

PARECER
RELATIVO À COMPATIBILIDADE COM O REGIME JURÍDICO DOS
AUXÍLIOS DE ESTADO E DAS CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS DE
CONTRATO DE COMPRA DE BENS ENQUADRADO EM ACORDO DE
CONTRAPARTIDAS, DE TRANSFERÊNCIA DE ACÇÕES E DE
OUTRAS OPERAÇÕES ENVOLVENDO OS ENVC

Objecto da consulta

1. É nos solicitado, pelos ENVC - Estaleiros Navais de Viana do Castelo, SA¹ (adiante, "ENVC"), parecer sobre o enquadramento jurídico de um certo número de operações a levar a cabo e de contratos a celebrar pelos ENVC à luz do regime jurídico das concentrações de empresas e dos auxílios de Estado, nacional ou comunitário.

2. A primeira questão que nos é colocada visa apurar se o contrato "Purchase Agreement" a celebrar entre os ENVC e o "Insolvency administrator lawyer Mr Walter Peter" dos Estaleiros Navais de Flender, na Alemanha, acordado como **contrapartida** no contrato celebrado entre o Estado português e o Consórcio dos Submarinos Alemães (GSC) no dia 12 de Novembro de 2004, pelo qual os ENVC adquirem o equipamento descrito no contrato, pelo valor de um euro (1 €), equipamento esse avaliado em quarenta e oito milhões e trezentos mil euros (48 300 000 €), envolve ou não um **auxílio de Estado** e, em caso de hipotética resposta afirmativa, se este é ou pode ser considerado compatível com o direito comunitário.

¹ Sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 55/91, de 26 de Janeiro.

Nesta última hipótese, pretende-se ainda saber de que procedimentos, previstos no Tratado que institui a Comunidade Europeia (adiante "TCE" ou "Tratado") ou noutros actos comunitários pertinentes, pode depender a verificação de tal compatibilidade.

3. A **segunda questão** envolve duas subquestões. Primeira, a de saber se o **aumento do capital da EMPORDEF - Empresa Portuguesa de Defesa SGPS SA** (adiante, "EMPORDEF") pela entrada em espécie das acções representativas do capital social dos ENVC constitui um **auxílio de Estado** na acepção do n.º 1 do artigo 87.º do Tratado². Segunda, a de apurar se a aquisição do controlo dos ENVC pela EMPORDEF deve ser considerada uma **operação de concentração** de empresas, ao abrigo da legislação da concorrência.

4. A **terceira questão** está relacionada com a **venda**, pelos ENVC à ENVC - Sociedade Imobiliária, SA (adiante, "ENVC-I")³, dos **terrenos e equipamentos** onde os ENVC estão implantados, pelo valor de quarenta e oito milhões e trezentos mil euros (48 300 000 €), celebrando-se, ao mesmo tempo, um **contrato de arrendamento** dos mesmos espaços e equipamentos entre o novo proprietário e os ENVC, de acordo com os valores de mercado. Levanta-se a questão de saber se esta operação envolve ou não elementos de **auxílio de Estado**.

² Refira-se que, até 30 de Abril de 1999, o artigo 87.º do TCE era o artigo 92.º, sendo o artigo 88.º o artigo 93.º TCE. Tal deve-se à renumeração dos artigos do TCE operada pelo Tratado de Amesterdão, que entrou em vigor a 1 de Maio de 1999.

³ O capital social da ENVC-I é detido a 99,8% pela PARPÚBLICA e transferido para a SAGESTAMO. A PARPÚBLICA - Participações Públicas (SGPS), S.A., foi criada, através da reestruturação da PARTEST, pelo Decreto-Lei n.º 209/2000, de 2 de Setembro (como rectificado através da Declaração de Rectificação n.º 14-A/2000, de 31 de Outubro), na redacção resultante do Decreto-Lei n.º 312/2000, de 2 de Dezembro. A SAGESTAMO - Sociedade Gestora de Participações Sociais Imobiliárias, SA, foi também criada pelo artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 209/2000, de 2 de Setembro, sendo o capital social definido no artigo 2.º e 11.º do mesmo diploma (Anexos II e IV do Decreto-Lei n.º 209/2000, de 2 de Setembro).

5. A quarta questão prende-se com o projectado aumento de capital dos ENVC no valor de € 40.000.000 (quarenta milhões de euros), o qual será precedido de um financiamento intercalar de € 10.000.000 (dez milhões de euros) realizados em regime de **suprimentos** pela accionista EMPORDEF. Pretende saber-se se tais operações constituem um auxílio de Estado a favor dos ENVC, na acepção do n.º 1 do artigo 87.º TCE.

6. Estas questões serão respondidas de forma sequencial. Sobre elas, é o seguinte o nosso

Parecer

Questão 1: O contrato designado por "*Purchase Agreement*", a celebrar entre os ENVC e o "Insolvency administrator lawyer Mr Walter Peter" dos Estaleiros Navais de Flender, na Alemanha, pelo qual os ENVC adquirem o equipamento descrito no contrato, pelo valor de um euro (1 €), sendo esse equipamento avaliado em quarenta e oito milhões e trezentos mil euros (48 300 000 €), envolve ou não um auxílio de Estado, nos termos do artigo 87.º, n.º 1, TCE? Em caso de resposta afirmativa, poderá este ser considerado compatível com o mercado comum, ao abrigo do artigo 87.º, n.ºs 2 e 3 TCE?

RESPOSTA

7. O contrato designado por "*Purchase Agreement*", a celebrar entre os ENVC e o "Insolvency administrator lawyer Mr Walter Peter" dos Estaleiros Navais de Flender, é um contrato concluído no âmbito de uma operação complexa, cujo contrato principal é o contrato, celebrado entre o Estado Português e os GSC, de aquisição, pelo

10. Embora não densifique qualquer dos pressupostos, o n.º 1 do artigo 87.º TCE revela que o conceito de "auxílio de Estado" só está preenchido quando se encontrem preenchidas, **cumulativamente**, as seguintes condições⁵:

- a) Existência de um auxílio⁶;
- b) Concedido pelo Estado ou através de recursos estatais⁷;
- c) Que falseie ou ameace falsear a concorrência⁸;
- d) Que favoreça certas empresas ou certas produções⁹;

⁵ Acórdãos do Tribunal de Justiça de 16.5.2002, *França c. Comissão*, C-482/99, Colect. I-4397, n.º 68; e de 24.7.2003, *Altmark*, C-280/00, Colect. I-7747, n.º 74-75.

⁶ Vide ponto 10 *infra*.

⁷ Vide ponto 12 *infra*.

⁸ A noção de afectação da concorrência é interpretada em sentido lato, na medida em que se considera que a concorrência é falseada sempre que a intervenção estatal provoca uma **alteração artificial de determinados custos de produção da empresa beneficiária do auxílio e reforça a sua posição relativamente às demais concorrentes** (cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 17.9.1980, *Philip Morris*, C-730/79, Rec., p. 2671 e acórdão do Tribunal de Justiça de 11.11.1987, *República Francesa c. Comissão*, C-259/85, Colect., p. 4393). A noção de afectação da concorrência é, assim, quase que inerente à concessão de um auxílio e pode-se presumir, excepto perante certas circunstâncias excepcionais. Só assim não será quando, de um modo geral, o auxílio em causa se consubstancie numa medida que beneficie de forma idêntica todas as empresas concorrentes ou se destine, por exemplo, ao desenvolvimento de infra-estruturas que criem uma vantagem de interesse geral e não apenas no interesse de certos beneficiários (vide acórdão do Tribunal de Justiça de 15.6.1993, *Matra c. Comissão*, C-225/91, Colect., I-3203).

⁹ Quer isto dizer que, para que uma medida possa ser qualificada como auxílio, na acepção do n.º 1 do artigo 87.º TCE, para além do seu carácter estatal, deverá ser **selectiva**, i.e., deverá favorecer determinadas empresas ou determinadas produções, por forma a que as concorrentes das empresas (ou empresa) beneficiárias sejam colocadas numa situação de desvantagem competitiva.

Por conseguinte, o n.º 1 do artigo 87.º TCE não se aplica a medidas gerais susceptíveis de serem aplicáveis a todas as empresas do conjunto dos sectores de actividade de um Estado membro que preencham critérios objectivos e não discriminatórios.

Todavia, tal conclusão poderá ser diferente se, por força dos requisitos objectivos de um regime acessível a todas as empresas, apenas algumas puderem beneficiar da medida em questão ou se as medidas em causa conferirem uma **vantagem competitiva a um determinado sector**.

primeiro, de dois submarinos. Neste último contrato, ficou acordado que uma das contrapartidas dadas pelos GSC ao Estado Português seria a transferência de determinados equipamentos para os ENVC, pelo preço, fixado no contrato, de € 1.

É esta transferência que constitui o objecto do "Purchase Agreement" e será sobre a mesma que recairá a análise que se segue, à luz das disposições comunitárias sobre auxílios de Estado.

O regime comunitário dos auxílios de Estado

8. As regras comunitárias em matéria de auxílios de Estado são instrumentais para a realização e o funcionamento do mercado comum⁴.

Dispõe o n.º 1 do artigo 87.º TCE, que:

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

9. A construção naval é uma actividade económica que implica trocas comerciais entre os Estados membros. Por conseguinte, um auxílio estatal à construção naval poderá ser abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 87.º TCE.

⁴ Cf. n.º 1 do artigo 87.º TCE e acórdão do Tribunal de Justiça de 2.7.1974, República Italiana c. Comissão, C-173/73, Rec., p. 709.

- e) Que afecte as trocas comerciais entre os Estados membros¹⁰; e
- f) Não seja autorizado por qualquer outra disposição do Tratado¹¹.

A questão que se coloca é a de saber se a vantagem concedida pelo "Purchase Agreement" aos ENVC, *i.e.*, a entrega aos ENVC de equipamento avaliado em quarenta e oito milhões e trezentos mil euros (48 300 000 €) pelo valor de um euro (1 €), consubstancia "um auxílio concedido pelo Estado ou através de recursos estatais".

Para o efeito, importa aprofundar, em particular, o conteúdo das duas condições a) e b), acima referidas.

¹⁰ Para que possa ser considerado um auxílio proibido, uma medida estatal deve ter um efeito potencial não apenas na concorrência, mas também no comércio entre os Estados membros. A Comissão entende que auxílios de montante reduzidos - auxílios de *minimis* - não têm efeitos potenciais sobre o comércio entre os Estados membros, considerando, portanto, que tais auxílios não se encontram abrangidos pela proibição do n.º 1 do artigo 87.º TCE. A regra de *minimis* foi introduzida pela primeira vez no âmbito do regime aplicável aos auxílios estatais, em 1992. Actualmente, a "Comunicação da Comissão relativa aos auxílios de *minimis*" data de 1996 (J.O.C.E. n.º C 68, de 6.3.1996, p. 9 - J. L. Da Cruz Vilaça/M. Gorjão-Henriques, *Código da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 1019) estabelece um limiar de auxílio de *minimis* de 100 000 euros num período de três anos, com início no momento da concessão do primeiro auxílio de *minimis*, abaixo do qual o disposto no n.º 1 do artigo 87.º TCE não é aplicável. Esta regra de *minimis* foi, em 2001, vertida no n.º 2 do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 69/2001 (Regulamento (CE) n.º 69/2001 da Comissão de 12.1.2001 relativo à aplicação dos artigos 87.º e 88.º TCE aos auxílios de *minimis*). Neste regulamento, o limiar de 100 000 euros é expresso em termos de subvenção e, sempre que o auxílio for concedido de uma forma distinta da subvenção, o montante do auxílio será o seu equivalente-subvenção bruto (n.º 3 do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 69/2001). Consequentemente, considera-se que as medidas de auxílio que não ultrapassem este limiar não são susceptíveis de provocar distorções da concorrência ou de afectar o comércio entre Estados membros e, em consequência, não necessitam de ser previamente notificadas à Comissão.

Âmbito da noção de "auxílio"

11. O conceito de "auxílio" não se encontra definido no Tratado. O n.º 1 do artigo 87.º TCE prevê apenas que podem ser incompatíveis com o mercado comum os

«auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam [...]».

Por seu turno, de acordo com o Regulamento CE n.º 659/99¹², entende-se por "auxílio", qualquer medida que satisfaça os critérios fixados no n.º 1 do artigo 87.º TCE.

12. A Comissão Europeia, pronunciando-se sobre a noção de "auxílio estatal", precisou que

«A noção de auxílio estatal deve ser interpretada em sentido amplo por forma a abranger não só as subvenções mas também os incentivos fiscais e os investimentos com fundos públicos efectuados em circunstâncias em que um investidor privado teria recusado participar¹³».

¹¹ Vide ponto 37. *infra*.

¹² Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22.3.1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º [88.º] do Tratado CE, na redacção resultante do Acto de Adesão de 16.4.2003 - J. L. Da Cruz Vilaça/M. Gorjão-Henriques, *Código da Concorrência*, cit., pp. 353.

¹³ Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre os tribunais nacionais e a Comissão no domínio dos auxílios estatais (95/C 312/07) - J.L. da Cruz Vilaça/M. Gorjão-Henriques, *Código da Concorrência*, cit., pp. 999-1000. Segundo o Tribunal de Justiça, «a terminologia corrente considera uma subvenção como uma prestação em dinheiro ou em espécie concedida para apoiar uma empresa, que não constitua pagamento dos bens ou serviços que ela produz pelo comprador ou utilizador. A mesma terminologia tem do auxílio uma

Entre as formas de auxílios de Estado mais frequentemente adoptadas¹⁴, pode apontar-se o **fornecimento de bens ou serviços** em termos preferenciais¹⁵.

Pode pois concluir-se que uma operação do tipo descrito é susceptível de consubstanciar um auxílio. Contudo, como acima se explicou, esta é condição necessária mas não suficiente. Impõe-se-nos determinar se as restantes condições se encontram preenchidas.

Entidade concedente do auxílio

13. Importa pois verificar se a hipotética vantagem atribuída pelo "Purchase Agreement" aos ENVC deve ou não ser considerada como uma vantagem atribuída através de **recursos do Estado**.

De facto, só constituem "auxílios de Estado" abrangidos pelo n.º 1 do artigo 87.º TCE, as medidas que tenham sido concedidas **pelo Estado ou através de recursos estaduais**.

Convém sublinhar que as medidas visadas por aquele artigo tanto podem ser concedidas *directamente*, pelos próprios **poderes públicos**, como *indirectamente*, através de

noção muito próxima, que, no entanto, lhe acentua o carácter teleológico, parecendo o auxílio especialmente destinado à prossecução de um fim determinado, o qual, em geral, não podia ser alcançado sem o concurso alheio» - Acórdão do Tribunal de Justiça de 23.2.1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autoridade da CECA, C-30/59, Rec., p. 5.

¹⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.7.1996, *Syndicat Français de L'express International (SFEI)*, C-39/94, Colect. I-3547, e acórdão do Tribunal de Justiça de 15.3.1994, *Banco Exterior de España*, C-387/92, Colect. I-867.

¹⁵ Cf., por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça de 2.2.1988, *Van der Kooy e o. c. Comissão*, C-67/85, C-68/85 e C-70/85, Colect., p. 219; acórdão do Tribunal de Justiça de 29.2.1996, *Reino da Bélgica c. Comissão*, C-56/93, Colect. I-723; acórdão do Tribunal de

organismos intermediários, isto é, organismos públicos ou privados criados ou designados por aqueles para administrar o auxílio e que, por isso, actuam com base num mandato conferido pelo Estado¹⁶.

14. No primeiro caso, deve ser salientada a necessidade de entender o conceito de "poderes públicos estaduais" na sua acepção mais lata, nele se englobando quer os **órgãos da administração directa**, quer quaisquer **órgãos de pessoas colectivas públicas descentralizadas**, independentemente do nível, regional ou local, em que se situem¹⁷. Ou seja, estão incluídas também a **administração indirecta** e a **administração autónoma** do Estado.

15. Quanto aos outros organismos, tanto poderão assumir a natureza de **organismos públicos** como de **organismos privados**, criados ou designados pelo Estado para administrar ou conceder auxílios¹⁸. Neste âmbito podem incluir-se instituições de crédito, associações profissionais, sociedades de gestão de participações sociais e até sociedades comerciais.

16. Em suma, quer sejam concedidos directamente, quer o sejam indirectamente, o regime comunitário é, pois, o mesmo. Como esclarece a jurisprudência do Tribunal de Justiça,

«não há que distinguir entre os casos em que a ajuda é concedida directamente pelo Estado e aqueles em que a ajuda é concedida por organismos públicos ou privados que o Estado

Justiça de 11.7.1996, *Syndicat Français de L'express International (SFEI)*, C-39/94, Colect. I-3547.

¹⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 30.1.1985, *Comissão c. República Francesa*, C-290/83, Rec., p. 439, n.º 14.

¹⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.11.1985, *Intermills c. Comissão*, C-323/82, Rec., p. 3809 e acórdão do Tribunal de Justiça de 14.10.1987, *República Federal da Alemanha c. Comissão*, C-248/84, Colect., p. 4041.

¹⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.3.1991, *República Italiana c. Comissão ("Alfa Romeo I")*, C-305/89, Colect. I-1640.

institui ou designa com a finalidade de gerir a ajuda"¹⁹.

A imputabilidade do "auxílio" ao Estado

17. Ponto é que, como já se estabeleceu, se possa determinar que, em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 87.º TCE, os "(...) **auxílios [foram] concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam (...)**" (negro nosso).

Impõe-se reconhecer, a este propósito, que o entendimento sobre o sentido e alcance deste requisito não logrou ainda obter um consenso entre a doutrina comunitária, sendo o Tribunal de Justiça frequentemente confrontado com diversas aceções deste pressuposto do conceito de "auxílio de Estado".

O Tribunal de Justiça e a concepção de recursos de Estado

18. Com efeito, já foi sustentado que qualquer **vantagem concedida através da intervenção ou regulamentação do Estado** satisfaria a condição do n.º 1 do artigo 87.º TCE, independentemente de envolver ou não a transferência ou disponibilização de fundos estatais²⁰.

¹⁹ Cf., entre outros, acórdão do Tribunal de Justiça de 30.1.1985, *Comissão c. República Francesa*, C-290/83, Rec., p. 439, e acórdão do Tribunal de Justiça *Van der Kooy e o. c. Comissão*, cit., p. 219.

²⁰ K. Bacon, "State aids and general measures", 17 *Yearbook of European Law*, 17, 1997, pp. 269 a 285.

Contudo, esta interpretação foi firmemente rejeitada pelo Tribunal de Justiça, como recentemente sucedeu no importante acórdão *Preussen Elektra*²¹.

19. A jurisprudência constante dos tribunais comunitários é a de que as vantagens concedidas através de meios diferentes dos fundos ou recursos estatais não constituem "auxílios de Estado"²².

Como afirmou o Tribunal de Justiça no acórdão *Sloman Neptun*²³,

«(...) só podem ser considerados auxílios, na acepção do n.º 1 do artigo 92.º do Tratado [actual n.º 1 do artigo 87.º TCE], as vantagens atribuídas, directa ou indirectamente, através de recursos do Estado²⁴. (...) [A]s vantagens resultantes de fundos diversos dos recursos do Estado não estão compreendidas no campo de aplicação das disposições em causa. A distinção entre auxílios atribuídos pelo Estado e através de recursos do Estado destina-se a incluir no conceito de auxílio não só os auxílios atribuídos directamente pelo Estado como também os atribuídos por organismos públicos ou privados, designados ou instituídos pelo Estado». (negro nosso).

²¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.3.2001, *PreussenElektra AG c. Schleswag AG*, C-379/98, Colect. I-2099.

²² Ainda que já não totalmente actualizado, na doutrina portuguesa, A. Carlos Santos, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 193.

²³ Acórdão de 17.3.1993, *Sloman Neptun*, C-72/91 e C-73/91, Colect. I-933, n.º 19.

²⁴ No mesmo sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 24.1.1974, *Van Tiggele*, C-82/77, Colect., Edição Portuguesa, p. 15; de 1.12.1978, *Ecotrade*, C-200/97, Colect., p. I-7907, n.º 35; e de 17.6.1999, *Piaggio*, C-295/97, Colect. I-3735, n.º 35.

No mesmo sentido, o acórdão *Kirsammer-Hack*²⁵ esclareceu que

«(...)a distinção estabelecida nesta disposição [o actual n.º 1 do artigo 87.º TCE] entre os "auxílios concedidos pelo Estado" e os auxílios "provenientes de recursos estatais" não significa que todas as vantagens concedidas por um Estado constituam auxílios, quer sejam ou não financiadas por recursos estatais, mas destina-se a incluir neste conceito não só os auxílios atribuídos directamente pelo Estado como os atribuídos por organismos públicos ou privados, designados ou instituídos pelo Estado». (negro nosso)

Por último, refira-se o acórdão *Viscido*²⁶, onde o Tribunal de Justiça faz uma distinção importante²⁷ nas características integrantes do conceito de "vantagens concedidas pelo Estado", considerando que, para existirem vantagens deste tipo, as mesmas têm de ser

«(...) concedidas directa ou indirectamente [pelo Estado]»; e,

- «(...) provenientes de recursos estatais» (negro nosso).

²⁵ Acórdão de 30.11.1993, *Petra Kirsammer-Hack c. Nurhan Sidal*, C-189/91, parágrafo 16.

²⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 7.5.1998, *Epifanio Viscido e O. c. Ente Poste Italiane*, C-52/97, C-53/97 e C-54/97, Colect. I-2629.

²⁷ Parágrafo 13 *Ibid.*

O Tribunal de Justiça e a limitação dos "auxílios" aos recursos provenientes de fundos estatais

20. Num outro entendimento, constituiria também "auxílio de Estado" a atribuição a uma empresa de quaisquer recursos provenientes de **fundos estatais** ou de **fundos de qualquer outro ente público ou privado designado pelo Estado**²⁸.

Também esta concepção foi repudiada pelo Tribunal de Justiça, como adiante melhor se verá.

Convirá, no entanto, que se diga, desde já, que, para se estar perante um auxílio de Estado, é necessário que a concessão de recursos tenha **efeitos nas finanças do Estado**, independentemente de estes se traduzirem na atribuição de fundos detidos pelo Estado ou em receitas deixadas de receber pelo Estado.

O conceito de auxílio de Estado na jurisprudência comunitária

21. Apesar das diferentes concepções que foram apresentadas e que têm sido discutidas na jurisprudência dos tribunais comunitários, o certo é que o Tribunal de Justiça tem vindo a estabelecer uma jurisprudência firme no que toca ao conceito de auxílio de Estado. Sintomático da sua concepção foi o acórdão proferido no processo *Preussen Elektra*²⁹.

Nesse processo, a Comissão Europeia sustentou que, para existirem vantagens conferidas por recursos do Estado,

²⁸ Entre outros, Koenig/Kühling, «EC control of aid granted through State resources», *European State Aid Law*, Vol.1, n.º 1, 2002, p. 8.

²⁹ Acórdão de 13.3.2001, já citado.

bastaria dar-se a transferência de recursos sob o controlo estatal, sendo que estes recursos não teriam de pertencer a ou resultar de fundos detidos pelo Estado.

Em consonância, a Comissão Europeia sustentou que deveriam ser consideradas "auxílios de Estado" medidas estabelecidas pelo Estado mas financiadas por entidades privadas.

22. A resposta do Tribunal de Justiça foi peremptória. O Tribunal recusou explicitamente a concepção económica perfilhada pela Comissão Europeia relativamente à definição de "recursos do Estado", afastando-se da jurisprudência do TPI, em especial nos casos *Ladbroke Racing*³⁰ e *Air France*³¹.

Do mesmo passo, o Tribunal de Justiça reafirmou o seu entendimento de que só podem ser considerados "auxílios de Estado" os recursos provenientes de fundos estatais.

23. Afigura-se-nos, a este propósito, adequado proceder agora a uma brevíssima descrição da questão subjacente ao processo *Preussen Elektra*, já referido.

Tratava-se de saber se a regulamentação de um Estado membro que, por um lado, obrigava as empresas privadas de fornecimento de electricidade a comprar electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis a

³⁰ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância Europeu (doravante "TPI") de 27.1.1996, T-67/94, *Ladbroke Racing*, Colect. II-1, parágrafo 108), onde o TPI referiu que «[n]estas condições, os recursos em questão não podem ser considerados "recursos normais" das Sociedades (...) mas "recursos estaduais"».

³¹ Acórdão do TPI de 12.12.1996, T-358/94, *Air France*, Colect. II-2109, onde o TPI declarou que a noção de "auxílio de Estado" «(...) abrange, por isso, todos os meios financeiros que o sector público pode efectivamente utilizar para apoiar empresas, não sendo relevante que pertençam ou não ao património do referido sector (...)». No mesmo sentido, o acórdão *Sloman Neptun*, n.º 21, havia concluído que o «regime em causa não tende, pelas suas finalidades e estrutura geral, a criar vantagens que constituam encargos suplementares para o Estado».

preços mínimos superiores ao valor económico real deste tipo de electricidade e, por outro, repartia o encargo financeiro resultante desta obrigação entre as referidas empresas de fornecimento de electricidade e os exploradores privados de redes de electricidade, constituía um auxílio de Estado, na acepção do n.º 1 do artigo 87.º TCE.

Assim, no caso em referência, o Tribunal de Justiça foi chamado a apreciar a questão de saber se uma tal obrigação imposta às empresas privadas se traduzia numa transferência, directa ou indirecta, de recursos estaduais para as empresas produtoras daquele tipo de electricidade.

24. Na sua decisão, o Tribunal de Justiça, seguindo a corrente mais significativa da sua anterior jurisprudência³², sublinhou que

«(...) a distinção estabelecida nesta disposição [n.º 1 do artigo 87.º TCE] entre os "auxílios concedidos pelos Estados" e os auxílios "provenientes de recursos estatais" não significa que todas as vantagens concedidas por um Estado constituam auxílios, quer sejam ou não financiadas por recursos estatais, mas destina-se apenas a incluir neste conceito as vantagens atribuídas por organismos públicos ou privados, designados ou instituídos pelo Estado».

25. Para o Tribunal de Justiça, o ponto fundamental é, pois, o de saber se a vantagem concedida a certas empresas, sendo imposta por lei, constitui ou não uma vantagem a cargo do Estado³³.

³² Inter alia, os já referidos acórdãos Van Tiggele, Sloman Neptun, Kirsammer-Hack, Viscido, Ecotrade e Piaggio.

³³ Acórdão Preussen Elektra, cit., n.º 61. No mesmo sentido, o acórdão Sloman Neptun, n.º 21, havia concluído que o «regime em

A resposta é simples: para que uma dada medida possa ser classificada como "auxílio de Estado",

«tem necessariamente de custar dinheiro ao Estado e o financiamento através de recursos públicos é um elemento constitutivo da definição de auxílio estatal³⁴».

26. Resultam, assim, do acórdão *Preussen Elektra*, duas conclusões fundamentais.

Por um lado, apenas vantagens concedidas, directa ou indirectamente, através de recursos do Estado, podem ser consideradas auxílios.

Por outro lado, os recursos privados, mesmo quando utilizados para conferir uma vantagem a um certo beneficiário como resultado da intervenção do Estado, não podem dar origem a um auxílio de Estado³⁵.

Deste modo, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma medida do Estado que tem como consequência a transferência de fundos de empresas privadas em benefício de terceiras partes não consubstancia um auxílio de Estado a favor dos receptores de tais fundos, uma vez que não são envolvidos fundos públicos nessa transferência.

27. Transpostas estas considerações para o caso presente, poder-se-iam, contudo, levantar ainda três objecções principais.

causa não tende, pelas suas finalidades e estrutura geral, a criar vantagens que constituam encargos suplementares para o Estado».

³⁴ Conclusões do Advogado-Geral Francis Jacobs no processo *Preussen Elektra*, apresentadas em 26 de Outubro de 2000, n.º 116.

³⁵ Assim o acórdão *Viscido*, cit., n.º 13, e, no mesmo sentido, *Koenig/Kühling* "EC control of aid granted through State resources", cit., pág. 7.

Em primeiro lugar, não pode excluir-se que alguém pretenda vislumbrar na vantagem atribuída aos ENVC através do "Purchase Agreement" uma intervenção do Estado Português com o objectivo de

«(...) aliviar os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa, pelo que, não sendo subsídios na acepção estrita da palavra, têm a mesma natureza e efeitos idênticos»³⁶.

Em segundo lugar, não é de todo impossível que se pretenda sustentar que a referida vantagem produz efeitos negativos nas finanças do Estado Português, dado que o Estado deixará de receber certos activos, que reverterão em favor dos ENVC, pelo que seriam lesadas, ainda que apenas de forma indirecta, as suas finanças.

28. Estas duas primeiras objecções não são novas e foram mesmo levantadas, de modo específico, no caso *Preussen Elektra*.

Segundo essa orientação, a imposição feita pelo Estado às empresas privadas teria como efeito diminuir os resultados de exercício das empresas em questão. E daí resultaria, por sua vez, uma diminuição indirecta das receitas fiscais percebidas pelo Estado. Por outras palavras, a obrigação imposta pelo Estado a empresas privadas acabava por ter um efeito negativo nas finanças do Estado.

No entanto, debruçando-se sobre a referida questão, o Advogado-Geral Jacobs³⁷ esclareceu que

³⁶ Acórdãos do Tribunal de Justiça de 11.7.1996, *Syndicat Français de L'express International (SFEI)*, C-39/94, Colect., p. 3547; acórdão de 15.3.1994, *Banco Exterior de España*, C-387/92, Colect., I-867; acórdão de 23.2.1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autoridade da CECA*, C-30/59, Rec., p. 5; ou acórdão de 27.3.1980, *Denkavit Italiana*, C-61/79, Rec., p. 1218.

³⁷ Conclusões do Advogado-Geral Jacobs, apresentadas em 26.10.2000, parágrafos 161 a 164.

«(...) decorre da jurisprudência que uma eventual perda de receitas (...) não pode, só por si, justificar a classificação deste sistema como auxílio de Estado. É verdade que o auxílio pode, em certos casos, ser financiado por uma renúncia a recursos do Estado. Mas, no caso presente, (...) os recursos mediante os quais são financiadas as vantagens (...) não são provenientes da pretensa perda de receitas fiscais, mas das empresas sujeitas à StrEG (referida imposição às empresas privadas). (...) A perda em causa, constitui, portanto, um mero efeito secundário.» (o negro é nosso)

E esta posição foi acolhida pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Preussen Elektra*³⁸.

29. Já uma terceira objecção pode ser extraída da noção de "recursos do Estado" dada no acórdão *Stardust Marine*³⁹, a qual foi também analisada pelo Advogado-Geral Jacobs, nas conclusões que apresentou no mesmo processo. Segundo o Advogado-Geral, o factor relevante para a determinação do que sejam "recursos do Estado" é o efectivo controlo exercido pelo Estado, de forma directa ou indirecta, sobre os fundos em questão.

O Tribunal de Justiça perfilhou, no essencial, a opinião de Jacobs e, na linha dos já referidos acórdãos *Comissão c. França*, *Van der Kooy c. Comissão* e *Itália c. Comissão*, constatou que não é necessário ter por estabelecida, em

³⁸ Parágrafo 62: «Esta conclusão não pode ser infirmada pela circunstância, referida pelo órgão jurisdicional de reenvio, de o encargo financeiro decorrente da obrigação de compra a preços mínimos se poder repercutir de forma negativa nos resultados económicos das empresas sujeitas a esta obrigação e, por conseguinte, originar uma diminuição das receitas fiscais do Estado. Com efeito, esta consequência é inerente a tal regulamentação e não pode ser considerada com constituindo um meio de conceder aos produtores de electricidade a partir de fontes de energia renováveis uma determinada vantagem a cargo do Estado (...).»

³⁹ Acórdão de 16.5.2002, *República Francesa c. Comissão*, C-482/99, Colect I-4937.

todos os casos, uma transferência de recursos do Estado em benefício de uma ou mais empresas, para se poder ter por verificado um auxílio de Estado⁴⁰, nem é necessário que os bens em questão sejam bens permanentes do tesouro público, bastando que se encontrem **sob o controlo do Estado** e, desta forma, disponíveis para as autoridades estatais.

30. Contudo, importa salientar que esta conclusão foi proferida em relação a **fundos concedidos por empresas públicas** (ao contrário do *Preussen Elektra*, que dizia respeito a **fundos concedidos por empresas privadas**, através da intervenção do Estado), não contrariando assim a jurisprudência *Preussen Elektra*.

De facto, o acórdão *Stardust Marine* limitou-se a introduzir uma precisão no conceito de "recursos do Estado", no que toca às empresas públicas ou, de qualquer modo, detidas pelo Estado. Nestes casos, existirá a presunção de que os recursos, de alguma forma, **pertencem ao Estado**.

Aplicação ao caso das considerações precedentes

31. Neste contexto, conclui-se que, no caso ora em apreço e tendo em consideração a jurisprudência dos tribunais comunitários, a **hipotética vantagem para os ENVC resultante da transferência de activos do Estaleiro Naval de Flender**, não constitui um auxílio de Estado, por não ser concedida através de "recursos do Estado"⁴¹.

⁴⁰ Parágrafo 36 e acórdãos *Banco Exterior de España* C-387/92, Col. 1994, p. I-877 e *Itália c. Comissão*, C-305/89, Col. 1991, p. I-1603.

⁴¹ No mesmo sentido, o Advogado-Geral Jacobs, cit., n.º 177: «Consequentemente, as vantagens para os produtores de electricidade a partir de energias renováveis são financiadas exclusivamente por empresas de direito privado cujo capital parece ser maioritariamente privado. Nessas circunstâncias, não se pode considerar que o sistema

32. Esta conclusão não é afastada pela intervenção do Estado Português nesta operação, a qual, apesar de resultar em potencial vantagem para os ENVC, não se faz através de quaisquer recursos estatais⁴².

Ou seja, impõe-se reconhecer a irrelevância do facto de os bens assim adquiridos (por um preço simbólico) serem incluídos num acordo de contrapartidas celebrado com o Estado, dado que o seu fornecimento não envolve fundos do Estado ou provenientes de recursos estatais.

33. É, portanto, nosso parecer, e salvo melhor opinião, que a eventual vantagem resultante para os ENVC do "Purchase Agreement" celebrado com o "Insolvency administrator lawyer Mr Walter Peter" dos Estaleiros Navais de Flender, não consubstancia um auxílio de Estado, no sentido previsto no direito comunitário, pois se trata de uma vantagem concedida através de recursos privados, não existindo qualquer transferência de fundos públicos.

E isto pela razão simples de que, não se encontrando preenchido o segundo pressuposto da noção de "auxílio de Estado", qual seja o de este ser "concedido pelo Estado ou através de recursos estatais", o n.º 1 do artigo 87.º TCE não é aplicável, pois os seus pressupostos são, como se recorda, de preenchimento cumulativo.

34. Não constituindo um "auxílio de Estado" e, como tal, não se encontrando abrangido pelo disposto nos artigos 87.º e 88.º TCE, não subsistem - sempre salvo entendimento diferente - quaisquer obrigações a cargo do Estado português, nomeadamente no que toca a uma qualquer

instituído pela StrEG 1998 é financiado através de "recursos estatais"».

⁴² Recorde-se o acórdão Kirsammer-Hack, onde ficou estabelecido que «(...) a distinção estabelecida nesta disposição [o actual n.º 1 do artigo 87.º TCE] entre os "auxílios concedidos pelo Estado" e os auxílios "provenientes de recursos estatais" não significa que todas as vantagens concedidas por um Estado constituam auxílios (...)».

notificação à Comissão Europeia, ao abrigo do n.º 3 do mesmo artigo 88.º TCE.

Sobre a consideração, a título subsidiário, do regime de auxílios de Estado

35. Apesar de, a nosso ver, resultar inequivocamente da jurisprudência comunitária a irrelevância, para o regime dos auxílios de Estado previsto no Tratado, de um contrato como o ora apreciado, entendemos dedicar algumas linhas a uma hipótese contrária: a de, ainda que erroneamente, como julgamos ter demonstrado, o contrato vir a ser considerado como "auxílio de Estado".

36. A hipótese que, por cautela, se considera, sem conceder, suporia, entre outras exigências, a demonstração de que no acordo estariam envolvidos "recursos estatais".

Ora, mesmo a admitir, por escrúpulo argumentativo, que alguém o conseguisse demonstrar (juntamente com a verificação dos restantes pressupostos de que depende o preenchimento do conceito de "auxílio de Estado"), impõe-se reconhecer que a suposta vantagem poderia ainda ser autorizada por força do enquadramento do pretense auxílio estatal em qualquer das derrogações previstas no artigo 87.º TCE.

37. Decorre do n.º 1 do artigo 87.º TCE que uma medida que seja caracterizada como um auxílio concedido por um Estado ou através de recursos estatais e que falseie ou ameace falsear a concorrência, afectando as trocas comerciais entre Estados membros, será considerada **incompatível** com o mercado comum, **salvo disposição em contrário do Tratado.**

Ora, o TCE consagra essencialmente dois tipos de derrogações ao princípio da incompatibilidade dos auxílios⁴³:

- Por um lado, as regras de natureza geral constantes dos n.ºs 2 e 3 do artigo 87.º e do último parágrafo do n.º 2 do artigo 88.º⁴⁴;

- Por outro lado, as disposições que estabelecem regras especiais e isenções para determinados sectores económicos, nomeadamente para o sector agrícola e das pescas (artigo 36.º), para o sector dos transportes (artigos 73.º e 80.º), para o sector das empresas públicas (artigo 86.º) e para o sector da defesa nacional (artigo 296.º).

Derrogações específicas - o artigo 296.º TCE

38. Consideremos este segundo tipo de derrogações e, em particular, a derrogação prevista no artigo 296.º TCE, aplicável ao sector da **defesa nacional**.

O artigo 296.º, n.º 1, alínea b), TCE⁴⁵ estabelece que

«[q]ualquer Estado-Membro pode tomar as medidas que considere necessárias à protecção dos interesses essenciais da sua segurança e

⁴³ Realçamos que as derrogações são de interpretação restritiva, já que a regra é a da proibição dos auxílios concedidos pelos Estados.

⁴⁴ O último parágrafo do n.º 2 do artigo 88.º prevê a possibilidade de o Conselho, perante circunstâncias excepcionais e deliberando por unanimidade, poder decidir que um determinado auxílio é compatível com o mercado comum. Esta disposição é inaplicável ao caso sob consulta.

⁴⁵ Deve ainda notar-se, a propósito e de acordo com a alínea a) do n.º 1 do artigo 296.º TCE, que os Estados membros podem recusar-se a fornecer informações, mesmo que pedidas pela Comissão Europeia, que considerem contrárias «aos interesses essenciais da sua própria segurança».

que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra; tais medidas não devem alterar as condições de concorrência no mercado comum no que diz respeito aos produtos não destinados a fins especificamente militares.»

39. A alínea b) do n.º 1 do artigo 296.º TCE contém duas partes essenciais. Fixemo-nos na primeira, na qual se reconhece que

«[q]ualquer Estado-Membro pode tomar as medidas que considere necessárias à protecção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra».

Apesar de, como qualquer outra derrogação ao regime geral prevista nos tratados, também esta dever ser objecto de interpretação estrita⁴⁶, não há dúvida que a operação em causa está relacionada com o comércio de material de guerra, designadamente a aquisição de submarinos para a Armada Portuguesa.

Ora, a este respeito, refira-se que, na Decisão da Comissão no processo KSG⁴⁷, é expressamente referido que um auxílio para "(...) aspectos militares, (...) se insere na sua totalidade no âmbito de aplicação do artigo 296.º, mesmo tendo um efeito claro sobre a concorrência em sectores não militares (...)".

40. Restará, assim, saber se as estipulações contratualizadas entre o Estado português e o consórcio GSC, onde se incluem o acordo de contrapartidas entre o

⁴⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.12.1968, *Salgoil*, C-13/68, Rec. 676.

⁴⁷ Decisão da Comissão relativa às medidas dos Países Baixos para a reestruturação e privatização do Koninklijke Schelde Groep - 2003/45/CE, de 5 de Junho de 2002, JO L 14, de 21.1.2003.

Estado português e o consórcio GSC e o contrato entre o representante dos Estaleiros Navais de Flender e os ENVC, ao abrigo daquele acordo, podem ser consideradas **«necessárias à protecção dos interesses essenciais da sua segurança»**.

Neste particular, recorde-se, é reconhecido pela doutrina que, na densificação das situações abrangidas por esta derrogação,

«não se exclui [...] que uma certa discricionariedade seja deixada ao Estado na apreciação das exigências da sua segurança»⁴⁸.

41. Pergunta-se, então, a este propósito, qual a relevância a dar à qualificação dos ENVC como empresa pertencente ao **sector da defesa**, assim abrangida pelo domínio da excepção, não lhe sendo portanto aplicável o regime dos "auxílios de Estado" e, em concreto, o disposto no n.º 1 do artigo 87.º TCE.

A posição da Comissão Europeia a este respeito encontra-se expressa numa *Comunicação* apresentada em 2003⁴⁹. Como aí se pode ler:

«Em virtude das suas especificidades e, sobretudo, das relações estreitas que mantém com as autoridades públicas, o sector da defesa poderia beneficiar, directa ou indirectamente, de um apoio público sob a forma de auxílios estatais. Ao abrigo das disposições do artigo 296.º do Tratado CE, na medida em que as empresas em causa produzam unicamente material militar, o artigo 87.º do

⁴⁸ J. Verhoeven, «Article 223», *Traité instituant la CEE - commentaire article par article*, dir. V. Constantinesco/ R. Kovar/J. P. Jacqué/ D. Symon, Economica, Paris, 1991, 1396 (tradução nossa).

⁴⁹ *Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões - Defesa Europeia - Questões ligadas à indústria e ao mercado - para uma política comunitária em matéria de equipamento de defesa*, COM (2003) 113 final.

Tratado CE relativo ao controlo dos auxílios concedidos pelo Estado não é aplicável (...). De qualquer modo, nenhum apoio financeiro público à produção de armamento deveria alterar as condições de concorrência no mercado comum dos produtos que não se destinam a fins militares específicos. Este aspecto reveste-se de especial importância quando as empresas em questão fabricam simultaneamente produtos para utilização estritamente militar e produtos destinados a fins não militares. É, nomeadamente, necessário assegurar que não sejam efectuados financiamentos cruzados entre essas duas actividades. A ajuda destinada aos produtos para fins não especificamente militares inscreve-se no âmbito das disposições normalizadas em matéria de auxílios estatais.

A Comissão tenciona prosseguir a sua reflexão sobre a aplicação das regras da concorrência no sector da defesa, tendo devidamente em conta as especificidades deste domínio e as disposições do artigo 296.º do Tratado CE.(...)

42. Neste contexto, é nosso entendimento que, independentemente da questão de saber se estamos ou não, no caso presente, perante um auxílio de Estado (questão essa a que já respondemos, claramente, pela negativa), o artigo 296.º, n.º 1, alínea b), é aplicável, nas circunstâncias que caracterizam o caso.

Com efeito, se é certo que os ENVC não produzem «unicamente material militar» (como resulta dos respectivos Estatutos, podem dedicar-se ao «projecto, construção, conversão e reparação de navios de qualquer tipo até 30.000 TDW, para fins militares e civis»⁵⁰), nada no artigo 296.º TCE permite limitar a aplicação desta disposição aos casos de produção de "material exclusivamente militar".

⁵⁰ Fonte: http://www.envc.pt/index3_menu.htm.

A própria Comissão o reconhece, na sua Comunicação de 2003, apenas considerando serem de evitar financiamentos cruzados entre as actividades estritamente militares e as não militares⁵¹.

Tenha-se, além disso, em conta, a complicar a apreciação, que, na já referida decisão da Comissão no processo relativo à reestruturação do grupo KSG, se afirma que *"uma medida que constitua um auxílio estatal, nos termos do n.º 1 do artigo 87.º, e que afecte a produção militar e civil ou a produção destinada a uma utilização dupla, não pode ser justificada inteiramente com base no artigo 296.º"*.

43. A nosso ver, o problema não está, porém, aí. A Comissão coloca, demasiadamente e sem fundamento no texto do Tratado, o acento no carácter estritamente militar do material fabricado pela empresa beneficiária da ajuda.

Ora, o que o artigo 296.º TCE, neste ponto, simplesmente requer (para que possa aplicar-se a derrogação específica às regras gerais) é:

a) Primeiro, que se trate de medidas que o Estado membro em causa considere necessárias à protecção dos interesses essenciais da sua segurança;

b) Segundo, que essas medidas estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra;

c) Terceiro, que tais medidas não alterem as condições de concorrência no mercado comum no que respeita a produtos não destinados a fins especificamente militares.

⁵¹ Cfr. a citada Comunicação: *"Para uma política comunitária em matéria de equipamento de Defesa"*.