ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

1 de Junho de 2006 *

Nos processos apensos C-442/03 P e C-471/03 P,

que têm por objecto dois recursos de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, entrados respectivamente em 17 de Outubro e em 10 de Novembro de 2003,

P & O European Ferries (Vizcaya) SA, com sede em Bilbau (Espanha), representada por J. Lever, QC, J. Ellison, solicitor, e M. Pickford, barrister, assistidos por E. Bourtzalas, abogado,

recorrente no processo C-442/03 P,

Diputación Foral de Vizcaya, representada por I. Sáenz-Cortabarría Fernández, M. Morales Isasi e J. Forguera Crespo, abogados,

recorrente no processo C-471/03 P,

* Língua do processo: inglês e espanhol.

sendo a outra parte no processo:

Comissão das Comunidades Europeias, representada por N. Khan e J. Buendía Sierra, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida em primeira instância,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: A. Rosas, presidente de secção, J. Malenovský, J.-P. Puissochet (relator), S. von Bahr e A. Borg Barthet, juízes,

advogado-geral: A. Tizzano,

secretário: L. Hewlett, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 22 de Setembro de 2005,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 9 de Fevereiro de 2006,

profere o presente

Acórdão

1 Com os seus recursos, a P & O European Ferries (Vizcaya) SA, anteriormente Ferries Golfo de Vizcaya SA (a seguir «P & O Ferries»), e a Diputación Foral de

Vizcaya (Conselho Provincial da Biscaia, a seguir «Diputación») pedem a anulação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 5 de Agosto de 2003, P & O European Ferries (Vizcaya) e Diputación Foral de Vizcaya/ /Comissão (T-116/01 e T-118/01, Colect., p. II-2957, a seguir «acórdão recorrido»), pelo qual este órgão jurisdicional negou provimento aos seus recursos nos quais se pedia a anulação da Decisão 2001/247/CE da Comissão, de 29 de Novembro de 2000, relativa ao regime de auxílios aplicado pela Espanha à companhia marítima Ferries Golfo de Vizcaya (JO 2001, L 89, p. 28, a seguir «decisão impugnada»).

Factos na origem do litígio e decisão impugnada

2 Os factos na origem do litígio encontram-se expostos no acórdão recorrido nos seguintes termos:

«1 Em 9 de Julho de 1992, a Diputación [...] e o Ministério do Comércio e do Turismo do Governo basco, por um lado, e a Ferries Golfo de Vizcaya, que passou a P & O European Ferries (Vizcaya) [...], por outro lado, assinaram um acordo (a seguir 'acordo inicial') que dizia respeito ao estabelecimento de um serviço de *ferry* entre Bilbao e Portsmouth. Esse acordo previa a aquisição pelas autoridades signatárias, entre Março de 1993 e Março de 1996, de 26 000 cupões de viagem a utilizar na linha marítima Bilbao-Portsmouth. A contrapartida financeira máxima a pagar à P & O Ferries foi fixada em 911 800 000 pesetas (ESP) e ficou acordado que a tarifa por passageiro seria de 34 000 ESP em 1993/1994 e, sob reserva de modificação, de 36 000 ESP em 1994/1995 e 38 000 ESP em 1995/1996. O acordo inicial não foi notificado à Comissão.

2 Por carta de 21 de Setembro de 1992, a sociedade Bretagne Angleterre Irlande, que desde há vários anos explora, sob o nome comercial de 'Brittany Ferries',

uma linha marítima entre os portos de Plymouth no Reino Unido e Santander em Espanha, denunciou à Comissão as importantes subvenções que a Diputación e o Governo basco deviam conceder à P & O Ferries.

3 Por ofício de 30 de Novembro de 1992, a Comissão pediu ao Governo espanhol que lhe fornecesse todas as informações úteis relativamente às referidas subvenções. A resposta deu entrada na Comissão em 1 de Abril de 1993.

4 Em 29 de Setembro de 1993, a Comissão decidiu dar início ao procedimento previsto no artigo 93.°, n.° 2, do Tratado CE (actual artigo 88.°, n.° 2, CE). Considerou que o acordo inicial não constituía uma transacção comercial normal, dado que dizia respeito à aquisição de um número previamente fixado de cupões de viagem durante um período de três anos, que o preço acordado era superior à tarifa comercial, que os cupões de viagem teriam de ser pagos mesmo relativamente às viagens não efectuadas ou desviadas para outros portos, que incluía um compromisso de solver todos os prejuízos do novo serviço ao longo dos três primeiros anos de exploração e que o elemento de risco comercial era, assim, eliminado para a P & O Ferries. Tendo em conta as informações que lhe foram transmitidas, a Comissão considerou que o auxílio financeiro dado à P & O Ferries constituía um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 87.° CE) e não preenchia as condições necessárias para poder ser declarado compatível com o mercado comum.

5 Por ofício de 13 de Outubro de 1993, a Comissão notificou a referida decisão ao Governo espanhol e instou-o a confirmar que suspenderia todos os pagamentos a título do auxílio em causa até que a Comissão adoptasse uma decisão final. Nesse ofício, o Governo espanhol também foi convidado a apresentar as suas observações e a fornecer todas as informações necessárias à apreciação desse auxílio.

6 Por ofício de 10 de Novembro de 1993, o Governo basco informou a Comissão da suspensão da execução do acordo inicial.

7 A decisão de dar início a um processo relativo aos auxílios concedidos pela Espanha à P & O Ferries foi objecto de uma comunicação da Comissão, dirigida aos outros Estados-Membros e às partes interessadas, publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (JO 1994, C 70, p. 5).

8 No quadro do procedimento administrativo, a P & O Ferries e a Comissão discutiram o tipo de acordo que poderia ser negociado entre as partes. Essas trocas de opinião incidiram, designadamente, sobre um projecto de alteração do acordo inicial e sobre projectos de substituição do acordo inicial por um novo acordo.

9 Por carta de 27 de Março de 1995, dirigida a um funcionário da Direcção-Geral (DG) 'Transportes' encarregado das questões relacionadas com os auxílios de Estado no sector dos transportes, a P & O Ferries comunicou à Comissão um novo acordo (a seguir 'novo acordo') que tinha sido concluído em 7 de Março de 1995 entre a Diputación e a P & O Ferries e que vigoraria de 1995 a 1998. De uma carta anexa a essa comunicação resulta que a Diputación deveria receber juros sobre os montantes que tinham sido colocados à disposição da P & O Ferries no quadro do acordo inicial.

10 Nos termos desse novo acordo, a Diputación comprometia-se a adquirir, relativamente ao período de Janeiro de 1995 a Dezembro de 1998, um total de 46 500 cupões de viagem a utilizar na linha marítima Bilbao-Portsmouth explorada pela P & O Ferries. A contrapartida financeira máxima a pagar pela autoridade pública foi fixada em 985 500 000 ESP, das quais 300 000 000 ESP deviam ser pagas em 1995, 315 000 000 ESP em 1996, 198 000 000 ESP em 1997 e 172 500 000 ESP em 1998. Foi acordada a tarifa por passageiro de 20 000 ESP para 1995, 21 000 ESP para 1996, 22 000 ESP para 1997 e 23 000 ESP para 1998. Estas tarifas foram objecto de um desconto que tinha em conta o compromisso de aquisição a longo prazo assumido pela Diputación e foram calculadas com

base numa tarifa de referência de 22 000 ESP, que era a tarifa comercial publicada para 1994, acrescida de 5% ao ano, o que a elevava para 23 300 ESP em 1995, 24 500 ESP em 1996, 25 700 ESP em 1997 e 26 985 ESP em 1998.

11 A quinta cláusula no novo acordo estipulava:

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

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

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

14 Na decisão de 7 de Junho de 1995, a Comissão declarou também que a viabilidade do serviço proposto pela P & O Ferries ficara provada pelos resultados comerciais realizados e que esta última pôde consolidar as suas actividades sem recorrer ao auxílio do Estado. A P & O Ferries, nos termos do novo acordo, não dispõe de qualquer direito especial no porto de Bilbao e a sua prioridade sobre o cais está limitada aos horários específicos de partida e chegada dos seus navios, o que permite, de facto, que outros navios utilizem o cais em outros momentos. A Comissão considerou que o novo acordo, cujo objectivo era privilegiar os residentes que utilizam os serviços de transportes locais de ferry, parecia constituir a expressão de uma relação comercial normal e leal no que respeita às tarifas dos serviços prestados.

15 A Comissão considerou portanto que o novo acordo não constituía um auxílio de Estado e decidiu encerrar o procedimento iniciado em 29 de Setembro de 1993.

16 Por acórdão de 28 de Janeiro de 1999, BAI/Comissão (T-14/96, Colect., p. II-139 [...]), o Tribunal de Primeira Instância anulou a decisão de 7 de Junho de 1995 por a Comissão se ter baseado numa errada interpretação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, ao concluir que o novo acordo não constituía um auxílio de Estado.

17 Em 26 de Maio de 1999, a Comissão decidiu dar início ao procedimento previsto no artigo 88.°, n.° 2, CE, para permitir às partes interessadas apresentar as suas observações relativamente à posição adoptada pela Comissão à luz do acórdão [BAI/Comissão, já referido] (JO 1999, C 233, p. 22). Disso informou o Reino de Espanha por ofício de 16 de Junho de 1999. Recebeu as observações de algumas das partes interessadas e transmitiu-as às autoridades espanholas para que estas apresentassem as respectivas observações. As referidas autoridades apresentaram os seus argumentos por ofício de 21 de Outubro de 1999 e formularam observações complementares em 8 de Fevereiro e 6 de Junho de 2000.»

3 O acórdão recorrido expõe a decisão impugnada nos seguintes termos:

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

19 Da decisão impugnada resulta que, com a sua aquisição de cupões de viagem, a Diputación pretendia, por um lado, subvencionar viagens para pessoas da terceira idade residentes na Biscaia, no quadro de um programa de viagens de férias organizadas por medida, intitulado 'Adineko', e, por outro, facilitar o acesso ao transporte de pessoas e instituições da Biscaia que necessitassem de condições especiais para viajar (por exemplo, as autoridades locais, associações, escolas profissionais e universidades). Da decisão também resulta que o programa Adineko tinha sido criado pelas autoridades autónomas bascas com o objectivo de substituir, a partir de 1996, o programa nacional de viagens subvencionadas chamado 'Inserso' e do qual aproximadamente 15 000 biscainhos tinham beneficiado anualmente (considerandos 32 a 34, 48 e 51 da decisão).

20 Na sua apreciação do auxílio, a Comissão observou que o número total de cupões de viagem adquiridos pela Diputación não foi fixado em função das suas necessidades reais. De acordo com a Comissão, contrariamente ao que a Diputación lhe explicara, o número de cupões comprados à P & O Ferries não pôde ser calculado a partir dos números do programa Inserso. Observa (considerando 49):

'[A Diputación] decidiu adquirir 15 000 cupões de viagem à [P & O Ferries] em 1995, quando ainda participava no programa Inserso, o qual, nesse mesmo ano, pretendia beneficiar cerca de 15 000 pessoas na região da Biscaia. As autoridades autónomas bascas não explicaram porque é que as necessidades da Biscaia duplicaram nesse ano, nem porque é que apenas foram distribuídos

9 000 e 7 500 cupões de viagem em 1997 e 1998 (em vez de 15 000). Quando [a Diputación] decidiu comprometer-se a comprar esse número de cupões de viagem, não sabia que o programa Inserso se continuaria a aplicar a habitantes da região [apesar de a Diputación ter deixado de contribuir para o programa] e que o seu programa não chegaria a bom termo. As autoridades autónomas bascas também não explicaram porque é que o número de cupões de viagem adquiridos variou tanto segundo o mês em questão (por exemplo, em 1995, foram adquiridos 750 cupões em Janeiro e 3 000 em Fevereiro).'

21 No que se refere ao número de cupões distribuídos, conclui-se na decisão que, no quadro do Adineko, tinham sido distribuídos um total de 3 532 cupões entre 1996 e 1998 e que, no quadro do programa destinado a facilitar o acesso ao transporte de pessoas e instituições da Biscaia, tinham sido distribuídos 12 520 cupões de viagem entre 1995 e 1998 (considerandos 50 e 51).

22 Por fim, a Comissão nota que o novo acordo contém várias disposições anómalas num acordo comercial relativo à aquisição de cupões de viagem, mencionando, a título exemplificativo, o facto de o acordo especificar o número semanal e anual de viagens que a P & O Ferries deve assegurar, o facto de ser necessário o consentimento da Diputación caso a P & O Ferries queira mudar o navio que efectua o serviço e o facto de o acordo impor determinadas condições, como a nacionalidade da tripulação ou a proveniência dos bens e serviços (considerando 52).

23 Daí a Comissão conclui (considerando 53) o seguinte:

'[O novo acordo] não correspondia aos autênticos imperativos de carácter social invocados pelas autoridades autónomas bascas, nem constitui uma transacção comercial normal, mas sim um auxílio à companhia marítima. O facto de os montantes concedidos nos termos [do acordo inicial] e do [novo acordo] serem semelhantes corrobora esta conclusão. As autoridades autónomas estabelece-

ram um segundo programa que permitia à companhia marítima conservar o nível de auxílio prometido em 1992.'

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

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

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

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

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

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

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

Tramitação do processo no Tribunal de Primeira Instância e acórdão recorrido

4 Por petições apresentadas na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 25 e 31 de Maio de 2001, a P & O Ferries (processo T-116/01) e a Diputación (processo T-118/01) interpuseram recursos em que pediam a anulação, respectivamente, do artigo 2.º da decisão impugnada e da integralidade desta decisão. A P & O Ferries foi autorizada a intervir em apoio dos pedidos da Diputación no processo T-118/01. A Diputación foi autorizada a intervir em apoio dos pedidos da P & O Ferries no processo T-116/01.

5 Por despacho de 20 de Janeiro de 2003, os dois processos foram apensos para efeitos da fase oral e do acórdão.

6 No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância considerou que o novo acordo não afectou, na sua essência, o auxílio instituído pelo acordo inicial e que esses dois acordos constituíam um único auxílio, instituído e executado em 1992 sem notificação prévia à Comissão, em violação do artigo 88.º, n.º 3, CE.

7 O Tribunal de Primeira Instância deduziu desta circunstância, designadamente, que, neste caso, a Comissão não estava obrigada a demonstrar o efeito real deste auxílio na concorrência e no comércio entre os Estados-Membros e que podia, com razão, exigir a recuperação desse auxílio, sem que a isso se oponha o princípio da protecção

da confiança legítima. Considerou também que a falta de notificação do auxílio controvertido à Comissão impedia que as autoridades espanholas invocassem, no caso vertente, a regra sobre prazos resultante do acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 1973, Lorenz (120/73, Colect., p. 553). O Tribunal de Primeira Instância referiu igualmente que, na medida em que o referido auxílio foi executado sem ter sido notificado à Comissão, esta não era obrigada a fundamentar a sua decisão de ordenar a sua recuperação.

8 Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância considerou que o facto de o acórdão BAI/Comissão, já referido, fazer caso julgado, não impede a apreciação dos fundamentos invocados pela P & O Ferries e pela Diputación, relativos, designadamente, ao facto de o novo acordo não poder ser qualificado de auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.°, n.° 1, CE, e de esses fundamentos serem improcedentes.

9 Por último, o Tribunal de Primeira Instância não acolheu os outros fundamentos. Considerou, designadamente, que a Comissão tinha correctamente concluído que o auxílio controvertido não tinha sido concedido aos consumidores individuais sem discriminação relacionada com a origem dos produtos e que, portanto, as condições enunciadas no artigo 87.°, n.° 2, alínea a), CE, não estavam preenchidas.

10 Consequentemente, o Tribunal de Primeira Instância negou provimento aos recursos e condenou a P & O Ferries e a Diputación a suportarem as suas próprias despesas e as apresentadas pela Comissão.

Tramitação do processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

11 A P & O Ferries conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— anular o acórdão recorrido e remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância, para que este decida sobre a legalidade do artigo 2.° da decisão impugnada, pela qual a Comissão ordenou a restituição do auxílio;

— condenar a Comissão nas despesas do presente processo.

12 A Diputación conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— anular o acórdão recorrido;

— se o estado do processo o permitir, decidir o litígio e anular a decisão impugnada ou, a título subsidiário, anular o artigo 2.º da referida decisão;

— a título subsidiário, remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância;

— condenar a Comissão nas despesas em ambas as instâncias.

13 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— julgar o recurso interposto pela Diputación inadmissível ou, a título subsidiário, improcedente;

— negar provimento ao recurso interposto pela P & O Ferries;

— condenar a P & O Ferries e a Diputación nas despesas.

14 Por despacho de 27 de Julho de 2005, o presidente da Terceira Secção ordenou, em conformidade com o artigo 43.º do Regulamento de Processo, a apensação dos presentes processos para efeitos da fase oral e do acórdão.

Quanto aos presentes recursos

15 No processo C-442/03 P, a P & O Ferries invoca sete fundamentos.

16 No acórdão C-471/03 P, a Diputación invoca nove fundamentos. A propósito deste recurso, a Comissão suscita uma questão prévia de admissibilidade.

17 Para efeitos de apreciação destes recursos, importa analisar:

— a questão da admissibilidade do recurso interposto pela Diputación;

— os fundamentos relativos à qualificação dos montantes pagos à P & O Ferries como auxílios de Estado;

— os fundamentos relativos ao facto de o Tribunal de Primeira Instância ter erradamente considerado que o auxílio controvertido não foi legalmente notificado à Comissão;

— os fundamento relativos às consequências que o Tribunal de Primeira Instância retirou da falta de notificação, e

— o fundamento relativo ao facto de o Tribunal de Primeira Instância ter cometido um erro de direito ao considerar que o referido auxílio não era compatível com o Tratado CE.

Quanto à admissibilidade do recurso interposto pela Diputación

Argumentos das partes

18 A Comissão sustenta que o recurso foi interposto fora de prazo e que, portanto, é inadmissível. É certo que a Diputación confirmou a recepção, em 1 de Setembro de 2003, do acórdão recorrido, proferido em 5 de Agosto de 2003, o que permite pensar que o recurso foi interposto no prazo exigido. No entanto, diversos elementos demonstram que, ao confirmar a recepção deste acórdão tão tardiamente, a Diputación não teve a diligência exigida e até prolongou de forma artificial o prazo de que dispunha para preparar o seu recurso. A exigência do respeito de um prazo razoável, que se pode retirar dos artigos 100.°, n.° 2, e 79.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, não foi respeitada. Com efeito, as partes foram informadas por ofício de 7 de Julho de 2003 da Secretaria do Tribunal da data em que o acórdão recorrido seria proferido. A Comissão e a P & O Ferries confirmaram a recepção deste acórdão, respectivamente, em 12 e 13 de Agosto de 2003. O comunicado de imprensa publicado em 5 de Agosto de 2003 pela Diputación, indicando que iria interpor recurso do acórdão que negava provimento ao seu recurso, demonstra que a recorrente tinha conhecimento deste acórdão muito antes de 1 de Setembro de 2003.

19 Para a Diputación, a admissibilidade do presente recurso não coloca qualquer dúvida. O acórdão recorrido foi notificado nas condições previstas no artigo 100.°,

n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância e o prazo do recurso, a decorrer a partir de 1 de Setembro de 2003, foi respeitado. Os artigos 100.º, n.º 2, e 79.º, n.º 2, do referido Regulamento, aos quais a Comissão se refere, não são aplicáveis à notificação de acórdãos, não sendo, portanto, relevantes. De qualquer forma, não foi provado que os advogados da recorrente tenham sido avisados por fax do envio de uma cópia do acórdão recorrido, pelo que estes artigos não se podem aplicar ao caso vertente. Por outro lado, o prazo de recurso não podia decorrer a contar da data em que as partes tiveram conhecimento do acórdão que contestam. Se fosse esse o caso, esse prazo correria a contar do dia em que os acórdãos do Tribunal foram proferidos, na medida em que estes estão disponíveis na Internet desde essa data, o que não está em conformidade com as disposições do artigo 100.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, em conjugação com o artigo 101.º, n.º 1, alínea a), do mesmo diploma. Por último, a recorrente observa que o período durante o qual deveria, segundo a Comissão, ter interposto o seu recurso era o das férias anuais dos seus advogados, que corresponde às férias judiciais.

20 Na sua tréplica, a Comissão desenvolve a sua argumentação relativa à extemporaneidade do recurso. Na medida em que a Diputación não escolheu domicílio no Luxemburgo, o acórdão recorrido deveria ter sido notificado por carta registada com aviso de recepção, por força do artigo 100.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância. Além disso, a Diputación reconheceu, em 5 de Agosto de 2003, ter tomado conhecimento do acórdão recorrido na página Internet do Tribunal de Justiça e foi portanto, por essa via, avisada da notificação deste acórdão por «meio técnico de comunicação», em conformidade com o artigo 100.º, n.º 2, do mesmo regulamento. A presunção de notificação no décimo dia subsequente ao envio da carta de uma estação de correios do Luxemburgo, prevista no referido artigo 100.º, n.º 2, segundo parágrafo, é, assim, aplicável. Esta presunção apenas pode ser contestada, por força da mesma disposição, através de um aviso de recepção anterior à data presumida. O facto de a Diputación ter confirmado a recepção da carta em 1 de Setembro de 2003 não permite, portanto, contestar esta presunção. Esta interpretação do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância foi admitida pelo Tribunal de Justiça (despacho de 19 de Fevereiro de 2004, Forum des Migrants/Comissão, C-369/03 P, Colect., p. I-1981, n.os 10 e 11). Na medida em que se presume que a recorrente foi notificada do acórdão recorrido em 17 de Agosto de 2003, o mais tardar, e que o prazo para o recurso expirava em 27 de Outubro de 2003, o presente recurso, interposto em 10 de Novembro de 2003, é inadmissível.

Apreciação do Tribunal de Justiça

21 Por força do artigo 44.°, n.° 2, terceiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância quando a petição não indique o domicílio escolhido no lugar da sede do Tribunal, faculdade prevista no artigo 44.°, n.° 2, primeiro parágrafo, deste regulamento, e o advogado ou agente do recorrente não tenha autorizado que lhe sejam enviadas notificações através de telecopiador ou de qualquer outro meio técnico de comunicação, faculdade prevista no artigo 44.°, n.° 2, segundo parágrafo, do referido regulamento, todas as notificações dirigidas à parte em questão serão enviadas por meio de carta registada, sendo nesse caso, em derrogação do disposto no artigo 100.°, n.° 1, deste mesmo diploma, a notificação tida por regularmente feita no momento do registo da carta num posto de correios do lugar em que o Tribunal tem a sua sede.

22 No presente litígio, é pacífico que a Diputación não escolheu domicílio no Luxemburgo para efeitos do processo no Tribunal de Primeira Instância. Não fez, assim, uso da faculdade prevista no artigo 44.°, n.° 2, primeiro parágrafo, *supra* referido. Em contrapartida, indicou, na primeira página da petição que apresentou no Tribunal de Primeira Instância, que os seus advogados autorizavam que as notificações lhes fossem feitas através de telecopiador, em conformidade com o artigo 44.°, n.° 2, segundo parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância. Por conseguinte, o artigo 44.°, n.° 2, terceiro parágrafo, do referido regulamento não é aplicável (v., neste sentido, despacho de 29 de Outubro de 2004, Ripa di Meana/Parlamento, C-360/02 P, Colect., p. I-10339, n.° 21).

23 Nestas condições, as formas de notificação do acórdão recorrido apenas podem resultar, no caso em apreço, do artigo 100.°, n.° 2, segundo parágrafo, do mesmo regulamento, por força do qual os acórdãos e despachos do Tribunal de Primeira Instância, quando o destinatário não tenha escolhido domicílio, são sempre notificados para o endereço deste por envio, em carta registada com aviso de recepção, de uma cópia autenticada pelo secretário do acórdão ou do despacho em questão, ou por entrega pessoal dessa cópia mediante recibo (v., neste sentido, nesta acepção, despacho Ripa di Meana/Parlamento, já referido, n.° 22). Segundo a mesma disposição, considera-se que a carta registada foi recebida pelo seu destinatário no décimo dia subsequente ao envio dessa carta de uma estação de correios do local em que o Tribunal tem a sua sede.

24 O artigo 100.º, n.º 2, segundo parágrafo, supra referido, precisa entretanto que o destinatário é «avisado» desse envio ou dessa entrega «por telecopiador ou por qualquer outro meio técnico de comunicação». Daqui se conclui que esse aviso é uma formalidade cuja execução incumbe ao único serviço competente para a notificação dos acórdãos ou despachos, isto é, a Secretaria do Tribunal.

25 Além disso, a referida disposição prevê que a regra segundo a qual se considera que a carta registada foi recebida pelo seu destinatário no décimo dia subsequente ao envio dessa carta de uma estação de correios não é aplicável quando, nomeadamente, o destinatário informe o secretário, no prazo de três semanas a contar do aviso por telecopiador ou por qualquer outro meio técnico de comunicação, que não recebeu a notificação. O aviso do destinatário por telecopiador ou por qualquer outro meio técnico de comunicação constitui assim uma formalidade essencial, a única que pode garantir que a notificação foi regularmente feita. Com efeito, se a Secretaria não avisasse o destinatário nas condições assim exigidas, este último não poderia contestar a data presumida do envio da carta e a disposição que reconhece essa possibilidade ao destinatário ficaria privada de efeito.

26 Resulta destas considerações que, quando o destinatário não tenha recebido esse aviso do secretário do Tribunal de Primeira Instância, não se pode presumir que o acórdão ou o despacho em questão foram recebidos pelo seu destinatário no décimo dia subsequente ao seu envio de uma estação de correios do Luxemburgo. Neste caso, a data da notificação deste acórdão ou deste despacho, que desencadeia o prazo do recurso, é a data em o destinatário acusou a recepção da carta registada que lhe foi enviada ou da entrega pessoal, mediante recibo, do acórdão ou do despacho em causa.

27 No caso em apreço, por um lado, está assente que a Secretaria do Tribunal não avisou a Diputación por telecopiador ou por qualquer outro meio técnico de comunicação que o acórdão recorrido lhe seria notificado por carta registada e que, consequentemente, se presumiria que essa carta foi entregue ao seu destinatário no décimo dia subsequente ao seu envio de uma estação de correios do Luxemburgo. É certo que a publicação, no dia em que o acórdão recorrido foi proferido, de um comunicado de imprensa na página Internet da Diputación indica que esta tinha tomado conhecimento do acórdão recorrido, provavelmente através da página Internet do Tribunal de Justiça. No entanto, esta circunstância não prova,

contrariamente ao sustentado pela Comissão, que a Diputación foi «avisada» da notificação deste acórdão segundo as regras previstas no artigo 100.°, n.° 2, segundo parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância. Do mesmo modo, a Comissão não pode invocar a interpretação que o Tribunal de Justiça deu do referido Regulamento de Processo no despacho Forum des Migrants/ /Comissão, já referido, no qual o Tribunal de Justiça se limitou a aplicar o artigo 44.°, n.° 2, terceiro parágrafo, deste regulamento, disposição que, como foi referido, não é relevante no presente processo.

28 Por outro lado, a Diputación sustentou, sem ser contestada, que tinha acusado a recepção do acórdão recorrido em 1 de Setembro de 2003. Para interpor o seu recurso, dispunha, a contar dessa data, de um prazo de dois meses, acrescido do prazo de dilação fixo, em razão da distância, de dez dias, previsto no artigo 81.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. O prazo do recurso terminava, portanto, em 10 de Novembro de 2003. Ora, o recurso foi interposto nessa data não sendo, por conseguinte, extemporâneo.

29 Resulta das considerações precedentes que a questão prévia de admissibilidade suscitada pela Comissão deve ser julgada improcedente.

Quanto aos fundamentos relativos à qualificação dos montantes pagos à P & O Ferries como auxílio de Estado

Argumentos das partes

30 Estes fundamentos são apresentados pela Diputación em apoio do seu recurso, no processo C-471/03 P.

31 Com os primeiro a terceiro fundamentos do seu recurso, a Diputación invoca os erros de direito que o Tribunal de Primeira Instância cometeu ao considerar que os montantes pagos à P & O Ferries podiam ser validamente qualificados de auxílio de Estado pela Comissão.

32 O primeiro fundamento é relativo ao facto de o Tribunal de Primeira Instância ter cometido um erro de direito ao ter em conta, para apreciar se a Diputación tinha agido como um investidor privado que opera em condições normais de uma economia de mercado, um critério relativo à necessidade de uma intervenção dos poderes públicos.

33 Por um lado, este critério, assente no exame subjectivo dos objectivos da intervenção pública, não é conforme com a jurisprudência (v., designadamente, acórdão de 12 de Outubro de 2000, Espanha/Comissão, C-480/98, Colect., p. I-8717, n.º 16). O único critério em que o Tribunal se deveria ter baseado, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, é o relativo à comparação entre os comportamentos do operador público em causa e os do investidor privado, tendo em conta a análise económica do comportamento deste operador público, por referência aos elementos objectivos e verificáveis (v., designadamente, acórdão de 3 de Julho de 2003, Chronopost e o./UFEX e o., C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P, Colect., p. I-6993). Ora, quando está em causa, como no caso em apreço, a aquisição de serviços, não existe nenhum elemento de auxílio se a transacção se fizer nas condições normais de preço do mercado. O novo acordo era, sob este aspecto, comparável aos contratos geralmente celebrados entre as companhias marítimas e os operadores.

34 Por outro lado, a utilização deste critério subjectivo pelo Tribunal de Primeira Instância levou-o a violar a regra por força da qual avaliação da racionalidade económica do comportamento do Estado se deve apreciar no contexto da época em que as medidas litigiosas foram tomadas (acórdão de 16 de Maio de 2002, França/ /Comissão, C-482/99, Colect., p. I-4397, n.º 71). Para apreciar a necessidade «real e efectiva» da Diputación de comprar os cupões de viagem em causa, o Tribunal de Primeira Instância baseou-se erradamente numa situação posterior. Do mesmo modo, no n.º 118 do acórdão recorrido, não é relevante o argumento do Tribunal de Primeira Instância segundo o qual a obrigação de demonstrar a existência dessa necessidade se impõe mais ainda na falta de concurso público.

35 Se a utilização do critério relativo à necessidade da intervenção pública fosse aceite, daqui resultaria uma diferença inaceitável de tratamento entre operadores públicos e privados bem como uma violação dos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. Se a intervenção pública fosse considerada a posteriori não necessária, o prestador de serviços privados em causa seria exposto à obrigação de restituir os montantes recebidos, ainda que estes últimos correspondessem às condições normais de mercado, e isso durante um período longo, atendendo ao prazo de prescrição fixado em dez anos no artigo 15.º 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 do Tratado CE (JO L 83, p. 1) Este critério poderia conduzir a uma obrigação geral de notificação de todos os projectos de intervenção pública, para que a Comissão se pudesse pronunciar sobre o carácter justificado destes.

36 O segundo fundamento é relativo ao facto de o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 137 do acórdão recorrido, ter feito uma aplicação inexacta do artigo 87.º CE ao deduzir a existência de um auxílio de Estado da falta de necessidade, no caso em apreço, da aquisição dos cupões de viagem. A necessidade de comprar estes cupões foi demonstrada no Tribunal de Primeira Instância. O facto de estes cupões terem sido utilizados prova a existência dessa necessidade. Os montantes pagos pelos cupões utilizados não podiam, portanto, ser qualificados de auxílios de Estado. Quanto aos montantes pagos pelos cupões ainda não utilizados, o Tribunal não também podia, no n.º 134 do acórdão recorrido, tê-los qualificado de auxílios de Estado. Resulta, com efeito, do novo acordo que os cupões podiam ser utilizados mesmo depois de 1998. Portanto, os montantes pagos pela totalidade dos cupões correspondiam efectivamente a prestações úteis para a colectividade pública que os financiou, sendo a P & O Ferries devedora destas prestações à Diputación. A abertura do procedimento de apreciação após o acórdão BAI/Comissão, já referido, esteve na origem da cessação da utilização dos cupões no mesmo período, por medida de precaução, enquanto se esperava a decisão final da Comissão. O Tribunal de Primeira Instância recusou-se, portanto, erradamente a tomar em consideração estes elemento de prova, para concluir, no n.º 121 do acórdão recorrido, que o novo acordo não tinha sido celebrado para satisfazer necessidades «efectivas». Quanto às considerações relativas ao número de cupões utilizados, aos destinos escolhidos, às condições climatéricas, que constam dos n.ºs 128 a 130 do acórdão recorrido, estas são manifestamente incorrectas, na medida em que o Tribunal de Primeira Instância apreciou de forma inexacta as provas que lhe foram apresentadas.

37 O terceiro fundamento é relativo ao facto de o Tribunal de Primeira Instância ter cometido um erro de direito ao considerar que a Comissão podia legitimamente qualificar de auxílios de Estado todos os montantes pagos, incluindo os correspondentes a cupões utilizados. A Comissão devia ter procedido à análise económica a que estava obrigada e concluído que os montantes pagos ao preço de mercado, por um serviço prestado, não podiam ser considerados uma vantagem económica, não sendo, portanto, constitutivos de auxílios de Estado.

Apreciação do Tribunal de Justiça

38 Antes de analisar o fundamento relativo à violação do artigo 87.°, n.° 1, CE, que tem por objecto a qualificação das medidas em causa como auxílio de Estado, fundamento que se subdivide em três partes, o Tribunal de Primeira Instância examinou a questão prévia de admissibilidade suscitada a propósito deste fundamento pela Comissão. Segundo esta instituição, este fundamento punha em causa a força de caso julgado do acórdão BAI/Comissão, já referido, e não podia, por conseguinte, ser examinado.

39 O Tribunal de Primeira Instância declarou o referido fundamento admissível. Para chegar a esta solução, considerou, no n.° 77 do acórdão recorrido, que a autoridade de caso julgado de um acórdão poderá impedir a admissibilidade de um recurso se o anterior recurso que esteve na origem do acórdão em causa tiver oposto as mesmas partes, incidido sobre o mesmo objecto e se tiver baseado no mesmo fundamento. Referiu a seguir, respectivamente nos n.^{os} 79 e 80 do acórdão recorrido, que o recurso interposto pela Diputación, que teve por objecto um acto diferente do que deu lugar ao acórdão BAI/Comissão, já referido, não tinha o mesmo objecto que o recurso interposto no processo que deu lugar a esse acórdão e não opunha as mesmas partes.

40 Ao decidir neste sentido, o Tribunal de Primeira Instância não apreciou correctamente o alcance da força de caso julgado do acórdão BAI/Comissão, já referido.

41 Contrariamente ao que o Tribunal de Primeira Instância entendeu, o acórdão BAI/ /Comissão, já referido, não fez caso julgado apenas relativo, impedindo unicamente a interposição de novos recursos com o mesmo objecto, opondo as mesmas partes e baseando-se no mesmo fundamento. Este acórdão possuía força de caso julgado absoluto e impedia que as questões de direito aí decididas fossem novamente submetidas ao Tribunal de Primeira Instância e por este examinadas.

42 Com efeito, com o acórdão BAI/Comissão, já referido, o Tribunal de Primeira Instância anulou a decisão de 7 de Junho de 1995 pela qual a Comissão considerara que o novo acordo não constituía um auxílio de Estado e decidiu, portanto, encerrar o procedimento de apreciação que tinha sido iniciado relativamente aos auxílios concedidos à Ferries Golfo de Vizcaya.

43 Ora, esta anulação eliminou retroactivamente a decisão de 7 de Junho de 1995 em relação a todos os interessados. Este acórdão de anulação tem assim um efeito *erga omnes*, que lhe confere a força de caso julgado absoluto (v., nomeadamente, acórdão de 21 de Dezembro de 1954, França/Alta Autoridade, 1/54, Recueil, pp. 7, 34, Colect. 1954-1961, p. 1; Itália/Alta Autoridade, 2/54, Recueil, pp. 73, 104, Colect. 1954-1961, p. 5, e de 11 de Fevereiro de 1955, Assider/Alta Autoridade, 3/54, Recueil, p. 123, Colect. 1954-1961, p. 11, e de 14 de Setembro de 1999, Comissão/AssiDomän Kraft Products e o., C-310/97 P, Colect., p. I-5363, n.º 54).

44 Esta força de caso julgado não existe apenas no que respeita à parte decisória do acórdão BAI/Comissão, já referido. Abrange também os fundamentos desse acórdão que representam o alicerce necessário da sua parte decisória, dela sendo, por isso, indissociáveis (v., neste sentido, acórdão de 26 de Abril de 1988, Asteris e o./ /Comissão 97/86, 193/86, 99/86 e 215/86, Colect., p. 2181, n.º 27, e Comissão/ /AssiDomän Kraft Products e o., já referido, n.º 54).

45 Além disso, a questão relativa ao caso julgado absoluto é um pressuposto processual e deve, por conseguinte, ser deduzida *ex officio* pelo juiz.

46 No caso em apreço, para anular a decisão de 7 de Junho de 1995, o Tribunal de Primeira Instância baseou-se, designadamente, no n.º 80 do acórdão BAI/Comissão, já referido, na conclusão segundo a qual o novo acordo «não constitui uma transacção comercial normal» e, no n.º 81 do referido acórdão, no facto de que «os objectivos de ordem cultural e social eventualmente prosseguidos pelas autoridades espanholas não desempenham qualquer papel na qualificação [do novo acordo] à luz do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado [que passou, após alteração, a artigo 87.º, n.º 1, CE]». O Tribunal de Primeira Instância considerou, por fim, no n.º 82 do mesmo acórdão, que «a apreciação da Comissão, segundo a qual [o novo acordo] não constitui um auxílio de Estado, se baseia numa errada interpretação do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado» e que, «[a]ssim, a decisão de encerrar o processo de análise instaurado relativamente aos auxílios concedidos à Ferries Golfo de Vizcaya viola a referida disposição e deve ser anulada».

47 O acórdão BAI/Comissão, já referido, não foi objecto de recurso e, por conseguinte, tanto a sua parte decisória como os referidos fundamentos que constituem o seu alicerce necessário, adquiriram carácter definitivo.

48 Resulta claramente da fundamentação deste acórdão que a Comissão devia ter qualificado os auxílios controvertidos de auxílios de Estado, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, e que devia, na sequência da referida anulação, reabrir o procedimento de apreciação destes.

49 Para dar cumprimento a este acórdão, a Comissão, como lhe cabia, reabriu o procedimento de apreciação da compatibilidade dos auxílios controvertidos com o Tratado. Através da decisão impugnada, por um lado, confirmou a qualificação de auxílios de Estado que o Tribunal de Primeira Instância tinha reconhecido no acórdão BAI/Comissão, já referido, e, por outro, considerou que os auxílios controvertidos eram incompatíveis com o Tratado. A Comissão pronunciou-se, portanto, sobre as mesmas medidas cuja qualificação como auxílio de Estado resultava do acórdão BAI/Comissão, já referido.

50 Nestas condições, quando a Diputación interpôs recurso da decisão impugnada, o Tribunal de Primeira Instância não podia apreciar novamente os fundamentos relativos ao facto de os auxílios controvertidos não constituírem auxílios de Estado sem violar o alcance do acórdão BAI/Comissão, já referido. Consequentemente, ao decidir no sentido em que o fez, o Tribunal de Primeira Instância violou a força de caso julgado absoluto do seu acórdão anterior.

51 Por conseguinte, o acórdão recorrido contém um erro de direito na parte em que se debruça sobre o fundamento relativo à violação do artigo 87.°, n.° 1, CE, que, nas três partes em que se decompõe, pretendia pôr em causa a qualificação de auxílios de Estado dos auxílios controvertidos. No entanto, este erro não põe em causa a parte decisória do acórdão recorrido.

52 Resulta das considerações precedentes que os três primeiros fundamentos do recurso da Diputación não podem, atendendo à força de caso julgado do acórdão BAI/Comissão, já referido, ser apreciados pelo Tribunal de Justiça. Estes fundamentos são irrelevantes e devem ser julgados improcedentes.

Quanto aos fundamentos relativos ao facto de o Tribunal de Primeira Instância ter considerado, erradamente, que o auxílio controvertido não foi legalmente notificado à Comissão

53 Antes de proceder a uma apreciação dos fundamentos dos recursos, o Tribunal de Primeira Instância considerou necessário examinar a questão de saber se o auxílio objecto da decisão impugnada foi concedido nos termos do procedimento previsto no artigo 88.°, n.° 3, CE, e, portanto, se se trata de um auxílio legal.

54 O Tribunal de Primeira Instância chegou à conclusão de que este auxílio era ilegal baseando-se em dois tipos de considerações: o alcance do novo acordo e falta de notificação desse acordo.

55 Por um lado, o Tribunal de Primeira Instância considerou que o auxílio controvertido tinha sido aplicado em 1992, sem notificação prévia à Comissão, e que o novo acordo não tinha afectado a sua substância. Referiu assim, no n.º 58 do acórdão recorrido, que «resulta claramente da decisão impugnada, com apoio nas explicações fornecidas pelas partes no quadro do presente processo, que o acordo inicial e o novo acordo constituem um único auxílio, instaurado e aplicado em 1992 no quadro da conclusão do acordo inicial, sem notificação prévia à Comissão». O Tribunal de Primeira Instância considerou em seguida, nos n.^{os} 59 e 60 do acórdão recorrido, que «o novo acordo constitui uma simples modificação do acordo inicial» que «foi elaborado com o objectivo de o substituir» e que as modificações do acordo inicial, resultantes do novo acordo, «não afectam, na sua essência, o auxílio tal como instaurado pelo acordo inicial». No n.º 74 do referido acórdão, o Tribunal de Primeira Instância precisou que «o procedimento iniciado em 29 de Maio de 1993 e terminado com a decisão de 7 de Junho de 1995 apenas dizia respeito ao acordo inicial».

56 Por outro lado, o Tribunal considerou que o novo acordo não tinha sido devidamente notificado à Comissão, uma vez que, designadamente, a carta de 27 de Março de 1995, proveniente dos advogados da P & O Ferries e não do Governo espanhol, não podia ser considerada a notificação de um auxílio novo. No n.º 70 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância referiu, no mesmo sentido, que «a circunstância de a Comissão ter aceite a comunicação do novo acordo sem levantar qualquer objecção relativamente à sua validade jurídica não pode, de modo algum, alterar o carácter ilegal do auxílio controvertido».

Quanto aos fundamentos relativos ao alcance do novo acordo de 1995

57 Através do quinto fundamento do seu recurso, a Diputación põe em causa a primeira série de considerações em que o Tribunal de Primeira Instância se baseou para declarar a ilegalidade do auxílio controvertido. Há que examinar este fundamento antes dos primeiro, segundo e sétimo fundamentos suscitados pela P & O Ferries no seu recurso, a propósito da mesma parte do acórdão recorrido.

Argumentos das partes

58 A Diputación sustenta que, para concluir pela ilegalidade do auxílio controvertido, o Tribunal de Primeira Instância descaracterizou os factos, a decisão impugnada e os elementos de prova ao considerar, no n.º 58 do acórdão recorrido, que os auxílios que constam no novo acordo de 1995 foram «instaurados e aplicados em 1992». O Tribunal de Primeira Instância, em razão dessa descaracterização, cometeu um erro na qualificação jurídica dos factos e retirou consequências jurídicas inexactas da sua análise. Ao substituir a fundamentação da decisão impugnada pela sua própria, também dificultou o exercício dos direitos de defesa pela recorrente.

59 Segundo a Comissão, este fundamento refere-se apenas a uma questão de facto e limita-se a repetir os termos dos articulados apresentados ao Tribunal de Primeira Instância. Era, portanto, inadmissível. De qualquer forma, era improcedente. O auxílio controvertido nunca foi notificado. Todas as considerações do Tribunal de Primeira Instância a este respeito foram pertinentes, pelo que este órgão jurisdicional concluiu correctamente, no n.º 58 do acórdão recorrido, que os dois acordos constituem um único auxílio, aplicado ilegalmente.

Apreciação do Tribunal de Justiça

60 Por um lado, no que respeita à admissibilidade do quinto fundamento invocado no processo C-471/03 P, a Diputación, contrariamente ao defendido pela Comissão, não se limitou a reproduzir os termos dos articulados que apresentou ao Tribunal de Primeira Instância. Este fundamento contém, com efeito, uma crítica precisa e detalhada dos fundamentos do acórdão recorrido, em particular do n.º 58 desse acórdão. Além disso, tem por objecto o facto de o Tribunal de Primeira Instância ter descaracterizado os factos que estiveram na origem do litígio e, por conseguinte, não podia ter sido suscitado no referido órgão jurisdicional. Por outro lado, embora a apreciação dos factos não constitua uma questão de direito sujeita, enquanto tal, ao controlo do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso como o presente, esta

regra só se aplica se não se verificar uma descaracterização dos elementos apresentados ao Tribunal de Primeira Instância. O Tribunal de Justiça pode, assim, censurar a descaracterização, pelo Tribunal de Primeira Instância, dos elementos que lhe são submetidos, designadamente quando este órgão jurisdicional substitui a fundamentação da decisão impugnada pela sua própria fundamentação (v., neste sentido, nesta acepção acórdão de 27 de Janeiro de 2000, DIR International Film e o./Comissão, C-164/98 P, Colect., p. I-447, n.os 48 e 49).

61 O referido fundamento é, portanto, admissível.

62 Também é procedente.

63 Como refere com razão a Diputación, o auxílio sobre o qual a Comissão se pronunciou na decisão impugnada é o resultante do novo acordo, que a Comissão analisou em separado do previsto no acordo inicial.

64 Com efeito, resulta dos termos da decisão impugnada que não houve um só auxílio que tivesse sido executado em 1992. Para declarar a ilegalidade do auxílio controvertido, a Comissão baseou-se exclusivamente, nos n.os 77 e 78 da referida decisão, em circunstâncias factuais específicas ao novo acordo de 1995 e, portanto, relativas a um auxílio instaurado e aplicado em 1995.

65 A Comissão referiu assim, no n.º 43 da decisão impugnada, que «o primeiro acordo celebrado entre as autoridades autónomas bascas e a Ferries Golfo de Vizcaya foi suspenso e os montantes recebidos pela Ferries Golfo de Vizcaya foram reembolsados. O caso ficava assim sem objecto». A Comissão prossegue, no n.º 44 da mesma decisão, indicando que «[n]o que se refere ao segundo acordo, a Comissão é de opinião que este é abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 92.º do Tratado (actual n.º 1 do artigo 87.º)». O n.º 45 da referida decisão

confirma a extensão da análise a que a Comissão procedeu, ao precisar que «[p]ara determinar se o acordo de 1995 é abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 92.º do Tratado (actual n.º 1 do artigo 87.º) é necessário averiguar se o mesmo constitui uma 'transacção comercial normal'». No mesmo sentido, o n.º 67 da mesma decisão refere que «os auxílios em questão foram atribuídos entre 1995 e 1998».

66 Decorre da precedente exposição que a Comissão se pronunciou efectivamente, na decisão impugnada, sobre a compatibilidade com o Tratado do auxílio que resulta apenas do acordo de 1995. Dificilmente poderia ser de outra forma, uma vez que a decisão de 7 de Junho de 1995, adoptada em função desse acordo que foi levado ao conhecimento da Comissão por carta de 27 de Março de 1995, teve por efeito autorizar a execução apenas das medidas aí contidas.

67 Por conseguinte, ao considerar, no n.º 58 do acórdão recorrido, que «o acordo inicial e o novo acordo constituem um único auxílio, instaurado e aplicado em 1992 no quadro da conclusão do acordo inicial, sem notificação prévia à Comissão», e, no n.º 74 do referido acórdão, que «o procedimento iniciado em 29 de Setembro de 1993 e terminado com a decisão de 7 de Junho de 1995 apenas dizia respeito ao acordo inicial», o Tribunal de Primeira Instância descaracterizou os factos do litígio e o conteúdo da decisão impugnada, ao substituir pela sua própria fundamentação a contida na referida decisão (v., neste sentido, acórdão DIR International Film e o./ /Comissão, já referido, n.^{os} 48 e 49).

68 Assim, o quinto fundamento invocado no processo C-471/03 P é julgado procedente.

69 Consequentemente, o acórdão recorrido descaracterizou os factos do caso em apreço na medida em que considerou que o novo acordo e o acordo inicial constituíam um único auxílio, instaurado e aplicado a partir de 1992.

70 Por consequência, não há que analisar os três outros fundamentos relativos a esta parte do acórdão recorrido, isto é:

— o primeiro fundamento invocado no processo C-442/03 P, relativo ao facto de o Tribunal ter considerado, erradamente, que o novo acordo não tinha instituído um auxílio autónomo em relação ao auxílio inicial;

— o segundo fundamento invocado no referido processo, relativo ao facto de o Tribunal ter cometido um erro de direito ao considerar, no n.º 60 do acórdão recorrido, que as modificações do acordo inicial não afectam, na sua essência, este última acordo;

— o sétimo fundamento apresentado no mesmo processo, relativo ao facto de o Tribunal, no n.º 67 do acórdão recorrido, ter ignorado o duplo alcance da decisão de 7 de Junho de 1995, pela qual a Comissão não só encerrou o procedimento aberto em 29 de Setembro de 1993, mas também se pronunciou expressamente sobre a qualificação do novo acordo «que vigoraria de 1995 a 1998».

71 No entanto, dado que o acórdão recorrido se baseia igualmente na falta de notificação do novo acordo, há que prosseguir a análise dos fundamentos relativos a esta questão.

Quanto aos fundamentos relativos à falta de notificação do novo acordo

72 Com os terceiro a sexto fundamentos do seu recurso, a P & O Ferries contesta a fundamentação do acórdão recorrido, com base na qual o Tribunal de Primeira Instância considerou que o auxílio controvertido não foi devidamente notificado à Comissão e, consequentemente, a fundamentação do acórdão recorrido directamente baseada nessa conclusão.

73 Para chegar à conclusão de que o auxílio controvertido não foi notificado, o Tribunal de Primeira Instância referiu, no n.º 62 do acórdão recorrido, que a comunicação de 27 de Março de 1995, enviada à um funcionário da DG «Transportes» da Comissão pelos advogados da P & O Ferries, «longe de constituir uma notificação formal de um novo auxílio projectado, encerra uma longa correspondência entre os serviços da Comissão e as recorrentes sobre as modificações gradualmente introduzidas no acordo». O Tribunal de Primeira Instância concluiu no mesmo sentido, no n.º 64 do acórdão recorrido, que a comunicação de 27 de Março de 1995 foi enviada pelos advogados da P & O Ferries e não pelo Governo espanhol, que foi endereçada a um funcionário da DG «Transportes», quando a carta da Comissão aos Estados-Membros SG (81) 12740, de 2 de Outubro de 1981, exige que seja enviada ao secretário-geral da Comissão, e que não continha qualquer referência ao artigo 88.º, n.º 3, CE. Nos n.^{os} 66 e 70 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância referiu que o comportamento da Comissão corroborava a análise segundo a qual a comunicação de 27 de Março de 1995 não era uma notificação e precisou que a circunstância de a Comissão ter aceite a comunicação do novo acordo sem levantar qualquer objecção relativamente à sua validade jurídica não altera o carácter ilegal do auxílio controvertido. Por último, no n.º 68 do referido acórdão, o Tribunal considerou que as partes «forneceram indicações que permitiam a conclusão de que consideravam que o auxílio controvertido era um auxílio não notificado».

74 Antes de analisar os quatro fundamentos do recurso interposto pela P & O Ferries invocados a propósito desta parte do acórdão recorrido, importa analisar a argumentação da Comissão segundo a qual a apreciação destes fundamentos é, em qualquer caso, inútil, pelo que estes devem ser vistos como irrelevantes.

Quanto ao carácter irrelevante dos referidos fundamentos do recurso interposto pela P & O Ferries

75 A Comissão alega que o recurso interposto pela P & O Ferries tem carácter meramente dilatório. A questão de saber se o auxílio controvertido foi ou não notificado carece de relevância uma vez que, em qualquer caso, a argumentação da recorrente relativa ao princípio da confiança legítima não pode ser acolhida. Com efeito, este auxílio foi contestado dentro do prazo de recurso e a P & O Ferries não pode validamente pretender continuar a beneficiar dele. Ainda que o Tribunal de Justiça julgue que o referido auxílio foi notificado e remeta o processo ao Tribunal de Primeira Instância, este órgão jurisdicional deveria necessariamente decidir que a

P & O Ferries tem sempre a obrigação de restituir o auxílio controvertido. Nestas condições, o Tribunal de Justiça deve, independentemente da análise dos fundamentos em causa, considerar que a situação processual do auxílio em questão não tem incidência na legalidade do artigo 2.º da decisão impugnada. O litígio está, quanto a este aspecto, em condições de ser apreciado e o Tribunal de Justiça deve negar provimento ao recurso interposto pela P & O Ferries com base neste fundamento.

76 Esta argumentação, na medida em que é relativa à relevância dos fundamentos *supra* mencionados, não pode ser acolhida.

77 Com efeito, estes fundamentos têm por objecto a fundamentação do acórdão recorrido com base na qual o Tribunal de Primeira Instância considerou que o auxílio controvertido não tinha sido notificado. É esta verificação da ilegalidade do referido auxílio que permitiu ao Tribunal de Primeira Instância concluir que a Comissão não era obrigada, nesse caso, a demonstrar o efeito real desse auxílio sobre a concorrência e sobre as trocas entre os Estados-Membros e que a Comissão podia, com razão, exigir a recuperação desse auxílio, sem que a tal obstasse o princípio da protecção da confiança legítima ou circunstâncias excepcionais. Foi ao basear-se nesta conclusão que o Tribunal de Primeira Instância entendeu que as autoridades espanholas não podiam invocar no caso em apreço a regra relativa ao prazo decorrente do acórdão Lorenz, já referido, e que a Comissão não era obrigada a fundamentar a sua decisão que ordena a recuperação do auxílio controvertido.

78 Nestas condições, os fundamentos *supra* mencionados são procedentes, susceptíveis de justificar a anulação do acórdão recorrido na parte em que conclui pela ilegalidade do auxílio controvertido e, consequentemente, julga improcedentes os fundamentos enumerados no número anterior do presente acórdão. Estes fundamentos não são, portanto, contrariamente ao sustentado pela Comissão, irrelevantes.

79 A circunstância de o recurso interposto pela P & O Ferries poder ter carácter dilatório é, mesmo que se admita estar provada, irrelevante para efeitos desta análise. Quanto à proposta avançada pela Comissão, segundo a qual o Tribunal de Justiça devia considerar independentemente da apreciação dos fundamentos *supra* mencionados, que o auxílio controvertido deve ser sempre recuperado e o presente recurso, por esta razão, julgado improcedente, assenta numa concepção errada das competências do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso como o em apreço. Esta proposta levaria, com efeito, a que o Tribunal de Justiça decida directamente sobre mérito da causa. Ora, quando é submetido ao Tribunal de Justiça um recurso deste tipo, este órgão jurisdicional apenas se pode pronunciar sobre o mérito da causa após ter anulado o acórdão do Tribunal de Primeira Instância.

80 Por outro lado, contrariamente ao que afirma a Comissão, o sexto fundamento do recurso interposto pela P & O Ferries está formulado com clareza e pode ser apreciado pelo Tribunal de Justiça.

Quanto à procedência dos fundamentos supra mencionados do recurso interposto pela P & O Ferries

81 Estes quatro fundamentos estão estreitamente relacionados e devem ser apreciados em conjunto.

— Argumentos das partes

82 A P & O Ferries alega, com o seu terceiro fundamento, que o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 62 do acórdão recorrido, cometeu um erro de direito ao considerar que a carta de 27 de Março de 1995 dos advogados da recorrente à Comissão não constituía a notificação formal de um novo auxílio planeado. Foi este, efectivamente, o objecto da referida carta.

83 O quarto fundamento é relativo ao facto de o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 64 do acórdão recorrido, se ter baseado incorrectamente na circunstância de a referida carta ter sido enviada por advogados e não pelo Governo espanhol, não ter sido enviada ao secretário-geral da Comissão e não conter qualquer referência ao artigo 88.º, n.º 3, CE para negar o carácter de notificação a essa mesma carta.

84 O quinto fundamento é relativo ao facto de que o Tribunal de Primeira Instância não podia, sem cometer um erro de direito, no n.º 65 do acórdão recorrido, ter em conta o facto de que as cartas que as recorrentes enviaram à Comissão, incluindo a cata de 27 de Março de 1995, continham todas a referência NN 40/93, utilizada pela Comissão no processo relativo ao acordo inicial. Esta referência, utilizada para as necessidades da comunicação com os serviços da Comissão, não tem, em si mesma, valor jurídico particular e não teve qualquer incidência na qualificação do novo acordo com o auxílio novo ou não.

85 Com o seu sexto fundamento, a P & O Ferries alega que a apreciação do Tribunal de Primeira Instância está viciada por um erro de direito ao considerar, no n.º 66 do acórdão recorrido, que a sua análise era corroborada pelo comportamento da Comissão. Ao invés, este comportamento confirmou o carácter suficiente da notificação efectuada pela carta de 27 de Março de 1995.

86 A Comissão responde, no que respeita ao quarto fundamento, que a sistemática geral do procedimento no domínio dos auxílios de Estado, como resulta do artigo 88.º, n.º 3, CE, implica que os auxílios devem ser notificados pelos Estados-Membros e que esta exigência se aplicava mesmo antes do Regulamento n.º 659/1999. Sendo as decisões na matéria enviadas a estes Estados, apenas estes devem notificá-las à Comissão (v., neste sentido, acórdãos de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France, C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 45, e de 15 de Fevereiro de 2001, Áustria/Comissão, C-99/98, Colect., p. I-1101, n.os 32 e 84). Não seria normal que a notificação por um terceiro pudesse acautelar um Estado-Membro contra uma decisão que ordena a recuperação do auxílio. Se o Tribunal de Justiça considerar que a obrigação de notificação cabe sempre aos Estados-Membros, este quarto fundamento é improcedente e os outros fundamentos relativos à notificação do auxílio controvertido irrelevantes.

87 Quanto ao terceiro fundamento, a Comissão alega que, no n.º 68 do acórdão recorrido, que não foi contestado pela recorrente, o Tribunal de Primeira Instância referiu que as partes «consideravam que o auxílio controvertido era um auxílio não notificado». Ao contestar a análise do Tribunal segundo a qual a carta de 27 de Março de 1995 não valia como notificação do auxílio, a P & O Ferries questiona em vão a apreciação dos factos que decorre do acórdão recorrido.

88 No que respeita ao quinto fundamento, a Comissão contesta que a utilização da designação «NN» tenha sido utilizada pelo Tribunal de Primeira Instância para chegar à conclusão de que o auxílio controvertido não tinha sido notificado. O Tribunal de Primeira Instância baseou-se neste elemento de prova, no n.º 65 do acórdão recorrido, para chegar à conclusão apresentada no n.º 68 do referido acórdão e esta apreciação não pode ser posta em causa no âmbito de um recurso como o presente.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

89 Os quatro fundamentos analisados nesta sede visam todos contestar a recusa do Tribunal de Primeira Instância em qualificar a carta de 27 de Março de 1995 como notificação.

90 A qualificação jurídica de um facto ou de um acto pelo Tribunal de Primeira Instância é uma questão de direito que pode ser suscitada no âmbito de um recurso como o presente. É o que se passa, por exemplo, com a questão de saber se uma carta deve ser qualificada de reclamação na acepção do artigo 90.º, n.º 2, do Estatuto do Funcionários das Comunidades Europeias (v., neste sentido, acórdãos de 19 de Outubro de 1995, Rendo e o./Comissão, C-19/93 P, Colect., p. I-3319, n.º 26, e de 29 de Junho de 2000, Politi/Fundação Europeia para a Formação, C-154/99 P, Colect., p. I-5019, n.º 11).

91 No caso em apreço, atendendo à natureza dos argumentos apresentados, que visam os critérios utilizados pelo Tribunal de Primeira Instância para considerar que o auxílio controvertido não foi notificado, a questão de saber se a carta de 27 de Março de 1995 constitui ou não uma notificação do auxílio controvertido previsto pelo novo acordo é uma questão de direito que é da competência do Tribunal de Justiça.

92 Nos termos do artigo 88.º, n.º 3, CE, estão sujeitos à obrigação de notificação prevista por esta disposição os «projectos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios».

93 Resulta da própria letra desta disposição que um acordo como o novo acordo, pelo qual o auxílio controvertido foi instituído, está sujeito à obrigação de notificação assim estabelecida. Portanto, como alega com razão a P & O Ferries, a obrigação de notificação deste novo acordo tem carácter autónomo em relação à obrigação de notificação do acordo inicial. Consequentemente, a falta de notificação do acordo inicial, que provocou a sua ilegalidade, não tem incidência sobre a análise da legalidade do novo acordo, que assenta na apreciação do respeito da exigência de notificação aplicável apenas a este acordo.

94 A circunstância de o novo acordo ter sido levado ao conhecimento da Comissão durante o procedimento de apreciação aberto em relação ao acordo inicial não pode infirmar esta consideração. Com efeito, na medida em que a decisão impugnada se refere, como foi dito, apenas ao auxílio instituído pelo novo acordo, a questão de saber se este auxílio foi ou não notificado deve ser apreciada independentemente do facto de a Comissão ter aberto o procedimento de apreciação em relação ao acordo inicial.

95 Por conseguinte, o facto de as cartas enviadas pelas recorrentes à Comissão, incluindo a carta de 27 de Março de 1995, conterem todas a referência NN 40/93, utilizada pela Comissão no processo relativo ao acordo inicial, não pode, em si mesmo, ter incidência sobre a qualificação de auxílio novo, ou não, do novo acordo.

O Tribunal de Primeira Instância baseou-se, portanto, incorrectamente nesse elemento para concluir que o auxílio controvertido era indissociável das medidas previstas no acordo inicial e considerar, consequentemente, que o auxílio controvertido não foi notificado.

96 Além disso, resulta dos elementos do processo que a P & O Ferries teve a intenção, com o envio da carta de 27 de Março de 1995, de «informar em tempo útil» a Comissão da existência e do conteúdo do novo acordo, bem como do desejo das partes de porem em execução o auxílio controvertido.

97 Em primeiro lugar, foi com base nas informações contidas nessa carta e à luz das «modificações substanciais introduzidas no novo acordo» que a Comissão, na sua decisão de 7 de Junho de 1995, decidiu encerrar o procedimento de apreciação aberto em relação ao acordo inicial. A Comissão, por conseguinte, teve efectivamente em consideração a referida carta, enviada ao funcionário directamente responsável pelo andamento do processo, para fins de apreciação das medidas de auxílio controvertias.

98 Em seguida, resulta dos próprios termos da decisão de 7 de Junho de 1995 que essas modificações substanciais foram introduzidas no novo acordo «com o fim de responder às preocupações da Comissão». Além disso, a decisão de 7 de Junho de 1995 termina com a referência muito explícita segundo a qual «o novo acordo, que se aplica de 1995 a 1998, não constitui um auxílio de Estado». A Comissão não pode assim validamente alegar que não foi informada, em tempo útil para apresentar as suas observações, sobre as medidas contidas nesse novo acordo, nem sustentar que a carta de 27 de Março de 1995 não lhe deu a possibilidade de exercer normalmente o seu controlo.

99 Por último, decorre dos elementos do processo que o auxílio controvertido, previsto pelo novo acordo, não foi pago antes de a Comissão decidir, em 7 de Junho de 1995, encerrar o procedimento de apreciação aberto em relação ao acordo inicial. Os primeiros pagamentos à P & O Ferries apenas foram efectuados em Dezembro de 1995. De resto, no n.º 77 da decisão impugnada, a Comissão reconheceu que «os pagamentos efectuados [...] [foram] posteriores à decisão afirmativa da Comissão de 7 de Junho de 1995». Acresce que o novo acordo contém uma cláusula cujo

conteúdo não foi objecto de reservas por parte da Comissão em 1995, segundo a qual «todas as médicos foram adoptadas para respeitar o artigo 93.º, n.º 3, do Tratado de Roma». Quanto ao facto de o novo acordo ter sido celebrado antes da adopção da decisão de 7 de Junho de 1995, não permite concluir que os auxílios foram postos em execução antes da referida decisão.

100 Da exposição precedente resulta que foi erradamente que o Tribunal de Primeira Instância considerou, no acórdão recorrido, que as próprias partes interessadas e a Comissão consideravam o auxílio controvertido um auxílio não notificado.

101 Consequentemente, não é necessário que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre o nono fundamento apresentado pela Diputación, relativo ao facto de o Tribunal de Primeira Instância ter violado os direitos de defesa e o artigo 66.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância ao não se pronunciar sobre o pedido de apresentação de todos os documentos relativos ao acordo de 1995, que permitiam concluir que a Comissão tratara a carta de 27 de Março de 1995 como a notificação de um auxílio novo.

102 No entanto, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu um erro de direito ao considerar que a carta de 27 de Março de 1995 não constituía uma notificação que cumpre as prescrições do artigo 88.º, n.º 3, CE.

103 Com efeito, resulta da própria sistemática do artigo 88.º, n.º 3, CE, que institui uma relação bilateral entre a Comissão e o Estado-Membro, que a obrigação de notificação recai apenas sobre os Estados-Membros. Esta obrigação não pode, consequentemente, ser considerada satisfeita pela notificação feita pela empresa beneficiária do auxílio. Como o Tribunal de Justiça já decidiu, o mecanismo de fiscalização e de exame dos auxílios de Estado organizado pelo artigo 88.ºCE não impõe qualquer obrigação específica ao beneficiário de um auxílio. Por um lado, a obrigação de notificar e a proibição prévia de implementação dos projectos de auxílios têm por destinatário o Estado-Membro. Por outro, este é igualmente o

destinatário da decisão pela qual a Comissão declara a incompatibilidade de um auxílio e o convida a suprimi-lo no prazo que fixa para o efeito (v. acórdão de 11 de Julho de 1996, SFEI e o., C-39/94, Colect., p. I-3547, n.º 73).

104 É irrelevante a este respeito o facto de, na data em que, no caso em apreço, o projecto do novo acordo foi transmitido à Comissão, nenhum texto regulamentar prever que uma notificação, para ser considerada regular, devia ser efectuada pelo governo em causa. Embora a exigência segundo a qual a notificação cabe a esse governo tenha sido recordada na regulamentação comunitária, no artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999, este artigo apenas se limitava a codificar a jurisprudência do Tribunal de Justiça sem nada acrescentar à situação do direito aplicável.

105 Nestas condições, o Tribunal de Primeira Instância podia, sem que o seu acórdão ficasse inquinado por um erro de direito, basear-se na circunstância de a carta de 27 de Março de 1995 não provir do Governo do Estado-Membro em causa para considerar que não constituía uma notificação que cumpria as prescrições do artigo 88.º, n.º 3, CE.

106 O Tribunal de Primeira Instância não procedeu, portanto, a uma aplicação incorrecta do artigo 88.º, n.º 3, CE, ao considerar, nas circunstâncias do caso em apreço, que a carta de 27 de Março de 1995 não constituía uma notificação do novo acordo.

107 Das considerações precedentes resulta que, embora o Tribunal de Primeira Instância, no seu acórdão, tenha descaracterizado os factos do presente caso na medida em que considerou que o novo acordo e o acordo inicial constituíam um só auxílio, executado a partir de 1992, foi correctamente que declarou que foi dada execução ao auxílio controvertido sem mesmo ter sido notificado à Comissão. Consequentemente, o Tribunal de Justiça deve julgar improcedentes os pedidos dos presentes recursos que têm por objecto esta parte do acórdão recorrido.

Quanto aos fundamentos relativos às consequências que o Tribunal de Primeira Instância deduziu da falta de notificação

108 Os sexto a oitavo fundamentos invocados pela Diputación visam pôr em causa os fundamentos do acórdão recorrido que o Tribunal de Primeira Instância considerou sem a consequência da falta de notificação do auxílio em causa.

109 Através do seu sexto fundamento, a Diputación alega que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao considerar, nos n.os 142 e 143 do acórdão recorrido, que o auxílio controvertido era ilegal e que não era, portanto, necessário que Comissão apreciasse a incidência real desse auxílio na concorrência e nas trocas intracomunitárias.

110 Este fundamento deve ser julgado improcedente. Como o Tribunal de Justiça já decidiu, se a Comissão fosse obrigada, na sua decisão, a fazer a demonstração do efeito real dos auxílios já concedidos, isto levaria a favorecer os Estados-Membros que pagam auxílios em violação da exigência de notificação prevista no artigo 88.°, n.° 3, CE, em detrimento daqueles que notificam os auxílios na fase de projecto (v. acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão, C-301/87, Colect., p. I-307, n.° 33).

111 No caso em apreço, o Tribunal de Primeira Instância, como se referiu *supra*, considerou validamente que a carta de 27 de Março de 1995 não constituía uma notificação do novo acordo. Portanto, podia deduzir daqui, sem que o seu acórdão ficasse inquinado por um erro de direito, que a Comissão não era obrigada a fazer a demonstração do efeito real do auxílio concedido sobre a concorrência e sobre as trocas entre os Estados-Membros. O sexto fundamento é, assim, improcedente.

112 O sétimo fundamento invocado pela Diputación é relativo ao facto de o Tribunal de Primeira Instância ter desvirtuado a argumentação que esta lhe submeteu e, por conseguinte, violado os direitos de defesa. O Tribunal de Primeira Instância referiu,

com efeito, no n.º 203 do acórdão recorrido, que a Diputación não podia invocar «a protecção da confiança legítima da P & O Ferries», uma vez que invocava a protecção da sua própria confiança legítima, enquanto parte no novo acordo. Ainda que a presença de circunstâncias excepcionais e a protecção da confiança legítima tenham sido invocadas pela P & O Ferries, o Tribunal de Primeira Instância não podia concluir que a Diputación não podia apresentar um fundamento baseado no princípio da confiança legítima dessa empresa.

113 A Comissão alega que o alcance do sétimo fundamento variou ao longo do processo. A Diputación, na sua réplica, retomou o fundamento relativo à violação da confiança legítima da empresa beneficiária do auxílio — que tinha invocado no Tribunal de Primeira Instância. Ora, a Diputación invocou no seu recurso um outro fundamento, relativo à violação da sua própria confiança legítima. Consequentemente, o fundamento relativo à confiança legítima da empresa beneficiária é novo e, portanto, inadmissível. De qualquer modo, deve ser julgado improcedente.

114 Em primeiro lugar, há que julgar improcedente a questão prévia de admissibilidade suscitada pela Comissão a propósito do sétimo fundamento. Contrariamente ao sustentado pela Comissão, a Diputación invocou, tanto na sua réplica como no presente recurso, o mesmo fundamento relativo ao facto de o Tribunal ter desvirtuado a sua argumentação ao não ter tido em conta a confiança legítima da P & O Ferries, apesar de a Diputación ter também invocado a sua própria confiança legítima. O fundamento é por conseguinte, admissível.

115 Contudo, este fundamento não é procedente. Embora o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 203 do acórdão recorrido, apenas tenha mencionado expressamente «a confiança legítima da P & O Ferries», respondeu no entanto à argumentação que lhe foi apresentada pela Diputación ao considerar, no n.º 202 desse acórdão, que não incumbia às autoridades espanholas, mas sim à empresa beneficiária, invocar a existência de circunstâncias excepcionais susceptíveis de justificar a sua confiança legítima a fim de se opor à restituição de um auxílio ilegal. A Diputación não tem, assim, razão quando alega que, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou a sua argumentação.

116 Com o seu oitavo fundamento, a Diputación sustenta que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou os argumentos do recurso baseados no artigo 10.º CE e o princípio da boa administração ao considerar, no n.º 211 do acórdão recorrido, que estes argumentos punham em causa a ilegalidade do auxílio controvertido. Ao invés, a recorrente alegou que o artigo 10.º CE e o referido princípio se opunham à restituição dos auxílios, ainda que ilegais. Em razão desta desvirtuação, o Tribunal de Primeira Instância não analisou verdadeiramente este fundamento e lesou os direitos de defesa.

117 No entanto, resulta dos elementos constantes dos autos que os argumentos através dos quais a Diputación, designadamente nos n.os 261 e 272 a 275 da sua petição, pretendia pôr em causa o comportamento da Comissão, invocando o artigo 10.º CE e o princípio da boa administração, remetiam para os argumentos desenvolvidos pela recorrente para demonstrar que o auxílio controvertido tinha sido correctamente notificado e confundiam-se essencialmente com estes.

118 Nestas condições, não se pode validamente sustentar que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou os argumentos da Diputación ao considerar que os relativos ao artigo 10.º CE e ao princípio da boa administração pareciam, no essencial, criticar o comportamento da Comissão na instrução do procedimento e pôr novamente em causa a ilegalidade do auxílio controvertido. O oitavo fundamento da Diputación deve, consequentemente, ser julgado improcedente.

Quanto ao fundamento relativo ao facto de o Tribunal de Primeira Instância ter cometido um erro de direito ao considerar que o auxílio controvertido não era compatível com o Tratado

119 O quarto fundamento no processo C-471/03 P é o único que põe em causa a apreciação realizada pelo Tribunal de Primeira Instância, segundo a qual a derrogação prevista no artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE, não é aplicável no caso em apreço.

Argumentação da Diputación

120 Este fundamento compõe-se de duas partes.

121 Na primeira parte deste fundamento, a Diputación alega que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou a fundamentação da decisão impugnada, ao referir, no n.º 165 do acórdão recorrido, que os consumidores que utilizam outras companhias marítimas susceptíveis de operar entre Bilbao e Portsmouth não podiam beneficiar do auxílio controvertido. Nos n.os 58 e 59 da decisão impugnada, a Comissão entendeu, na realidade, que o artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE não se podia aplicar devido à falta de transparência na escolha do operador marítimo. Ao desvirtuar assim os termos da decisão impugnada, o Tribunal de Primeira Instância não permitiu à recorrente apresentar correctamente a sua defesa.

122 Na segunda parte do mesmo fundamento, a recorrente sustenta que, de todo o modo, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito na interpretação do artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE, ao basear-se, no n.º 166 do acórdão recorrido, na atribuição do auxílio a um único operador, com exclusão de outras companhias susceptíveis de cumprir o objectivo social prosseguido. Na medida em que apenas existe um operador disposto a prestar o serviço na linha em causa, não é possível demonstrar o carácter discriminatório do auxílio relacionado com a origem dos produtos. Neste caso, dado que a natureza social do auxílio controvertido tinha sido aceite na decisão impugnada (n.º 58), o artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE era aplicável.

Apreciação do Tribunal de Justiça

123 No que respeita à primeira parte do referido fundamento, resulta dos termos da decisão impugnada que, para considerar que o auxílio controvertido não preenchia a condição estabelecida no artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE, segundo a qual o auxílio deve ser concedido «sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos», a Comissão baseou-se, designadamente, por um lado, no n.º 58 da

referida decisão, na circunstância de que «os cupões de viagem foram adquiridos unicamente à Ferries Golfo de Vizcaya e as autoridades autónomas não demonstraram que a empresa tinha sido seleccionada de forma transparente», e, por outro lado, no n.º 60 da decisão impugnada, no facto de que «as autoridades autónomas bascas podiam ter realizado os mesmos objectivos de carácter social através de ofertas de viagens diversificadas».

124 A Comissão considerou, por estes motivos, que a Ferries Golfo de Vizcaya era a única empresa beneficiária do auxílio controvertido e que não estava demonstrado que os objectivos sociais prosseguidos pelo referido auxílio apenas podiam ser alcançados através da aquisição de cupões de viagem a essa empresa.

125 Assim, para recusar a aplicação da derrogação consagrada no artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE, a Comissão não se baseou apenas, contrariamente ao afirmado pela Diputación, na falta de transparência na escolha do operador marítimo em causa.

126 Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância não desvirtuou a fundamentação da decisão impugnada nem violou os direitos de defesa ao concluir, no n.º 165 do acórdão recorrido, que «a Diputación não alegou, nem *a fortiori* demonstrou, que os consumidores também teriam podido beneficiar do auxílio controvertido utilizando eventualmente outras companhias marítimas susceptíveis de operar entre Bilbao e Portsmouth».

127 Por conseguinte, a primeira parte deste fundamento carece de suporte fáctico, pelo que não pode ser acolhida.

128 No que respeita à segunda parte deste quarto fundamento, importa referir que, para chegar à conclusão de que o artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE não era aplicável no caso em apreço, o Tribunal de Primeira Instância não se baseou, no n.º 166 do acórdão recorrido, apenas na circunstância de o acordo de compra de cupões de viagem ter sido celebrado exclusivamente entre a Diputación e a P & O Ferries.

129 Com efeito, considerou, na primeira frase do referido número, que, «nos termos do novo acordo, a P & O Ferries recebe um montante anual previamente determinado, independentemente do número de cupões de viagens efectivamente utilizados pelos consumidores finais». Com esta referência, o Tribunal de Primeira Instância pretendeu recordar, como tinha observado em particular nos n.os 121 e 137 do acórdão recorrido, que este acordo não tinha sido celebrado pela Diputación para satisfazer necessidades efectivas, mas para conferir à P & O Ferries uma vantagem de que não beneficiaria em condições normais de mercado.

130 No presente litígio, atendendo às apreciações assim efectuadas pelo Tribunal de Primeira Instância quanto à natureza da vantagem económica atribuída à P & O Ferries, a referência que figura na primeira frase do n.º 166 do acórdão recorrido basta, em qualquer caso, para justificar juridicamente a conclusão, enunciada no n.º 167 do acórdão recorrido, de que não se podia considerar que o auxílio controvertido tivesse sido «concedido aos consumidores individuais sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produto», na acepção do do artigo 87.º, n.º 2, alínea a), CE.

131 Consequentemente, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu um erro de direito na aplicação desta disposição.

132 Por conseguinte, a segunda parte do referido fundamento deve ser julgada improcedente.

133 Resulta do conjunto das considerações precedentes que o Tribunal de Primeira Instância, no acórdão recorrido, cometeu um erro de direito e descaracterizou os factos do caso na medida em que, em violação do caso julgado absoluto do acórdão BAI/Comissão, já referido, apreciou o fundamento relativo à violação do artigo 87.º, n.º 2, CE e considerou que o novo acordo e o acordo inicial constituíam um único auxílio, posto em execução em 1992.

134 Contudo, este erro de direito e esta descaracterização dos factos do caso vertente não afectam a parte decisória do acórdão recorrido, pelo que este não deve ser anulado.

135 Por conseguinte, deve ser negado provimento aos presentes recursos.

Quanto às despesas

136 Por força do disposto no artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, aplicável ao presente recurso por força do artigo 118.° do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da P & O Ferries e da Diputación e tendo estas sido vencidas, há que condená-las nas despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) decide

1) É negado provimento aos recursos.

2) A P & O European Ferries (Vizcaya) SA e a Diputación Foral de Vizcaya são condenadas nas despesas.

Assinaturas