de instabilidade do mercado. Além disso, a HIA e o Ministro da Saúde dispõem de uma ampla margem de apreciação quanto à decisão de accionar os pagamentos RES à luz da percentagem da diferença de risco atingida.

213 A este respeito, por um lado, há que declarar que, contrariamente ao que as recorrentes sustentam, a margem de apreciação da HIA e, quando for esse o caso, do Ministro da Saúde, quanto à decisão de dar início aos pagamentos RES, que implica em especial a verificação de uma diferença de riscos que ultrapasse uma certa percentagem e uma instabilidade do mercado, não está associada à questão de saber se o próprio cálculo da compensação é efectuado em função de parâmetros objectivos e transparentes. Com efeito, esse cálculo só é efectuado com base nos dados fornecidos pelas seguradoras PMI sujeitas ao RES e, logo, nos seus perfis de risco respectivos, após a decisão quanto ao início dos pagamentos RES ter sido tomada. Neste contexto, as recorrentes confundem a determinação das diferenças de risco, enquanto etapa prévia à decisão de iniciar os pagamentos RES, com o cálculo da compensação paga sob forma de pagamentos RES, que depende de uma comparação detalhada entre o perfil de risco real e o perfil de risco médio do mercado para cada uma das seguradoras PMI (v. n.º 33, *supra*).

214 Por outro, mesmo supondo que as autoridades irlandesas dispõem de um poder discricionário no cálculo dos pagamentos RES, o que é contestado, por exemplo, pela Irlanda, esse poder, em si mesmo, não é incompatível com a existência de parâmetros objectivos e transparentes, na acepção da segunda condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*. Como a Irlanda alega, esta condição não proíbe ao legislador nacional deixar às autoridades nacionais uma certa margem de apreciação para determinar a compensação dos custos ocasionados pela execução de uma missão SIEG. Pelo contrário, tal como foi precisado pela jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância, o Estado-Membro dispõe de uma ampla margem de apreciação não apenas quanto à definição de uma missão SIEG, mas igualmente no que diz respeito à determinação da compensação dos custos, que depende de uma apreciação de factos económicos complexos (v., neste sentido, acórdão FFSA e o./Comissão, referido no n.º 101, *supra*, n.ºs 99 e 100). De resto, é precisamente pelo facto de esta determinação estar sujeita apenas a um controlo restrito das instituições comunitárias que a segunda condição enunciada do acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, exige que as referidas instituições estejam em condições de verificar a existência de parâmetros objectivos e transparentes, devendo esses parâmetros ser precisados de forma a excluir qualquer recurso abusivo do Estado-Membro ao conceito de SIEG.

- 215 Por conseguinte, os argumentos das recorrentes quanto à falta de parâmetros objetivos e transparentes para o cálculo da compensação devido à existência de um poder discricionário das autoridades irlandesas são ineficazes e não podem ser acolhidos.
- 216 Em seguida, há que declarar que, nos pontos 25 a 30 da decisão impugnada (v. n.º 38, *supra*), a Comissão expõe com detalhe os critérios, o método e o procedimento que regula a determinação dos pagamentos RES. Além disso, resulta da descrição do método de cálculo dos pagamentos RES, exposta nos n.ºs 31 a 33, *supra*, que os diferentes parâmetros de cálculo utilizados são claramente estabelecidos pela legislação aplicável, designadamente no anexo II do RES. Assim, esta legislação prevê, de forma detalhada, não discriminatória e transparente, que as seguradoras PMI sujeitas ao RES devem fornecer regularmente informações quanto ao perfil de risco e aos custos correspondentes por grupos de idade e de sexo dos seus segurados (partes II e III do RES). Com base nestas informações, a HIA faz uma apreciação comparativa para determinar o diferencial de riscos entre as seguradoras PMI (parte IV, conjugada com o anexo II do RES), apreciação esta que determina, por sua vez, o cálculo dos pagamentos RES (parte V do RES). Por último, estão igualmente previstos na parte V, conjugada com o anexo II do RES, os parâmetros e as fórmulas económicas e matemáticas detalhadas desse cálculo, incluindo o método de ajustamento com a aplicação do factor de ponderação do estado de saúde.
- 217 A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância considera que a simples complexidade das fórmulas económicas e matemáticas que regulam os cálculos a efectuar não afecta o carácter preciso e claramente determinado dos parâmetros pertinentes. De qualquer forma, as recorrentes não contestaram minimamente o carácter preciso, transparente e objectivo destes parâmetros, tendo-se limitado a invocar a existência de uma ampla margem de apreciação deixada às autoridades irlandesas relativamente à decisão de accionar os pagamentos RES, que antecede o cálculo da compensação, (v. n.ºs 210 e 211, *supra*). Esta consideração é igualmente válida para os critérios que regem a aplicação do factor da ponderação do estado de saúde — actualmente não aplicável, mencionados no anexo II do RES, que a HIA deve respeitar quando decide tomar em conta este factor, bem como para o limite máximo de 50% fixado para a tomada em conta da utilização de instalações hospitalares na determinação dos perfis de risco das seguradoras PMI (pontos 28 e 57 da decisão impugnada).



218 À luz das considerações precedentes, não se pode censurar a Comissão por não ter tido em conta, na sua apreciação do RES à luz do artigo 87.º, n.º 1, CE, os diferentes parâmetros que regulam o cálculo dos pagamentos RES. Além disso, o Tribunal considera que, tendo em conta as considerações enunciadas no n.º 160, *supra*, os pontos 25 a 30 da decisão impugnada, apesar de não se inserirem no âmbito da apresentação factual do RES (v. n.º 38, *supra*), constituem uma fundamentação suficiente a este respeito, cujo conteúdo foi devidamente tido em conta pela Comissão no contexto da sua apreciação relativa à compatibilidade do mecanismo de compensação em causa com o artigo 87.º, n.º 1, CE.

219 Por conseguinte, o fundamento relativo à segunda condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, deve ser julgado improcedente.

e) Quanto à necessidade e ao carácter proporcional da compensação prevista no RES na aceção da terceira condição enunciada no acórdão Altmark

i) Quanto ao alcance do controlo jurisdicional

220 No que se refere ao alcance do controlo da necessidade e do carácter proporcional da compensação paga ao abrigo do RES pela Comissão e pelo Tribunal de Primeira Instância, há que observar que este controlo é necessariamente restrito, tendo em conta que a Irlanda justificou o RES pela existência de uma missão SIEG (v. n.º 166, *supra*). Por um lado, relativamente ao poder discricionário de que o Estado-Membro dispõe quanto à definição de uma missão SIEG e às condições da sua implementação, incluindo para apreciar os custos adicionais ocasionados pela sua execução que depende de factos económicos complexos, o alcance do controlo que a Comissão está habilitada a exercer a esse título é limitado ao do erro manifesto (v., neste sentido, acórdãos FFSA e o./Comissão, referido no n.º 101, *supra*, n.º 100, e Olsen/Comissão,

referido no n.º 166, *supra*, n.º 216). Por outro, daqui resulta que o controlo que deve ser exercido pelo Tribunal sobre a apreciação da Comissão a este respeito também não pode ultrapassar o mesmo limite e que, conseqüentemente, esse controlo deve limitar-se a apreciar se a Comissão teve razão ao reconhecer ou negar a existência de um erro manifesto do Estado-Membro.

221 Além disso, este controlo implica que o juiz comunitário determine se os elementos de prova carreados pelas recorrentes são suficientes para descredibilizar a apreciação dos factos económicos complexos feita na decisão impugnada (v., por analogia, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 1996, *AIUFFHIA e AKT/Comissão*, T-380/94, Colect. p. II-2169, n.º 59). Sob reserva desta apreciação da plausibilidade, não compete ao Tribunal de Primeira Instância substituir a apreciação dos factos económicos pertinentes feita pelo autor da decisão pela sua própria apreciação. Neste contexto, o controlo do Tribunal de Primeira Instância consiste na verificação quer do respeito pela Comissão das regras de procedimento e de fundamentação quer da exactidão material dos factos considerados e da falta de erro de direito, de erro manifesto de apreciação ou de desvio de poder (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância *FFSA e o./Comissão*, referido no n.º 101, *supra*, n.º 101; de 11 de Maio de 2005, *Saxonia Edelmetalle/Comissão*, T-111/01 e T-133/01, Colect. p. II-1579, n.º 91; *Olsen/Comissão*, referido no n.º 166, *supra*, n.º 266, e de 15 de Junho de 2005, *Corsica Ferries France/Comissão*, T-349/03, Colect. p. II-2197, n.º 138 e jurisprudência aí referida).

222 No que diz mais particularmente respeito ao controlo do carácter proporcional da compensação para a execução de uma missão SIEG, conforme estabelecida por um acto de alcance geral, a jurisprudência precisou, além disso, que esse controlo se limita a verificar se a compensação prevista é necessária para que a missão SIEG em causa possa ser realizada em condições economicamente aceitáveis (v., neste sentido, acórdãos *Comissão/Países Baixos*, referido no n.º 99, *supra*, n.º 53, e *Albany*, referido no n.º 101, *supra*, n.ºs 107 e 111, e jurisprudência aí referida), ou, inversamente, se a medida em causa é manifestamente desadequada relativamente ao objectivo prosseguido (v., neste sentido e por analogia, acórdão *Boehringer/Conselho e Comissão*, referido no n.º 118, *supra*, n.ºs 73 e 74).

223 Consequentemente, deve julgar-se improcedente a alegação das recorrentes de que deve ser exercido um controlo completo neste contexto (v. n.º 118, *supra*).

ii) Quanto à necessidade e ao carácter proporcional da compensação efectuada através dos pagamentos RES

### 1) Observações preliminares

224 No que diz respeito à necessidade e ao carácter proporcional da compensação prevista pelo RES, deve recordar-se, a título preliminar, que ambas as partes reconhecem que a terceira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, coincide amplamente com o critério da proporcionalidade, conforme estabelecido pela jurisprudência no âmbito da aplicação do artigo 86.º, n.º 2, CE. Daqui resulta que a sua análise se aplica *mutatis mutandis* ao segundo fundamento, relativo à violação desta disposição. Pelo contrário, na medida em que as partes discordam, no âmbito da apreciação do carácter proporcional da compensação prevista pelo RES, quanto à necessidade de ter em conta a eficiência do operador em causa e a sua incidência sobre a determinação dessa compensação, o Tribunal de Primeira Instância apreciará os argumentos invocados a esse respeito com a crítica relativa à falta da quarta condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*.

225 Há igualmente que recordar que, na opinião das recorrentes, a terceira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, a saber, a da estrita necessidade da compensação, não está preenchida. Em primeiro lugar, no seu entender, a Comissão não apreciou a totalidade dos elementos pertinentes a esse respeito, o que constitui um erro de direito e um erro que afecta a fundamentação da decisão impugnada relativamente à aplicação do critério da proporcionalidade. Em segundo lugar, o cumprimento das obrigações PMI não cria um encargo financeiro para as

seguradoras PMI, porque estas podem salvaguardar a sua rentabilidade através de medidas comerciais. Por um lado, as seguradoras PMI podem proteger-se contra os «maus» riscos, por exemplo, recusando novos segurados com idade superior a 65 anos ou impondo longos períodos de espera a pessoas doentes. Por outro, podem ajustar as condições contratuais e diferenciar os prémios em função dos riscos, para compensar, desta forma, através de prémios mais elevados, os custos mais significativos associados aos «maus» riscos que devem assumir devido às obrigações PMI. Em terceiro lugar, de qualquer forma, na falta de ligação entre os custos gerados pelas obrigações PMI e o RES, este não poderá compensar os referidos custos. Os pagamentos RES são calculados com base no diferencial de riscos das seguradoras PMI e não dependem do cálculo dos custos efectivos gerados pelo cumprimento das obrigações PMI. Além disso, o RES visa, na realidade, a compensação do custo do fornecimento dos serviços PMI em si mesmos, que, contudo, não são SIEG — à luz da decisão impugnada. Ora, essa relação abstracta entre as obrigações PMI e os custos da seguradora PMI não é suficiente e não corresponde à exigência de uma limitação estrita do RES aos custos claramente quantificados. Em quarto lugar, o RES não consegue sequer compensar os «maus» riscos. Não tem em conta os prémios e as receitas das seguradoras PMI que podem compensar esses riscos e, conseqüentemente, não pode apreciar se os «maus» riscos criam um encargo financeiro líquido para as seguradoras PMI. Além disso, no que diz respeito ao argumento da Comissão de que o RES tem em conta o custo médio dos pedidos de reembolso para permitir que, desta forma, as seguradoras PMI beneficiem da sua própria eficiência (ponto 56 da decisão impugnada), as recorrentes objectam que a tomada em conta dos custos próprios efectivos daria lugar a pagamentos RES mais significativos a favor das seguradoras PMI, com custos mais elevados e, logo, incitá-las-ia a não serem eficientes. Por último, de qualquer forma, na falta de índices de referência para apreciar a eficiência e de mecanismo de comparação dos preços, a quarta condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, relativa à necessidade de determinar o nível da compensação relativamente às necessidades de uma empresa eficiente, com inclusão das receitas e dos lucros, não está preenchida.

226 A recorrida retorque que as recorrentes não demonstraram que a Comissão cometeu um erro manifesto na apreciação do carácter proporcional do RES nem provaram que o referido RES era manifestamente desproporcional relativamente ao objectivo de assegurar o funcionamento do mercado irlandês de PMI em condições economicamente aceitáveis (v. n.º 148, *supra*). Além disso, a recorrida, apoiada pela Irlanda e pelo VHI, contesta o argumento de que a compensação feita ao abrigo do RES não

está associada aos custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações PMI. Os pagamentos RES estão associados aos custos gerados pelas diferenças de perfil de risco — determinados por grupo de idade e de sexo — entre as seguradoras PMI e não ultrapassam o necessário para cobrir as despesas incorridas na execução das obrigações PMI. A este respeito, a legislação que regula o RES não visa os custos fixos e variáveis, as receitas ou as margens de benefício. Com efeito, não há correlação precisa entre as receitas e os riscos, visto tal ser contrário ao princípio das tarifas comuns, que implica que o prémio reflecte o risco representado pela colectividade e não por um grupo de segurados potencialmente pouco representativo. De igual modo, as obrigações de adesão aberta e de tarifas comuns exigem que as seguradoras PMI não tirem partido de um leque de riscos que seja mais vantajoso que o de outras seguradoras PMI. Assim, o RES é necessário para o bom funcionamento das tarifas comuns e para estimular a concorrência entre as seguradoras PMI, para todas as classes de idades, através de esforços comerciais, como os consagrados ao *marketing*, à qualidade dos serviços, às ligações com os prestadores de cuidados ou à eficácia da gestão. Por estes motivos, a legislação pertinente impõe a quantificação dos custos associados ao cumprimento das obrigações PMI e à repartição equitativa desses custos entre as seguradoras PMI através do RES. Em compensação, podendo as seguradoras PMI determinar livremente os prémios e a sua rentabilidade em função das condições do mercado, o RES não se destina a compensar os custos que dependem da sua eficiência e as seguradoras PMI conservam o benefício da sua boa gestão. Por último, tendo em conta o facto de o RES só conceder uma compensação às seguradoras PMI pela diferença entre o seu próprio perfil de risco e o perfil de risco médio do mercado, uma seguradora PMI não pode considerar o RES como um incitamento para não ser eficiente. Com efeito, o método do cálculo da compensação exclui, na prática, que a aplicação do RES dependa dos custos gerados por uma má gestão de uma seguradora PMI. Por força do artigo 3.º do RES, o mecanismo de cálculo dos pagamentos RES só tem em conta os custos gerados pelos pedidos de reembolso dirigidos às seguradoras PMI, com exclusão de outros custos, como os custos administrativos e de *marketing*, de forma que fica excluído que esse modo de cálculo tenha por consequência fazer suportar as eventuais faltas de eficiência pela totalidade das seguradoras PMI. Além disso, o RES só visa compensar, através deste método, os encargos resultantes das variações entre os perfis de risco das referidas seguradoras e não os encargos suportados pela prestação dos serviços PMI enquanto tais, nem as receitas ou os lucros correspondentes.

227 A recorrida e a Irlanda contestam igualmente o argumento das recorrentes segundo o qual as seguradoras PMI têm a possibilidade de rejeitar os «maus» riscos através

de medidas comerciais. Na prática, não é possível segmentar o mercado de acordo com o risco através de uma determinação flexível dos prémios e impor aos consumidores de alto risco coberturas mais dispendiosas para cobrir os custos gerados pelos pedidos de reembolso adicionais. Por um lado, os consumidores de alto risco não abdicariam da cobertura de risco inferior porque isso implicaria a perda do benefício das tarifas comuns. Por outro, tendo em conta a pressão concorrencial do mercado, um leque de segurados de alto risco não pode ser facilmente compensado através de prémios mais elevados. Por último, a tese contrária das recorrentes é contrariada pela sua própria estratégia de alinhamento dos preços dos seus serviços PMI pelos do VHI. A recorrida, apoiada pelo VHI, acrescenta que os cálculos dos pagamentos RES não são feitos tomando por referência a totalidade dos sinistros resolvidos pelas seguradoras PMI, mas são limitados unicamente aos sinistros cobertos pelas coberturas PMI mais vendidas e menos caras. Além disso, a correcção constituída pelo factor da ponderação do estado de saúde, limitada a 50%, não é actualmente tida em conta pelo RES. A necessidade dessa correcção, contudo, resulta do facto de a idade e o sexo não explicarem todas as diferenças nos perfis de risco das seguradoras PMI e, logo, não reflectirem plenamente o desequilíbrio daí resultante.

2) Quanto à relação entre o RES e os custos gerados pela execução das obrigações PMI

228 Antes de apreciar os argumentos das partes quanto à natureza da compensação efectuada pelos pagamentos RES, há que verificar, em primeiro lugar, a justeza da tese adiantada pelas recorrentes segundo a qual essa compensação não é necessária porque as seguradoras PMI podem evitar todo e qualquer encargo associado designadamente ao cumprimento da obrigação de tarifas comuns, segmentando o mercado de PMI em função do risco seguro através de medidas comerciais, em especial através de uma diferenciação das coberturas PMI e dos prémios correspondentes.

229 Se é certo que as seguradoras PMI são, em princípio, livres, na falta de disposições nacionais contrárias, de determinar o alcance, a qualidade e o preço das coberturas PMI de acordo com as necessidades dos diferentes grupos de segurados e de acordo com a sua própria estratégia comercial, essa liberdade é fortemente restringida pelas obrigações PMI quando a seguradora PMI faz a sua escolha quanto ao conteúdo preciso de uma apólice PMI e toma a decisão de a comercializar (v. n.º 192, *supra*). Com efeito, a obrigação de tarifas comuns prevista na Section 7 do 2001 Health Insurance Act, de acordo com a qual todo e qualquer segurado, independentemente da sua idade, do seu sexo e do seu estado de saúde, deve beneficiar dos mesmos prémios para as mesmas coberturas PMI, proíbe que se faça uma discriminação em detrimento dos segurados que apresentam riscos elevados impondo-lhes prémios mais elevados para a mesma cobertura ou reduzindo o alcance ou a qualidade da cobertura do contrato PMI, mantendo em simultâneo o nível do prémio. Ora, as recorrentes não contestaram realmente que o cumprimento dessa obrigação implique encargos adicionais para a seguradora PMI, na medida em que impede a adaptação do prémio em função do risco assegurado e assim a compensação, através de prémios mais elevados, dos reembolsos mais significativos que correspondem aos «maus» riscos.

230 Além disso, apesar da contestação da sua tese pela recorrida e pela Irlanda, as recorrentes não explicaram, de forma bastante, as razões pelas quais esses encargos adicionais podem ser compensados através de qualquer prática de diferenciação das coberturas e dos prémios que fosse lícita à luz da obrigação de tarifas comuns. A este respeito, o simples facto de as seguradoras PMI que operam no mercado irlandês oferecerem apólices PMI que asseguram coberturas distintas e adaptadas às necessidades dos diferente grupos de segurados não basta para tornar plausível a tese das recorrentes, uma vez que mesmo as coberturas mais básicas, geralmente preferidas pelas pessoas jovens e em bom estado de saúde, ficam e devem ficar acessíveis às pessoas de risco, o que cumpre o objectivo essencial das obrigações de adesão aberta e de tarifas comuns. Ora, como a Irlanda alega, as recorrentes não adiantaram nenhum elemento que demonstre que essas pessoas de risco deixarão de pedir ou prescindirão dessas coberturas básicas, cujo preço é particularmente atractivo para elas devido às tarifas comuns, como reacção a eventuais alterações dos contratos PMI. De igual modo, as recorrentes não contestaram as informações detalhadas fornecidas pela recorrida em apoio do seu argumento de que as coberturas PMI oferecidas pela BUPA Ireland e pelo VHI são muito parecidas e os segurados, designadamente no VHI, ficaram antes indiferentes relativamente à diferenciação das vantagens e dos prémios (v. n.º 147, *supra*).

231 A este respeito, também não se pode acolher o argumento de que as seguradoras PMI se podem proteger contra os encargos excessivos resultantes dos pedidos de reembolso apresentados pelas pessoas de risco, não aceitando a inscrição de pessoas que tenham atingido os 65 anos ou impondo longos períodos de espera inicial. Por um lado, resulta das considerações enunciadas no n.º 198, *supra*, que a possibilidade de recusar pessoas com 65 anos ou mais parece ser muito limitada na prática, designadamente pelo facto de só poderem ser pessoas que nunca tenham aderido a uma cobertura PMI. Por outro, os períodos de espera inicial, que constituem um meio legítimo de protecção do mercado de PMI sujeito à adesão aberta e às tarifas comuns (v. n.º 199, *supra*), só permitem evitar temporariamente os encargos resultantes dos «maus» riscos, visto que, tendo decorrido este período, a seguradora PMI encontra-se totalmente exposta aos pedidos de reembolso das pessoas de risco que deve aceitar por força da obrigação de adesão aberta. Consequentemente, contrariamente à opinião das recorrentes, essas limitações não são suficientes para compensar os custos suplementares resultantes da assunção dos «maus» riscos que as seguradoras PMI não podem evitar devido às obrigações PMI.

232 Onde resulta que o argumento relativo à falta de necessidade de uma compensação devido à liberdade deixada às seguradoras PMI para determinarem o conteúdo das coberturas PMI e de segmentarem o mercado em função do risco segurado não pode ser acolhido.

233 Em segundo lugar, há que apreciar o argumento segundo o qual, à luz da terceira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, o sistema de compensação previsto no RES deve estar directamente relacionado com os custos gerados pelo cumprimento das obrigações PMI.

234 Neste contexto, há que recordar que a missão SIEG em causa consiste em fornecer serviços PMI em cumprimento das obrigações PMI (v. n.º 175, *supra*). Consequentemente, não se justifica o argumento das recorrentes de que a compensação atribuída através dos pagamentos RES não pode ser justificada pelos custos da prestação de



serviços PMI em si mesmos, porque estes não constituem SIEG. Além disso, é pacífico que os custos tomados em conta para efeitos do cálculo dos pagamentos RES são apenas os suportados pelas seguradoras PMI durante o pagamento dos pedidos de reembolso dos segurados (v. n.º 33, *supra*) e que, logo, esses custos estão intimamente associados ao fornecimento dos serviços PMI em causa. Assim, as recorrentes não têm razão ao negar a existência de uma ligação entre os custos associados à prestação dos serviços PMI e à compensação prevista no RES.

235 Contudo, o Tribunal observa que, no funcionamento do sistema de compensação constituído pelo RES, não existe relação directa entre os montantes efectivamente pagos pela seguradora PMI na sequência de um pedido de reembolso e a compensação atribuída através dos pagamentos RES. Importa declarar que os pagamentos RES não se destinam a compensar eventuais custos ou custos adicionais associados a uma prestação precisa de certos serviços PMI, mas unicamente a compensar os encargos suplementares que alegadamente resultam de um diferencial negativo do perfil de risco de uma seguradora PMI relativamente ao perfil de risco médio do mercado (v. n.º 33, *supra*). A este respeito, os montantes efectivamente reembolsados pelas seguradoras PMI durante um certo período só servem de base para calcular o perfil de risco médio do mercado, bem como a diferença entre este e o perfil de risco individual e real de cada um das seguradoras PMI sujeitas ao RES. Assim, o perfil de risco individual e real de uma seguradora PMI representa os custos de reembolso médios suportados pela mesma durante esse período, cujo montante é tanto mais significativo quanto esta seguradora tenha um número de segurados de alto risco, que apresentem frequentemente pedidos de reembolso e de um montante elevado. Este perfil de risco individual e real de cada uma das seguradoras PMI é, de seguida, comparado com o perfil de risco médio do mercado, que representa os encargos médios suportados por todas as seguradoras PMI durante o pagamento dos pedidos de reembolso, para reproduzir, de forma tão fiável quanto possível, a média dos encargos que a totalidade dos segurados gerem no mercado de PMI.

236 Ora, conforme a recorrida e a Irlanda alegam, o objectivo essencial das obrigações de adesão aberta e de tarifas comuns é de repartir os encargos de forma equitativa em todo o mercado irlandês de PMI, de forma que cada seguradora PMI só suporta os encargos associados ao perfil de risco médio do mercado. Se esses encargos não

fossem compensados, o funcionamento das tarifas comuns destinadas a uma repartição igual dos ricos entre as seguradoras PMI para permitir o financiamento cruzado dos prémios entre as gerações seria paralisado. Por conseguinte, os encargos adicionais que uma seguradora PMI deve suportar pelo seu perfil de risco negativo relativamente ao perfil de risco médio do mercado representam os custos adicionais que uma seguradora PMI deve assumir num mercado PMI sujeito à adesão aberta e às tarifas comuns, devido à sua obrigação de tomar a cargo pessoas de risco elevado sem fixar o montante dos prémios em função do risco segurado. O RES só visa compensar estes custos. Nestas circunstâncias, o argumento das recorrentes de que os pagamentos RES não estão associados aos custos gerados pelo cumprimento das obrigações PMI e que não conseguem compensar a repartição desigual dos «maus» riscos no mercado de PMI não pode ser acolhido.

237 No âmbito do controlo restrito que deve ser feito no presente caso (v. n.ºs 220 a 222, *supra*), a validade dos objectivos prosseguidos pelo sistema constituído pelo RES, conforme descrito no n.º 235, *supra*, e a legalidade das regras que regulam o seu funcionamento não podem ser postas em causa. A este respeito, há certamente que observar que esse funcionamento difere radicalmente do dos sistemas de compensação que são objecto dos acórdãos Ferring, referido no n.º 41 *supra*, e Altmark, referido no n.º 89, *supra*. Consequentemente, não pode obedecer estritamente à terceira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, que exige que se possam determinar os custos ocasionados pela execução de uma obrigação SIEG. Contudo, o Tribunal considera que a quantificação dos custos adicionais através de uma comparação entre o perfil de risco real de uma seguradora PMI e um perfil de risco médio do mercado atendendo aos montantes reembolsados por todas as seguradoras PMI sujeitas ao RES é conforme à finalidade e ao espírito da terceira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, na medida em que o cálculo da compensação se baseia em elementos objectivos concretos, claramente identificáveis e controláveis (v. n.º 216, *supra*). Além disso, apesar de as recorrentes invocarem a falta de cumprimento da terceira condição do acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, não contestaram o facto de o cálculo dos pagamentos RES cumprir esses critérios. Além disso, não conseguiram pôr em causa a existência de uma ligação, como descrita no n.º 235, *supra*, entre o cumprimento das obrigações PMI, em especial as obrigações de adesão aberta e de tarifas comuns, e a compensação concedida através dos pagamentos RES.

238 Daí resulta que as recorrentes não demonstraram o carácter manifestamente desadequado do RES para compensar os custos adicionais resultantes do cumprimento das obrigações PMI. Nestas condições, a declaração da Comissão, feita no ponto 53 da decisão impugnada, segundo a qual, no essencial, o RES limita os pagamentos entre as seguradoras PMI ao nível estritamente necessário para a neutralização da diferença entre os seus perfis de risco e para a compensação das despesas efectuadas para cobrir os «maus» ricos superiores à média do mercado, e isso para indemnizar essas seguradoras das consequências financeiras das obrigações PMI que as impedem de impor tarifas dos prémios em função do risco segurado e a recusa dos «maus» riscos não está viciada de erro manifesto.

239 Em terceiro lugar, deve rejeitar-se o argumento das recorrentes segundo o qual a Comissão devia ter tido em conta, no presente caso, à luz da terceira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, as receitas e um benefício razoável que as seguradoras PMI podem realizar ao cumprir as obrigações PMI.

240 Resulta das considerações enunciadas no n.º 235, *supra*, que o sistema de compensação constituído pelo RES é completamente independente das receitas e dos lucros realizados pelas seguradoras PMI, na medida em que, por um lado, se baseia exclusivamente na tomada em conta dos custos gerados pelos pedidos de reembolso regularizados pelas seguradoras PMI durante um certo período e, por outro, na medida em que só tem por objectivo compensar os encargos que resultam da diferença entre o perfil de risco individual e real de uma seguradora PMI e o perfil de risco médio do mercado. Tal como a recorrida alega, designadamente em resposta a uma pergunta escrita do Tribunal, num sistema como este, não existe, por definição, correlação entre o perfil de risco e as receitas, que permitiria ter estas últimas em conta para efeito da determinação da compensação de eventuais custos adicionais. Com efeito, nestas condições, não pode existir excesso de compensação de custos relativamente às receitas visto que os custos tidos em conta para o cálculo da compensação não estão directamente ligados à prestação de um SIEG e às receitas daí resultantes.

241 Por conseguinte, visto que o RES não visa compensar os custos directamente associados à prestação de serviços PMI (v. n.º 235, *supra*), o que corresponderia à situação precisamente equacionada na terceira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, não há que ter em consideração as receitas obtidas por esses serviços para determinar eventuais custos excessivos concretos dessa prestação. Esta abordagem contrariaria mesmo o princípio das tarifas comuns, que exige que o prémio devido para uma cobertura PMI reflecta o risco representado para a colectividade dos segurados e não para um grupo preciso de segurados. Nestas circunstâncias, uma aplicação estrita da terceira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, que visa uma forma diferente de compensação de uma obrigação SIEG, não terá em conta a particularidade do funcionamento do sistema de compensação previsto pelo RES. Pelo contrário, esta abordagem poria em causa a própria escolha da Irlanda de instituir esse sistema, que é completamente independente das receitas e dos lucros das seguradoras PMI e que visa garantir o bom funcionamento de um mercado PMI sujeito às obrigações PMI. Contudo, o Tribunal entende que nem a finalidade nem o espírito da terceira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, exigem a tomada em conta das receitas no âmbito de um sistema de compensação que funciona independentemente das mesmas.

242 Por estes motivos, não se pode censurar a Comissão por não ter tido em conta as receitas e os lucros realizados pelas seguradoras PMI no cumprimento das obrigações PMI. Além disso, resulta das considerações precedentes que também não se pode acolher a acusação de que a Comissão não apreciou esta questão ou não fundamentou a decisão impugnada quanto a este aspecto. A este respeito, há que observar que a Comissão se baseou expressamente, no âmbito da sua apreciação da existência de um auxílio à luz do artigo 87.º, n.º 1, CE, no acórdão Ferring, referido no n.º 41, *supra*, que exige que se determinem os custos adicionais realmente suportados pelos operadores encarregados do cumprimento de uma obrigação SIEG (n.º 40 da decisão impugnada). Ora, o Tribunal considera que, conforme foi confirmado e precisado pelo Tribunal de Justiça posteriormente no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, o critério dos custos adicionais implica, em princípio, no caso de um sistema de compensação como os tratados nesses processos, uma determinação dos custos realmente suportados pelo operador em causa durante o cumprimento de uma missão SIEG e das receitas correspondentes. Contudo, no presente caso, a Comissão observou correctamente, no ponto 53 da decisão impugnada, que esses

custos adicionais eram apenas os que resultavam de um perfil de risco negativo, o que implica que teve razão em reconhecer que o método de cálculo previsto pelo RES não permitia a tomada em conta das receitas eventualmente realizadas pelas seguradoras PMI (v. n.º 40, *supra*).

243 Por conseguinte, as recorrentes não demonstraram que a Comissão tenha violado a terceira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, ao considerar que o sistema de compensação previsto pelo RES era necessário e proporcionado relativamente aos custos gerados pelo cumprimento das obrigações PMI.

244 Consequentemente, o argumento relativo à violação da terceira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, não deve ser acolhido por não ser procedente.

f) Quanto à comparação com um operador eficiente na aceção da quarta condição enunciada no acórdão Altmark

245 De acordo com a quarta condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, (n.º 93), não havendo concessão de uma missão SIEG a uma empresa através de um processo de concurso público, o nível da compensação necessária deve ser determinado com base numa análise dos custos em que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios para poder satisfazer as exigências de serviço público necessárias, teria incorrido para cumprir essas obrigações, tendo em conta as receitas com elas relacionadas, bem como um lucro razoável para o cumprimento dessas obrigações. As recorrentes sustentam, no essencial, que essa condição não está preenchida, na falta de um ponto de referência no RES que permita medir a eficiência e de uma comparação com um operador eficiente. Em especial, a Comissão devia ter apreciado se os eventuais custos das seguradoras PMI, designadamente o VHI, resultante do cumprimento das obrigações SIEG, eram comparáveis com os que teriam sido suportados por um operador eficiente.

246 A este respeito, há que declarar, antes de mais, que resulta tanto das considerações enunciadas no n.ºs 239 a 242, *supra*, como da ligação estreita entre a quarta e a terceira condições enunciadas no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, que exigem ambas que se determinem os custos e as receitas e lucros relativos ao cumprimento de uma obrigação SIEG, que as premissas do presente argumento estão erradas. Tendo em conta a neutralidade do sistema de compensação constituído pelo RES relativamente às receitas e aos lucros das seguradoras PMI, por um lado, e a particularidade dos custos adicionais associados a um perfil de risco negativo das referidas seguradoras, por outro, a quarta condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, na medida em que impõe que se comparem os custos e as receitas directamente associados ao fornecimento do SIEG, não pode ser aplicada de forma estrita ao presente caso. De resto, isso já é confirmado pela finalidade da terceira condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, que consiste em garantir que o SIEG em causa seja fornecido ao custo mais baixo para a colectividade (acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, n.º 93). Com efeito, é pacífico que o RES não visa compensar um custo identificado gerado pela prestação de um serviço PMI.

247 Em seguida, há que recordar que os pagamentos RES não são determinados unicamente em função dos reembolsos efectuados pela seguradora PMI beneficiária da compensação — o que seria uma situação correspondente à visada pela terceira e pela quarta condições enunciadas no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra* —, mas, igualmente em função dos reembolsos efectuados pela seguradora PMI contribuidora, uma vez que esses pagamentos reflectem a diferença de perfis de risco dessas duas seguradoras relativamente ao perfil de risco médio do mercado.

248 Assim sendo, a Comissão podia validamente considerar que, no presente caso, para apreciação da existência de um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, não era necessário proceder a uma comparação entre os beneficiários potenciais dos pagamentos RES e um operador eficiente. Há que acrescentar que, mesmo que seja provável que, no momento da adopção da decisão impugnada, numa primeira fase, o VHI seria o principal beneficiário dos pagamentos RES, o RES só foi accionado pelas autoridades irlandesas posteriormente, devido à evolução dos perfis de risco no mercado irlandês de PMI. Consequentemente, não conhecendo a Comissão a situação futura das diferentes seguradoras PMI a operar no mercado irlandês de PMI, era-lhe impossível identificar com precisão os beneficiários potenciais dos pagamentos RES e proceder a uma comparação concreta da sua situação com um operador eficiente.

249 Aliás, à luz da finalidade da quarta condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, a Comissão estava apesar disso obrigada a assegurar-se de que a compensação prevista pelo RES não implicava a possibilidade de indemnizar custos que pudessem resultar de uma falta de eficiência das seguradoras PMI sujeitas ao RES. A este respeito, há que observar que a Comissão declarou expressamente, nos pontos 27 e 56 da decisão impugnada, que o RES tinha em conta os custos de reembolso médios das seguradoras PMI, o que tinha por consequência que não era possível efectuar uma compensação dos custos médios por grupo de segurados e que as seguradoras podiam conservar o lucro resultante da sua própria eficiência.

250 A este respeito, as recorrentes alegaram que a tomada em conta dos custos de reembolso efectivos das seguradoras PMI, no âmbito do cálculo dos pagamentos RES, envolveria pagamentos mais substanciais em proveito das seguradoras PMI menos eficientes e com custos elevados. Contudo, como resulta do ponto 56 da decisão impugnada e das considerações enunciadas no n.º 235, *supra*, esses custos só representam os encargos associados aos reembolsos efectuados pelas seguradoras PMI durante um certo período, com exclusão de qualquer outro custo de gestão, como os custos administrativos ou de *marketing*, que as seguradoras PMI controlam. Ora, as recorrentes não contestaram este aspecto nem precisaram em que medida este método de cálculo podia implicar uma repercussão dos custos resultante eventualmente de uma falta de eficiência no pagamento dos pedidos de reembolso. Contrariamente ao entender das recorrentes, dependendo o cálculo da compensação ao abrigo do RES unicamente dos custos não associados à eficiência dos operadores em causa, fica posta de parte a possibilidade de essa compensação poder implicar uma partilha dos custos que possam resultar da sua falta de eficiência e afectar a possibilidade de esses operadores conservarem plenamente o lucro resultante da sua boa gestão.

251 Esta apreciação não é infirmada pela simples declaração da HIA, no seu relatório de Abril de 2005 (p. 30), segundo o qual o custo médio da BUPA Ireland por dia de tratamento é cerca de 17% inferior ao custo médio do mercado, podendo esse custo inferior resultar precisamente do perfil de risco mais favorável da BUPA Ireland relativamente ao das outras seguradoras PMI. Com efeito, a esse respeito, a HIA indica que a diferença entre os custos por dia de tratamento podem explicar-se por diferenças relativas à eficiência, aos produtos PMI e ao estado de saúde dos

segurados, podendo esse custo variar segundo a idade do paciente. Ora, é evidente que uma seguradora PMI com segurados em pior estado de saúde do que a média dos segurados está exposta a custos de tratamento proporcionalmente mais elevados. Além disso, as recorrentes não indicam se a expressão «diferenças na eficiência» empregues pela HIA se referem à gestão das seguradoras PMI enquanto tais ou à dos hospitais, que estão na origem dos custos de tratamento, nem em que medida essas diferenças podiam ser pertinentes na determinação dos custos de reembolso e ter repercussão nos pagamentos compensatórios.

252 Além disso, o argumento das recorrentes segundo o qual o impacto dos custos de reembolso elevados sobre o nível de pagamentos RES incita a seguradora PMI beneficiária a não ser eficiente também não tem razão de ser. Tal como as próprias recorrentes admitiram na audiência, as mesmas não precisaram a natureza das eventuais faltas de eficiência às quais esta situação podia dar lugar, tendo-se limitado, essencialmente, a invocar a falta de comparação com um operador eficiente na aceção da quarta condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*. Por último, a este respeito, a recorrida adiantou, sem ser contrariada pelas recorrentes, que, devido ao Anexo I do RES, os custos de reembolso só são tidos em conta no cálculo dos pagamentos RES, até ao montante de 550 euros por dia de hospitalização, independentemente do nível da cobertura em causa, ao passo que os custos médios de hospitalização do VHI, por exemplo, se elevam a 640 euros por dia de hospitalização, o que constitui em si uma medida de protecção contra o consumo excessivo e contra uma má gestão dos custos pela seguradora PMI. Deve acrescentar-se que esse limite dos custos elegíveis à luz do RES se encontra explicado, de forma detalhada, no n.º 55 da decisão impugnada.

253 Contudo, a recorrida e a Irlanda reconheceram que o método de cálculo dos pagamentos RES pode, no entanto, permitir, numa medida muito limitada, uma partilha dos ganhos associados à eficiência ou dos custos associados à falta de eficiência das diferentes seguradoras PMI, na medida em que inclui a aplicação de certos critérios de ajustamento, a saber, por um lado, do «zero sum adjustment factor» que serve para garantir o auto-financiamento do sistema e, por outro, do factor de ponderação do estado de saúde que se baseia na utilização das instalações hospitalares (pontos 28 e 57 da decisão impugnada).



254 No que diz respeito ao «zero sum adjustment factor», as recorrentes reconheceram contudo na audiência que o seu argumento não visava este aspecto do RES e que as variações do nível de pagamentos RES que daí podiam resultar eram irrelevantes e não podiam dar lugar a uma compensação sensível dos custos associados à falta de eficiência. No que diz respeito ao factor da ponderação do estado de saúde, as recorrentes sustentam contudo que a sua aplicação daria lugar à tomada em conta de faltas de eficiência, visto que se baseia nos custos reais das seguradoras PMI em vez de se basear nos custos de um operador eficiente. A este respeito, há que precisar que a aplicação desse factor de ajustamento, que é actualmente de zero, está sujeita a certas condições, como as precisadas no Anexo II do RES, e designadamente que está limitada a 50% da utilização das instalações hospitalares. Ora, face a essa importância limitada do referido factor e não tendo as recorrentes adiantado elementos concretos que demonstrem que a utilização real das instalações hospitalares podia reflectir as faltas de eficiência, como um consumo excessivo de serviços médicos, a Comissão podia validamente considerar que o sistema de compensação constituído pelo RES e, designadamente, a aplicação do factor da ponderação do estado de saúde, não implicavam a possibilidade de repercutir os custos associados à falta de eficiência sobre todas as seguradoras PMI.

255 Neste contexto, há que observar que a Comissão expôs claramente, nos pontos 28 e 57 da decisão impugnada, que as condições estritas de aplicação do referido factor permitiam evitar uma compensação dos efeitos das diferenças de risco na sua totalidade, bem como um incitamento para hospitalizar os pacientes e que, pelo contrário, o limite de 50% era uma garantia suplementar para incitar as seguradoras PMI a promover a redução da duração dos internamentos hospitalares, o diagnóstico precoce e a boa gestão em geral. Ora, as recorrentes não contestaram esta apreciação, de forma detalhada, no decurso da instância. Para ser exaustivo, há que acrescentar, tal como a recorrida e a Irlanda alegam, que, até agora, as autoridades irlandesas não utilizaram este factor e só fundamentaram a sua apreciação da diferença de riscos entre as seguradoras PMI nos critérios da idade e do sexo dos segurados.

256 Por último, o Tribunal considera que Comissão teve em conta, de acordo com as especificações da lei, nos pontos 26 a 28, 56 e 57 da decisão impugnada, elementos

que lhe permitiam concluir pela neutralidade da compensação prevista pelo RES relativamente a eventuais custos associados à falta de eficiência suportados por certas seguradoras PMI.

257 Por conseguinte, o Tribunal considera que a Comissão não violou a quarta condição enunciada no acórdão Altmark, referido no n.º 89, *supra*, e que o presente argumento deve ser julgado improcedente na sua totalidade.

258 À luz de todas as considerações precedentes, deve concluir-se que foi com razão que a Comissão concluiu, no artigo 1.º da decisão impugnada, que o RES não implicava a concessão de um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE. Consequentemente, o primeiro fundamento deve ser julgado improcedente. Contudo, o Tribunal considera necessário apreciar igualmente o segundo fundamento, relativo à violação do artigo 86.º, n.º 2, CE.

g) Quanto à necessidade e ao carácter proporcionado do RES na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE

i) Observação liminar

259 Através do segundo fundamento, as recorrentes contestam essencialmente a necessidade e o carácter proporcionado da introdução do RES em si mesmo. O Tribunal só apreciará os argumentos desenvolvidos pelas recorrentes no âmbito deste segundo fundamento na medida em que os mesmos suscitem questões que não foram apreciadas a propósito do primeiro fundamento.

260 Há que rejeitar liminarmente o argumento das recorrentes relativo à falta de menção expressa do artigo 86.º, n.º 2, CE na parte decisória da decisão impugnada (v. n.ºs 90 e 128). Tal como a recorrida observa, não resulta nem da legislação pertinente nem da jurisprudência que a formulação da parte decisória das decisões adoptadas nos termos do artigo 87.º CE e do artigo 86.º, n.º 2, CE deve respeitar imperativamente prescrições precisas. Além disso, para apreciar o alcance jurídico real de um acto, cujo dispositivo é indissociável da sua fundamentação, este deve ser interpretado, se necessário, tendo em conta os motivos que levaram à sua adopção (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003, Cableuropa e o./Comissão, T-346/02 e T-347/02, Colect. p. II-4251, n.º 211, e jurisprudência aí referida). Assim sendo, embora seja desejável, por questões de clareza e de segurança jurídica, que a Comissão mencione expressamente, na parte decisória do acto, as disposições do Tratado que aplica, o facto de não o fazer não constitui um erro de direito, visto que uma leitura conjugada da fundamentação e da parte decisória do acto permite identificar precisamente essas disposições. Ora, no presente caso, embora a Comissão não tenha referido, no artigo 1.º da decisão impugnada, a aplicação do artigo 86.º, n.º 2, CE, enunciou, no entanto, claramente essa disposição no ponto 61 da decisão impugnada, que resume as suas conclusões finais. Por conseguinte, um leitor medianamente atento da decisão impugnada não poderia enganar-se quanto ao seu alcance jurídico real.

ii) Quanto à necessidade de introdução do RES em si mesmo

1) Observações gerais

261 As recorrentes sustentam, no essencial, que a Comissão cometeu erros de apreciação ao considerar, nos pontos 50 e 52 da decisão impugnada, que o RES era necessário para preservar a estabilidade do mercado sujeito às obrigações PMI, bem como o efeito útil dessas obrigações. A própria decisão impugnada reconhece, no ponto 51, que o mercado irlandês de PMI não tinha, até agora, tido problemas de estabilidade.

Além disso, o alegado perigo de selecção dos riscos é puramente especulativo e não é confirmado pelos factos. Na realidade, esse perigo não existe porque não há incitamento para seleccionar activamente os bons riscos nem há selecção passiva dos riscos (v. n.º 134, *supra*). Com efeito, as seguradoras PMI estão em condições de compensar os maus riscos mediante a adaptação das suas condições contratuais, e designadamente através do aumento dos prémios e da diversificação das coberturas. De qualquer forma, visto que os segurados estão, regra geral, como o relatório Amárach demonstra, muito pouco dispostos a mudar de seguradora, um novo operador que entre no mercado irlandês de PMI deve necessariamente visar os novos clientes, que, por definição, são jovens. Além disso, no que se refere aos segurados idosos, o VHI vende com prejuízo, colocando assim a BUPA Ireland na impossibilidade de concorrer efectivamente com ele. Por último, os estudos económicos invocados pela recorrida, relativos a mercados diferentes do da Irlanda, não são pertinentes nem susceptíveis de corroborar a tese da selecção dos riscos. Pelo contrário, os três relatórios apresentados pela HIA desde 2003 confirmam a inexistência de instabilidade iminente ou futura do mercado irlandês de PMI (v. n.ºs 131 a 138, *supra*).

262 A recorrida retorque, no essencial, que as recorrentes não conseguiram pôr em causa os indícios que demonstram a existência de um risco de selecção activa dos riscos num sistema de tarifas comuns e de adesão aberta, risco esse cujo princípio foi mesmo reconhecido no relatório NERA. A Irlanda acrescenta que as exigências de tarifas comuns e de adesão aberta devem ser necessariamente compensadas pelo RES a fim de evitar uma selecção preferencial dos riscos pelas novas seguradoras no mercado de PMI. Na falta deste correctivo, estas, devido ao seu perfil de risco favorável, poderiam realizar lucros «técnicos» significativos ao manterem, em detrimento de todos os segurados, os montantes dos prémios a níveis virtuais e demasiado elevados, o que poderia afectar a estabilidade do mercado de PMI. A estabilidade do mercado também é ameaçada quando uma seguradora com um perfil de risco favorável baixa os seus prémios, de forma moderada, para desencadear desta forma uma «espiral mortal» que consiste numa fuga dos segurados mais móveis para essa seguradora e que conduz a uma fragilização da situação financeira das seguradoras concorrentes, que, devido às tarifas comuns, já não poderiam oferecer os seus produtos a preços concorrenciais e atrair novos aderentes. É esta a situação actual do VHI, cujos rácios de solvabilidade se deterioraram claramente relativamente aos da BUPA Ireland.

263 No entender da recorrida e da Irlanda, o argumento das recorrentes baseado na possibilidade de as seguradoras compensarem os «maus» riscos através de adaptações contratuais não é pertinente e é contrariado pela realidade. Por um lado, essa abordagem é contrária ao princípio de tarifas comuns e, de qualquer forma, é impraticável e não permite manter o equilíbrio do mercado irlandês de PMI. Por outro, os serviços PMI oferecidos pelo VHI e pela BUPA Ireland são demasiado idênticos e, na prática, os segurados são, de qualquer forma, indiferentes a uma eventual diversificação das vantagens oferecidas por uma apólice PMI. Além disso, os dados sobre o perfil de idade dos segurados do VHI indicam claramente a existência dessa selecção dos riscos. No que diz respeito ao risco de selecção passiva, a recorrida, apoiada pela Irlanda, contesta a interpretação que as recorrentes fazem do relatório Amárach no sentido de que confirma a existência de passagens de consumidores de uma seguradora para outra. Além disso, o argumento relativo a uma alegada fixação de preços com prejuízo pelo VHI relativamente aos clientes de risco elevado não foi demonstrado e é inadmissível. Por último, a recorrida salienta que a decisão impugnada limita-se a constatar a possibilidade de uma selecção dos riscos, que é um factor de instabilidade, o que é suficiente à luz do acórdão Albany, referido no n.º 101, *supra*, e do grau de controlo restrito que o Tribunal é chamado a exercer relativamente ao critério da necessidade.

## 2) Objecto da decisão impugnada e do controlo exercido pelo Tribunal de Primeira Instância

264 Antes de apreciar a justeza dos diferentes argumentos suscitados pelas partes, o Tribunal considera necessário precisar o objecto da apreciação feita pela Comissão no presente caso, visto que essa mesma apreciação é o objecto do controlo do Tribunal.

265 Há que declarar que o RES, tal como foi notificado, constitui um regime geral, ou seja, um sistema que assenta num conjunto de disposições de alcance geral, cuja implementação é certamente pré-determinada, até um certo grau, por critérios objectivos e transparentes (v. n.ºs 213 a 217, *supra*), mas que não é previsível em todos os seus

detalhes. Em especial, devendo esse sistema adaptar-se e reagir às evoluções rápidas do mercado em causa, o seu funcionamento está sujeito a certas disposições gerais que implicam uma ampla margem de apreciação das autoridades encarregadas da sua aplicação. Isso é verdade designadamente no que concerne à parte IV do RES, relativa aos poderes de apreciação e de recomendação da HIA quanto à existência de uma diferença de risco susceptível de accionar os pagamentos RES.

266 Daí resulta que, de acordo com a definição do alcance do controlo administrativo e jurisdicional recordado nos n.ºs 220 e 221, *supra*, o controlo que a Comissão é chamada a exercer a esse respeito, com base, conjuntamente, no artigo 87.º CE e no artigo 86.º, n.ºs 2 e 3, CE, em especial quanto à necessidade do sistema notificado, é necessariamente limitado à questão de saber se, por um lado, o referido sistema assenta em premissas económicas e factuais manifestamente erradas e se, por outro, o referido sistema é manifestamente inadequado para atingir os objectivos prosseguidos. É neste contexto que o Tribunal, por seu turno, deve designadamente apreciar se a conclusão da Comissão a este respeito é suficientemente plausível para confirmar a necessidade do sistema em causa.

267 No âmbito desse controlo, há, em primeiro lugar, que apreciar se as distorções do mercado invocadas pelo Estado-Membro para justificar a instituição e a protecção da missão SIEG em causa eram suficientemente plausíveis e se a Comissão podia razoavelmente considerar que um sistema como o RES, pela sua natureza, era necessário e adequado para resolver os problemas invocados. Em seguida, compete ao Tribunal verificar se, no presente caso, a apreciação da Comissão sobre esses dois aspectos se justifica à luz das condições actuais e da evolução provável do mercado irlandês de PMI, tal como se apresentava no momento da adopção da decisão impugnada, e tendo em conta todas as informações de que a Comissão dispunha ou podia razoavelmente dispor.

268 No que se refere, designadamente, ao alcance do controlo da Comissão, de acordo com o enunciado nos n.ºs 220 a 222, *supra*, esta não pode substituir-se ao Estado-Membro

no exercício do amplo poder de apreciação que lhe é próprio. Assim, contrariamente ao que as recorrentes aparentemente alegam, no controlo da necessidade a Comissão não está habilitada a verificar, com base nos dados disponíveis, se, por um lado, o mercado pode efectivamente evoluir de uma determinada forma e, por outro, se a aplicação dos instrumentos de regulação previstos no sistema notificado se tornará, por esse motivo, num momento preciso, indispensável para garantir o cumprimento da missão SIEG em causa. Com efeito, o controlo ou requisito da necessidade não exige que a Comissão adquira a convicção de que o Estado-Membro não pode renunciar, à luz das condições actuais ou futuras do mercado, às medidas notificadas, mas está limitado à procura de um erro manifesto no exercício do amplo poder de apreciação do Estado-Membro quanto à forma de assegurar que a missão SIEG possa ser cumprida em condições economicamente aceitáveis (v., nesse sentido, acórdãos Comissão/Países Baixos, n.º 99 referido no referido no, n.º 58, e Albany, referido no n.º 101, *supra*, n.ºs 107 e 111).

269 Por último, embora esse controlo exercido pela Comissão seja restrito, há que ter em conta essa circunstância igualmente no controlo da legalidade exercido pelo juiz comunitário relativamente à apreciação da Comissão. Esse controlo do Tribunal deve ser tanto mais restrito quanto a apreciação da Comissão incida sobre factos económicos complexos (v. n.ºs 220 e 221, *supra*). Isto vale especialmente para o controlo exercido com base no princípio da proporcionalidade, designadamente quando o acto impugnado vise medidas estatais de alcance geral. Com efeito, esse controlo do Tribunal deve limitar-se a verificar se essas medidas são manifestamente inadequadas relativamente ao objectivo prosseguido (v., por analogia, acórdão Boehringer/Conselho e Comissão, referido no n.º 18, *supra*, n.ºs 73 e 74).

270 Resulta do que antecede que a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação ao não ter exigido à Irlanda que demonstrasse o carácter indispensável do RES para garantir o respeito das obrigações PMI. Por conseguinte, não se pode acolher o argumento das recorrentes segundo o qual o RES tem de ser indispensável e a Comissão não teve em conta o alcance do controlo que deve exercer a esse respeito.

## 3) Quanto à existência de uma selecção de riscos no mercado irlandês de PMI

## Observação preliminar

<sup>271</sup> À luz das considerações expostas, há que apreciar — primeiro do ponto de vista geral e em seguida à luz das condições especiais do mercado irlandês de PMI — se a Comissão podia validamente considerar que o RES constituía uma medida necessária num mercado de PMI sujeito a obrigações de adesão aberta, de tarifas comuns, de cobertura vitalícia e de prestações mínimas. A este respeito, há que verificar, em especial, se a Comissão se baseou em elementos que permitiam demonstrar, de forma bastante, que um mercado de PMI com tarifas comuns estava exposto a um perigo de selecção dos riscos e se podia razoavelmente considerar que essa situação podia desestabilizar o equilíbrio do referido mercado.

## Quanto à selecção activa dos riscos

## — Quanto às premissas económicas gerais

<sup>272</sup> No que diz respeito à existência de um risco de selecção activa dos riscos, não é contestado pelas partes que um operador novo que entre no mercado de PMI, como a BUPA Ireland em 1997, tenha interesse em procurar uma clientela de risco reduzido para minimizar os seus riscos económicos e fortalecer a sua posição ainda frágil no mercado. É assim especialmente quando se trata de um mercado com uma estrutura concorrencial ainda fortemente caracterizada pela situação anterior à sua liberalização e por uma certa inércia dos consumidores, que, na sua maioria, estão inscritos na antigo operador que detinha o monopólio, como o VHI no presente caso. Tal



como as próprias recorrentes observam, nestas circunstâncias, a clientela jovem e em bom estado de saúde, designadamente, constitui um grupo significativo de clientes novos particularmente susceptíveis de serem o alvo de um novo operador que entre no mercado de PMI, que lhes ofereça tarifas menos elevadas que as oferecidas pelas outras seguradoras PMI.

273 A este respeito, as recorrentes não contestaram, de forma suficientemente precisa e detalhada, a tese de que esta tendência de procurar os riscos reduzidos é reforçada pela obrigação de tarifas comuns. Ora, é pacífico que, à luz desta obrigação, a seguradora PMI não é inteiramente livre para, através de prémios mais elevados, equilibrar o risco económico mais significativo que a cobertura PMI de uma pessoa idosa ou doente implica, pessoa essa que esta seguradora não pode recusar devido à obrigação de adesão aberta. Por um lado, na falta da possibilidade de impor tarifas com base no risco segurado, a seguradora PMI é obrigada a oferecer as mesmas coberturas PMI nas mesmas condições tarifárias a todos os segurados, independentemente da sua idade, do seu sexo e do seu estado de saúde (Section 7 do 2001 Health Insurance Act) e realizar assim o subvencionamento cruzado dos prémios entre os diferentes riscos segurados. Por outro, a seguradora PMI também não pode oferecer coberturas PMI a prémios fixados segundo o risco mais elevado que deve assumir, sob pena de já não poder atrair os clientes jovens e em bom estado de saúde, tendo em conta que estes são essenciais para o seu equilíbrio económico num sistema de subvencionamento cruzado dos prémios.

274 As recorrentes não invocaram elementos concretos capazes de infirmar esta descrição do fenómeno de selecção activa dos riscos num mercado de PMI com tarifas comuns. A este respeito, as recorrentes limitaram-se essencialmente a invocar a possibilidade de as seguradoras PMI segmentarem o mercado em função do risco mediante a definição do conteúdo das coberturas PMI e mediante a fixação do montante dos prémios para poderem compensar os «maus» riscos através de prémios mais elevados. Ora, há que recordar que, pelos motivos enunciados nos n.ºs 229 e 231, *supra*, o argumento relativo à liberdade contratual das seguradoras PMI não pode ser acolhido.

275 Além disso, o Tribunal considera que este argumento tende antes a confirmar a existência de um risco acrescido de selecção dos «bons» riscos num mercado de PMI com tarifas comuns, na medida em que implica que, na prática, as seguradoras PMI procurem compensar, de forma lícita, os efeitos da interdição de imporem tarifas em função do risco segurado através de uma definição especial da cobertura PMI e a fixação dos prémios correspondentes segundo as necessidades de grupos de segurados distintos. Com efeito, as recorrentes alegam que uma seguradora PMI pode atrair clientes jovens e «de bom risco» através de coberturas especialmente adaptadas às suas necessidades e de prémios atractivos, com a consequência de outros grupos de segurados, incluindo os «de mau risco», não serem levados a ou serem mesmo dissuadidos de subscrever essa cobertura, que não lhes convém. Ora, independentemente da questão de saber se essa estratégia de discriminação directa entre segurados — não visada pelas tarifas comuns que só proíbem a discriminação de preços directa — é praticável, o que designadamente a Irlanda contesta, esta estratégia parece tanto mais plausível quanto a concorrência entre as seguradoras PMI é particularmente intensa relativamente aos novos clientes mais jovens, como sucede no presente caso, segundo as declarações concordantes das partes, entre a BUPA Ireland e o VHI. Contudo, nestas circunstâncias, contrariamente à opinião das recorrentes, esta estratégia não nega a existência do fenómeno de selecção activa dos riscos, mas confirma-o, ou até o amplifica. Consequentemente, o argumento das recorrentes baseado na liberdade contratual das seguradoras PMI não consegue demonstrar a inexistência de selecção activa dos riscos. Logo, a declaração da Comissão no ponto 50 da decisão impugnada, relativa à existência de um perigo de selecção activa dos riscos, segundo a qual as seguradoras PMI podiam tentar melhorar o seu perfil de risco através, designadamente, de estratégias selectivas de *marketing*, da definição do conteúdo das coberturas ou de uma diferenciação da qualidade do serviço não está viciada de erro manifesto.

276 A este respeito, o Tribunal admite ser plausível que o perigo de selecção activa dos riscos, e, logo, o risco de instabilidade do mercado, é real e intenso, quando a seguradora PMI com um perfil de risco favorável se lança numa estratégia de «predação» de preços, conforme descrita no ponto 6 do guia do RES. Pelo contrário, esse perigo parece menos intenso, continuando contudo a ser significativo, quando essa seguradora adopta — tal como a recorrida, a Irlanda e o VHI alegam no que diz respeito à BUPA Ireland — uma estratégia de «seguidora» de preços, que consiste em fixar as tarifas para os próprios serviços PMI apenas ligeiramente abaixo das tarifas dos prin-

cipais concorrentes para os mesmos serviços. Com efeito, nestas condições, o incitamento financeiro para o cliente mudar de seguradora PMI parece menos significativo que na hipótese da «predação» dos preços. Contudo, a este respeito, a recorrida e a Irlanda afirmam, sem ser contrariadas pelas recorrentes, que essa estratégia permite contudo seleccionar os «bons» riscos e que, sobretudo, afecta o bom funcionamento do mercado PMI e opõe-se ao objectivo das tarifas comuns através da manutenção de prémios demasiado elevados, em detrimento dos clientes, relativamente aos custos de reembolso que a seguradora PMI com um perfil de risco favorável deve efectivamente suportar.

277 É igualmente plausível que a estratégia de «seguidor» de preços tenha por efeito que a seguradora PMI renuncie, apesar dos seus custos menos elevados, a diminuir o montante dos prémios, o que seria no interesse dos consumidores e conforme ao objectivo das tarifas comuns, unicamente para aumentar os seus lucros. De igual modo, não parece poder excluir-se que uma seguradora PMI com um perfil de risco vantajoso prossiga uma selecção activa dos riscos ao adoptar a estratégia de «seguidor» de preços enquanto o diferencial de preços for suficientemente significativo para atrair os consumidores «de bom risco».

278 O Tribunal considera que tanto a Irlanda como a Comissão, no ponto 50 da decisão impugnada, adiantaram, de forma plausível, que essa prática comercial era susceptível de criar uma espiral viciosa e de desestabilizar assim o equilíbrio e o funcionamento do mercado de PMI com tarifas comuns, na medida em que as seguradoras PMI com perfil de risco favorável são capazes de atrair cada vez mais clientes jovens e em bom estado de saúde para melhorarem assim o seu perfil de risco, ao passo que as seguradoras PMI com perfil de risco desfavorável se vêm cada vez mais sujeitas a uma pressão financeira devido ao desequilíbrio crescente entre os prémios e os custos gerados pelos pedidos de reembolso de um grande número de segurados idosos e em mau estado de saúde.

279 Nestas condições, o Tribunal considera que não está viciada de erro manifesto a consideração feita no ponto 50 da decisão impugnada, segundo a qual, num mercado de PMI sujeito a tarifas comuns, à adesão aberta e à cobertura vitalícia, na falta de

mecanismo de compensação dos riscos, existe um incitamento das seguradoras a seleccionarem os riscos favoráveis para poderem oferecer serviços PMI a preços mais vantajosos a todos os segurados ou para poderem realizar lucros mais elevados do que os das seguradoras PMI concorrentes.

— Quanto à situação no mercado irlandês de PMI

280 O Tribunal recorda que a Comissão declarou, no ponto 51 da decisão impugnada, que, no mercado irlandês de PMI, um perigo de selecção activa dos riscos não pode ser excluído, mesmo que ainda não se tenha podido observar uma instabilidade do referido mercado.

281 A este respeito, há que declarar que, no momento da adopção da decisão impugnada, a BUPA Ireland dispunha de um perfil de risco claramente mais favorável que o do VHI, seu principal concorrente. Sem que haja necessidade de nos pronunciarmos sobre a convertida questão de saber se os rácios de solvabilidade do VHI são satisfatórios ou não, há que observar que as recorrentes não contestaram realmente a exactidão e a pertinência dos dados fornecidos pela recorrida, pela Irlanda e pelo VHI quanto à situação económica, ao perfil de risco do VHI e aos seus custos de reembolso médios mais elevados por segurado, tendo sim admitido que este se via confrontado com um perfil de risco menos são que o da BUPA Ireland (v. n.ºs 135 e 138, *supra*).

282 Além disso, para fundamentar a sua apreciação quanto à existência de um perigo de selecção activa dos riscos, a Comissão baseou-se em elementos de prova que demonstram que a BUPA Ireland tinha, de facto, adoptado uma estratégia de selecção activa dos riscos conjugada com a de «seguidor» de preços propondo tarifas em parte claramente inferiores às do VHI aos grupos de consumidores com idades inferiores a 19 anos (com um diferencial de preços de 10%) e com idades compreendidas entre 19

e 54 anos (com um diferencial de preços de 4%) ao passo que pedia prémios mais elevados (de 20%) às pessoas com idades superiores a 54 anos (ponto 51 e nota de rodapé n.º 9 da decisão impugnada). Há que salientar que as recorrentes se abstiveram, no decurso da instância, incluindo na audiência, de tomar posição relativamente a estes elementos de prova apesar de tanto a recorrida como a Irlanda e o VHI se terem expressamente baseado, nas suas alegações, na prática alegada de «seguidor» de preços da BUPA Ireland.

283 A este respeito, as recorrentes limitaram-se a alegar, em primeiro lugar, que, como novo operador que entrou no mercado irlandês de PMI e devido à inércia dos segurados previamente associados a uma seguradora, a BUPA Ireland teve necessariamente de tomar por alvo os consumidores jovens que pediam uma cobertura pela primeira vez. Embora esta alegação seja plausível e seja apoiada pelas conclusões do relatório Amárach relativas à pequena taxa de migração dos consumidores irlandeses, não pode contudo, por si só, infirmar a conclusão de que houve uma selecção activa dos riscos, tendendo antes a confirmá-la (v. n.º 274, *supra*).

284 Em segundo lugar, as recorrentes alegaram que o VHI praticava uma venda com prejuízo das coberturas PMI destinadas aos segurados idosos e, assim, de risco elevado, o que colocava a BUPA Ireland na impossibilidade de concorrer com o VHI no que diz respeito a este grupo de clientes. Ora, este argumento muito pouco detalhado, contestado pela recorrida e pela Irlanda, não foi fundamentado pelas recorrentes no decurso da instância e, de qualquer forma, não tem fundamento. Com efeito, se houvesse essa venda com prejuízo, esta dificilmente corresponderia a uma lógica económica, porque implicaria que o VHI pretendesse fidelizar os seus clientes de risco elevado e impedir a sua migração para outras seguradoras PMI, oferecendo-lhes prémios particularmente vantajosos que não cobrem os custos de reembolso. Este comportamento seria economicamente irracional visto que estes clientes estão na origem do perfil de risco desfavorável do VHI, do aumento dos seus encargos e, logo, do enfraquecimento da sua posição concorrencial no mercado de PMI.

285 A luz das considerações precedentes, o Tribunal considera que a Comissão dispunha de elementos pertinentes suficientes para concluir, no ponto 51 da decisão impugnada, sem cometer um erro manifesto a este respeito, que não se podia excluir um perigo de selecção activa dos riscos no mercado irlandês de PMI. Além disso, tendo em conta o controlo restrito que se deve fazer no presente caso (v. n.ºs 220 a 222 e 265 a 270, *supra*), a Comissão podia razoavelmente deduzir da existência desse risco de selecção activa dos riscos a presença de um risco de instabilidade do mercado irlandês de PMI (pontos 50 e 51 da decisão impugnada).

286 A este respeito, o facto de a decisão impugnada constatar igualmente que, no passado, ainda não se tinha observado uma instabilidade no mercado não pode afectar a legalidade desta conclusão. Com efeito, atendendo ao seu poder de controlo restrito relativamente ao Estado-Membro (v. n.ºs 220 a 222 e 269, *supra*), a Comissão não podia substituir a apreciação da Irlanda sobre a evolução do mercado irlandês de PMI pela sua própria apreciação. Contudo, a Comissão assegurou-se, de modo suficiente, que, no momento da adopção da decisão impugnada, as condições que permitiam justificar a implementação de um mecanismo de compensação dos riscos para evitar uma futura instabilidade do referido mercado, que poderia resultar de uma selecção activa dos riscos, estavam reunidas. Consequentemente, há que rejeitar o argumento das recorrentes segundo o qual a Comissão aceitou sem razão a tese de uma instabilidade do mercado sem dispor de provas económicas suficientes a este respeito. Por último, atendendo ao carácter plausível da existência de um risco de instabilidade do mercado baseado na selecção activa dos riscos, já não há que verificar se a Comissão podia igualmente concluir de forma válida, no ponto 50 da decisão impugnada, pela presença de um perigo de selecção passiva dos riscos.

4) Quanto à adequação do RES para resolver os desequilíbrios ou a instabilidade do mercado de PMI

287 Por último, há que apreciar se a Comissão podia razoavelmente considerar que o RES constituía um instrumento adequado para resolver o desequilíbrio que pudesse resultar de uma selecção activa dos riscos.

288 Para este efeito, há que recordar, a título preliminar, os elementos essenciais que regem o funcionamento do RES (v. n.<sup>os</sup> 31 a 33, *supra*).

289 De acordo com o RES, o perfil de risco individual e real das seguradoras PMI é determinado, em primeiro lugar, com base em informações periódicas relativas aos custos de reembolso gerados pelos seus segurados, que, para esse efeito, são repartidos em diferentes grupos de idade (correspondentes a uma faixa etária) e de sexo. Esse perfil de risco individual e real assenta no custo efectivo médio por segurado dos referidos grupos e corresponde, na sua totalidade, à média dos custos de reembolso gerados por todos esses grupos. Tendo em conta as informações fornecidas pelas seguradoras sujeitas ao RES, a HIA determina o perfil de risco médio do mercado relativamente a cada um dos grupos.

290 Na etapa seguinte, o perfil individual e real é substituído por esse perfil de risco médio do mercado para identificar os custos hipotéticos em que as seguradoras teriam incorrido (por grupo) se dispusessem desse perfil de risco. O diferencial de custos — seja positivo, seja negativo — entre, por um lado, o perfil de risco individual e real e, por outro, o perfil de risco médio do mercado e hipotético constitui, assim, um valor que resulta dos dados de todas as seguradoras PMI sujeitas ao RES. Por último, esse diferencial de custos deve corresponder, após a eventual aplicação do «zero sum adjustment factor», exactamente ao montante a compensar entre as seguradoras PMI. Mediante a aplicação deste método, o RES estabelece uma relação directa entre, por um lado, o perfil de risco das seguradoras PMI, que é comparado com um perfil de risco médio do mercado e é hipotético, e, por outro, o diferencial dos encargos resultante dos custos de reembolso assim determinado. Daí resulta que, quanto mais o perfil de risco for positivo relativamente ao perfil médio hipotético, mais os custos se podem situar abaixo dos custos médios do mercado e inversamente.

291 Além disso, resulta das considerações enunciadas no n.º 235, *supra*, que existe uma relação efectiva entre os custos adicionais associados a um perfil de risco negativo e, designadamente, as obrigações de adesão aberta e de tarifas comuns e que os objectivos prosseguidos por essas obrigações PMI não poderiam ser atingidos na falta de uma medida correctiva como a previsto pelo RES.

292 Por um lado, o objectivo das tarifas comuns não poderia ser totalmente atingido, visto que estas pressupõem uma repartição equitativa dos custos associados aos segurados e, logo, dos riscos entre seguradoras PMI e que cada uma delas tenha um perfil de risco equilibrado. Com efeito, a finalidade das tarifas comuns, a saber, o financiamento pelos segurados jovens e em bom estado de saúde dos prémios que devem normalmente ser pagos pelos segurados idosos e doentes e, logo, a solidariedade entre gerações ficaria comprometida se uma seguradora PMI só dispusesse, numa situação extrema, de segurados jovens ou segurados idosos e doentes. Por outras palavras, uma seguradora PMI só pode suportar o encargo da adesão aberta e das tarifas comuns se puder compensar os custos gerados pelos pedidos de reembolso dos seus segurados idosos e doentes desproporcionados em relação aos da sua clientela jovem e em bom estado de saúde.

293 Por outro, nestas condições, parece ser plausível que, sem um instrumento de reequilíbrio da repartição dos riscos e de dissuasão de selecção activa dos riscos, o mercado irlandês de PMI regulado desta forma poderia sofrer um desequilíbrio que pusesse em perigo o seu funcionamento e, logo, a própria realização dos referidos objectivos. Uma vez que a obrigação de tarifas comuns incita a que se adoptem práticas comerciais como a selecção activa dos riscos, que criam o risco de pôr esse equilíbrio em perigo (v. n.º 273, *supra*), o RES, tal como a Irlanda, designadamente, alega, constitui um instrumento de reequilíbrio necessário e inerente a um mercado regulamentado sujeito a essas obrigações. Na falta da obrigação de adesão aberta e de tarifas comuns, o equilíbrio do mercado seria mantido e restabelecido meramente pelas forças do mercado e, em especial, através de tarifas baseadas no risco. Ora, se essas tarifas parecem ser aptas para reduzir, numa larga medida, o incitamento à selecção activa dos riscos (ponto 52 *in fine* da decisão impugnada) e, logo, para manter um certo equilíbrio no mercado, não permite atingir o outro objectivo prosseguido pelas obrigações de adesão aberta e de tarifas comuns, a saber, a solidariedade entre gerações mediante a garantia de um acesso mais fácil — graças, designadamente, ao subvenção cruzado dos prémios — das pessoas idosas e doentes aos PMI.

294 Nestas circunstâncias, não pode ser acolhido o argumento das recorrentes, suscitado pela primeira vez na audiência e contestado pela recorrida, pela Irlanda e pelo VHI, segundo o qual a Comissão se baseou, na decisão impugnada, numa concepção



errada das tarifas comuns para justificar a necessidade do RES. Com efeito, nada na decisão impugnada indica que a Comissão se baseou noutras considerações além das expostas nos n.ºs 291 a 293, *supra*. Além disso, tal como a Irlanda, designadamente, alegou na audiência, os fundamentos da decisão impugnada, em especial os que constam dos pontos 24, 41 e 60, referem-se ao princípio das tarifas comuns conforme previsto tanto na Section 7 como na Section 12, n.º 10, alínea iii), do 2001 Health Insurance Act. Por último, contrariamente ao entender das recorrentes, a Comissão não se limitou a apreciar a obrigação de tarifas comuns à luz meramente dos contratos PMI individuais, mas concluiu, no ponto 60 da decisão impugnada, pela necessidade do RES para manter «a estabilidade de um mercado de [PMI] com tarifas comuns» na sua totalidade.

295 À luz das considerações precedentes e tendo em conta que a Comissão podia razoavelmente considerar que, devido a um perigo de selecção activa dos riscos, existia um risco de desequilíbrio no mercado irlandês de PMI, há que considerar que a Comissão não violou a sua obrigação de controlo da necessidade do RES e que considerou validamente que o RES era necessário para que as obrigações PMI fossem cumpridas em condições economicamente aceitáveis. As recorrentes, pelo seu lado, não carregaram elementos que permitissem infirmar a justeza da apreciação exposta nos n.ºs 290 a 293, *supra*, quanto à relação existente entre os diferentes aspectos pertinentes das obrigações PMI e do RES nem demonstraram, de forma jurídica bastante, o carácter manifestamente inadequado do RES para resolver o desequilíbrio identificado.

296 Por conseguinte, há que concluir que a Comissão não cometeu um erro manifesto ao reconhecer a necessidade da introdução do RES no mercado irlandês de PMI e há que rejeitar todas as críticas das recorrentes formuladas nesse contexto.

## iii) Quanto ao carácter proporcionado do RES em si mesmo

297 No que diz respeito ao carácter proporcional do RES em si mesmo, resulta das considerações enunciadas nos n.ºs 228 a 243, *supra*, que as recorrentes não demonstraram que a compensação feita através dos pagamentos RES era desproporcionada relativamente aos custos adicionais associados ao cumprimento das obrigações PMI. Consequentemente, devem julgar-se improcedentes os argumentos das recorrentes, suscitados no âmbito do segundo fundamento, que visam pôr em causa o carácter adequado e proporcionado dos critérios pertinentes que regulam o cálculo dos pagamentos RES, designadamente, na medida em que dão lugar, segundo as recorrentes, a uma partilha dos custos associados à falta de eficiência em proveito das seguradoras PMI beneficiárias dos referidos pagamentos (v. n.º 138, *supra*). Tendo os argumentos relativos a uma alegada partilha da falta de eficiência sido julgados improcedentes, o Tribunal não tem que se pronunciar, no presente caso, sobre a questão de saber se, de forma geral, também se deve ter em conta a eficiência do operador encarregado de uma missão SIEG ao apreciar o carácter proporcionado à luz do artigo 86.º, n.º 2, CE (v. n.º 139, *supra*).

298 Além disso, as recorrentes contestaram o carácter proporcionado do RES alegando, em primeiro lugar, que, atendendo à diferença de riscos existente entre a BUPA Ireland e o VHI, a percentagem mínima de 2% dessa diferença para desencadear o RES (ponto 54 da decisão impugnada) não tinha efeito prático; em segundo lugar, que o factor da ponderação do estado de saúde, mesmo estando limitado a 50% da utilização das instalações hospitalares (ponto 57 da decisão impugnada), não tinha relação nem com as obrigações PMI nem com a justificação do RES invocada; em terceiro lugar, que a exclusão dos novos operadores da aplicação do RES durante três anos (ponto 58 da decisão impugnada) não compensava o efeito dissuasor do RES que constituía uma barreira à entrada e, em quarto lugar, que o RES não previa, contrariamente ao RES neerlandês, um mecanismo que corrigisse as compensações excessivas.

299 Atendendo ao carácter restrito do controlo administrativo e do controlo jurisdicional a fazer no presente caso (v. n.ºs 220 a 222 e 269, *supra*), o Tribunal considera, antes de mais, que as recorrentes não demonstraram, de modo suficiente, que

a percentagem de 2% de diferença de riscos constituía um critério manifestamente inadequado ou desproporcionado, tanto mais que essa percentagem não conduz necessariamente ao desencadeamento do RES, tendo em conta a ampla margem de apreciação de que as autoridades irlandesas dispõem a este respeito (pontos 22 a 24 e 54 da decisão impugnada e ponto 265, *supra*).

300 De igual modo, não se pode acolher a tese de que o factor de ponderação do estado de saúde não está associado às obrigações PMI e à justificação do RES. A este respeito, a recorrida e a Irlanda explicaram, sem ser contrariadas pelas recorrentes, que a tomada em conta dos custos de reembolso dos diferentes grupos de idade e de sexo não reflecte necessária e totalmente o perfil de risco individual e real de uma seguradora PMI, devido, designadamente, às diferenças que possam existir dentro desses grupos, o que torna necessária a aplicação, limitada a 50%, de um ajustamento baseado na utilização das instalações hospitalares (pontos 28 e 57 da decisão impugnada). Ora, na medida em que a aplicação deste factor de ajustamento, não previsto actualmente, visa determinar, da forma mais fiável possível, as diferenças de risco reais entre as seguradoras PMI e, logo, os custos adicionais a elas associados, este factor integra-se totalmente na lógica da compensação prevista pelo RES para os encargos decorrentes do cumprimento das obrigações PMI (v. pontos 234 e segs., *supra*).

301 No que diz respeito ao alegado efeito dissuasor do RES relativamente aos novos operadores potenciais, as próprias recorrentes admitem que a isenção temporária da aplicação do RES durante os três primeiros anos de actividade de uma seguradora PMI no mercado irlandês de PMI, que foi prevista precisamente para evitar um eventual efeito de exclusão desse mercado e para não dissuadir os operadores de nele entrarem, é capaz de baixar a alegada barreira de entrada. De qualquer forma, mesmo pressupondo que o RES reforça as barreiras de entrada no mercado, esta constatação, por si só, não permite considerar que o RES seja um instrumento manifestamente inadequado ou desproporcionado. Admitir o contrário equivaleria a pôr em causa a própria existência do sistema de compensação dos riscos instituído pelo RES, bem como a realização dos diferentes objectivos prosseguidos pelas obrigações PMI (v. n.ºs 291 a 293, *supra*) e, logo, o poder discricionário do legislador irlandês quanto à organização do sector da saúde na Irlanda.

302 Além disso, se o levantamento de barreiras à entrada no mercado irlandês de PMI em detrimento de novos operadores potenciais é uma consequência necessária da implementação do RES, resulta de uma ponderação dos objectivos do RES e dos interesses implicados que esses objectivos devem sobrepor-se à necessidade de facilitar o acesso ao mercado. A título suplementar, há que declarar que o argumento das recorrentes é igualmente contrariado pela entrada no mercado de PMI, em Outubro de 2004, da seguradora PMI Vivas Healthcare (v. n.º 22, *supra*), quando o projecto de accionar o RES já tinha sido concretizado, demonstrando esta entrada simultaneamente que, contrariamente à opinião das recorrentes, a isenção temporária da aplicação do RES durante três anos, de que esta seguradora beneficia, reduz a importância da alegada barreira à entrada.

303 Por último, à luz das considerações enunciadas no n.º 235, *supra*, relativas ao método de cálculo dos pagamentos RES, que só visam compensar os encargos associados ao cumprimento das obrigações PMI, não se pode considerar o argumento das recorrentes segundo o qual o RES deveria prever um mecanismo particular para evitar compensações excessivas além dos mecanismos que já comporta para esse efeito, como o limite dos custos reembolsáveis. A comparação com o RES neerlandês feita pelas recorrentes neste contexto é irrelevante visto que, tal como elas próprias admitem, existem diferenças fundamentais entre este sistema e o RES, sendo o primeiro um sistema híbrido no âmbito do qual o Estado cobre 50% dos custos do fornecimento dos serviços PMI através de auxílios directos.

304 À luz das considerações precedentes, conclui-se que as recorrentes não demonstraram o carácter manifestamente inadequado e desproporcionado do RES. Consequentemente, a Comissão podia validamente concluir, sem cometer um erro manifesto a esse respeito, pelo carácter proporcionado do RES na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE. Isto é tanto mais verdade quanto, conforme exposto no ponto 59 da decisão impugnada, todas as decisões adoptadas pelas autoridades irlandesas para desencadear o RES são susceptíveis de recurso contencioso efectivo, como confirma, de resto, o processo que culminou no acórdão da High Court de 23 de Novembro de 2006 (v. n.ºs 24 a 26, *supra*).

305 Por conseguinte, deve julgar-se improcedente o fundamento baseado na falta de proporcionalidade do RES na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE.

iv) Quanto à afectação das trocas comunitárias numa medida contrária ao interesse da Comunidade

306 Por último, as recorrentes criticam a Comissão por não ter apreciado o critério da afectação das trocas comerciais numa medida contrária ao interesse da Comunidade, na acepção do artigo 86.º, n.º 2, *in fine*, CE e salientam que a decisão impugnada não fornece qualquer fundamentação quanto a este aspecto. A este respeito, as recorrentes pretendem demonstrar, designadamente no terceiro, no quarto, no quinto e no sétimo fundamentos, que o RES é contrário ao interesse da Comunidade na medida em que viola outras disposições de direito comunitário. Em especial, em apoio do quarto e do quinto fundamentos sustentam, fazendo uma apreciação da eventual afectação das trocas intracomunitárias e do interesse da Comunidade, ao abrigo do artigo 86.º, n.º 2, CE, que a Comissão estava obrigada a apreciar a compatibilidade do RES com o artigo 82.º CE, com a livre prestação de serviços e com a liberdade de estabelecimento, bom como com a terceira directiva sobre o seguro não vida.

307 A este respeito, há que recordar que a Comissão considerou, no ponto 61 da decisão impugnada, que, mesmo que a compensação prevista para as obrigações SIEG em causa devesse ser considerada um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, o elemento de auxílio seria compatível com o mercado comum ao abrigo do artigo 86.º, n.º 2, CE, sem prejuízo de uma eventual compatibilidade com outras regras de direito comunitário, em especial com a terceira directiva sobre o seguro não vida, cuja apreciação deveria ser feita no âmbito de procedimentos adequados.

308 O Tribunal considera, por um lado, que a expressão «compatível com o mercado comum ao abrigo do artigo 86.º, n.º 2, CE» se refere necessariamente ao critério da afectação das trocas comerciais numa medida contrária ao interesse da Comunidade. Por outro, a referência à terceira directiva sobre o seguro não vida e a outras regras do Tratado implica que a Comissão teve em conta, no âmbito da aplicação do artigo 86.º, n.º 2, CE, a incidência do RES designadamente na livre prestação de serviços e na liberdade de estabelecimento. Nestas circunstâncias, mesmo que a fundamentação a este respeito possa parecer sucinta, é, contudo, suficiente para demonstrar que a Comissão entendia que o RES não afectava as trocas numa medida contrária ao interesse da Comunidade. Por último, na medida em que as recorrentes criticam a Comissão por não ter apreciado, de forma diligente e completa, se o RES era compatível com outras disposições de direito comunitário e por não ter fundamentado a decisão impugnada a este respeito, esta crítica deve ser apreciada no âmbito do terceiro, do quarto, do quinto e do sétimo fundamentos.

309 Consequentemente, a crítica relativa à falta de apreciação e de fundamentação quanto ao critério da afectação das trocas intracomunitárias numa medida contrária ao interesse da Comunidade, na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE, não pode ser acolhida.

310 Por conseguinte, há que julgar o segundo fundamento totalmente improcedente.

### *C — Quanto à admissibilidade do terceiro, do quarto e do quinto fundamentos*

#### 1. Argumentos das partes

311 A recorrida sustenta que as recorrentes não têm legitimidade para invocar a alegada violação das outras disposições de direito comunitário, no terceiro, no quarto, no

quinto e no sétimo fundamentos. Essas disposições só são pertinentes, na apreciação a fazer à luz das regras em matéria de auxílios de Estado, quando estão estreitamente associadas à concessão do próprio auxílio (acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Setembro de 2000, Alemanha/Comissão, C-156/98, Colect. p. I-6857, n.º 85), o que não se passa no presente caso.

312 As recorrentes sustentam, por seu turno, no terceiro fundamento que, segundo jurisprudência assente, resulta do sistema geral do Tratado que o procedimento previsto no artigo 88.º do Tratado não deve nunca atingir um resultado que seja contrário às disposições específicas do Tratado. Assim sendo, um auxílio de Estado que, em algumas das suas modalidades, viole outras disposições do Tratado não pode ser declarado compatível com o mercado comum pela Comissão (acórdãos do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2001, Portugal/Comissão, C-204/97, Colect. p. I-3175, n.º 41, e Alemanha/Comissão, referido no n.º 311, *supra*, n.º 78).

## 2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

313 Antes de mais, há que observar, tal como a recorrida sustenta, a eventual obrigação da Comissão de tomar posição, de forma definitiva, num procedimento em matéria de auxílios por força do Regulamento n.º 659/1999, quanto à existência ou à inexistência de violação das disposições de direito comunitário diversas das dos artigos 87.º CE e 88.º CE, eventualmente conjugados com o artigo 86.º CE, colidiria, por um lado, com as regras e garantias processuais — em parte fortemente divergentes e que implicam consequências jurídicas distintas — que são próprias dos processos especialmente previstos para o controlo da aplicação dessas disposições e, por outro, com o princípio da autonomia dos processos administrativos e das vias de recurso. A este respeito, há que recordar, além disso, que, mesmo a pretexto de um recurso de anulação de uma decisão em matéria de auxílios de Estado, um particular não tem legitimidade, tendo em conta o poder discricionário da Comissão neste contexto, para questionar a falta de instauração de uma acção por omissão,

nos termos do artigo 226.º CE, ou de tomada de posição da Comissão relativamente a uma eventual violação por um Estado-Membro das disposições do Tratado (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Outubro de 2003, *Panhellenic Union of Cotton Ginnery and Exporters/Comissão*, T-148/00, *Colect. p. II-4415*, n.º 62, e jurisprudência aí referida).

314 As recorrentes não podem invocar com sucesso a jurisprudência segundo a qual resulta da economia geral do Tratado que o procedimento do artigo 88.º CE nunca deve conduzir a um resultado contrário às disposições específicas do Tratado. Segundo esta jurisprudência, embora a Comissão disponha de uma margem de apreciação quando se pronuncia sobre a compatibilidade de um regime de auxílios com o mercado comum, é, contudo, obrigada a assegurar, ao fazer essa apreciação, que o processo não culmine num resultado contrário às disposições especiais do Tratado, diversas das dos artigos 87.º CE e 88.º CE, designadamente quando as modalidades de um auxílio que viola essas disposições estão de tal forma indissociavelmente associadas ao objecto do auxílio que não é possível apreciá-las isoladamente (v., neste sentido, acórdão *Matra/Comissão*, referido no n.º 72, *supra*, n.º 41, e jurisprudência aí referida). Ora, embora essa obrigação seja a expressão de um princípio geral segundo o qual toda e qualquer aplicação do direito comunitário deve ser efectuada em conformidade com as regras superiores de direito, não implica, contudo, que a Comissão seja obrigada a aplicar, no âmbito de um processo em matéria de auxílios, as regras especialmente previstas para o controlo da aplicação de outras disposições do Tratado nem adoptar uma ou várias decisões que produzam efeitos jurídicos mistos. Com efeito, por força dessa obrigação, a Comissão só deve efectuar uma apreciação à luz das disposições pertinentes que não fazem parte, no sentido estrito, do direito dos auxílios quando algumas das modalidades dos auxílios em causa estão de tal forma associadas ao seu objecto que a sua eventual falta de conformidade com as referidas disposições afectaria necessariamente a compatibilidade desse auxílio com o mercado comum. Ora, no presente caso, por um lado, as recorrentes não explicaram nem demonstraram de forma bastante que as modalidades particulares da execução do RES, que alegadamente violam outras disposições de direito comunitário, estavam indissociavelmente associadas ao objecto dos auxílios em causa, a saber, os pagamentos de compensação. Por outro, há que recordar que foi acertadamente que a Comissão concluiu, no artigo 1.º da decisão impugnada, que o RES não constituía um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE e que, consequentemente, de



qualquer forma, esse artigo não implicava uma declaração de compatibilidade com o mercado comum na acepção da jurisprudência já referida *supra*. Por conseguinte, nem que seja apenas por estes motivos, o terceiro, o quarto e o quinto fundamentos devem ser julgados improcedentes.

315 Além disso, resulta de jurisprudência assente que o poder de apreciação conferido à Comissão pelo artigo 88.º CE em matéria de auxílios não lhe permite autorizar os Estados-Membros a derrogar disposições de direito comunitário diversas das relativas à aplicação do artigo 87.º, n.º 1, CE (acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 1992, Keratina — Keramische und Finanz-Holding e Vioktimatiki, C-134/91 e C-135/91, Colect. p. I-5699, n.º 20, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Setembro de 2000, BP Chemicals/Comissão, T-184/97, Colect. p. II-3145, n.º 55). Daqui resulta, por um lado, que a Comissão não pode tomar definitivamente posição, no âmbito de um processo em matéria de auxílios, quanto ao cumprimento de outras disposições de direito comunitário cujo controlo deva ser feito noutra regime processual. Donde resulta, por outro lado, que, devendo a tomada de posição definitiva e juridicamente vinculante da Comissão ficar limitada aos aspectos do auxílio, só estes podem causar prejuízo, diversamente dos aspectos que resultam de outras disposições de direito comunitário que não constituem o suporte necessário da parte decisória da sua decisão (v., neste sentido e por analogia, acórdão Panhellenic Union of Cotton Ginners and Exporters/Comissão, referido no n.º 313, *supra*, n.ºs 57 e 58).

316 A este respeito, há que recordar que, segundo jurisprudência assente, sejam qual forem os motivos sobre os quais assenta uma decisão, apenas a parte decisória da mesma é susceptível de produzir efeitos jurídicos e, por consequência, de causar prejuízo. Pelo contrário, as apreciações formuladas nos fundamentos de uma decisão não podem, por si sós, ser objecto de um recurso de anulação. Apenas podem ser sujeitas à fiscalização da legalidade do juiz comunitário na medida em que, enquanto fundamentos de um acto que causa prejuízo, constituam o suporte necessário do dispositivo desse acto (despacho do Tribunal de Justiça de 28 de Janeiro de 2004, Países Baixos/Comissão, C-164/02, Colect., p. I-1177, n.º 21; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 19 de Março de 2003, CMA CGM e o./Comissão, T-213/00, Colect., p. II-913, n.º 186; v. igualmente n.º 260, *supra*), e se, pelo menos, estes fundamentos forem susceptíveis de modificar a substância do que foi decidido na parte

decisória do acto em questão (v., nesta acepção, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Novembro de 2002, Agardère e Canal+/Comissão, T-251/00, Colect., p. II-4825, n.ºs 67 e 68). Donde resulta por maioria de razão que a falta completa de menção de disposições diversas das relativas aos auxílios de Estado tanto na parte decisória como no fundamento de uma decisão adoptada nos termos dos artigos 87.º CE e 88.º CE e, se for esse o caso, do artigo 86.º, n.º 2, CE, não pode causar prejuízo a um particular e conferir-lhe um interesse processual.

317 No presente caso, deve salientar-se que a decisão impugnada é uma decisão de não levantar objecções relativamente às medidas de auxílio notificadas, nos termos do artigo 4.º do Regulamento n.º 659/1999, que só é dirigida à Irlanda e que não constitui, nem pela sua forma nem pela sua substância, uma resposta expressa à denúncia das recorrentes (v., neste sentido, acórdão Comissão/Sytraval e Brink's France, referido no n.º 72, *supra*, n.º 45). Por conseguinte, a referida decisão não pode ser interpretada no sentido de que dá resposta, nem que seja de forma implícita, a todas as críticas formuladas pelas recorrentes, incluindo as relativas à violação dos artigos 82.º CE, 43.º CE e 49.º CE ou das disposições da terceira directiva sobre o seguro não vida. Nestas condições, a falta de apreciação destas críticas tanto na parte decisória como na fundamentação da decisão impugnada não produz efeitos juridicamente vinculativos face às recorrentes e não pode causar-lhes prejuízo, de forma que não têm legitimidade para interpor recurso de anulação da decisão impugnada. Por conseguinte, foi com razão que a Comissão declarou, no ponto 61 da decisão impugnada, que a apreciação efectuada ao abrigo do artigo 87.º CE e do artigo 86.º CE foi feita sem prejuízo da apreciação, a fazer segundo os procedimentos adequados, da compatibilidade do RES com outras disposições pertinentes do direito comunitário e, em particular, com as da terceira directiva sobre o seguro não vida.

318 Por último, contrariamente à tese das recorrentes, a redacção do artigo 86.º, n.º 2 *in fine*, CE, não infirma esta apreciação. Por um lado, o critério da afectação das trocas comerciais numa medida contrária ao interesse da Comunidade não implica a obrigação da Comissão de verificar, de forma definitiva e completa, se as medidas estatais notificadas violam outras disposições de direito comunitário. Por outro, tal como a recorrida alega, a tese das recorrentes é contraditória, na medida em que a sua aplicação retiraria todo o efeito útil ao artigo 86.º, n.º 2, CE como derrogação das

regras do Tratado. Com efeito, uma derrogação dessas nunca poderia produzir os seus efeitos se a sua aplicação devesse assegurar simultaneamente o pleno respeito das regras que se destina a derrogar.

319 O Tribunal conclui de todas as considerações precedentes que as recorrentes não têm legitimidade para invocar, no recurso interposto da decisão impugnada, o terceiro, o quarto, o quinto e o sétimo fundamentos, na medida em que estes se baseiam na violação dos artigos 82.º CE, 43.º CE e 49.º CE e da terceira directiva sobre o seguro não vida.

320 Por conseguinte, o terceiro, o quarto e o quinto fundamentos devem ser julgados inadmissíveis ou, pelo menos, improcedentes, sem que haja necessidade de apreciar o seu mérito. O sétimo considerando também deve ser julgado inadmissível na medida em que se refere às disposições de direito comunitário especificamente visadas pelo terceiro, quarto e quinto fundamentos.

*D — Quanto ao sexto fundamento, relativo à omissão do procedimento formal de investigação nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE*

#### 1. Argumentos das partes

321 Segundo as recorrentes, à luz de todas as considerações precedentes, a Comissão agiu ilegalmente ao abster-se de dar início ao procedimento formal de investigação, nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE, que teria permitido decidir com pleno conhecimento dos factos pertinentes do presente caso. A decisão impugnada foi adoptada após o exame preliminar, ao abrigo do artigo 88.º, n.º 3, CE, que visa unicamente permitir à

Comissão formar uma opinião *prima facie* quanto à compatibilidade do auxílio com o mercado comum. Ora, a Comissão não pode limitar-se a essa apreciação preliminar a não ser que esta seja suficiente para se assegurar dessa compatibilidade (acórdãos *Matra/Comissão*, referido no n.º 72 *supra*, n.ºs 16 e 33; *Cook/Comissão*, referido no n.º 66, *supra*, n.ºs 22 e 29; *Comissão/Sytraval e Brink's France*, referido no n.º 72, *supra*, n.ºs 38 e 39, e *Portugal/Comissão*, referido no n.º 312, *supra*, n.ºs 32 e 33), o que não se passa no presente caso.

322 A este respeito, a Comissão é obrigada a apreciar todos os elementos de facto e todos os argumentos jurídicos levados ao seu conhecimento pelas empresas cujos interesses podem ser afectados pela concessão de um auxílio (acórdãos *Comissão/Sytraval e Brink's France*, referido no n.º 72, *supra*, n.º 51, e *Portugal/Comissão*, referido no n.º 312, *supra*, n.º 35). Neste contexto, as recorrentes recordam os seus argumentos respeitantes, por um lado, à inexistência de obrigações SIEG e de condições que permitam a sua compensação e, por outro, a violação da liberdade de estabelecimento, da livre prestação de serviços e da terceira directiva sobre o seguro não vida, bem como do artigo 86.º, n.º 1, conjugado com o artigo 82.º CE. Segundo as recorrentes, estes argumentos suscitam questões complexas que exigem elementos de prova factuais e económicos detalhados, que não podem ser avaliados fora do procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE. Isto é corroborado pelo facto de a Comissão não ter apreciado esses argumentos correctamente, ou não os ter sequer apreciado.

323 As recorrentes contestam a afirmação de que a instauração do procedimento formal de investigação não lhes teria possibilitado uma melhor posição para formularem as suas objecções relativamente ao RES. As regras que regulam este procedimento impõem obrigações particulares à Comissão, que não foram respeitadas no presente caso, como a publicação da decisão de dar início ao mesmo no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, exigida no artigo 26.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999, e a exigência, feita no artigo 6.º do referido regulamento, de convidar as partes interessadas a apresentarem as suas observações, de as apreciar e de as comunicar ao Estado-Membro.

324 Quanto ao argumento de que as recorrentes não explicaram as razões pelas quais a Comissão devia ter tido dúvidas sérias quanto à compatibilidade do RES com o artigo 87.º CE, as recorrentes recordam que expuseram, de forma detalhada, os elementos que demonstram que esse processo colocava dificuldades sérias relativamente ao direito dos auxílios de Estado. Mesmo admitindo que os fundamentos quanto ao mérito das recorrentes não procedam, a simples complexidade do presente caso, conforme descrita designadamente a propósito do primeiro e do segundo fundamentos, exigira o início do procedimento formal de investigação, por força do artigo 88.º, n.º 2, CE. As recorrentes acrescentam que a Comissão apreciou o RES durante quatro anos antes de adoptar a decisão impugnada. Ora, numa instrução com uma duração tão longa, não é normal que não tenha sido instaurado ao procedimento formal de investigação.

325 Consequentemente, a decisão impugnada deve ser anulada por omissão ilegal do procedimento formal de investigação, nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE.

326 A recorrida, apoiada pela Irlanda, alega que as recorrentes, a quem incumbe o ónus da prova, não explicaram as razões pelas quais a Comissão devia ter tido dúvidas sérias relativamente à compatibilidade do RES com o artigo 87.º CE e, inversamente, quais as razões pelas quais a Comissão não pôde apreciar as alegadas questões económicas complexas do presente caso sem instaurar o procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE. Além disso, tendo em conta que as recorrentes apresentaram várias alegações e encontraram os representantes da Comissão no decurso da instrução da sua denúncia, deviam ter precisado as razões pelas quais teriam ficado em melhor posição para se opor ao RES se a Comissão tivesse instaurado o procedimento formal de investigação. De qualquer forma, as recorrentes nada acrescentam aos outros fundamentos relativos à legalidade do mérito da decisão impugnada e mais não fazem que reiterá-los a pretexto do presente fundamento.

## 2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

327 A título liminar, o Tribunal observa que, ao abrigo do artigo 4.º, n.º 3, do Regulamento n.º 659/1999, a Comissão, no fim da análise preliminar, está habilitada a

adoptar uma decisão de não levantar objecções se a medida notificada não apresentar dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum. Pelo contrário, por força do artigo 4.º, n.º 4, do referido regulamento, se essas dúvidas existirem, a Comissão deve dar início ao procedimento formal de investigação na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE e do artigo 6.º do referido regulamento.

328 A este respeito, há ainda que recordar que a Comissão deve dar início ao procedimento formal de investigação designadamente se, à luz das informações obtidas no decurso da análise preliminar, continuar confrontada com dificuldades sérias de apreciação da medida considerada. Esta obrigação resulta directamente do artigo 88.º, n.º 3, CE, conforme foi interpretado pela jurisprudência, e é confirmada pelas disposições conjugadas do artigo 4.º, n.º 4, e do artigo 13.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999, quando a Comissão constata, após a análise preliminar, que a medida ilegal suscita dúvidas quanto à sua compatibilidade (v., neste sentido, acórdão *British Aggregates/Comissão*, referido no n.º 69, *supra*, n.º 165).

329 Com efeito, conforme resulta de jurisprudência assente, o procedimento do artigo 88.º, n.º 2, CE reveste um carácter indispensável sempre que a Comissão se depare com dificuldades sérias para apreciar se um auxílio é compatível com o mercado comum. Portanto, a Comissão só se pode limitar à fase preliminar do artigo 88.º, n.º 3, CE para adoptar uma decisão favorável a uma medida estatal notificada se tiver a convicção, no termo de um primeiro exame, de que essa medida não pode ser qualificada de auxílio na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, ou de que, embora constituindo um auxílio, é compatível com o mercado comum. Pelo contrário, se esse primeiro exame tiver levado a Comissão à convicção oposta ou não tiver permitido ultrapassar todas as dificuldades suscitadas pela apreciação de compatibilidade da medida em causa, a instituição tem o dever de se rodear de todos os pareceres necessários e dar início, para o efeito, ao procedimento do artigo 88.º, n.º 2, CE (acórdãos *Matra/Comissão*, referido no n.º 72, *supra*, n.º 33, e *Comissão/Sytraval e Brink's France*, referido no n.º 72, *supra*, n.º 39 e *British Aggregates/Comissão*, referido no n.º 69, *supra*, n.º 166).

- 330 Essa obrigação de dar início ao procedimento formal de investigação impõe-se, em particular, quando, depois de ter procedido, com base nas informações prestadas pelo Estado-Membro em causa, a uma análise suficiente da medida estadual controvertida, a Comissão continua a ter dúvidas sobre a qualificação da medida examinada como auxílio na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, bem como sobre a sua compatibilidade com o mercado comum (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Março de 2005, Itália/Comissão, C-400/99, Colect. p. I-3657, n.ºs 47 e 48, e acórdão *British Aggregates/Comissão*, referido no n.º 69, *supra*, n.º 167)
- 331 Ora, o Tribunal entende que, à luz destas exigências, a Comissão, ao adoptar a decisão impugnada, não violou o alcance do artigo 88.º, n.º 3, CE, nem o do artigo 4.º, n.ºs 2 e 4, do Regulamento n.º 659/1999.
- 332 Sem que haja necessidade de se pronunciar sobre a questão de saber se as recorrentes estariam em melhor posição, no âmbito do procedimento formal de investigação e com base nas garantias processuais que lhe são expressamente conferidas pelo artigo 88.º, n.º 2, CE, para apresentar efectivamente as suas objecções contra o RES, o Tribunal reconhece que as recorrentes puderam defender o seu ponto de vista amplamente, através da sua denúncia e de outras alegações e estudos apresentados na Comissão, antes da adopção da decisão impugnada.
- 333 Além disso, o Tribunal deduz da sua apreciação que conduziu ao juízo de improcedência do primeiro, do segundo, do terceiro, do quarto e do quinto fundamentos que, com base nas informações pertinentes fornecidas tanto pela Irlanda como pelas recorrentes, a Comissão podia validamente considerar que o RES, apesar de necessitar de uma análise de factos economicamente complexos, não suscitava dificuldades sérias nem dúvidas quanto à apreciação da existência de um auxílio de Estado e da sua compatibilidade com o mercado comum. Com efeito, o Tribunal considera que, à luz das considerações enunciadas nos n.ºs 157 e seguintes *supra*, não existe

nenhum indício, mesmo depois de as recorrentes terem desenvolvido os seus argumentos a esse respeito, de forma abundante, no decurso da instância, que confirmam a afirmação de que o resultado da apreciação do RES pela Comissão, no fim de um procedimento formal de investigação, poderia ter sido diferente do atingido na decisão impugnada, que conclui que o referido RES não implica um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, bem como pela presença das condições de aplicação da derrogação prevista no artigo 86.º, n.º 2, CE.

334 Nestas condições, o presente fundamento deve ser julgado improcedente.

*E — Quanto ao sétimo fundamento, relativo a uma falta de fundamentação na acepção do artigo 253.º CE*

#### 1. Argumentos das partes

335 As recorrentes alegam que a decisão impugnada viola o dever de fundamentação conforme interpretado pela jurisprudência assente (acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Fevereiro de 1996, Comissão/Conselho, C-122/94, Colect. p. I-881, n.º 29). A fundamentação da referida decisão caracteriza-se pela repetição, sem apreciação adequada dos elementos fornecidos em seu apoio, das afirmações e das conclusões jurídicas e factuais das autoridades irlandesas. Esta falta de fundamentação é particularmente grave atendendo à contestação pelas recorrentes da análise factual, económica e jurídica pertinente apresentada pelas referidas autoridades.

336 Assim, nos pontos 40, 53 e 60 da decisão impugnada, que se referem ao RES como instrumento de compensação das obrigações PMI, a Comissão não identifica nem os custos dessas obrigações nem os pagamentos RES previsíveis. Também não explica



a razão pela qual esses pagamentos são estritamente necessários para compensar esses custos. No ponto 50 da decisão impugnada, a Comissão limita-se a mencionar «estudos económicos» que vêm em apoio das declarações das autoridades irlandesas. Ora, a Comissão admitiu posteriormente ter tido em conta sete estudos dos quais só dois são mencionados na fundamentação da decisão impugnada. Além disso, embora a Comissão conclua, no ponto 61 da decisão impugnada, pela compatibilidade de um eventual auxílio de Estado com o mercado comum, nos termos do artigo 86.º, n.º 2, CE, não explica, na fundamentação da referida decisão, se as alegadas obrigações SIEG foram confiadas ao VHI ou à BUPA Ireland nem as razões que a levam a considerar que os pagamentos RES são estritamente proporcionados relativamente aos custos e aos rendimentos pertinentes e que o RES não afecta o desenvolvimento das trocas comerciais numa medida contrária ao interesse da Comunidade. Por último, a Comissão limita-se a afirmar, numa frase única no ponto 61 da decisão impugnada, que o RES não viola a terceira directiva sobre o seguro não vida e não menciona em parte alguma a questão, suscitada pelas recorrentes, da violação do artigo 86.º, n.º 1, conjugado com o artigo 82.º CE, nem da violação dos artigos 43.º CE e 49.º CE.

337 A recorrida pede que o presente fundamento seja julgado improcedente.

## 2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

338 Antes de mais, há que recordar que, à luz das considerações enunciadas nos n.ºs 313 a 320, *supra*, o presente fundamento é inadmissível na medida em que faz referência às alegadas ilegalidades invocadas no terceiro, no quarto e no quinto fundamentos.

339 Em seguida, há que recordar que, segundo jurisprudência assente, o alcance do dever de fundamentação depende da natureza do acto em causa e do contexto em que

foi adoptado. A fundamentação deve revelar de forma clara e inequívoca o raciocínio da instituição, de forma a, por um lado, permitir aos interessados conhecer a justificação da medida adoptada para poderem defender os seus direitos e verificarem se a decisão tem ou não razão de ser, e, por outro, permitir ao juiz comunitário exercer o seu controlo da legalidade (acórdão Comissão/Sytraval e Brink's France, referido no n.º 72, *supra*, n.º 63; acórdãos do Tribunal de 6 de Março de 2003, Westdeutsche Andesbank Girozentrale e And Nordrhein-Westfalen/Comissão, T-228/99 e T-233/99, Colect. p. II-435, n.º 78; de 14 de Janeiro de 2004, Fleuren Compost/Comissão, T-109/01, Colect. p. II-127, n.º 119, e Corsica Ferries France/Comissão, referido no n.º 221, *supra*, n.º 62).

340 No que diz respeito à falta de fundamentação alegada no contexto da aplicação do artigo 87.º, n.º 1, CE e do artigo 86.º, n.º 2, CE, há que declarar, antes de mais, que, conforme resulta das considerações enunciadas nos n.ºs 171 e seguintes, *supra*, os fundamentos da decisão impugnada permitiram, no seu conjunto, por um lado, às recorrentes contestar de forma detalhada a justeza da referida decisão perante o juiz comunitário e, por outro, a este último exercer plenamente o seu controlo da legalidade. No que se refere mais particularmente às alegadas falhas de fundamentação constantes dos pontos 40, 50, 53, 60 e 61 da decisão impugnada, relativas designadamente à necessidade e ao carácter proporcionado da compensação prevista pelo RES relativamente aos custos adicionais associados ao perfil de risco negativo de uma seguradora PMI, basta fazer referência aos n.ºs 228 e seguintes, *supra*, para concluir pela inexistência dessas falhas na referida decisão.

341 No que diz respeito à falta de menção, na decisão impugnada, de cinco estudos utilizados pela Comissão, há que recordar que, segundo jurisprudência assente, não é exigido 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 não apenas à luz da sua redacção, mas também do seu contexto e do conjunto das regras jurídicas que regulam a matéria em causa (acórdãos do Tribunal de Justiça de 29 de Fevereiro de 1996, Bélgica/Comissão, C-56/93, Colect. p. I-723, n.º 86, e de 15 de Maio de 1997, Siemens/Comissão, C-278/95 P, Colect. p. I-2507, n.º 17; acórdãos Corsica Ferries France/Comissão, referido no n.º 221, *supra*, n.º 63, e British Aggregates/Comissão,

referido no n.º 69, *supra*, n.º 141). Em especial, a Comissão não é obrigada a tomar posição sobre todos os argumentos invocados perante ela pelos interessados, bastando-lhe expor os factos e as considerações jurídicas que assumam uma importância essencial na economia da decisão (acórdãos Westdeutsche Andesbank Girozentrale e And Nordrhein-Westfalen/Comissão, referido no n.º 339, *supra*, n.º 280, e Corsica Ferries France/Comissão, referido no n.º 221, *supra*, n.º 64).

342 À luz das considerações enunciadas designadamente nos n.ºs 228 e seguintes e 273 e seguintes *supra*, o Tribunal considera que a Comissão expôs os argumentos e factos económicos essenciais que sustentam a sua análise, ao mesmo tempo que citou, nas notas de rodapé n.º 9 e n.º 10 da decisão impugnada, pelo menos, dois estudos pertinentes em apoio da sua análise. Nestas condições, a crítica das recorrentes relativa à falha na fundamentação por a Comissão não ter discutido expressamente, na decisão impugnada, os resultados dos outros estudos não pode ser acolhida.

343 Por último, no que diz respeito à fundamentação da inexistência de afectação das trocas comerciais entre os Estados-Membros numa medida contrária ao interesse comunitário, basta fazer referência às considerações enunciadas nos n.ºs 308 e 309 *supra*, para julgar este fundamento improcedente.

344 Por conseguinte, o fundamento relativo à violação do artigo 253.º CE deve ser julgado improcedente.

## F — Quanto ao pedido de medidas de instrução

### 1. Argumentos das recorrentes

345 As recorrentes pedem ao Tribunal que ordene à recorrida, ao abrigo do artigo 65.º do Regulamento de Processo, que apresente certos documentos relativos às consultas

entre serviços entre a direcção-geral «Concorrência» e a direcção-geral «Mercado comum» da Comissão relativas à compatibilidade do RES com a terceira directiva sobre o seguro não vida, caso a recorrida não divulgue essa documentação por sua própria iniciativa.

## 2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

<sup>346</sup> Tendo em conta a inadmissibilidade do terceiro, do quarto e do quinto fundamentos (v. n.ºs 313 a 320, *supra*), o Tribunal considera-se suficientemente informado de todos os elementos essenciais e pertinentes do presente caso para poder decidir. Assim, há que indeferir os pedidos de medidas de instrução formulados pelas recorrentes.

### Quanto às despesas

<sup>347</sup> Por força 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 sido vencidas relativamente a todos os seus pedidos, há que condená-las no pagamento das despesas da recorrida e do VHI, em conformidade com o pedido formulado por estes.

<sup>348</sup> Nos termos do artigo 87.º, n.º 4, primeiro parágrafo, do mesmo regulamento, os Estados-Membros que intervieram no processo suportam as suas despesas. Consequentemente, a Irlanda e o Reino dos Países Baixos suportarão, na qualidade de intervenientes, as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Terceira Secção alargada)

decide:

- 1) **É negado provimento ao recurso.**
  
- 2) **A British United Provident Association Ltd (BUPA), a BUPA Insurance Ltd e a BUPA Ireland Ltd suportarão as suas próprias despesas, bem como as da Comissão e as do Voluntary Health Insurance Board.**
  
- 3) **A Irlanda e o Reino dos Países Baixos suportarão as suas próprias despesas.**

Jaeger

Tiili

Azizi

Cremona

Czúcz

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 12 de Fevereiro de 2008.

O secretário

O presidente

E. Coulon

M. Jaeger

## Índice

Quadro jurídico .....	II - 97
I — Disposições do Tratado .....	II - 97
II — Regulamento (CE) n.º 659/1999 .....	II - 101
III — Directiva 92/49/CEE .....	II - 101
IV — Comunicação da Comissão relativa aos serviços de interesse geral na Europa ..	II - 102
Factos na origem do litígio .....	II - 104
I — Criação do sistema de compensação dos riscos no mercado irlandês dos seguros privados de saúde .....	II - 104
II — Funcionamento do RES .....	II - 107
A — Objectivo do RES .....	II - 107
B — Accionamento dos pagamentos RES .....	II - 108
C — Modo de cálculo dos pagamentos RES .....	II - 109
III — Decisão impugnada .....	II - 111
Tramitação processual e pedidos das partes .....	II - 117
Questão de direito .....	II - 120
I — Quanto à admissibilidade .....	II - 120
A — Argumentos das partes .....	II - 120
B — Apreciação do Tribunal de Primeira Instância .....	II - 122
1. Quanto à admissibilidade da questão prévia de inadmissibilidade ..	II - 122
2. Quanto ao fundamento da questão prévia de inadmissibilidade ....	II - 123
a) Quanto à afectação individual das recorrentes .....	II - 123
b) Quanto à afectação directa das recorrentes .....	II - 127

II — Quanto ao mérito .....	II - 128
A — Observação liminar .....	II - 128
B — Quanto ao primeiro e ao segundo fundamentos .....	II - 129
1. Argumentos das partes .....	II - 129
a) Quanto ao fundamento relativo à aplicação errada do artigo 87.º, n.º 1, CE .....	II - 129
i) Argumentos das recorrentes .....	II - 129
1) Observações gerais .....	II - 129
2) Quanto à primeira condição, relativa a obrigações SIEG reais e claramente definidas .....	II - 132
3) Quanto à segunda condição, relativa aos parâmetros objec- tivos e transparentes para o cálculo da compensação .....	II - 138
4) Quanto à terceira condição, relativa à necessidade estrita da compensação .....	II - 140
5) Quanto à quarta condição, relativa à comparação com uma empresa eficiente .....	II - 143
ii) Argumentos da recorrida .....	II - 144
iii) Argumentos da Irlanda e do VHI .....	II - 144
iv) Argumentos do Reino dos Países Baixos .....	II - 145
b) Quanto ao fundamento relativo à aplicação errada do artigo 86.º, n.º 2, CE .....	II - 145
i) Argumentos das recorrentes .....	II - 145
1) Observação preliminar .....	II - 145
2) Quanto à falta de obrigações SIEG .....	II - 146
3) Quanto à falta de acto que atribua uma missão SIEG .....	II - 146
4) Quanto à desnecessidade e à falta de proporcionalidade do RES .....	II - 147
	II - 237

Observações preliminares .....	II - 147
Quanto à desnecessidade do RES .....	II - 148
Quanto à falta de proporcionalidade do RES .....	II - 151
5) Quanto à afectação do desenvolvimento das trocas .....	II - 152
ii) Argumentos da recorrida .....	II - 153
1) Observações preliminares .....	II - 153
2) Quanto à competência para definir obrigações SIEG .....	II - 153
3) Quanto à qualificação das obrigações PMI como obrigações SIEG .....	II - 153
4) Quanto à imposição de obrigações SIEG às seguradoras PMI .....	II - 154
5) Quanto à necessidade do RES .....	II - 154
6) Quanto à proporcionalidade do RES .....	II - 155
iii) Argumentos da Irlanda e do Reino dos Países Baixos .....	II - 156
2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância .....	II - 157
a) Quanto à admissibilidade dos argumentos da Irlanda e do VHI relativos ao primeiro fundamento .....	II - 157
b) Quanto à aplicabilidade das condições enunciadas no acórdão Altmark .....	II - 159
c) Quanto à existência de uma missão SIEG na acepção da primeira condição enunciada no acórdão Altmark e do artigo 86.º, n.º 2, CE .....	II - 160
i) Observação preliminar .....	II - 160
ii) Quanto ao conceito de missão SIEG e quanto aos poderes de definição e de controlo dos SIEG .....	II - 162
iii) Quanto à existência de uma missão SIEG no caso em apreço .....	II - 164
1) Quanto à repartição do ónus da prova .....	II - 164
2) Quanto à identidade e à natureza da missão SIEG em causa .....	II - 165



3) Quanto à distinção entre a regulamentação da actividade dos operadores e a existência de uma missão SIEG atribuída por um acto de autoridade pública .....	II - 167
4) Quanto ao carácter universal e obrigatório dos serviços abrangidos pela missão SIEG .....	II - 169
Generalidades .....	II - 170
Aplicação ao presente caso .....	II - 172
d) Quanto à existência de parâmetros claramente definidos para o cálculo da compensação ao abrigo do RES na aceção da segunda condição enunciada no acórdão Altmark .....	II - 179
i) Observações preliminares .....	II - 179
ii) Quanto ao carácter objectivo e transparente dos critérios que regem o cálculo da compensação ao abrigo do RES .....	II - 180
e) Quanto à necessidade e ao carácter proporcional da compensação prevista no RES na aceção da terceira condição enunciada no acórdão Altmark .....	II - 183
i) Quanto ao alcance do controlo jurisdicional .....	II - 183
ii) Quanto à necessidade e ao carácter proporcional da compensação efectuada através dos pagamentos RES .....	II - 185
1) Observações preliminares .....	II - 185
2) Quanto à relação entre o RES e os custos gerados pela execução das obrigações PMI .....	II - 188
f) Quanto à comparação com um operador eficiente na aceção da quarta condição enunciada no acórdão Altmark .....	II - 195
g) Quanto à necessidade e ao carácter proporcionado do RES na aceção do artigo 86.º, n.º 2, CE .....	II - 200
i) Observação liminar .....	II - 200
ii) Quanto à necessidade de introdução do RES em si mesmo ..	II - 201
1) Observações gerais .....	II - 201
2) Objecto da decisão impugnada e do controlo exercido pelo Tribunal de Primeira Instância .....	II - 203
	II - 239

3) Quanto à existência de uma selecção de riscos no mercado irlandês de PMI .....	II - 206
Observação preliminar .....	II - 206
Quanto à selecção activa dos riscos .....	II - 206
— Quanto às premissas económicas gerais .....	II - 206
— Quanto à situação no mercado irlandês de PMI .....	II - 210
4) Quanto à adequação do RES par resolver os desequilíbrios ou a instabilidade do mercado de PMI .....	II - 212
iii) Quanto ao carácter proporcionado do RES em si mesmo ....	II - 216
iv) Quanto à afectação das trocas comunitárias numa medida contrária ao interesse da Comunidade .....	II - 219
C — Quanto à admissibilidade do terceiro, do quarto e do quinto fundamentos .....	II - 220
1. Argumentos das partes .....	II - 220
2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância .....	II - 221
D — Quanto ao sexto fundamento, relativo à omissão do procedimento formal de investigação nos termos do artigo 88.o, n.o 2, CE .....	II - 225
1. Argumentos das partes .....	II - 225
2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância .....	II - 227
E — Quanto ao sétimo fundamento, relativo a uma falta de fundamentação na aceção do artigo 253.o CE .....	II - 230
1. Argumentos das partes .....	II - 230
2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância .....	II - 231
F — Quanto ao pedido de medidas de instrução .....	II - 233
1. Argumentos das recorrentes .....	II - 233
2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância .....	II - 234
Quanto às despesas .....	II - 234