Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MICHAL BOBEK
apresentadas em 21 de abril de 2016 [1]

Processo C-270/15 P

Reino da Bélgica
contra

Comissão Europeia

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Auxílio do Estado — Prevenção, controlo e erradicação de encefalopatias espongiformes transmissíveis (EET) — Financiamento dos testes de deteção da encefalopatia espongiforme bovina (EEB) — Conceito de seletividade — Quadro de referência — Comparabilidade»

I – **Introdução**

1. O Regulamento n.º 999/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, que estabelece regras para a prevenção, o controlo e a erradicação de determinadas encefalopatias espongiformes transmissíveis (EET) [2], adotado na sequência da crise da encefalopatia espongiforme bovina (EEB), exigia que os Estados-Membros realizassem testes de deteção obrigatórios em certos animais em risco de serem infetados por EET, como os bovinos, mas também os ovinos e caprinos (a seguir «testes de deteção»). Entre 1 de janeiro de 2001 e 31 de dezembro de 2005, o Reino da Bélgica financiou, total ou parcialmente, os testes de deteção para o setor bovino. A Comissão considerou que o financiamento desses testes através de recursos estatais constituía um auxílio estatal a favor dos agricultores, matadouros e outras entidades que procedem ao tratamento, manipulação, venda ou comercialização de produtos provenientes de bovinos sujeitos à obrigação dos testes EEB.

2. No presente recurso, o Reino da Bélgica (recorrente) contesta a classificação da medida como auxílio estatal pela Comissão, que foi confirmada pelo Tribunal Geral no seu acórdão de 25 de março de 2015 (a seguir «acórdão recorrido») [3]. Concretamente, o recorrente considera que um dos quatro critérios para a classificação como auxílio estatal (o caráter seletivo da medida) não está preenchido, dado que o quadro de referência utilizado para apreciar a seletividade foi definido de forma demasiado ampla pela Comissão e pelo Tribunal Geral.

3. Em resposta a um pedido do Tribunal de Justiça, as presentes conclusões limitar-se-ão a uma análise da questão da seletividade, que constitui o cerne do segundo fundamento de recurso invocado pelo recorrente.

1 — Língua original: inglês.

2 — JO L 147, p. 1.

3 — Acórdão Bélgica/Comissão (T-538/11, EU:T:2015:188).

II – **Quadro jurídico**

A – *Direito primário*

4. O artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) (ex-artigo 87.º, n.º 1, CE) dispõe:

«Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem 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.»

B – *Direito derivado*

5. O considerando 9 do Regulamento (CE) n.º 999/2001 estabelece que «[o]s Estados-Membros devem levar a cabo programas anuais de vigilância da EEB e do tremor epizoótico, e comunicar à Comissão e aos restantes Estados-Membros os resultados de tais programas, bem como a emergência de qualquer outra EET.» Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do regulamento, com a epígrafe «Sistema de vigilância», «[c]ada Estado-Membro deve criar um programa anual de vigilância da EEB e do tremor epizoótico, nos termos do anexo III, capítulo A. O programa inclui um processo de despistagem mediante a utilização de testes rápidos […]».

6. O ponto 12 das Orientações comunitárias para os auxílios estatais relativos aos testes de deteção de EET, aos animais mortos e aos resíduos de matadouros (a seguir «orientações EET») [4] dispõe que «[a]s presentes orientações dizem respeito aos auxílios estatais relativos aos custos dos testes de deteção de EET e de eliminação dos animais mortos e de resíduos de matadouros, concedidos aos operadores ativos na produção, transformação e comercialização de animais e produtos animais abrangidos pelo anexo I do Tratado, na medida em que os artigos 87.°, 88.° e 89.° do Tratado tenham sido declarados aplicáveis a esses produtos.»

7. Os pontos 23 e 24 das orientações EET explicam o seguinte:

«23. A fim de incentivar a tomada de medidas de proteção da saúde animal e humana, a Comissão decidiu continuar a autorizar auxílios estatais que podem chegar a 100% para participação nos custos dos testes de deteção de EET, segundo os princípios do capítulo 11.4 das orientações para a agricultura.

24. No entanto, a partir de 1 de janeiro de 2003, no que diz respeito à obrigatoriedade de testar, para deteção de EEB, os bovinos abatidos para consumo humano, o auxílio público total direto e indireto, incluindo os pagamentos comunitários, não pode exceder 40 euros por teste. A obrigatoriedade dos testes pode basear-se na legislação comunitária ou na legislação nacional. Este montante diz respeito aos custos totais dos testes, incluindo: kit de teste, colheita, transporte, teste, armazenagem e destruição da amostra. Este montante pode ser reduzido futuramente, na medida em que baixem os custos dos testes.»

4 — JO 2002, C 324, p. 2.

III – **Matéria de facto e tramitação processual**

8. No seguimento do surto de EEB, também conhecida como «doença das vacas loucas» na década de 90, o Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram o Regulamento n.º 999/2001, que estabelece regras para a prevenção, o controlo e a erradicação de determinadas encefalopatias espongiformes transmissíveis. Esse regulamento exigia que cada Estado-Membro criasse um programa anual de vigilância da EEB e do tremor epizoótico [5], que incluísse um processo de despistagem mediante a utilização de testes rápidos. Esses testes eram obrigatórios para todos os bovinos com idade superior a 30 meses e para os bovinos com idade superior a 24 meses sujeitos a abate de emergência. No entanto, o regulamento não abordava expressamente o financiamento desses testes de deteção. Em virtude das disparidades existentes entre os Estados-Membros não apenas em matéria de custos, mas também quanto ao modo de financiamento dos referidos testes, a Comissão adotou as orientações EET com o objetivo de evitar o falseamento da concorrência entre os Estados-Membros. Essas orientações referiam, em especial, que os auxílios financeiros concedidos por um Estado não deveriam ultrapassar 40 EUR por teste a partir de 1 de janeiro de 2003.

9. Na sequência de uma série de denúncias sobre o financiamento de testes de deteção na Bélgica e depois de ter pedido informações ao Reino da Bélgica, a Comissão decidiu, em janeiro de 2009, dar início ao procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE (atual artigo 108.º, n.º 2, TFUE). A investigação da Comissão tinha por objeto o sistema belga de financiamento dos custos dos testes de deteção de EET em bovinos entre 1 de janeiro de 2001 e 31 de dezembro de 2005.

10. Em 27 de julho de 2011, a Comissão adotou a Decisão 2011/678/EU, relativa ao auxílio estatal para o financiamento dos testes de deteção de encefalopatias espongiformes transmissíveis nos bovinos aplicado pela Bélgica (a seguir «decisão da Comissão») [6]. Nessa decisão, a Comissão sustentou que o financiamento dos testes de deteção de EEB através de recursos estatais conferia uma vantagem económica seletiva às empresas do setor bovino, dado que reduzia o custo que estas tinham de pagar pelos referidos testes, e constituía um auxílio estatal. Com base nas orientações EET, a Comissão concluiu igualmente que esse auxílio era compatível com o mercado interno, exceto em relação aos montantes superiores a 40 EUR por teste, no período compreendido entre 1 de janeiro de 2003 e 30 de junho de 2004 [7].

IV – **Acórdão recorrido e tramitação processual no Tribunal de Justiça**

11. O Reino da Bélgica interpôs recurso de anulação da decisão da Comissão junto do Tribunal Geral, dado que essa decisão classificava como auxílio estatal as medidas de financiamento dos testes de deteção de EEB no setor bovino através de recursos estatais. Num fundamento único, alegou que a medida em causa não era um auxílio estatal porque não conferia uma vantagem seletiva às empresas do setor bovino.

12. O Tribunal Geral negou provimento ao recurso e condenou o Reino da Bélgica nas despesas. Segundo o Tribunal Geral, o custo dos testes de deteção obrigatórios eram um encargo que onerava normalmente o orçamento de uma empresa. Ao tentar reduzir esse custo concedendo acesso gratuito aos testes de deteção, o Reino da Bélgica tinha conferido uma vantagem às empresas do setor bovino que não estava ao alcance das «empresas de outros setores» [8]. A condição relativa à seletividade da medida, que tinha de ser apreciada relativamente «à totalidade das empresas» e não apenas às

5 — O tremor epizoótico é uma encefalopatia espongiforme semelhante à EEB, que afeta particularmente os caprinos e os ovinos.

6 — Auxílio estatal C 44/08 (ex NN 45/04) (JO L 274, p. 36).

7 — V. n.ºs 90 a 92 da decisão da Comissão.

8 — V. n.º 110 do acórdão recorrido.

empresas que beneficiavam de uma mesma vantagem dentro do mesmo grupo, estava assim preenchida [9]. Consequentemente, o Tribunal Geral concluiu que a Comissão não tinha cometido um erro de direito ao considerar que o financiamento dos testes de deteção de EEB através de recursos estatais constituía um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

13. No processo perante o Tribunal de Justiça, o recorrente pede a anulação do acórdão do Tribunal Geral e da decisão da Comissão. O recorrente alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito e desrespeitou o seu dever de fundamentação. Em apoio desta tese, invoca dois fundamentos de recurso: o primeiro prende-se com a existência de uma vantagem seletiva na aceção do artigo 107.º TFUE, e o segundo diz respeito à aplicação concreta da condição da seletividade aos factos do caso em apreço.

14. Abordarei apenas o segundo fundamento de recurso nas presentes conclusões. O recorrente alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao afirmar, em termos genéricos, que todas as empresas obrigadas a efetuar testes antes da comercialização dos seus produtos estão, por natureza, numa situação factual e jurídica comparável. A título subsidiário, o recorrente alega que o Tribunal Geral não fundamentou a sua conclusão de que as empresas do setor bovino sujeitas a testes obrigatórios de deteção da EEB estão numa situação comparável, para efeitos das regras sobre auxílios estatais, à das empresas que são obrigadas a realizar testes antes da comercialização dos seus produtos.

15. Na sua decisão, a Comissão considerou que «o financiamento dos testes EEB pelo Estado só beneficia um setor determinado (criação de animais sujeitos a testes EEB)» [10]. Concluiu que «se o Estado financia os custos dos controlos obrigatórios relativos à produção ou à comercialização dos produtos, isso deve ser considerado uma vantagem seletiva para as empresas». Uma vez que «o Estado reduziu os encargos que são normalmente incluídos no orçamento de uma empresa, […] os agricultores, os matadouros e as outras entidades que procedem à transformação, manipulação, venda ou comercialização dos produtos provenientes de bovinos sujeitos à obrigação dos testes EEB, por força da legislação aplicável no período em causa […] beneficia[ram] de auxílios estatais para o financiamento dos testes EEB pelo Estado». [11]

16. No acórdão recorrido, o Tribunal Geral, referindo-se à posição da Comissão, que aprova, comparou os testes de deteção a «fiscalizações obrigatórias que respeitavam à produção ou à comercialização dos produtos» [12]. Confirmou a conclusão da Comissão de que «os operadores do setor bovino beneficiavam de uma vantagem que não estava disponível para as empresas de outros setores, uma vez que beneficiavam da gratuitidade das fiscalizações que deviam obrigatoriamente efetuar antes da colocação no mercado ou da comercialização dos seus produtos, ao passo que as empresas de outros setores não tinham essa possibilidade […]» [13].

17. Segundo o recorrente, o Tribunal Geral deveria ter explicado quais eram as «empresas de outros setores» pertinentes [14]. Ao adotar uma abordagem tão vaga e implicitamente abrangente à comparabilidade, o Tribunal Geral equiparou indevidamente os testes obrigatórios a que estão sujeitos, por exemplo, os fabricantes de elevadores ou de camiões aos testes de deteção temporários que visam a erradicação de uma doença animal. Mesmo que o quadro de referência fosse restringido aos testes obrigatórios de produtos agrícolas, esses testes são, no entender do recorrente, muito diferentes em termos da sua natureza, do seu objetivo, do seu custo e da sua frequência. Por conseguinte, não são comparáveis aos testes obrigatórios de deteção de EEB.

9 — V. n.º 114 do acórdão recorrido.

10 — V. n.º 92 da decisão da Comissão.

11 — V. n.º 90 da decisão da Comissão.

12 — V. n.º 104 do acórdão recorrido.

13 — V. n.º 110 do acórdão recorrido.

14 — V. também n.º 115 do acórdão recorrido.

V – **Apreciação**

18. De acordo com o artigo 107.º, n.º 1, TFUE, uma medida nacional é considerada um auxílio estatal se preencher as quatro condições cumulativas estabelecidas nessa disposição. Em primeiro lugar, a medida deve contemplar um auxílio concedido pelo Estado ou proveniente de recursos estatais; em segundo lugar, deve favorecer certas empresas ou certas produções, constituindo assim uma vantagem seletiva que não está ao alcance de empresas comparáveis; em terceiro lugar, deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência; em quarto lugar, deve ser suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros.

19. A definição dos exatos contornos da segunda condição - a seletividade do auxílio - tem sido objeto de um profícuo debate entre advogados-gerais [15]. Porém, é de admitir que, não obstante esses esforços, a apreciação da seletividade continua a ser «um exercício difícil, cujos resultados são imprevisíveis» [16] na prática.

20. Tendo por base esse profícuo debate, começarei por tecer algumas considerações gerais sobre o conceito de seletividade no contexto dos auxílios estatais (secção A), que aplicarei de seguida ao presente caso (secção B).

A – *Considerações gerais sobre o conceito de seletividade*

21. A segunda condição do critério estabelecido no artigo 107.º, n.º 1, TFUE é a seletividade: a vantagem tem de ser concedida apenas a *certas empresas* ou a *certas produções*. É evidente que a seletividade implica diferenciação ou desigualdade: a vantagem só é concedida a algumas empresas de um determinado setor ou a um subsetor num determinado mercado. Porém, o que não é tão evidente é o modo como essa seletividade deve ser definida, especialmente em relação ao segundo tipo de seletividade, que não se traduz numa diferenciação *individual* (por exemplo, uma vantagem concedida à empresa X, mas não às empresas Y e Z), mas sim numa diferenciação *setorial* (por exemplo, uma vantagem concedida a todas as empresas que produzem A, mas não às que produzem B).

22. É sobretudo em relação ao segundo tipo de diferenciação que a seletividade se reveste de maior complexidade. Essa complexidade deve-se ao facto de as empresas favorecidas serem diferenciadas através da aplicação de uma medida geral, muitas vezes de natureza legislativa, e não por meio de uma decisão individual [17]. Nesses casos, a linha que separa o «seletivo» e o «geral» torna-se muito mais ténue.

23. Em regra, na apreciação da seletividade, a jurisprudência do Tribunal de Justiça exige a identificação das empresas que se encontram numa «situação factual e jurídica comparável» [18]. No entanto, a concretização desta exigência de caráter genérico tem variado ao longo do tempo, em função da complexidade do caso e do número de empresas envolvidas.

15 — V., por exemplo, conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo Comissão/MOL (C-15/14 P, EU: C:2015:32, n.os 43 e segs.); do advogado-geral N. Jääskinen nos processos apensos Comissão e Espanha/Governo de Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:215, n.os 176 e segs.); do advogado-geral N. Jääskinen nos processos apensos Paint Graphos (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2010:411, n.os 79 e segs.); do advogado-geral M. Poiares Maduro no processo Enirisorse (C-237/04, EU:C:2006:21, n.os 47 e segs.); do advogado-geral J. Mischo no processo Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:250, n.os 36 e segs.); e do advogado-geral M. Darmon nos processos apensos Sloman Neptun (C-72/91 e C-73/91, EU:C:1992:130, n.os 47 e segs.).

16 — Conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2000:585, n.º 157).

17 — V., neste sentido, conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo Comissão/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, n.os 50 a 54).

18 — V., por exemplo, acórdãos Comissão/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, n.º 61); Kernkraftwerke Lippe-Ems (C-5/14, EU:C:2015:354, n.º 74); Comissão e Espanha/Governo de Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.º 75); Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.º 52); British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.º 82); Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, n.º 40); e Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, n.º 41).

24. Em casos de seletividade individual, ou seja, quando o auxílio estatal é concedido apenas a uma única empresa, o Tribunal de Justiça nem sempre tem salientado a necessidade de definir um quadro de referência de empresas comparáveis no âmbito do qual seria determinada a existência de uma vantagem seletiva. Esta abordagem é, em grande parte, compreensível: se uma vantagem for concedida apenas a uma empresa de entre várias empresas intuitivamente comparáveis, a questão da seletividade não suscita qualquer problema.

25. A seletividade torna-se mais problemática no caso de vantagens concedidas a certas empresas numa base setorial. Dentro desta categoria, a seletividade tem sido definida e aplicada de forma mais diversificada. Tendo em conta essa diversidade, a doutrina distingue duas abordagens à seletividade: uma com duas fases e outra com três fases [19].

26. Na abordagem com duas fases [20], a primeira fase consiste em determinar se a medida é *prima facie* seletiva, ou seja, se algumas empresas gozam de uma vantagem em relação a outras empresas que se encontrem numa situação jurídica e factual comparável à luz do objetivo prosseguido pela medida. Se a resposta à pergunta que se coloca na primeira fase for afirmativa, estará estabelecida uma presunção de seletividade. Poderá ainda ser possível justificar a medida na segunda fase, caso a diferenciação resulte da natureza ou da economia geral do sistema em que a medida se inscreve. Embora caiba à Comissão demonstrar que a medida é *prima facie* seletiva na primeira fase [21], compete aos Estados-Membros ilidir essa presunção na segunda fase [22].

27. Na abordagem em três fases, a primeira fase consiste na definição do quadro de referência, por dezes designado por regime «comum» ou «normal» [23]. As restantes fases desta abordagem são essencialmente iguais às acima descritas para a abordagem em duas fases. Assim, a segunda fase consiste em determinar se a Comissão demonstrou que a medida estabelece uma distinção entre empresas comparáveis. Na terceira fase, procura-se determinar se o Estado-Membro conseguiu provar que a medida era justificada com base na natureza e na economia geral do sistema em que se insere.

28. Numa análise mais atenta, dir-se-ia que a única diferença discernível entre as duas abordagens é meramente académica: na abordagem em três fases, a primeira fase é dividida em duas fases distintas. Em ambos os casos, a definição de um quadro de referência adequado será sempre um fator pertinente. Porém, na abordagem em duas fases, essa definição é menos evidente, encontrando-se dissimulada na primeira fase. Consequentemente, a abordagem em três fases poderá ser mais adequada em virtude da sua clareza e do seu potencial pedagógico. Permite estruturar melhor a linha de raciocínio e expor mais claramente os vários elementos da análise.

29. O elemento central da condição da seletividade é, inquestionavelmente, a definição do «quadro de referência». Porém, no que respeita à relação entre a sua expressão textual e o seu verdadeiro conteúdo, esse elemento assemelha-se a uma matriosca: é necessário abrir o invólucro externo para ver que, na realidade, o conceito-chave é o da discriminação [24]. Por seu turno, escondido no conceito de discriminação encontramos a noção de comparabilidade. Assim, o exercício de identificação do verdadeiro conteúdo da seletividade leva-nos a um conceito bem conhecido de outras áreas do direito da União: a comparabilidade.

19 — V., por exemplo, Romariz, C., «Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law — Or 'The Ghost of Yet-To-Come'», *EStAL* 1, 2014, p. 41-42; Bousin, J. e Piernas, J., «Developments in the Notion of Selectivity», *EStAL* 4, 2008, p. 640-642.

20 — V., por exemplo, acórdãos British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.os 82 e segs.); Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, n.os 40 e segs.), e Adria-Wien Pipeline and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, n.os 41-42).

21 — V., por exemplo, acórdãos Comissão/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, n.º 59) e Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.º 62).

22 — V., por exemplo, acórdão Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.º 62).

23 — V. acórdãos Paint Graphos (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, n.º 49), e Itália/Comissão (173/73, EU:C:1974:71, n.º 15).

24 — V., neste sentido, conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo Comissão/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, n.º 54).

30. A comparabilidade procura determinar se, em relação a uma determinada qualidade (ou seja, o *tertium comparationis*, que poderá ser um valor, um objetivo, uma ação, uma situação, etc.), os elementos de comparação (empresas, pessoas, produtos, etc.) apresentam mais semelhanças ou mais diferenças.

31. O problema que tipicamente se coloca nessa análise é a escolha da qualidade em relação à qual a comparação deverá ser efetuada. Em relação exatamente a quê é que as empresas X e Y são comparáveis? No meu entender, há três fatores que normalmente devem ser tomados em conta quando essa análise é efetuada no contexto dos auxílios estatais.

32. O primeiro fator é o âmbito de aplicação da medida em relação à pessoa e/ou às situações por ela abrangidas. Em regra, o âmbito de aplicação da própria medida define a relação lógica e a comparabilidade dessas pessoas e/ou situações. É provável que essa medida estabeleça potenciais obrigações ou encargos para um determinado grupo de empresas, bem como os motivos que levam um Estado-Membro a procurar aligeirar essas obrigações ou esses encargos.

33. O segundo fator é o objetivo da medida em termos das finalidades e dos valores que pretende fomentar ou prosseguir. A definição de um quadro de referência adequado implica uma decisão sobre o grupo de empresas que se encontram numa situação factual e jurídica comparável «à luz do objetivo prosseguido pela medida em causa» [25], mas também, de um modo mais geral, «do sistema em causa» [26].

34. Em terceiro lugar, também poderá ser ponderado outro fator, talvez de natureza auxiliar, em que a comparabilidade é analisada da perspetiva do grau de substituibilidade dos produtos envolvidos. Importa deixar bem claro que, até à data, esse fator ainda não encontrou grande apoio na jurisprudência do Tribunal de Justiça [27]. Por outro lado, existem fortes argumentos a favor de uma maior ponderação dos aspetos associados ao direito da concorrência na legislação sobre auxílios estatais. [28]. Em termos de comparabilidade, isso traduzir-se-ia numa abordagem em que a comparabilidade seria (co)definida pela substituibilidade e assentaria na noção de falseamento da concorrência dentro do mercado relevante. A procura do quadro de referência relevante aproximar-se-ia então muito mais da definição de «mercado relevante», assemelhando-se à análise realizada nos termos do artigo 101.º TFUE

35. O primeiro e segundo fatores supramencionados devem estar presentes, seja sob que forma for, em qualquer apreciação da comparabilidade. A sua exata articulação e a respetiva ponderação dependerão das circunstâncias do caso concreto. O mesmo é válido para a forma como se relacionam entre si. Em alguns casos, todos os fatores apontarão na mesma direção. Noutros, o segundo (o objetivo da medida) e o terceiro fator (o grau de substituibilidade dos produtos visados pela medida) poderão ser utilizados para corrigir ou ajustar o primeiro. O primeiro fator (o âmbito de aplicação da medida definido pela própria medida) deve ser considerado o ponto de partida para o estabelecimento do quadro de referência. No entanto, não deve ser considerado conclusivo, por si só, uma vez que, para escapar à classificação como auxílio estatal, um Estado-Membro poderia formular uma medida aplicável apenas a determinadas empresas, mas que fossem comparáveis a outras que não beneficiavam da medida.

25 — V. acórdãos Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.º 52), e Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, n.º 41).

26 — V. acórdãos Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, n.º 40), e GIL Insurance e o. (C-308/01, EU:C:2004:252, n.º 68).

27 — V., no entanto, para uma análise mais aprofundada da concorrência entre produtos, embora num contexto diferente, acórdão Espanha/Comissão (C-409/00, EU:C:2003:92, n.º 68 e segs.).

28 — V., por exemplo, da Cruz Vilaça, J. L., «Material and Geographic Selectivity in State Aid — Recent Developments», *EStAL* 4, 2009, 443-451; Romariz, C., «Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law — Or 'The Ghost of Yet-To-Come'», *EStAL* 1, 2014, p. 47-48; Nicolaides, P. e Rusu, I. E., «The Concept of Selectivity: An Ever Wider Scope», *EStA* 4, 2012, p. 796-797; Lo Schiavo, G., «The role of competition analysis under article 107 paragraph 1 TFEU: the emergence of a 'market analysis' assessment within the selectivity criterion?», 34 *E. C. L. R.* 8, 2008, 400-406.

36. O processo «NOx neerlandês» [29] ilustra uma situação em que um dos fatores pode acabar por se sobrepor aos outros para efeitos de definição do quadro de referência relevante. Nesse processo, o segundo fator corrigiu o primeiro. Os Países Baixos tinham concedido a possibilidade de transacionar direitos de emissão de óxidos de azoto (NOx) apenas às grandes instalações industriais que produziam esses tipos de emissões. Por conseguinte, o âmbito de aplicação da medida nacional restringia-se a essas empresas. Porém, tendo em conta o objetivo geral da medida, ou seja, a proteção do ambiente, o Tribunal de Justiça considerou que todas as empresas sujeitas a «obrigações da mesma *natureza*», isto é, reduzir as emissões de NOx, estavam numa situação factual e jurídica comparável, independentemente da sua dimensão [30]. Consequentemente, a possibilidade de transacionar os direitos de emissão de NOx não deveria ter sido limitada às grandes instalações [31].

37. É inquestionável que os fatores acima descritos fornecem apenas uma ideia aproximada dos aspetos a considerar aquando da apreciação da comparabilidade para efeitos de estabelecimento de um quadro de referência. Também é evidente que esse tipo de apreciação, por muito bem estruturada que esteja em termos algorítmicos, quase matemáticos, comportará sempre elementos de escolha com valor subjetivo relativamente às empresas que são comparáveis e às razões dessa escolha, privilegiando um fator em detrimento de outro.

38. Ao mesmo tempo, porém, essa escolha deve estar expressamente indicada na fundamentação da autoridade decisora. Por conseguinte, na prática, a Comissão deveria deixar bem claro qual o quadro de referência que escolheu e as razões dessa escolha.

39. A definição do quadro de referência adequado é crucial para a decisão sobre a seletividade de um potencial auxílio estatal, por vários motivos. Em primeiro lugar, dá a conhecer às partes os motivos pelos quais uma determinada medida foi ou não considerada um auxílio estatal [32]. Em segundo lugar, garante aos Estados-Membros um maior grau de previsibilidade jurídica, o que lhes permitirá determinar antecipadamente se as medidas que adotam devem ser notificadas à Comissão ou se podem prosseguir livremente uma determinada política económica, sem nenhum limite [33]. Em terceiro lugar, permite que o juiz da União realize uma fiscalização jurisdicional efetiva, na medida em que o Tribunal Geral e, em última análise, o Tribunal de Justiça poderão determinar com maior clareza se a condição da seletividade está ou não preenchida.

B – *A condição da seletividade no presente processo*

40. No presente processo, é pedido ao Tribunal de Justiça que aprecie se a condição da seletividade deve ser examinada à luz de um quadro de referência amplamente definido que abranja as empresas do setor bovino e as «empresas de outros setores».

41. Na sua fundamentação, o Tribunal Geral não explicou o que se deveria entender por «empresas de outros setores», limitando-se a referir e a subscrever a apreciação feita pela Comissão [34], que não era, ela mesma, totalmente esclarecedora quanto a esses «outros setores» [35].

29 — Acórdão Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551).

30 — Acórdão Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.º 66). Itálico meu.

31 — Encontramos outro exemplo semelhante no acórdão Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, n.º 52), em que o objetivo da medida levou a que se tomasse em consideração um grupo de empresas mais vasto do que aquele que resultava do seu âmbito de aplicação.

32 — V. acórdão Países Baixos/Comissão (C-159/01, EU:C:2004:246, n.ºs 65-67).

33 — Conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed no processo GIL Insurance e o. (C-308/01, EU:C:2003:481, n.º 76).

34 — V. n.ºs 107, 108, 110 e 111 do acórdão recorrido.

35 — V. n.º 16 das presentes conclusões.

42. No presente processo, poderiam ser contemplados diversos quadros de referência, em função do nível de abstração escolhido para definir o *tertium comparationis* e da ponderação atribuída aos diferentes fatores acima descritos. Referirei três deles: a abordagem restrita, a abordagem intermédia e a abordagem ampla.

43. A abordagem restrita, defendida pelo recorrente, centra-se nas empresas que realizam testes EET. O quadro de referência é estabelecido pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 999/2001. Esse regulamento só exige testes de deteção nos setores afetados por EET. Assim, na abordagem restrita, o primeiro fator acima descrito é dominante e corresponde a um baixo nível de abstração: o grupo de empresas comparáveis é definido pela obrigação específica de realizar os testes EET.

44. A abordagem intermédia situa-se no nível de abstração seguinte. O grupo de empresas comparáveis incluiria qualquer empresa do setor agrícola ou alimentar obrigada a submeter os seus produtos a controlos sanitários. Esta abordagem não se baseia na especificidade dos testes de deteção da EET [36], mas sim no objetivo geral da medida da UE no presente caso, ou seja, preservar a saúde animal e humana. A obrigação de realizar testes de deteção da EEB pode ser vista como fazendo parte de uma obrigação mais ampla das empresas que consiste em realizarem controlos que garantam que os seus produtos não constituem uma ameaça para a saúde humana e animal [37]. Esta abordagem dá lugar a uma comparação de empresas sujeitas aos testes de deteção da EEB com outras empresas dos setores agrícola ou alimentar sujeitas a outros tipos de controlos sanitários obrigatórios, mas que poderão produzir outros tipos de produtos de carne ou géneros alimentícios.

45. Avançado mais um pouco na hierarquia da abstração, é possível contemplar uma abordagem ainda mais ampla. Nesta abordagem ampla, o grupo de empresas comparáveis incluiria todas as empresas sujeitas a controlos obrigatórios antes da comercialização dos seus produtos, não estando estritamente limitado aos animais. Assim, o *tertium comparationis* abstrato seriam os controlos de qualidade ou de segurança em geral, o que obviamente alarga significativamente o grupo de empresas comparáveis.

46. Segundo o recorrente, é esta última categoria, mais ampla, que corresponde à abordagem escolhida pela Comissão e, posteriormente, validada pelo Tribunal Geral. Conforme alega o recorrente, o Tribunal Geral colocou indevidamente em pé de igualdade os testes obrigatórios a que estão sujeitos os camiões e os elevadores e os testes temporários destinados a erradicar uma doença animal.

47. É certo que o Tribunal Geral não analisou aprofundadamente a definição do quadro de referência relevante [38]. Nos n.os 107 e 110 do acórdão recorrido, invocou a conclusão da Comissão de que a medida em causa beneficiava apenas «os criadores, os matadouros e as outras entidades que procedem à transformação, manipulação, venda ou comercialização dos produtos provenientes de bovinos sujeitos a um teste obrigatório de deteção de EEB» e não as «empresas de outros setores», sem mais esclarecimentos.

48. Ainda que o Tribunal Geral não tenha explicado claramente o que se deveria entender por «empresas de outros setores», não é necessário anular o acórdão por ele proferido com base no segundo fundamento do presente recurso. Isso não altera o facto de que o financiamento dos testes de deteção de EEB através de recursos estatais constituía uma vantagem seletiva que não estava ao alcance dos «outros setores». Na falta de quaisquer outros elementos de prova aduzidos pelo recorrente, essa medida não se afigura, de modo algum, justificada pela natureza ou pela economia geral do sistema.

36 — V., por analogia, acórdão GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622).

37 — V., por exemplo, Regulamento (CE) n.º 882/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo aos controlos oficiais realizados para assegurar a verificação do cumprimento da legislação relativa aos alimentos para animais e aos géneros alimentícios e das normas relativas à saúde e ao bem-estar dos animais (JO L 165, p. 86).

38 — V. n.º 16 das presentes conclusões.

49. Quanto ao dever de fundamentação, embora o Tribunal Geral pudesse ter sido mais explícito, considero que não violou esse dever ao ponto de justificar a anulação do seu acórdão. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o dever de fundamentar os acórdãos, que incumbe ao Tribunal Geral por força do artigo 36.º lido em conjugação com o artigo 53.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, não o obriga a fazer uma exposição que acompanhe exaustiva e individualmente todos os passos do raciocínio articulado pelas partes no litígio. A fundamentação pode, portanto, ser implícita, na condição de permitir aos interessados conhecerem os fundamentos em que o Tribunal Geral se baseou e ao Tribunal de Justiça dispor de elementos suficientes para exercer a sua fiscalização no âmbito de um recurso [39].

50. É evidente que a fundamentação fornecida no acórdão recorrido permitiu que as partes compreendessem os motivos subjacentes à decisão do Tribunal Geral de confirmar a existência de uma vantagem seletiva. Na melhor das hipóteses, exigir que o Tribunal Geral fosse mais específico quanto aos setores concretamente comparados com o setor bovino melhoraria ligeiramente a fundamentação, mas não teria afetado o dispositivo do acórdão.

51. No entanto, importa acrescentar que, no meu entender, apenas a especificidade dos factos deste caso justifica a conclusão de que existe seletividade. A vantagem continuaria a estar apenas ao alcance de um setor — o setor bovino — independentemente do quadro de referência escolhido de entre os três acima descritos. Nada indica que essa vantagem seletiva pudesse ser justificada pela natureza ou pela economia geral do sistema. Porém, esse facto não deve escamotear o dever geral da Comissão de ser explícita na sua definição do quadro de referência relevante em futuros processos em que uma falta de precisão semelhante, associada a diferentes factos, possa levar a uma conclusão diferente.

VI – **Conclusão**

52. Pelos motivos expostos, e sem prejuízo da apreciação do primeiro fundamento de recurso, proponho ao Tribunal de Justiça que negue provimento ao recurso em relação ao segundo fundamento.

39 — V., por exemplo, acórdãos Grécia/Comissão (C-431/14 P, EU:C:2016:145, n.º 38); A2A/Comissão (C-320/09 P, EU:C:2011:858, n.º 97), e Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.º 372).