Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
EVGENI TANCHEV
apresentadas em 15 de julho de 2021 [1]

Processos apensos C-167/19 P e C-171/19 P

Comissão Europeia
contra
Freistaat Bayern (C-167/19 P)
Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns e. V.,
Genossenschaftsverband Bayern e. V.,

Verband der Bayerischen Privaten Milchwirtschaft e. V. (C-171/19 P)

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Auxílios de Estado — Auxílio a favor do setor leiteiro da Baviera — Financiamento dos testes da qualidade do leite — Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno — Decisão de dar início ao procedimento — Obrigações da Comissão — Direitos do Estado-Membro em causa — Direito dos interessados de serem associados ao procedimento administrativo — Violação de formalidades essenciais»

1. Com os presentes dois recursos, a Comissão Europeia pede a anulação dos Acórdãos do Tribunal Geral Freistaat Bayern/Comissão Europeia [2] e Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns e o./Comissão [3]. Nestes acórdãos, o Tribunal Geral deu provimento aos recursos do Freistaat Bayern (Estado Livre da Baviera, a seguir «Land da Baviera») e do Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns e o. (a seguir «agrupamento de interesses»), relativos à anulação parcial da Decisão (UE) 2015/2432 da Comissão [4].

I. Antecedentes dos litígios

2. Os antecedentes dos litígios são descritos nos n.os 1 a 21 do primeiro acórdão recorrido e nos n.os 1 a 20 do segundo acórdão recorrido. Limitar-me-ei a recordar os seguintes elementos.

3. Na Alemanha, a qualidade do leite é tradicionalmente assegurada por testes de qualidade independentes. Esses testes da qualidade do leite são financiados, na Baviera (Alemanha), por um lado, através dos recursos provenientes da imposição sobre o leite cobrada aos compradores e, por outro, através do orçamento geral do Land da Baviera, um dos recorridos nos presentes recursos.

[1] Língua original: inglês.

[2] Acórdão de 12 de dezembro de 2018 (T-683/15, EU:T:2018:916, a seguir «primeiro acórdão recorrido»).

[3] Acórdão de 12 de dezembro de 2018 (T-722/15 a T-724/15, não publicado, EU:T:2018:920, a seguir «segundo acórdão recorrido»).

[4] Decisão de 18 de setembro de 2015, relativa aos auxílios estatais SA.35484 (2013/C) [ex SA.35484 (2012/NN)] concedidos pela Alemanha para a realização de testes da qualidade do leite ao abrigo da Lei do Leite e das Matérias Gordas (JO 2015, L 334, p. 23, a seguir «decisão impugnada»).

4. Por ofício de 17 de julho de 2013, a Comissão comunicou à República Federal da Alemanha a sua decisão de dar início ao procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, TFUE (a seguir «decisão de dar início ao procedimento»). Esta decisão diz respeito a diversas medidas aplicadas em vários Länder alemães ao abrigo da Gesetz über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fetten (Lei federal alemã sobre o leite e as matérias gordas)[5] de 1952 para apoio ao setor leiteiro, incluindo os auxílios previstos na decisão impugnada. No que diz respeito a esse auxílio, a Comissão referiu, por um lado, no ponto 2.5 da decisão de dar início ao procedimento, dedicado ao financiamento das medidas analisadas, o artigo 22.º da MFG que incide sobre as imposições sobre o leite. Por outro lado, no considerando 264 dessa decisão, a Comissão indicou que as medidas analisadas foram financiadas por meio de uma imposição parafiscal, tendo remetido para essa mesma disposição da MFG.

5. A Comissão concluiu pela compatibilidade do auxílio controvertido com o mercado interno no período compreendido entre 28 de novembro de 2001 e 31 de dezembro de 2006, mas manifestou dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno a partir de 1 de janeiro de 2007.

6. Por ofício de 20 de setembro de 2013, a República Federal da Alemanha apresentou observações sobre a decisão de dar início ao procedimento. A Comissão recebeu sete observações enviadas pelas partes interessadas sobre as medidas relativas aos testes da qualidade do leite previstas na decisão impugnada. As observações recebidas foram enviadas à República Federal da Alemanha, que em seguida respondeu a observações complementares apresentadas em 8 de julho de 2014.

7. Em 18 de setembro de 2015, a Comissão adotou a decisão impugnada. Esta decisão diz exclusivamente respeito ao financiamento dos testes da qualidade do leite realizados a partir de 1 de janeiro de 2007 em Bade-Vurtemberga (Alemanha) e na Baviera.

8. Em primeiro lugar, a Comissão verificou se os recursos provenientes da imposição sobre o leite constituíam auxílios de Estado, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Além disso, a MFG definia, no artigo 22.º, n.º 2, pontos 1 a 6, os fins para que os recursos provenientes da imposição sobre o leite podiam ser utilizados. Por conseguinte, a Comissão considerou que as receitas provenientes da imposição sobre o leite deviam ser consideradas como estando sob o controlo público e que as medidas financiadas com recursos oriundos da imposição sobre o leite eram executadas através de recursos estatais e eram imputáveis ao Estado.

9. Em segundo lugar, a Comissão concluiu que, com o reembolso, através dos recursos provenientes da imposição e do orçamento geral do Land da Baviera, dos custos dos testes da qualidade do leite que lhes competia realizar, as centrais leiteiras da Baviera beneficiaram de uma vantagem seletiva. A Comissão considerou que esses testes da qualidade do leite beneficiam, em última instância, as centrais leiteiras, uma vez que estas estavam legalmente obrigadas a analisar o leite que lhes era entregue. As centrais leiteiras são empresas, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, e os custos relacionados com o pagamento a um organismo que efetua análises para efeitos dos testes da qualidade do leite devem ser considerados custos de exploração clássicos que as próprias empresas em causa, isto é, as centrais leiteiras, devem normalmente suportar[6]. Além disso, com exceção do que sucedia nos Länder do Bade-Vurtemberga e da Baviera, as centrais leiteiras não eram reembolsadas do montante dos custos das análises através dos recursos provenientes da imposição sobre o leite. Por último, no considerando 145 da decisão

[5] BGBl. 1952 I, p. 811, a seguir «MFG».

[6] V., num processo análogo relativo a testes de deteção das encefalopatias espongiformes transmissíveis entre os bovinos, Acórdão de 30 de junho de 2016, Bélgica/Comissão (C-270/15 P, EU:C:2016:489).

impugnada, a Comissão teve em conta o facto de a medida também ser financiada pelo orçamento geral do Land da Baviera. Por conseguinte, em sua opinião, o benefício que as centrais leiteiras obtiveram com a assunção dos testes da qualidade do leite não correspondia necessariamente ao que tinham pago a título da imposição sobre o leite. Transpôs esta constatação para o financiamento recebido através do orçamento geral do Land da Baviera.

10. Em terceiro lugar, no que respeita à presença de um auxílio existente, a Comissão entendeu que, com exceção da MFG, que não instituía o regime de auxílio em causa, as autoridades alemãs não prestaram qualquer informação que demonstrasse a existência de uma base jurídica adotada antes de 1958 e que devesse ainda ser aplicada, com o conteúdo inicial, durante o período analisado.

11. Em quarto e último lugar, a Comissão concluiu que os auxílios destinados aos controlos de rotina do leite não cumpriam os requisitos estabelecidos no ponto 109 das Orientações comunitárias para os auxílios estatais no setor agrícola e florestal no período 2007-2013 (JO 2006, C 319, p. 1), em conjugação com o artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1857/2006 da Comissão [7], para o qual remete o referido ponto 109.

12. Nestas circunstâncias, a Comissão decidiu, no artigo 1.º da decisão impugnada, que o auxílio concedido na Baviera desde 1 de janeiro de 2007 era ilegal e incompatível com o mercado interno. Nos artigos 2.º a 4.º desta decisão, a Comissão ordenou a recuperação do auxílio e previu as modalidades dessa recuperação.

II. Tramitação do processo no Tribunal Geral e acórdãos recorridos

13. Em 26 de novembro de 2015 e em 4 de dezembro de 2015 respetivamente, o Land da Baviera e o agrupamento de interesses interpuseram recursos de anulação parcial da decisão controvertida.

14. Em particular, o primeiro fundamento do Land da Baviera e do agrupamento de interesses era relativo à violação do artigo 108.º, n.º 2, TFUE, do artigo 6.º, n.º 1, e do artigo 20.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999 [8].

15. O segundo fundamento do agrupamento de interesses era relativo à violação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, na medida em que os recursos provenientes da imposição sobre o leite foram considerados recursos estatais.

16. Nos acórdãos recorridos, no que respeita ao primeiro fundamento dos recorrentes, em primeiro lugar, o Tribunal Geral salientou que, em aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999, a decisão de dar início a um procedimento resumirá os elementos pertinentes em matéria de facto e de direito, incluirá uma apreciação preliminar da Comissão e indicará os elementos que suscitam as dúvidas da Comissão quanto à compatibilidade da medida em causa com o mercado interno, sem esvaziar de sentido o direito dos interessados a apresentarem as suas observações.

[7] Regulamento de 15 de dezembro de 2006, relativo à aplicação dos artigos [107.º e 108.º TFUE] aos auxílios estatais a favor das pequenas e médias empresas que se dedicam à produção de produtos agrícolas e que altera o Regulamento (CE) n.º 70/2001 (JO 2006, L 358, p. 3).

[8] Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE (JO 1999, L 83, p. 1) (também designado «Regulamento processual»).

17. Em segundo lugar, o Tribunal Geral apreciou a decisão impugnada à luz da decisão de dar início ao procedimento para determinar se o financiamento com recursos do orçamento geral do Land da Baviera já estava incluído na decisão de dar início ao procedimento. Concluiu que o financiamento dos testes da qualidade do leite com recursos orçamentais do Land da Baviera não foi mencionado na decisão de dar início ao procedimento. Salientou, no segundo acórdão recorrido, que a Comissão não afirmou que esse financiamento era expressamente mencionado na decisão de dar início ao procedimento. Por conseguinte, o Tribunal Geral declarou que os interessados podiam legitimamente presumir que a análise feita pela Comissão na decisão de dar início ao procedimento incidia exclusivamente sobre os recursos provenientes da imposição sobre o leite.

18. Em terceiro lugar, o Tribunal Geral salientou que o termo «recursos estatais», utilizado no artigo 107.º, n.º 1, TFUE, tinha um sentido muito amplo, já que previa a incompatibilidade com o mercado interno dos auxílios concedidos através desses recursos «independentemente da forma que assumam». Por conseguinte, estes recursos podem assumir formas distintas e, portanto, a Comissão é obrigada a identificá-los e a analisá-los com cuidado. Além disso, observou que os recursos estatais são um dos elementos constitutivos da qualificação de auxílio. A este respeito, mesmo admitindo que a expressão «apoio financeiro» utilizada pela Comissão na decisão de dar início ao procedimento possa ser interpretada como visando os dois tipos de financiamento, deve considerar-se que não tem suficiente exatidão. O Tribunal Geral acrescentou que é verdade que a decisão final pode apresentar certas divergências em relação à decisão de dar início ao procedimento. No entanto, não se justifica esta divergência no caso em apreço. Como reconheceu a Comissão, esta foi informada pelo Estado-Membro do financiamento com recursos do orçamento geral do Land da Baviera muito antes da adoção da decisão de dar início ao procedimento. Além disso, o Tribunal Geral sublinhou que, na decisão impugnada, a Comissão se referiu expressamente ao financiamento do auxílio com recursos do orçamento geral do Land da Baviera, reconhecendo assim que essa forma de financiamento não era um elemento irrelevante na sua análise. O Tribunal Geral concluiu que a decisão impugnada foi adotada sem que fosse dada às partes interessadas a possibilidade de tomarem posição sobre o financiamento proveniente dos recursos do orçamento geral do Land da Baviera.

19. Assim, o Tribunal Geral concluiu que a decisão impugnada foi adotada em violação do direito do recorrente a ser associado ao procedimento administrativo e, por conseguinte, do artigo 108.º, n.º 2, TFUE e do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999. Declarou igualmente que a obrigação que impende sobre a Comissão de providenciar para que os interessados, na fase da decisão de dar início ao procedimento, possam apresentar as suas observações tem caráter de formalidade essencial, cuja violação tem consequências tais como a anulação do ato viciado, independentemente da questão de saber se essa violação causou prejuízo à pessoa que a invoca ou se o procedimento administrativo poderia ter conduzido a um resultado diferente. Por conseguinte, julgou procedente o primeiro fundamento.

20. Por razões de exaustividade, o Tribunal Geral declarou que não se pode excluir a possibilidade de o procedimento poder ter tido um desfecho diferente caso a irregularidade constatada não se tivesse verificado, ou seja, se o recorrente tivesse efetivamente tido a possibilidade, no âmbito do procedimento formal de investigação, de apresentar as suas observações sobre o financiamento através do seu orçamento geral. A este respeito, salientou, nomeadamente, que a decisão impugnada não apresenta uma análise separada em relação a cada um dos dois modos de financiamento. O Tribunal Geral considerou que, na decisão impugnada, a Comissão ou procedeu a uma análise sem fazer referência ao modo de financiamento em questão, ou transpôs o seu raciocínio sobre o financiamento através da imposição sobre o leite para o financiamento

através do orçamento geral do Land da Baviera. Por conseguinte, se tivessem sido apresentados durante o procedimento formal de investigação argumentos relativos ao financiamento através do orçamento geral do Land da Baviera não era de excluir a possibilidade de que teriam podido conduzir a um resultado diferente.

21. Sem se pronunciar sobre os outros fundamentos invocados pelos recorrentes, o Tribunal Geral anulou os artigos 1.º a 4 da decisão impugnada, na medida em que aí se decide que a concessão, pela República Federal da Alemanha, de um auxílio de Estado é incompatível com o mercado interno, no que respeita aos testes da qualidade do leite efetuados na Baviera, e se ordena que se proceda à recuperação desse auxílio.

III. Análise

22. A Comissão invoca quatro fundamentos de recurso.

A. Quanto ao primeiro fundamento de recurso, relativo a um erro de direito na interpretação e aplicação do artigo 108.º, n.º 2, TFUE e do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999

1. Quanto à admissibilidade

23. O Land da Baviera e o agrupamento de interesses alegam, em substância, que o primeiro fundamento invocado pela Comissão em apoio de cada um dos seus recursos é inadmissível, uma vez que visa contestar a apreciação dos factos efetuada pelo Tribunal Geral, sem invocar qualquer desvirtuação dos factos ou dos elementos de prova.

24. Em primeiro lugar, o Land da Baviera afirma que a Comissão não acusa o Tribunal Geral de ter violado o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999, mas de ter interpretado incorretamente a decisão de dar início ao procedimento.

25. Em segundo lugar, o Land da Baviera alega que, contrariamente ao que afirma a Comissão, o Tribunal Geral não declarou, nos n.ºs 60, 61 e 65 do primeiro acórdão recorrido, que a Comissão tinha uma obrigação positiva de descrever com precisão o modo de financiamento da medida. Concluiu simplesmente que o facto de a Comissão não excluir um modo de financiamento na decisão de dar início ao procedimento não é suficiente para que este financiamento seja implicitamente incluído nessa decisão.

26. Em terceiro lugar, o Land da Baviera e o agrupamento de interesses consideram que este fundamento de recurso é inadmissível, uma vez que se limita a reiterar os fundamentos e argumentos apresentados no Tribunal Geral.

27. No entanto, como explicarei nos números seguintes, estes argumentos não podem ser acolhidos e o primeiro fundamento de recurso é admissível.

28. Contrariamente às alegações do Land da Baviera e do agrupamento de interesses, com o primeiro fundamento de recurso, a Comissão não pede ao Tribunal de Justiça para proceder a uma nova apreciação dos factos.

29. Basta recordar que, no âmbito do presente fundamento de recurso, o Tribunal de Justiça é chamado a interpretar o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999 à luz do artigo 108.º, n.º 2, TFUE, a fim de determinar o grau de precisão exigido numa decisão de dar início a um procedimento formal de investigação, tendo em conta a obrigação que incumbe à Comissão de «resumir os elementos pertinentes em matéria de facto e de direito». Em todo o caso, se, neste contexto, o Tribunal de Justiça tiver de examinar a interpretação da decisão impugnada efetuada pelo Tribunal Geral, decorre do Acórdão de 11 de março de 2020, Comissão/Gmina Miasto Gdynia e Port Lotniczy Gdynia Kosakowo (C-56/18 P, EU:C:2020:192, a seguir «Acórdão Gdynia», n.º 121), que tal matéria constitui uma questão de direito admissível em sede de recurso.

30. Além disso, este fundamento de recurso não pode ser considerado inadmissível pelo facto de alegadamente reiterar os argumentos já apresentados no Tribunal Geral.

31. Segundo a jurisprudência, «[o]ra, quando uma parte contesta a interpretação ou a aplicação do direito da União feita pelo Tribunal de Primeira Instância, as questões de direito examinadas em primeira instância podem ser de novo discutidas em sede de recurso para o Tribunal de Justiça. Com efeito, se uma parte não pudesse basear o seu recurso em fundamentos e argumentos já utilizados no Tribunal de Primeira Instância, o processo de recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância ficaria privado de uma parte do seu sentido» [9].

2. Quanto ao mérito

a) Exposição sumária dos argumentos das partes

32. A Comissão alega que, nos n.ºs 60 a 67 do primeiro acórdão recorrido e nos n.ºs 56 a 64 do segundo acórdão recorrido, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito na interpretação e aplicação do artigo 108.º, n.º 2, TFUE e do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999, bem como da jurisprudência da União relativa a essas disposições, ao definir as exigências referentes ao conteúdo de uma decisão de dar início ao procedimento. A Comissão afirma que a fonte de financiamento de um auxílio apenas deve ser indicada na decisão de dar início ao procedimento a título excecional e em circunstâncias especiais.

33. A Comissão salienta que numa decisão de dar início ao procedimento deve indicar os elementos pertinentes em matéria de facto e de direito relativos à medida suscetível de constituir um auxílio de Estado e submeteu esses elementos a uma apreciação preliminar [10]. No caso em apreço, o Tribunal Geral declarou acertadamente que o pagamento dos testes da qualidade do leite constituía uma medida de auxílio única. Esta medida foi financiada pelo orçamento do Land da Baviera, cujos recursos foram transferidos para o organismo de fiscalização do leite, a Milchprüfring Bayern eV, por uma decisão relativa à utilização anual única desses fundos. Esta medida foi descrita nos considerandos 3, 5 e 15 a 20 da decisão de dar início ao procedimento.

34. Na decisão de dar início ao procedimento, a Comissão apresentou a rubrica orçamental da medida na parte «despesas» do orçamento do Land da Baviera. No entanto, o Tribunal Geral criticou-a por não ter apresentado a parte «receitas» dessa rubrica orçamental, isto é, as fontes de financiamento do auxílio. A Comissão considera que, ao fazê-lo, o Tribunal Geral estabeleceu uma nova exigência processual, que carece de base legal.

9 Acórdão de 21 de setembro de 2010, Suécia e o./API e Comissão (C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, EU:C:2010:541, n.º 116).

10 Acórdão de 21 de julho de 2011, Alcoa Trasformazioni/Comissão (C-194/09 P, EU:C:2011:497).

35. Segundo a Comissão, decorre, nomeadamente, do Acórdão de 21 de outubro de 2003, van Calster e o. (C-261/01 e C-262/01, EU:C:2003:571), que apenas em casos excecionais, quando exista uma relação indissociável entre as receitas e as despesas e haja indícios que sugiram que o modo de cobrança das receitas viola outra disposição do direito da União, é que a alteração do regime de auxílios, pelo Estado-Membro, deve igualmente incidir sobre o modo de financiamento dessa medida. Decorre desta jurisprudência que, na decisão de dar início ao procedimento, a Comissão não está obrigada a precisar a fonte de financiamento da medida de auxílio, a não ser em casos excecionais.

36. No presente processo, o financiamento é misto e apenas a parte do financiamento proveniente da imposição sobre o leite suscitava problemas. Por conseguinte, a Comissão alega que não estava obrigada a indicar expressamente o outro modo de financiamento, ou seja, aquele que provém do orçamento geral do Land da Baviera.

37. A Comissão acrescenta que, ao abrigo do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, a existência de um auxílio é determinada pelo facto de a medida ser financiada através de recursos estatais. Por conseguinte, a origem exata dos recursos estatais é irrelevante no que respeita à questão da existência de um auxílio.

38. A Comissão faz igualmente uma distinção entre a medida de auxílio (a transferência de um determinado montante para os beneficiários do auxílio), por um lado, e o financiamento desta medida (ou seja, as suas diferentes fontes: a imposição sobre o leite e a receita fiscal do Land da Baviera), por outro. Além disso, a Comissão salienta que as recorridas não contestaram os factos tal como foram apurados pela Comissão e que o Tribunal Geral não constatou qualquer erro a este respeito. Por conseguinte, a Comissão alega que definiu a medida de auxílio da mesma forma na decisão de dar início ao procedimento e na decisão impugnada. Decorre claramente do orçamento geral descrito nestas decisões que essa medida de auxílio única abrangia duas fontes de financiamento. A Comissão remete para o Acórdão de 13 de junho de 2019, Copebi (C-505/18, EU:C:2019:500; a seguir «Acórdão Copebi»), que, segundo alega, confirmava o seu entendimento de que não é obrigatório que as fontes de financiamento da medida de auxílio sejam indicadas detalhadamente na decisão de dar início ao procedimento. É suficiente uma descrição dessa medida de auxílio.

39. O Land da Baviera e o agrupamento de interesses alegam, em substância, que o primeiro fundamento de recurso é improcedente. Em primeiro lugar, afirmam que a Comissão baseia a sua argumentação numa citação imprecisa do conteúdo dos acórdãos recorridos. Em segundo lugar, alegam que a decisão da Comissão de dar início ao procedimento deve definir sempre de forma suficiente o quadro de análise da Comissão e, por conseguinte, indicar claramente todos os diferentes modos de financiamento tidos em consideração pela Comissão. Em terceiro lugar, o Land da Baviera e o agrupamento de interesses contestam a afirmação da Comissão segundo a qual o Tribunal Geral declarou que «o pagamento dos testes da qualidade do leite» constituía uma «medida de auxílio única». Por último, alegam que uma vez que a decisão de dar início ao procedimento refere expressamente um modo de financiamento específico, a Comissão está vinculada por esta referência e não pode incluir *a posteriori* outras fontes de financiamento na sua apreciação.

b) Apreciação

40. A título preliminar, observo que não é clara a razão pela qual Comissão não mencionou na decisão de dar início ao procedimento o modo de financiamento orçamental da medida de auxílio (uma vez que efetivamente se referiu ao financiamento, mas apenas a um dos dois modos, a saber o da imposição sobre o leite); a explicação mais provável é que se tratou de uma omissão involuntária.

41. Conforme o Tribunal Geral declarou acertadamente no n.º 60 do primeiro acórdão recorrido, a Comissão não se pode limitar a alegar que é suficiente a decisão de dar início ao procedimento *não ter excluído o financiamento com recursos provenientes do orçamento do Land da Baviera*. Com efeito, o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999 impõe à Comissão uma obrigação positiva de resumir os elementos pertinentes em matéria de facto e de direito, de acordo com a qual não pode invocar tal argumento, uma vez que tornaria essa obrigação desprovida de sentido.

42. De acordo com o artigo 108.º, n.º 2, TFUE, a Comissão tem o dever de notificar os interessados para apresentarem as suas observações na fase da investigação formal.

43. Conforme o Tribunal Geral já estabeleceu na sua jurisprudência, o procedimento formal de investigação permite aprofundar e esclarecer as questões suscitadas na decisão de dar início a um procedimento [11].

44. O objetivo da decisão de dar início ao procedimento é definir o âmbito da investigação da Comissão [12].

45. Por conseguinte, sublinho que a decisão de dar início ao procedimento deve permitir às partes interessadas apresentarem útil e eficazmente o seu ponto de vista no procedimento formal de investigação.

46. O primeiro período do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999 estabelece claramente que «[a] decisão de dar início a um procedimento formal de investigação resumirá os elementos pertinentes em matéria de facto e de direito, incluirá uma apreciação preliminar da Comissão quanto à natureza de auxílio da medida proposta e indicará os elementos que suscitam dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum».

47. Em meu entender, é inquestionável que o modo de financiamento de uma medida de auxílio constitui um «elemento pertinente em matéria de facto» para determinar a existência de uma medida de auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

48. Com efeito, conforme decorre da jurisprudência [13], «a qualificação de auxílios de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE pressup[õe] a reunião de quatro condições, a saber, [(i)] que exista uma intervenção do Estado ou através de recursos estatais, [(ii)] que essa intervenção seja suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros, [(iii)] que conceda uma vantagem ao seu beneficiário e [(iv)] que falseie ou ameace falsear a concorrência».

[11] Acórdão de 4 de março de 2009, Itália/Comissão (T-424/05, não publicado, EU:T:2009:49, n.º 69), citado no n.º 47 do primeiro acórdão recorrido.

[12] V. Acórdão de 15 de dezembro de 2009, EDF/Comissão (T-156/04, EU:T:2009:505, n.º 108).

[13] Acórdão de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.º 15 e jurisprudência referida).

49. Relativamente à primeira condição, que está em causa no presente processo, a mesma jurisprudência estabelece que «[p]ara que as vantagens possam ser qualificadas de auxílios na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, devem, por um lado, ser concedidas, direta ou indiretamente, através de recursos de Estado e, por outro, ser imputáveis ao Estado» [14].

50. Por conseguinte, a distinção que a Comissão pretende estabelecer entre o financiamento de uma medida e o pagamento do auxílio ao beneficiário é ténue.

51. Além disso, conforme o Land da Baviera e o agrupamento de interesses salientaram, o modo de financiamento da medida é igualmente suscetível de desempenhar um papel no caso em apreço no âmbito da qualificação de uma vantagem seletiva na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, bem como na apreciação do conceito de auxílio existente.

52. No Acórdão de 21 de outubro de 2003, van Calster e o. (C-261/01 e C-262/01, EU:C:2003:571, n.º 49), o Tribunal de Justiça declarou que «o modo de financiamento de um auxílio pode tornar incompatível com o mercado comum o conjunto do regime de auxílio que visa financiar. Assim, o exame de um auxílio não pode ser separado dos efeitos do seu modo de financiamento […] Bem pelo contrário, o exame de uma medida de auxílio pela Comissão deve também, necessariamente, tomar em consideração o modo de financiamento do auxílio caso este faça parte integrante da medida».

53. É certo que «a fiscalização da legalidade de uma decisão de dar início a um procedimento formal de investigação exercida pelo juiz da União, quando o recorrente conteste a apreciação da Comissão sobre a qualificação da medida controvertida de "auxílio de Estado", é limitada à verificação da questão de saber se a Comissão não cometeu erros manifestos de apreciação» [15].

54. No entanto, a determinação de elementos pertinentes em matéria de facto e de direito, que, conforme exige o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999, têm de ser indicados na decisão da Comissão de dar início ao procedimento, deve basear-se em critérios objetivos.

55. Ora, isso não sucederia se o Tribunal de Justiça admitisse que os elementos pertinentes em matéria de facto e de direito podiam não ser mencionados nessa decisão pela simples razão de a Comissão, autora desse ato, ter considerado que esses elementos eram evidentes.

56. Por conseguinte, embora, como alega a Comissão, possa afigurar-se que o financiamento através do orçamento geral de um Estado-Membro constitui um recurso do Estado, não deixa de ser verdade que isso não justifica a omissão desse elemento pela Comissão na decisão de dar início ao procedimento, uma vez que se trata de um elemento constitutivo da medida de auxílio de Estado.

57. O referido elemento constitui manifestamente um «elemento pertinente em matéria de facto e de direito» na aceção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999.

58. Com efeito, tal solução decorre igualmente do princípio da determinação (ou «princípio da precisão», em alemão Bestimmtheitsgrundsatz, que é uma expressão do princípio da segurança jurídica) dos atos vinculativos das autoridades públicas, que exige que o conteúdo de um ato tenha um certo grau de clareza e de precisão. O artigo 2.º TUE, que declara que a União Europeia se funda, nomeadamente, no Estado de direito, pode efetivamente ser considerado a base formal

[14] *Ibidem*, n.º 16 e jurisprudência referida.

[15] Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 78 e jurisprudência referida).

deste princípio no Tratado. Conforme o Tribunal de Justiça declarou em várias ocasiões, o princípio da segurança jurídica constitui um princípio fundamental do direito da União que exige, designadamente, que uma regulamentação seja clara e precisa, a fim de que os administrados possam conhecer sem ambiguidade os seus direitos e obrigações e agir em conformidade [16].

59. Por conseguinte, contrariamente ao que a Comissão afirma no n.º 52 do seu recurso no processo C-167/19 P, esta instituição não se pode limitar a indicar as circunstâncias relevantes ou os «elementos em matéria de facto e de direito» que, em seu entender, não são «evidentes».

60. O artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999 tem por base a pertinência de elementos em matéria de facto e de direito para a investigação formal: o que importa não é a «evidência» presumida e subjetiva de tais elementos, mas sim a sua pertinência para a decisão. No presente processo, os elementos em causa dizem respeito ao financiamento através de recursos estatais, que constitui uma das condições previstas no artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Por conseguinte, este financiamento deve ser considerado pertinente para a decisão final.

61. Além disso, considero que a Comissão não pode invocar o caráter provisório da decisão de dar início ao procedimento para justificar a omissão de tal elemento pertinente. Partilho do entendimento do agrupamento de interesses, segundo o qual as partes interessadas devem ter a possibilidade de apresentar observações sobre os elementos em matéria de facto e de direito necessários para a apreciação da medida de auxílio em causa.

62. Contrariamente ao que sustenta a Comissão, considero que decorre do Acórdão de 21 de julho de 2011, Alcoa Trasformazioni/Comissão (C-194/09 P, EU:C:2011:497, n.º 103), que a Comissão deve «fundamenta[r] suficientemente [a decisão de dar início ao procedimento] expondo claramente os motivos pelos quais tinha concluído provisoriamente que a medida em causa constituía um auxílio, e que tinha sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum».

63. Em seguida, considero que a Comissão cometeu igualmente um erro ao alegar que a sua posição se baseia nos Acórdãos de 30 de maio de 2013, Doux Élevage e Coopérative agricole UKL-ARREE (C-677/11, EU:C:2013:348), e de 21 de outubro de 2003, van Calster e o. (C-261/01 e C-262/01, EU:C:2003:571).

64. Estes acórdãos não são diretamente pertinentes no presente contexto. Em primeiro lugar, conforme sublinharam o Land da Baviera e o agrupamento de interesses, o primeiro acórdão diz respeito a uma questão substantiva: o âmbito do conceito de recursos estatais.

65. Em segundo lugar, o Acórdão de 21 de outubro de 2003, van Calster e o. (C-261/01 e C-262/01, EU:C:2003:571) não permite concluir que a fonte de financiamento do auxílio só deve ser especificada na decisão de dar início ao procedimento em casos excecionais e em circunstâncias específicas. O referido acórdão não diz respeito ao conteúdo da decisão de dar início ao procedimento, mas ao âmbito da obrigação de notificação que incumbe aos Estados-Membros. Em primeiro lugar, o paralelismo estabelecido pela Comissão não é correto, uma vez que a notificação de uma medida de auxílio e a decisão de dar início ao procedimento têm lugar em diferentes fases do procedimento, têm funções distintas e estão sujeitas a diferentes critérios legais. Em segundo lugar, em todo o caso, tal acórdão limita-se a estabelecer que, em

[16] V. Acórdãos de 14 de abril de 2005, Bélgica/Comissão (C-110/03, EU:C:2005:223, n.º 30); de 9 de julho de 1981, Gondrand e Garancini (169/80, EU:C:1981:171, n.º 17); e de 13 de fevereiro de 1996, Van Es Douane Agenten (C-143/93, EU:C:1996:45, n.º 27).

determinadas situações, o modo de financiamento do auxílio deve ser referido na notificação da medida. De qualquer forma, no presente processo não está em causa a mera falta de informação sobre um modo de financiamento na decisão de dar início ao procedimento, mas o facto de essa decisão ser totalmente omissa quanto a um dos dois modos de financiamento da medida de auxílio.

66. Considero que os argumentos da Comissão, baseados na sua própria interpretação do Acórdão Copebi, não são úteis à sua causa.

67. Com efeito, contrariamente ao que a Comissão alega, as questões jurídicas em causa no presente processo não foram claramente resolvidas pelo acórdão acima referido. A situação subjacente a esse acórdão era diferente da situação atual, desde logo no que respeita aos factos. No Acórdão Copebi, o que estava em causa não era o conteúdo da decisão de dar início ao procedimento, mas a decisão final, em particular, o círculo de destinatários desta última.

68. Conforme salientado pelo agrupamento de interesses, no Acórdão Copebi, a introdução do procedimento de auxílio foi comunicada pela Comissão de acordo com todas as formalidades exigidas, pelo que não houve violação dos direitos de participação no procedimento [17]. Resulta das diferentes constatações do Acórdão Copebi que a fonte de financiamento, o Oniflhor (Instituto Nacional Interprofissional dos Frutos e Produtos Hortícolas, França), e a medida em causa tinham sido identificadas e que a Copebi SCA, enquanto produtora de frutas e produtos hortícolas, estava incluída no círculo de partes potencialmente afetadas por uma recuperação do auxílio. O comité agrícola CEBI [18], não citado, limitava-se a distribuir os recursos garantidos pela autoridade governamental, atuando assim, em última análise, como um simples organismo pagador. Não constituía nem uma fonte de financiamento nem um «elemento pertinente» para efeitos da qualificação como auxílio estatal.

69. Importa salientar que a minha abordagem sobre o primeiro fundamento de recurso é apoiada por inúmeros acórdãos, embora tendo presente que, até à data, apenas o Tribunal Geral teve a oportunidade de abordar esta questão.

70. Decorre do Acórdão Diputación Foral de Álava e o./Comissão [19] que, na decisão de dar início ao procedimento, a Comissão deve indicar claramente quais são os elementos da medida em causa que contesta.

71. O Tribunal Geral já declarou que a decisão de dar início ao procedimento deve ser suficientemente precisa para permitir às partes interessadas avaliar se pretendem apresentar observações [20].

72. Declarou igualmente que «[…] é necessário que a Comissão defina suficientemente o âmbito da sua investigação, para não esvaziar de sentido o direito dos interessados a apresentarem as suas observações» [21].

17 Acórdão de 13 de junho de 2019, Copebi (C-505/18, EU:C:2019:500, n.os 34 e 35).

18 Comité économique bigarreau industrie (Comité Económico da Cereja-Garrafal para a Indústria, a seguir «CEBI»).

19 Acórdão de 6 de março de 2002 (T-127/99, T-129/99 e T-148/99, EU:T:2002:59, n.º 136) (recurso a que o Tribunal de Justiça negou provimento).

20 Acórdão de 11 de maio de 2005, Saxonia Edelmetalle/Comissão (T-111/01 e T-133/01, EU:T:2005:166, n.º 50) (não foi objeto de recurso). V. Hancher, L., Ottervanger, T., e Slot, P.J., EU State Aids, Sweet&Maxwell, 4.ª edição, 2012, p. 968.

21 Acórdão de 1 de julho de 2009, ISD Polska e o/Comissão (T-273/06 e T-297/06, EU:T:2009:233, n.º 126).

73. Também declarou que «[…] é necessário que a Comissão defina suficientemente o âmbito da sua investigação, para permitir que o Estado-Membro contra o qual é iniciado o procedimento se pronuncie *sobre o conjunto dos elementos de facto e de direito que constituem os fundamentos da decisão final da Comissão a respeito da compatibilidade da medida em causa com o mercado comum*» [22].

74. No Acórdão de 22 de fevereiro de 2006, Le Levant 001 e o./Comissão (T-34/02, EU:T:2006:59, n.os 77 a 83), o Tribunal Geral declarou que a Comissão tinha violado o artigo 108.º, n.º 2, TFUE e o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999, na medida em que não notificou os investidores privados para apresentarem as suas observações. Declarou que a identificação do beneficiário do auxílio constitui necessariamente um «elemento pertinente em matéria de facto e de direito» na aceção do primeiro período do artigo 6.º, n.º 1. Assim, deve, por força dessa disposição, constar da decisão de dar início ao procedimento se isso for possível nessa fase do procedimento, porquanto é com base nessa identificação que a Comissão poderá adotar a decisão de recuperação. Com efeito, não sendo indicada a sua qualidade de beneficiário do auxílio controvertido, seja na decisão de dar início ao procedimento ou numa fase posterior do procedimento formal de investigação prévio à adoção da decisão final que declara a incompatibilidade do auxílio com o mercado comum, não se pode considerar que essa parte interessada foi notificada para apresentar as suas observações de modo pertinente, uma vez que pode legitimamente pensar que essas observações não são necessárias, dado que não é designada como beneficiária do auxílio a recuperar.

75. Assim, por exemplo, no Acórdão Grécia/Comissão [23], relativo a um auxílio concedido à Olympic Airways que tinha sido transferido para uma sociedade sucessora através da sublocação de uma aeronave por um montante alegadamente inferior aos alugueres previstos na contrato de locação principal, a decisão da Comissão foi anulada com o fundamento de que a decisão de dar início ao procedimento formal de investigação não continha uma apreciação preliminar dos alugueres pagos, com vista a determinar se comportavam algum elemento de auxílio [24].

76. No Acórdão de 1 de julho de 2009, KG Holding e o./Comissão (T-81/07 a T-83/07, EU:T:2009:237, n.º 134), a decisão foi parcialmente anulada, na medida em que o objeto da ordem de recuperação não tinha sido mencionado na decisão de dar início ao procedimento.

77. A minha abordagem é igualmente corroborada pelo Acórdão do Tribunal Geral no processo Ferriere Nord/Comissão [25]: «[o] princípio da proteção da confiança legítima, invocado pela recorrente, implica que a Comissão tome em consideração, na condução do procedimento de exame de um auxílio de Estado, a confiança legítima que as indicações contidas na decisão de dar início ao procedimento […] puderam gerar […] e, por conseguinte, que não baseie a decisão final na falta de elementos relativamente aos quais as partes interessadas tenham podido considerar, face a essas indicações, não ter o dever de lhe fornecer.»

78. Em face do exposto, o primeiro fundamento deve ser julgado improcedente.

22 O sublinhado é meu. Acórdão de 30 de novembro de 2009, França/Comissão (T-427/04 e T-17/05, EU:T:2009:474, n.º 137).

23 Acórdão de 13 de setembro de 2010 (T-415/05, T-416/05 e T-423/05, EU:T:2010:386, n.º 240) (o acórdão não foi objeto de recurso para o Tribunal de Justiça).

24 V. Quigley, C., *European State Aid Law and Policy*, Bloomsbury, 3.ª edição, 2015, p. 556.

25 Acórdão de 18 de novembro de 2004 (T-176/01, EU:T:2004:336, n.º 88) (recurso a que o Tribunal de Justiça negou provimento).

B. Quanto ao segundo fundamento de recurso, relativo a uma falta de fundamentação resultante de uma interpretação incorreta da decisão de dar início ao procedimento

1. Quanto à admissibilidade

79. O Land da Baviera e o agrupamento de interesses alegam que ambas as partes do segundo fundamento de recurso são inadmissíveis, na medida em que a Comissão contesta a apreciação dos factos efetuada pelo Tribunal Geral e repete os argumentos e fundamentos apresentados em primeira instância.

80. Considero que estes argumentos devem ser rejeitados por razões análogas às que figuram nos n.os 28 a 31 das presentes conclusões.

2. Quanto ao mérito

a) Exposição sumária dos argumentos das partes

81. Com um fundamento de recurso invocado a título subsidiário, dividido formalmente em duas partes, a Comissão contesta os n.os 53 a 58 e 62 do primeiro acórdão recorrido e os n.os 47 a 53 e 56 do segundo acórdão recorrido.

1) Quanto à primeira parte do segundo fundamento de recurso

82. A Comissão alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao interpretar a decisão de dar início ao procedimento de forma seletiva, baseando-se num número limitado de considerandos, apesar de estar obrigada a ter em conta todos os considerandos da referida decisão [26].

83. A Comissão recorda, em primeiro lugar, que a decisão de dar início ao procedimento (considerando 5) refere os «montantes de origem orçamental» e os «montantes destinados ao apoio». Mesmo que esta última expressão se refira ao financiamento através de recursos provenientes de um orçamento distinto, que resulta, nomeadamente, das receitas da imposição sobre o leite, a Comissão considera que é óbvio que esta expressão também se refere ao financiamento proveniente do orçamento geral. Na sua opinião, decorre igualmente do considerando 18 da decisão de dar início ao procedimento que o financiamento é garantido através de recursos orçamentais e de recursos provenientes da imposição sobre o leite.

84. Em segundo lugar, a Comissão invoca quatro erros de direito cometidos pelo Tribunal Geral na sua interpretação da decisão de dar início ao procedimento.

85. O primeiro erro de direito alegado é relativo ao n.º 53 do primeiro acórdão recorrido e ao n.º 48 do segundo acórdão recorrido. A Comissão afirma que o Tribunal Geral não examinou o primeiro argumento da Comissão e, por conseguinte, não cumpriu o seu dever de fundamentação e a sua obrigação de analisar todos os fundamentos de defesa que lhe foram apresentados.

[26] Despacho de 10 de julho de 2001, Irish Sugar/Comissão (C-497/99 P, EU:C:2001:393).

86. O segundo erro de direito alegado é relativo aos n.os 54 e 57 do primeiro acórdão recorrido e aos n.os 49, 52 e 53 do segundo acórdão recorrido. A Comissão afirma que a referência, a título de exemplo, no considerando 17 da decisão de dar início ao procedimento, das disposições do Land de Bade-Vurtemberga permite ao Land da Baviera deduzir que as disposições bávaras idênticas — às quais este Land se referiu na fase da análise preliminar e na sua resposta ao procedimento formal de investigação — estavam igualmente abrangidas pela decisão de dar início ao procedimento.

87. O terceiro erro de direito alegado é relativo ao n.º 55 do primeiro acórdão recorrido e ao n.º 50 do segundo acórdão recorrido, nos quais o Tribunal Geral interpretou o ponto 3.3.1 da decisão de dar início ao procedimento no sentido de que limita a fase de análise preliminar a um único modo de financiamento (a imposição sobre o leite). A Comissão recorda que este ponto da decisão de dar início ao procedimento apenas continha uma avaliação provisória do caráter do auxílio em causa. Por conseguinte, esta análise não podia conduzir a uma limitação da descrição dos elementos pertinentes em matéria de facto e de direito estabelecidos no ponto 2 da referida decisão.

88. No âmbito do quarto erro de direito alegado, a Comissão invoca os mesmos fundamentos em relação ao n.º 56 do primeiro acórdão recorrido e ao n.º 51 do segundo acórdão recorrido, nos quais o Tribunal Geral alegadamente declarou que o considerando 264 da decisão de dar início ao procedimento refere apenas o financiamento através da imposição sobre o leite.

89. O Land da Baviera e o agrupamento de interesses afirmam, em substância, que a Comissão cometeu um erro ao alegar que o Tribunal Geral, na sua avaliação dos factos expostos na decisão de dar início ao procedimento, se baseou, de forma seletiva, em determinados considerandos da referida decisão. Contestam também o argumento de que é possível deduzir da referência ao regulamento financeiro do Land de Bade-Vurtemberga que o regulamento do Land da Baviera está igualmente abrangido pela decisão de dar início ao procedimento.

2) Quanto à segunda parte do segundo fundamento de recurso

90. A Comissão contesta a declaração do Tribunal Geral no n.º 62 do primeiro acórdão recorrido e no n.º 56 do segundo acórdão recorrido, segundo a qual o conteúdo do processo administrativo é irrelevante para efeitos da interpretação da decisão de dar início ao procedimento. Em contrapartida, a Comissão alega que, da leitura das cartas trocadas no decurso da análise preliminar, nem o Land da Baviera nem o Tribunal Geral poderiam ter dúvidas de que o procedimento formal de investigação também abrangia o financiamento proveniente da receita fiscal geral.

91. Além disso, a Comissão alega que, nos n.os 53 a 58 e 62 do primeiro acórdão recorrido e nos n.os 47 a 53 do segundo acórdão recorrido, o Tribunal Geral violou a jurisprudência relativa ao dever de fundamentação e não respondeu aos argumentos da Comissão.

92. O Land da Baviera e o agrupamento de interesses afirmam, em substância, que esta parte do segundo fundamento de recurso é improcedente. Contrariamente ao que a Comissão sugere, o Tribunal Geral não declarou que o conteúdo dos autos do processo administrativo é irrelevante para a interpretação da decisão de dar início ao procedimento. O agrupamento de interesses acrescenta que a citação, a título de exemplo, da legislação dos Länder não é suficiente para informar as partes interessadas. Afirma igualmente que a avaliação efetuada pela Comissão na decisão de dar início ao procedimento apenas diz respeito às medidas adotadas ao abrigo da MFG.

b) Análise

93. Considero que as duas partes deste fundamento de recurso devem ser examinadas em conjunto.

94. Conforme o Tribunal Geral concluiu no n.º 57 do primeiro acórdão recorrido, a própria Comissão confirmou durante o processo em primeira instância que o financiamento dos testes da qualidade do leite com recursos orçamentais do Land da Baviera não foi mencionado na decisão de dar início ao procedimento.

95. Em meu entender, não é necessário analisar os inúmeros argumentos invocados pela Comissão, na medida em que decorre necessariamente da minha apreciação do primeiro fundamento de recurso que não se pode simplesmente considerar que um elemento pertinente em matéria de facto e de direito para o procedimento de exame, na aceção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999, foi *implicitamente «recapitulado» numa* decisão da Comissão de dar início ao procedimento ou *deduzido desta*.

96. Conforme resulta do n.º 41 das presentes conclusões: (i) o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999 impõe uma obrigação positiva à Comissão que exclui, em si mesma, essa recapitulação implícita ou essa dedução, e (ii) caso o Tribunal de Justiça admitisse tal recapitulação implícita ou essa dedução, isso esvaziaria de sentido o direito das partes interessadas em apresentarem as suas observações em processos em matéria de auxílios de Estado.

97. Em meu entender, os elementos em matéria de facto e de direito pertinentes para o procedimento de exame devem ser indicados expressamente na decisão de dar início ao procedimento.

98. Com efeito, segundo jurisprudência constante, «a fundamentação exigida pelo [artigo 296.º TFUE] deve ser adaptada à natureza do ato em causa e *revelar, de forma clara e inequívoca*, o raciocínio da instituição autora do ato, de forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adotada e ao órgão jurisdicional competente exercer a sua fiscalização. A exigência de fundamentação deve ser apreciada em função das circunstâncias do caso em apreço, designadamente do conteúdo do ato, da natureza dos fundamentos invocados e do interesse que os destinatários ou outras pessoas direta e individualmente afetadas pelo ato podem ter em receber explicações» [27].

99. Impõe-se uma última observação: na hipótese de se admitir a argumentação da Comissão no presente processo, como poderia o Tribunal de Justiça, no âmbito de um recurso de anulação, decidir sobre uma eventual falta de fundamentação de uma decisão caso se permitisse que esta decisão podia fazer referência a determinados elementos pertinentes em matéria de facto e de direito apenas *de forma implícita*?

100. Daqui resulta que as duas partes do segundo fundamento devem ser julgadas improcedentes ou inoperantes. Por conseguinte, o segundo fundamento de recurso também deve ser julgado improcedente.

[27] O sublinhado é meu. V. Acórdão de 21 de julho de 2011, Alcoa Trasformazioni/Comissão (C-194/09 P, EU:C:2011:497, n.º 96 e jurisprudência referida).

C. Quanto ao terceiro fundamento de recurso, relativo a um erro de direito na interpretação do artigo 263.º, n.º 2, TFUE

1. Quanto à admissibilidade

101. O Land da Baviera e o agrupamento de interesses contestam a admissibilidade deste fundamento de recurso, uma vez que, por si só, não pode conduzir à anulação dos acórdãos recorridos, na medida em que está estreitamente ligado ao quarto fundamento de recurso.

102. No entanto, ainda que os terceiro e quarto fundamentos estejam estreitamente ligados (o terceiro fundamento apenas pode ser julgado procedente se o quarto fundamento também o for), isso não basta, por si só, para declarar qualquer um destes fundamentos inadmissível. Em meu entender, o terceiro fundamento de recurso não pode ser considerado ineficaz, uma vez que resulta claramente da leitura dos recursos da Comissão que esta não apresentou o quarto fundamento de recurso a título meramente subsidiário em relação ao terceiro fundamento — com efeito, ambos os fundamentos de recurso estão ao mesmo nível.

103. O Land da Baviera e o agrupamento de interesses alegam igualmente que o terceiro fundamento de recurso é inadmissível, na medida em que a Comissão contesta a apreciação dos factos efetuada pelo Tribunal Geral e repete os argumentos e fundamentos apresentados no Tribunal Geral.

104. Considero que estes argumentos devem ser rejeitados por razões análogas às expostas nos n.os 28 a 31 das presentes conclusões.

2. Quanto ao mérito

a) Exposição sumária dos argumentos das partes

105. A Comissão alega, em substância, que, nos n.os 70 e 71 do primeiro acórdão recorrido e nos n.os 66 a 68 do segundo acórdão recorrido, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao declarar que os direitos de participação de terceiros são formalidades essenciais na aceção do segundo parágrafo do artigo 263.º TFUE.

106. O Land da Baviera e o agrupamento de interesses afirmam, em substância, que este fundamento de recurso é improcedente. Alegam que a violação de uma formalidade essencial conduz automaticamente à anulação da decisão impugnada. Afirmam igualmente que o Acórdão de 8 de maio de 2008, Ferriere Nord/Comissão (C-49/05 P, não publicado, EU:C:2008:259, a seguir «Acórdão Ferriere Nord») não é pertinente no presente processo. Quanto ao Acórdão de 11 de dezembro de 2008, Comissão/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709, a seguir «Acórdão Freistaat Sachsen»), as referidas partes alegam que este acórdão estabelece que a obrigação imposta à Comissão pelo artigo 108.º, n.º 2, TFUE de dar aos interessados a possibilidade de apresentarem as suas observações, durante o procedimento formal de investigação, constitui uma formalidade essencial.

b) Análise

107. Alguma da recente jurisprudência do Tribunal Geral em matéria de controlo de auxílios estatais [28] adota uma abordagem muito formalista e procura impor exigências demasiado estritas à Comissão e às suas decisões. Esta jurisprudência vai além das exigências estabelecidas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Para além dos presentes processos (no que diz respeito aos terceiro e quarto fundamentos de recurso), um desses exemplos é o processo que analiso em pormenor nas presentes conclusões (o Acórdão de Gdynia), no qual o Tribunal de Justiça rejeitou a abordagem do Tribunal Geral e anulou o seu acórdão.

108. Além disso, saliento igualmente que nas Conclusões que apresentei em 3 de junho de 2021 no processo C-57/19 P, Tempus Energy (atualmente pendente), explico que, no referido processo, a abordagem do Tribunal Geral deve ser rejeitada e o seu acórdão deve ser anulado, uma vez que este Tribunal Geral cometeu erros de direito ao considerar que a medida de auxílio notificada suscitava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno. A este respeito, considero que o Tribunal Geral errou ao ter em conta, como indícios principais da existência de dúvidas, a extensão e as circunstâncias dos contactos de pré-notificação, assim como a complexidade e a novidade da medida, e também ao criticar a Comissão por não ter investigado adequadamente certos aspetos do mercado de capacidade do Reino Unido [29].

109. Como explicarei em seguida, a principal dificuldade que os acórdãos recorridos colocam reside no facto de que se o Tribunal de Justiça aceitasse a abordagem seguida pelo Tribunal Geral, esbateria a distinção há muito estabelecida na sua jurisprudência entre os direitos do Estado-Membro beneficiário nos processos em matéria de auxílios estatais, por um lado, e os direitos (mais limitados) das partes interessadas, por outro.

1) Direitos de defesa do Estado-Membro em causa por oposição ao direito das partes interessadas de serem associadas ao procedimento

110. Com efeito, resulta claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que os direitos das partes interessadas têm um alcance mais limitado do que os direitos de defesa do Estado-Membro em causa [30] e a sua violação não pode conduzir à anulação da decisão final, a menos que o Estado-Membro demonstre que, se essa violação não se tivesse verificado, o resultado do procedimento poderia ter sido diferente [31].

[28] V., para um resumo geral da jurisprudência recente em matéria de auxílios de Estado, por exemplo, Staviczky, P., *What Will the EU Court's Recent Judgments Annulling Commission's State Aid Decisions Bring to Member States*?, European State Aid Law Quarterly, Número 3, 2019, p. 293. V., igualmente, por exemplo, no mesmo número do referido jornal: Buendia, J.L., Buts, C., e Cyndecka, M., *Review of EU Case Law on State Aid — 2018*, p. 313.

[29] Existem outros exemplos em que a abordagem do Tribunal Geral e os acórdãos que anulam a decisão da Comissão foram afastados pelo Tribunal de Justiça em sede de recurso. V., por exemplo, Acórdãos de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757); de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551); de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Governo de Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732); e de 2 de dezembro de 2009, Comissão/Irlanda e o. (C-89/08 P, EU:C:2009:742).

[30] Acórdão de 2 de abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154).

[31] Acórdão de 14 de fevereiro de 1990, França/Comissão (C-301/87, EU:C:1990:67).

111. A este respeito, decorre da jurisprudência que embora todas as partes interessadas sejam convidadas a apresentar observações no decurso do procedimento formal de investigação, este procedimento não conduz a um debate contraditório com o autor da queixa, ou mesmo com o beneficiário do auxílio. As observações recebidas no decurso da investigação formal serão apresentadas apenas ao Estado-Membro em causa [32].

112. Além disso, apenas o Estado-Membro em causa pode invocar com êxito um fundamento relativo à violação dos seus direitos de defesa num recurso de anulação perante os órgãos jurisdicionais da União [33].

113. Neste sentido, importa sublinhar que — mesmo no que respeita ao Estado-Membro em causa — o Tribunal de Justiça está relutante em reconhecer um direito a ser ouvido durante a fase inicial da investigação [34].

114. Com efeito, a jurisprudência dos órgãos jurisdicionais da União confirmou que, no domínio do controlo dos auxílios estatais, os terceiros não gozam de nenhum dos seguintes direitos: o direito de serem informados de que a Comissão deu início à fase preliminar de investigação dos auxílios [35], o direito de serem informados dos factos essenciais antes de ser adotada uma decisão de dar início ao procedimento [36], o direito de apresentarem observações na fase preliminar [37] ou o direito de acederem aos autos do processo da Comissão [38]. Além disso, os terceiros não dispõem do direito de recorrerem ao auditor no que respeita a questões processuais, do direito pleno de serem ouvidos (para além de apresentarem observações sobre a decisão de dar início ao procedimento), nem do direito de participarem nas reuniões entre a Comissão e o Estado-Membro em causa.

115. Conforme o Tribunal de Justiça recordou nos n.os 80 a 82 do Acórdão de 24 de setembro de 2002, Falck e Acciaierie di Bolzano/Comissão (C-74/00 P e C-75/00 P, EU:C:2002:524, a seguir «Acórdão Falck»), «no contexto da aplicação do artigo [108.º, n.º 2, TFUE], [a] publicação de um aviso no *Jornal Oficial da* [*União*] *Europeia* constitui um meio adequado para dar a conhecer a todos os interessados a instauração de um procedimento […] Esta comunicação visa obter, da parte dos interessados, todas as informações destinadas a esclarecer a Comissão na sua ação futura […] Um tal procedimento também dá aos Estados-Membros e aos setores interessados a garantia de poderem ser ouvidos […] Todavia, o procedimento de controlo dos auxílios de Estado […] é, dada a sua economia geral, um procedimento instaurado relativamente ao Estado-Membro responsável pela concessão do auxílio, no que diz respeito às suas obrigações [no âmbito da União]. Por esta razão, a fim de respeitar o direito de defesa, na medida em que o Estado-Membro em questão não tenha tido a possibilidade de comentar tais informações, a Comissão não podia considerá-las na sua decisão contra esse Estado […] No procedimento de controlo dos auxílios de Estado, os interessados para além do Estado-Membro têm apenas o papel referido do n.º 80 do presente acórdão, não podendo, nesse sentido, exigir a participação num debate contraditório com a Comissão, como o que é aberto a favor do referido Estado-Membro».

[32] V. Acórdão de 2 de abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154, n.º 59). V., igualmente, Acórdão de 8 de julho de 2004, Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão (T-198/01, EU:T:2004:222, n.os 193 a 198).

[33] Acórdãos de 10 de julho de 1986, Bélgica/Comissão (234/84, EU:C:1986:302, n.º 30), e de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Governo de Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.º 165).

[34] Acórdão de 10 de maio de 2005, Itália/Comissão (C-400/99, EU:C:2005:275, n.os 29 a 35).

[35] Acórdão de 11 de março de 2009, TF1/Comissão (T-354/05, EU:T:2009:66).

[36] Acórdão de 11 de março de 2009, TF1/Comissão (T-354/05, EU:T:2009:66).

[37] Acórdão de 11 de março de 2009, TF1/Comissão (T-354/05, EU:T:2009:66).

[38] Acórdão de 29 de junho de 2010, Comissão/Technische Glaswerke Ilmenau (C-139/07 P, EU:C:2010:376).

116. Por conseguinte, há que apreciar o presente fundamento de recurso à luz desta jurisprudência do Tribunal de Justiça.

117. Como se verá adiante, a conclusão do Tribunal Geral, nos n.os 70 e 71 do primeiro acórdão recorrido e nos n.os 66 a 68 do segundo acórdão recorrido, segundo a qual os direitos de participação de terceiros são formalidades essenciais na aceção do segundo parágrafo do artigo 263.º do TFUE viola a referida jurisprudência do Tribunal de Justiça e constitui um erro de direito.

118. Além disso, tal abordagem deve igualmente ser rejeitada, uma vez que conduz a uma situação jurídica totalmente contrária aos direitos de defesa do Estado-Membro em causa face à Comissão e que, paradoxalmente, protegeria melhor os direitos das partes interessadas do que os direitos desse Estado-Membro.

119. No Acórdão Ferriere Nord, o Tribunal de Justiça transpôs a jurisprudência em matéria de direitos da defesa para o direito de ser associado ao procedimento administrativo. Por conseguinte, uma violação deste direito não pode conduzir à anulação da decisão final da Comissão, a menos que, se essa violação não se tivesse verificado, o procedimento pudesse ter conduzido a um resultado diferente.

120. No n.º 70 do primeiro acórdão recorrido e no n.º 67 do segundo acórdão recorrido, o Tribunal Geral baseou o seu raciocínio no n.º 55 do Acórdão Freistaat Sachsen [39]. No entanto, no seu raciocínio, não teve em conta o n.º 56 deste acórdão, que confirma expressamente o Acórdão Ferriere Nord [40].

121. Partilho do entendimento da Comissão, segundo o qual a aparente contradição entre os Acórdãos Ferriere Nord e Freistaat Sachsen desaparece se estes forem entendidos no sentido de que apenas a *obrigação de dar início ao procedimento formal de investigação* constitui uma formalidade essencial. Por outras palavras, a Comissão não pode adotar uma decisão de encerramento do procedimento formal de investigação nos termos do artigo 7.º do Regulamento n.º 659/1999 se não tiver previamente dado início ao procedimento formal de investigação através de uma decisão nos termos do artigo 4.º, n.º 4, e do artigo 6.º, n.º 1, do referido regulamento.

122. É a falta de adoção de uma decisão de dar início ao procedimento que constitui a violação de uma formalidade essencial.

123. Com efeito, é possível estabelecer aqui um paralelismo com o facto de que, em geral, as formalidades essenciais expressam uma regra institucional fundamental [41]. Isto é coerente com a referida exigência da jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual a Comissão deve dar início ao procedimento formal de investigação e adotar uma decisão de dar início ao procedimento, o que constitui precisamente uma formalidade essencial.

[39] «[…] decorre do artigo 88.º, n.º 2, CE, bem como do artigo 1.º, alínea h), do Regulamento n.º 659/1999, que, no momento em que a Comissão decide dar início ao procedimento formal de investigação relativo a um projeto de auxílio, deve providenciar para que os interessados, entre os quais figuram a ou as empresas em causa, possam apresentar as suas observações. Esta regra tem caráter de formalidade essencial.»

[40] «Daqui resulta que, quando o regime jurídico ao abrigo do qual um Estado-Membro tiver procedido à notificação de um auxílio programado é alterado antes de a Comissão adotar a sua decisão, esta, para decidir, como é seu dever, com base nas novas regras, deve solicitar aos interessados que se pronunciem acerca da compatibilidade desse auxílio com estas regras. Só assim não será se o novo regime jurídico não implicar uma alteração significativa face ao que estava anteriormente em vigor (v., neste sentido, Acórdão Ferriere Nord […], n.os 68 a 71).»

[41] Lenaerts, K., Maselis, I., and Gutman, K., *EU Procedural Law*, OUP, 2014, p. 371.

124. Em contrapartida, a eventual ausência de um elemento pertinente em matéria de facto ou de direito no procedimento de abertura — tal como a ausência na decisão de dar início ao procedimento de uma referência explícita a uma das fontes de financiamento da medida de auxílio — não reflete uma regra institucional fundamental e constitui, pelo contrário, uma violação «menor», ou seja, uma violação dos direitos dos terceiros de serem associados ao procedimento administrativo, uma vez que essa ausência os impede de apresentar as suas observações sobre esse elemento.

125. Tal violação não pode conduzir à anulação automática da decisão final. Esta decisão só pode ser anulada se os interessados puderem demonstrar que a informação que teriam comunicado sobre esse elemento era suscetível de alterar o conteúdo da decisão de encerramento do procedimento formal de investigação.

126. Neste sentido, importa observar que o Acórdão de 8 de setembro de 2016, Goldfish e o./Comissão (T-54/14, EU:T:2016:455), referido no n.º 70 do primeiro acórdão recorrido e no n.º 67 do segundo acórdão recorrido, não corrobora a interpretação do Tribunal Geral. Com efeito, o referido acórdão confirma, ao invés, a minha interpretação do Acórdão Freistaat Sachsen. No n.º 47 do Acórdão Goldfish e o./Comissão, o Tribunal Geral qualificou como inadmissíveis as «provas recolhidas em *total* desrespeito do procedimento previsto para o efeito e destinado a proteger os direitos fundamentais dos interessados» (o sublinhado é meu).

127. A diferença entre uma formalidade essencial e um direito subjetivo (como no caso em apreço os direitos das partes interessadas em participarem no procedimento administrativo no domínio do controlo dos auxílios de Estado) foi resumida com grande pertinência pelo advogado-geral N. Fennelly no processo Comissão/ICI [42]: «[s]e o Tribunal de Justiça procurou evitar definições abstratas dos termos "formalidade essencial", parece-nos segundo a jurisprudência que esta noção está reservada às condições processuais que estão intrinsecamente ligadas à formação e à expressão da intenção da autoridade que adota o ato, e que, como resulta claramente do artigo [263.º TFUE], qualquer violação de uma tal condição justifica necessariamente a anulação da medida no seu conjunto. Como a violação diz respeito à medida na sua integralidade, não é necessário, nem na maior parte dos casos possível, para a parte que a invocou, provar um efeito negativo particular sobre os seus direitos subjetivos ou interesses; a violação é um desrespeito de uma norma de tal modo fundamental afetando a adoção ou a forma da medida que ela não pode ser considerada como sendo o ato válido e autêntico da instituição».

128. A fim de sublinhar a razão pela qual uma violação dos direitos das partes interessadas de participarem no processo em matéria de auxílios de Estado não é uma formalidade essencial, é útil citar exemplos do que os órgãos jurisdicionais da União qualificam como formalidade essencial: a consulta dos Estados-Membros prevista antes da introdução de um direito *antidumping* definitivo ou antes da adoção de uma decisão sobre uma questão de direito da concorrência [43]. A total inexistência dessa consulta conduz automaticamente à anulação do regulamento *antidumping*. Um erro material ou um atraso na consulta apenas conduzem a uma anulação se tiverem tido impacto no resultado da consulta.

[42] Conclusões Comissão/ICI (C-286/95 P e C-287/95 P, EU:C:1999:578, n.º 22).

[43] Esta questão já foi analisada pelo Tribunal Geral, v. Acórdãos de 22 de maio de 2014, Guangdong Kito Ceramics e o./Conselho (T-633/11, não publicado, EU:T:2014:271, n.º 86 e jurisprudência referida) (incluindo a jurisprudência em matéria de direito da concorrência); de 13 de setembro de 2010, Whirlpool Europe/Conselho (T-314/06, EU:T:2010:390, n.ºs 91 a 96 e jurisprudência referida) (incluindo em matéria de direito da concorrência); de 11 de setembro de 2014, Gold East Paper e Gold Huasheng Paper/Conselho (T-443/11, EU:T:2014:774, n.ºs 95 a 101); de 17 de fevereiro de 2011, Zhejiang Xinshiji Foods e Hubei Xinshiji Foods/Conselho (T-122/09, não publicado, EU:T:2011:46, n.ºs 100 a 112); e de 30 de abril de 2015, VTZ e o./Conselho (T-432/12, não publicado, EU:T:2015:248, n.ºs 176 a 185 e 212 a 217).

129. Por conseguinte, é possível estabelecer um paralelismo com a decisão de dar início ao procedimento: a sua total inexistência conduz automaticamente à anulação da decisão final, ao passo que uma lacuna importante na decisão de dar início ao procedimento não conduz a esse resultado, a menos que possa ser demonstrado que afeta o resultado da investigação em matéria de auxílios de Estado.

2) O Acórdão Gdynia já rejeitou as tentativas do Tribunal Geral de transformar uma violação dos direitos das partes interessadas numa formalidade essencial

130. No Acórdão Gdynia, nomeadamente, nos seus n.os 78 a 82[44], o Tribunal de Justiça rejeitou categoricamente a abordagem do Tribunal Geral e confirmou que os direitos dos terceiros de serem associados ao procedimento administrativo nos termos do artigo 108.º, n.º 2, TFUE não constituíam formalidades essenciais na aceção do artigo 263.º TFUE.

131. Nesse recurso, a Comissão alegou, em substância, que o Tribunal Geral aplicou de forma incorreta o direito conferido aos interessados pelo artigo 108.º, n.º 2, TFUE de apresentarem observações — de uma forma contrária ao Acórdão Ferriere Nord — ao classificar erradamente esse direito, nas circunstâncias desse processo, como uma formalidade essencial, cujo incumprimento conduz automaticamente à anulação da decisão em causa.

132. Importa sublinhar que o Município de Gdynia, a sociedade PLGK e a República da Polónia alegaram, em substância, que a Comissão minimizou a importância do direito das partes interessadas de apresentarem observações. Afirmaram que o argumento da Comissão relativo à jurisprudência segundo a qual o papel das partes interessadas num procedimento formal de investigação é apenas servir como fonte de informação para a Comissão é contrário ao estado atual do direito da União, uma vez que os acórdãos referidos pela Comissão a este respeito foram proferidos antes da entrada em vigor da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»). Estas partes alegaram que o direito de os interessados poderem apresentar observações numa situação como a que está em causa deve agora ser apreciado à luz dos direitos fundamentais protegidos pela Carta e, em especial, à luz do direito a uma boa administração previsto no seu artigo 41.º, de que constitui um dos componentes. Assim, importa agora ter em conta o direito das partes interessadas de serem ouvidas antes da adoção de uma decisão da Comissão.

133. A argumentação apresentada pelo Município de Gdynia, pela sociedade PLGK e pela República da Polónia sugere que o direito dos terceiros de serem associados ao procedimento administrativo ao abrigo do artigo 108.º, n.º 2, TFUE constitui uma formalidade essencial e é, em substância, o que o Tribunal Geral tentou alcançar no seu Acórdão de 17 de novembro de 2017, Gmina Miasto Gdynia e Port Lotniczy Gdynia Kosakowo/Comissão (T-263/15, EU:T:2017:820), e o que pretende alcançar nos acórdãos recorridos.

134. No entanto, creio que no presente processo esta discussão é irrelevante, uma vez que no Acórdão Gdynia tal abordagem foi claramente rejeitada.

[44] V., igualmente, Conclusões que apresentei no processo Comissão/Gmina Miasto Gdynia e Port Lotniczy Gdynia Kosakowo (C-56/18 P, EU:C:2019:569).

135. Em primeiro lugar, no n.º 70 do Acórdão Gdynia, o Tribunal de Justiça recordou que segundo a jurisprudência «as empresas potencialmente beneficiárias de auxílios de Estado são consideradas partes interessadas e […] a Comissão tem o dever, por ocasião da fase de exame prevista no artigo 108.º, n.º 2, TFUE, de as convidar a apresentarem as suas observações».

136. Em seguida, no n.º 71, do referido acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que «[e]mbora essas partes interessadas não possam invocar direitos de defesa, dispõem, em contrapartida, do direito de serem associadas ao procedimento administrativo seguido pela Comissão em medida adequada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto».

137. A abordagem que defendo nas presentes conclusões é igualmente corroborada pelo facto de o próprio Tribunal de Justiça, nos números que refiro em seguida (n.os 72 a 75 do Acórdão Gdynia), se ter baseado no Acórdão Falck (C-74/00 P e C-75/00 P, EU:C:2002:524, n.os 80 a 83) [45], para estabelecer claramente a diferença entre os direitos (da defesa) do Estado-Membro em causa de *participar (diretamente)* no procedimento administrativo e os direitos dos terceiros de serem *associados (indiretamente)* ao procedimento administrativo.

138. No n.º 72 do Acórdão Gdynia, o Tribunal de Justiça recordou, em substância, que as partes interessadas (apenas) gozam desses direitos para permitir à Comissão ser informada de forma adequada.

139. No n.º 73, o Tribunal de Justiça declarou que o procedimento de controlo dos auxílios estatais é, tendo em conta a sua economia geral, um procedimento instaurado ao Estado-Membro responsável.

140. Em contrapartida, conforme o Tribunal de Justiça salienta — novamente com base no Acórdão Falck [46] — no n.º 74 do Acórdão Gdynia, «as partes interessadas diferentes do Estado-Membro em causa apenas têm o papel recordado no n.º 72 [deste acórdão] e, a este respeito, *não podem exigir a participação num debate contraditório com a Comissão, como o que é aberto a favor do referido Estado-Membro*» (sublinhado nosso).

141. No n.º 75 do Acórdão Gdynia, o Tribunal de Justiça acrescenta que «[n]enhuma disposição do procedimento de controlo dos auxílios de Estado reserva, de entre as partes interessadas, um papel especial ao beneficiário do auxílio», nomeadamente porque este não é um procedimento instaurado contra o beneficiário dos auxílios que implique que este possa valer-se de direitos tão amplos quanto os direitos de defesa enquanto tais.

142. No processo que deu origem ao Acórdão Gdynia, as partes interessadas não foram convidadas a apresentar observações sobre a aplicabilidade e o eventual impacto das Orientações da Comissão de 2014 [47] antes da adoção da decisão impugnada, apesar de essas orientações terem sido publicadas após a adoção da decisão de dar início ao procedimento e, por conseguinte, após o encerramento do procedimento de investigação inicial. Assim, colocava-se a questão de saber se o Tribunal Geral podia declarar, nesse processo, que os direitos das partes interessadas de apresentarem observações sobre o novo quadro jurídico (nomeadamente, as Orientações de

[45] Cito os números relevantes do Acórdão Falck no n.º 115 das presentes conclusões.

[46] Cito os números relevantes do Acórdão Falck no n.º 115 das presentes conclusões.

[47] Comunicação da Comissão intitulada «Orientações relativas aos auxílios estatais a aeroportos e companhias aéreas» (JO 2014, C 99, p. 3, a seguir «Orientações de 2014»).

2014), antes da adoção da decisão impugnada, constituíam uma formalidade essencial, na aceção do artigo 263.º TFUE, cuja violação implica a anulação dessa decisão, sem que seja necessário demonstrar que o procedimento administrativo poderia ter conduzido a um resultado diferente.

143. O Tribunal de Justiça respondeu de forma negativa.

144. O Tribunal de Justiça declarou que o convite às partes interessadas para apresentarem observações sobre circunstâncias que não tinham sido mencionadas na decisão de dar início ao procedimento, tais como a adoção de novas regras de apreciação após a publicação da decisão de dar início ao procedimento nos termos do artigo 108.º, n.º 2, TFUE, não constituía uma formalidade essencial, mas uma *irregularidade processual*, que, por conseguinte, não conduzia automaticamente à anulação da decisão final (n.os 78 a 82 do referido acórdão).

145. Nomeadamente, no n.º 78, o Tribunal de Justiça explicou que era necessário examinar se o Tribunal Geral podia com razão declarar que o direito de as partes interessadas nesse processo de apresentarem observações sobre este novo regime jurídico antes da adoção da decisão impugnada, *constituía uma formalidade essencial* na aceção do artigo 263.º TFUE.

146. No número seguinte (n.º 79 do Acórdão Gdynia), o Tribunal de Justiça remeteu para o Acórdão Ferriere Nord e declarou que «a Comissão não pode, sem violar os direitos processuais das partes interessadas, basear a sua decisão em princípios novos, introduzidos por um novo regime jurídico, sem convidar estes últimos a apresentar as suas observações a este respeito».

147. No entanto, tal «*irregularidade processual* só implica a anulação total ou parcial de uma decisão se se provar que, na falta dessa irregularidade, a decisão impugnada poderia ter tido um conteúdo diferente» [48]. O Tribunal de Justiça cita nesta passagem o Acórdão de 23 de abril de 1986, Bernardi/Parlamento (150/84, EU:C:1986:167).

148. Mais especificamente, no n.º 81, o Tribunal de Justiça salientou que «no que respeita aos direitos processuais das partes interessadas, quando existe uma alteração de regime jurídico depois de a Comissão ter dado às partes interessadas a possibilidade de apresentarem as suas observações e antes da adoção, pela Comissão, de uma decisão relativa a um projeto de auxílio e a Comissão baseia essa decisão no novo regime jurídico sem convidar essas partes a apresentarem as suas observações sobre este, a simples existência de diferenças entre o regime jurídico no qual as referidas partes tiveram a possibilidade de apresentar as suas observações e aquele no qual se baseia a referida decisão não é suscetível, enquanto tal, de levar à anulação dessa mesma decisão. Com efeito, embora os regimes jurídicos em causa tenham sido alterados, coloca-se a questão de saber se, tendo em conta as disposições destes regimes que são pertinentes para o caso vertente, a referida alteração era suscetível de modificar o sentido da decisão impugnada».

149. Consequentemente, no n.º 82 do Acórdão Gdynia, o Tribunal de Justiça declarou que o Tribunal Geral «cometeu um erro de direito, no n.º 81 do acórdão recorrido, quando declarou que o direito das partes interessadas de apresentarem observações em circunstâncias como as que estão em causa no presente processo reveste o caráter de formalidade essencial, na aceção do artigo 263.º TFUE, cuja violação implica a anulação da decisão impugnada, sem que seja necessário demonstrar que a violação desse direito teria podido afetar o sentido dessa decisão».

[48] O sublinhado é meu, n.º 80 do Acórdão Gdynia.

150. No n.º 86 do referido acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que «o Tribunal Geral não podia, sem violar a jurisprudência relativa aos direitos processuais das partes interessadas conforme exposta nos n.os 70 a 75 e 79 e 81 [do Acórdão Gdynia], nem declarar que não é necessário examinar a incidência, na decisão controvertida, do facto de as partes interessadas não terem sido convidadas a pronunciarem-se sobre as Orientações de 2014 antes da adoção dessa decisão, nem constatar essa incidência sem examinar a argumentação da Comissão destinada a demonstrar a existência de uma base jurídica autónoma e independente na qual assenta a referida decisão».

151. Importa igualmente referir que, nos n.os 87 e 88 do Acórdão Gdynia, o Tribunal de Justiça apenas invoca o Acórdão Freistaat Sachsen (n.º 55) para responder aos argumentos das recorridas e reiterou a sua declaração anterior segundo a qual o direito das partes interessadas de apresentarem observações em circunstâncias como as que estavam em causa nesse processo não constitui uma formalidade essencial.

152. O Tribunal de Justiça não baseia o seu raciocínio a este respeito no conteúdo da decisão de dar início ao procedimento, mas na obrigação da Comissão «quando [esta] decide dar início ao procedimento formal de investigação a propósito de um projeto de auxílio, [de] dar às partes interessadas, entre as quais […] as empresas em causa, a possibilidade de apresentarem as suas observações» (n.º 87 do Acórdão Gdynia).

153. Conforme o Tribunal de Justiça salientou no n.º 88, por um lado, o Acórdão Freistaat Sachsen, «diz respeito às obrigações que incumbem à Comissão na data da abertura do procedimento formal de investigação. Por outro lado, suscita a questão da aplicação de novas regras jurídicas adotadas após a notificação de um projeto de auxílio. Trata, portanto, de questões distintas das suscitadas no âmbito do presente recurso, o direito de lhe ser dada a possibilidade de apresentar observações em que se baseiam o Município de Gdynia e a sociedade PLGK relativas a uma alteração do regime jurídico que se verificou depois de as referidas partes terem sido convidadas a apresentar as suas observações e antes da adoção da decisão controvertida».

154. Daqui resulta que a formalidade essencial prevista no artigo 108.º, n.º 2, TFUE em relação às partes interessadas reside exclusivamente no convite que lhes é dirigido para que tenham a possibilidade de apresentar as suas observações rapidamente após a adoção da decisão de dar início ao procedimento.

3) Análise, por uma questão de exaustividade, do Acórdão Freistaat Sachsen

155. Como é habitual nas conclusões de um advogado-geral, examinarei, por uma questão de exaustividade, se a minha conclusão deveria ser diferente caso se considerasse, para efeitos da discussão (*quod non*), que o Tribunal Geral (no n.º 70 do primeiro acórdão recorrido e no n.º 67 do segundo acórdão recorrido) podia, com razão, invocar o Acórdão Freistaat Sachsen (n.º 55) para concluir que «a obrigação que impende sobre a Comissão de providenciar para que os interessados, na fase da decisão de dar início ao procedimento, possam apresentar as suas observações tem caráter de formalidade essencial […], cuja violação tem consequências tais como a anulação do ato viciado, independentemente da questão de saber se essa violação causou prejuízo à pessoa que a invoca ou se o procedimento administrativo poderia ter conduzido a um resultado diferente».

156. A minha conclusão continua a ser válida mesmo nesta hipótese: de facto, a consequência lógica dessa constatação do Tribunal Geral é que, assim, o Acórdão Gdynia anularia (ou até corrigiria) o Acórdão Freistaat Sachsen.

157. Com efeito, em vez de examinar se, nesse processo, a referida formalidade essencial foi violada (Acórdão Gdynia, n.º 78), como vimos na minha análise anterior, o Tribunal de Justiça baseou-se no Acórdão Bernardi/Parlamento (150/84, EU:C:1986:167, n.º 28) para apreciar «se o Tribunal Geral podia com razão declarar […] que no caso vertente o direito de as partes interessadas apresentarem observações sobre este novo regime jurídico e, em especial, sobre as Orientações de 2014, antes da adoção da decisão controvertida, constitui uma formalidade essencial na aceção do artigo 263.º TFUE cuja violação implica a anulação dessa decisão, sem que seja necessário demonstrar que o procedimento administrativo poderia ter conduzido a um resultado diferente».

158. Daqui decorre que, nos n.os 70 e 71 do primeiro acórdão recorrido e nos n.os 66 a 68 do segundo acórdão recorrido, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao declarar que «a obrigação que impende sobre a Comissão de providenciar para que os interessados, na fase da decisão de dar início ao procedimento, possam apresentar as suas observações tem caráter de formalidade essencial».

159. Com efeito, a violação dos direitos das partes interessadas de participarem no procedimento administrativo, tais como o facto de não lhes ter sido dada a possibilidade de apresentarem observações, não constitui uma violação de uma formalidade essencial, que conduz automaticamente à anulação da decisão impugnada.

160. Partilho do entendimento da Comissão segundo o qual, mesmo que o presente processo não diga respeito a observações das partes interessadas *sobre regras jurídicas* (tais como as Orientações da Comissão relativas a investigações de auxílios de Estado, como era o caso no Acórdão Gdynia), mas sim às suas observações sobre um *elemento de facto* (nomeadamente, o segundo modo de financiamento do regime de auxílios em causa no presente processo, ou seja, os recursos orçamentais do Land da Baviera), esta diferença relativa ao *objeto* das observações em falta não impede a aplicação do Acórdão Gdynia.

161. *Em ambos os processos o problema é o mesmo*: as partes interessadas não puderam dar a conhecer o seu ponto de vista sobre os elementos constantes da decisão de dar início ao procedimento.

162. A diferença entre as *causas* da falta de observações das partes interessadas nesses dois processos, ou seja, a falta de uma referência na decisão de dar início ao procedimento ou a adoção de novas Orientações da Comissão após a decisão de dar início ao procedimento ter sido publicada, é irrelevante. O que importa é que em ambos os processos os direitos das partes interessadas de participarem no procedimento administrativo tinham sido violados.

163. Com efeito, o próprio Tribunal Geral sublinhou no n.º 71 do primeiro acórdão recorrido que os direitos de participação no procedimento administrativo tinham sido violados.

164. Por conseguinte, tendo em consideração o exposto, o terceiro fundamento de recurso deve ser julgado procedente.

D. Quarto fundamento de recurso, relativo a um erro de direito na interpretação do direito das partes interessadas de apresentarem observações

1. Admissibilidade

165. O Land da Baviera e o agrupamento de interesses alegam que o quarto fundamento de recurso é inadmissível. Afirmam que nos n.os 72 e 75 do primeiro acórdão recorrido, o Tribunal Geral concluiu que a violação do direito das partes interessadas de apresentarem observações tinha impacto no desfecho do procedimento; esta conclusão assentava numa constatação puramente factual. O agrupamento de interesses alega que este fundamento é inadmissível, uma vez que diz respeito à apreciação de factos efetuada pelo Tribunal Geral e que se trata de uma repetição de fundamentos e argumentos já apresentados no Tribunal Geral.

166. Em primeiro lugar, o Land da Baviera não pode acusar a Comissão de alegadamente se ter baseado em factos novos, uma vez que esta última invoca o conteúdo da decisão impugnada, que é um ato jurídico. Em segundo lugar, basta referir que estes argumentos podem ser rejeitados por razões idênticas às que foram expostas nos n.os 28 a 31 das presentes conclusões.

2. Quanto ao mérito

a) Exposição sumária dos argumentos das partes

167. A Comissão acusa o Tribunal Geral de ter concluído erradamente, nos n.os 72 a 75 do primeiro acórdão recorrido e nos n.os 70 a 72 do segundo acórdão recorrido, que as observações das partes interessadas sobre a questão de saber se os financiamentos orçamentais constituíam recursos estatais poderiam ter tido impacto no desfecho do procedimento. A Comissão alega que o Tribunal Geral não só violou o artigo 108.º, n.os 2 e 3, TFUE e o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999, como também interpretou erradamente o conceito de recursos estatais referido no artigo 107.º, n.º 1, TFUE, bem como o conceito de auxílios existentes referido no artigo 108.º, n.º 1, TFUE. Por último, a Comissão acusa o Tribunal Geral de também ter distorcido os factos estabelecidos na decisão impugnada e de não ter examinado os seus fundamentos de defesa.

168. Em primeiro lugar, a Comissão contesta a conclusão, no n.º 73 do primeiro acórdão recorrido e no n.º 71 do segundo acórdão recorrido, de que o Land da Baviera não podia dar a conhecer o seu ponto de vista sobre a questão de saber se os testes da qualidade do leite financiados através da receita fiscal geral eram testes que iam além da obrigação legal exigida. A Comissão alega que os argumentos do referido Land apresentados no decurso da investigação formal não alteraram o resultado desse procedimento, uma vez que o financiamento dos testes suplementares não estava abrangido pelo âmbito de aplicação da decisão impugnada. Em seguida, a Comissão alega que o Tribunal Geral não apreciou os seus fundamentos de defesa, nomeadamente, em primeiro lugar, aquele em que alega que mesmo que os argumentos do Land da Baviera relativos aos testes suplementares estivessem corretos, era pacífico, em todo o caso, que estes testes foram realizados em conformidade com a MFG. No entanto, a decisão de dar início ao procedimento abrangia todos os testes previstos por esse regulamento e, por conseguinte, também abrangia esses testes.

169. Em segundo lugar, a Comissão contesta a conclusão do n.º 74 do primeiro acórdão recorrido de que o Land da Baviera não pôde ser ouvido sobre a questão de saber se a medida em causa constituía um auxílio existente. O Tribunal Geral não respondeu aos fundamentos de defesa da Comissão.

170. A este respeito, a Comissão indica que a decisão de dar início ao procedimento, nos considerandos 140 a 152, permitia às partes interessadas tomar uma posição sobre a presença de auxílios existentes. Acrescenta que, conforme decorre dos considerandos 41 a 56 da decisão impugnada, o Land da Baviera apresentou as suas observações pormenorizadas sobre esse ponto.

171. O Land da Baviera e o agrupamento de interesses afirmam, no essencial, que este fundamento de recurso é improcedente, na medida em que se baseia numa interpretação errada dos acórdãos recorridos. Alegam que a questão de saber se os recursos orçamentais constituem recursos estatais é irrelevante. Em seguida, estas partes afirmam que a questão de saber se, sem a violação dos direitos de participação das partes interessadas, o procedimento poderia ter tido um desfecho diferente é igualmente irrelevante. Além disso, o agrupamento de interesses defende que a Comissão não pode alegar que os testes suplementares estavam abrangidos por uma outra decisão sua.

b) Análise

172. Uma vez que o terceiro fundamento de recurso deve ser julgado procedente, há que examinar também o quarto fundamento de recurso.

173. Por conseguinte, importa examinar se, sem a violação do direito das partes interessadas de serem associadas ao procedimento (isto é, se as partes interessadas tivessem podido apresentar observações sobre o segundo modo de financiamento da medida de auxílio), o procedimento poderia ter conduzido a um desfecho diferente, como sugere o Tribunal Geral nos acórdãos recorridos.

1) Abordagem nos acórdãos recorridos

174. Em primeiro lugar, o Land da Baviera e o agrupamento de interesses alegam erradamente que, no presente contexto, basta *presumir* que quaisquer observações que pudessem ter apresentado teriam tido o impacto necessário.

175. Com efeito, o Acórdão Ferriere Nord (n.º 83) precisa que o Tribunal de Justiça deve verificar se a posição é «suscetível de alterar a decisão controvertida».

176. No entanto, o raciocínio do Tribunal Geral, nos n.os 73 a 75 do primeiro acórdão recorrido, baseia-se exclusivamente em hipóteses e deduções.

177. Como veremos em seguida, o Tribunal Geral não avaliou, nem sequer demonstrou, que as observações das partes interessadas relativas à segunda fonte de financiamento da medida de auxílio em causa (ou seja, o orçamento do Land da Baviera) *poderiam ter alterado o procedimento de exame*.

178. Partilho do entendimento da Comissão segundo o qual o Tribunal Geral deveria ter procedido da seguinte forma: a parte interessada deve submeter-lhe os factos que teria apresentado no decurso do procedimento administrativo se não tivesse sido impedida de fazê-lo devido à violação dos seus direitos de participação; o Tribunal Geral deve presumir que esses factos são exatos. Com base nisto, o Tribunal Geral deve apreciar se tais factos, na hipótese de a Comissão ter verificado a sua exatidão no decurso do procedimento administrativo, teriam sido suscetíveis de alterar a apreciação jurídica do processo.

179. No entanto, no caso em apreço, o Tribunal Geral omitiu totalmente a segunda fase desta análise. Esta fase não diz respeito ao apuramento dos factos, mas à apreciação dos efeitos jurídicos desses factos, «mesmo admitindo que são exat[o]s» [49].

180. Por conseguinte, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito.

181. Aplicando a sua abordagem aos factos do presente processo, o Tribunal Geral concluiu que, sem a irregularidade verificada (se o recorrente em primeira instância tivesse efetivamente tido uma oportunidade durante o procedimento formal de investigação de apresentar as suas observações sobre o financiamento proveniente do orçamento geral), não é possível excluir que o procedimento poderia ter conduzido a um resultado diferente.

182. O Tribunal Geral baseou esta conclusão em dois argumentos. Em primeiro lugar, o Land da Baviera não pôde apresentar as suas observações sobre a questão de saber se os testes financiados com os seus recursos orçamentais iam além da obrigação imposta por lei (n.º 73 do primeiro acórdão recorrido). Em segundo lugar, o Tribunal Geral considerou que o Land da Baviera não tinha podido ser ouvido sobre se o processo suscitava a questão de um auxílio existente (n.º 74 do acórdão recorrido).

183. Em relação ao primeiro argumento (n.º 73 do primeiro acórdão recorrido), a alegação do Land da Baviera, segundo a qual as receitas fiscais gerais financiaram outras medidas distintas dos testes financiados através da imposição sobre o leite (ou seja, os testes de qualidade do leite «que iam além do que era obrigatório», cujo «fim» era «outro»), é improcedente, quanto mais não seja porque a Comissão declarou o seguinte nos considerandos 25 e 27 da decisão impugnada: «[n]a investigação preliminar, a Alemanha alegou que estas medidas não constituem auxílios pelas seguintes razões: […] Os testes adicionais do leite cru, que excediam claramente os requisitos do Decreto MGV [50] […] A Comissão observa que os apoios financeiros concedidos a estes testes adicionais serão objeto de uma decisão separada».

184. Esta conclusão não foi contestada no Tribunal Geral. Considero que daqui decorre que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito no n.º 73 do primeiro acórdão recorrido. Isto aplica-se *mutatis mutandis* aos n.os 70 a 72 do segundo acórdão recorrido.

185. O Tribunal Geral cometeu também um erro de direito ao interpretar incorretamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa às consequências de uma violação dos direitos de participação no processo. O simples facto de *apresentar um argumento* no Tribunal Geral não é

[49] V. Acórdãos de 16 de junho de 2016, SKW Stahl-Metallurgie e SKW Stahl-Metallurgie Holding/Comissão (C-154/14 P, EU:C:2016:445, n.os 69 a 76), e de 11 de janeiro de 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão (C-404/04 P, não publicado, EU:C:2007:6, n.os 131 a 136).

[50] Milch-Güteverordnung (Decreto relativo à Qualidade do Leite) de 9 de julho de 1980 (BGBl. 1980 I, p. 878, a seguir «MGV»).

suficiente. O que importa é que o Tribunal Geral em seguida *aprecie esse argumento quanto ao mérito*, a fim de verificar se era *suscetível de alterar* o desfecho do procedimento administrativo [51].

186. Um argumento do Land da Baviera apresentado no procedimento formal de investigação relativo à questão de saber se os testes da qualidade do leite foram além do exigido por lei não era suscetível de alterar o desfecho do procedimento, quanto mais não seja porque a Comissão excluiu precisamente tais testes suplementares do âmbito de aplicação da decisão impugnada.

187. Além disso, o Tribunal Geral não apreciou os dois argumentos que a Comissão lhe apresentou, através dos quais esta procurou demonstrar que o argumento relativo aos testes suplementares era, em todo o caso, intrinsecamente improcedente.

188. Em substância, a Comissão alegou no Tribunal Geral, em primeiro lugar, que mesmo que o argumento do Land da Baviera relativamente a esses testes estivesse correto (*quod non*), era em todo o caso pacífico entre as partes que se tratava da recolha de amostras ao abrigo da MGV, ou seja, da recolha amostras que é regulada por lei. Por conseguinte, todos os testes são realizados ao abrigo da MGV. Uma vez que a decisão de dar início ao procedimento dizia respeito a todos os testes previstos pela MGV, abrangia também a recolha das amostras acima referidas [52].

189. Em segundo lugar, a Comissão afirmou que não era «*a fortiori*» que os custos dos testes «que [alegadamente] vão além do que é obrigatório» não deviam normalmente ser suportados pelos compradores de leite, como alegou o Land da Baviera no Tribunal Geral. Com efeito, pelo contrário, trata-se precisamente dos custos em que as empresas incorrem quando tomam voluntariamente medidas, sem qualquer obrigação legal e no seu próprio interesse, e que, normalmente, deveriam ser suportados pelas próprias [53].

190. Por conseguinte, o facto de o Tribunal Geral não ter apreciado estes argumentos constitui, por si só, um erro de direito [54].

191. No que diz respeito ao segundo argumento (n.º 74 do primeiro acórdão recorrido), também não pode ser julgado procedente, pelos motivos que a Comissão apresentou perante o Tribunal Geral, que não os referiu — nem sequer apreciou — nos acórdãos recorridos.

192. Estes argumentos eram os seguintes: em primeiro lugar, a decisão de dar início ao procedimento já permitia às partes apresentarem observações sobre a presença de um «auxílio existente» em relação ao financiamento através da receita fiscal geral (considerandos 140 a 152 da referida decisão).

193. Em segundo lugar, em todo o caso, resulta desde logo da natureza do regime de auxílios que estes são novamente concedidos todos os anos ou de dois em dois anos [55]. No entanto, o artigo 1.º, alínea b), do Regulamento n.º 659/1999 milita contra a sua qualificação como auxílio existente no presente processo.

[51] Para uma ilustração deste princípio, v. Acórdão de 1 de outubro de 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares OCM Hardware/Conselho (C-141/08 P, EU:C:2009:598, n.os 83 a 104), a seguir «Acórdão Foshan Shunde»).

[52] V., mais detalhadamente, a este respeito, n.os 22 a 24 e 35 da contestação apresentada em primeira instância e anexo A.35, p. 372, bem como n.os 19 a 21 da tréplica.

[53] V. n.º 21 da tréplica apresentada em primeira instância.

[54] V. Acórdão de 24 de outubro de 2013, Land Burgenland e o./Comissão (C-214/12 P, C-215/12 P e C-223/12 P, EU:C:2013:682, n.os 110 a 112).

[55] V., mais detalhadamente, a este respeito, n.os 6 e 36 a 39 da contestação apresentada em primeira instância e n.os 33, 34 e 50 a 97 da tréplica.

194. Em terceiro lugar, independentemente da veracidade do argumento do Land da Baviera segundo o qual a redução de custos para as centrais leiteiras através de uma disponibilização de receitas fiscais gerais «tinha sido sempre praticada», o que a Comissão contesta, este argumento não é suscetível de estabelecer a presença de um auxílio existente ao abrigo do artigo 1.º, alínea b). Com efeito, não é o modo de financiamento de uma medida que é determinante a este respeito, mas sim a própria medida. No entanto, a medida consiste na concessão anual de um subsídio a partir do orçamento anual ou bianual.

195. Em quarto lugar, o Land da Baviera (contrariamente ao Land de Baden-Württemberg, por exemplo) nunca alegou durante o procedimento administrativo que se tratava de um auxílio existente.

196. Uma vez que estes argumentos foram apresentados no Tribunal Geral e que este não os referiu e nem sequer os apreciou, o n.º 74 do primeiro acórdão recorrido enferma de um erro de direito [56].

2) Comparação da abordagem dos acórdãos recorridos com o Acórdão Gdynia do Tribunal de Justiça

197. A abordagem correta, que o Tribunal Geral deveria ter seguido, é descrita no Acórdão Gdynia do Tribunal de Justiça.

198. Nesse acórdão, depois de ter constatado a existência de uma irregularidade processual, o Tribunal de Justiça verificou se a violação dos direitos processuais das partes interessadas poderia ter tido impacto no desfecho do procedimento de exame.

199. Com base numa *apreciação detalhada* (n.ºs 83 a 86 e 123 a 160 do Acórdão Gdynia), o Tribunal de Justiça concluiu, com base na fundamentação da decisão impugnada, que esta teria tido o mesmo conteúdo se as partes interessadas tivessem podido apresentar observações sobre as Orientações de 2014.

200. Considero (tal como a Comissão) que após ter constatado uma violação dos direitos das partes interessadas de apresentarem observações, o Tribunal Geral não podia basear a hipótese de um desfecho diferente do procedimento de exame, na ausência de tal violação, em *simples presunções ou suposições*.

201. O Tribunal Geral apenas poderia proceder desta forma com base numa avaliação pormenorizada (como a que foi realizada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão Gdynia) da fundamentação da decisão impugnada e numa análise dos argumentos das partes em confronto. O Tribunal Geral deveria ter apreciado todos os argumentos da Comissão e só quando estes se revelassem ineficazes é que poderia ter explicado a razão pela qual, em seu entender, o desfecho do procedimento de exame poderia ter sido diferente, com base nos elementos que figuram na decisão impugnada.

[56] V. Acórdão de 24 de outubro de 2013, Land Burgenland e o./Comissão (C-214/12 P, C-215/12 P e C-223/12 P, EU:C:2013:682, n.ºs 110 a 112).

202. Tendo em consideração o exposto, o raciocínio do Tribunal Geral nos n.os 72 a 75 do primeiro acórdão recorrido e nos n.os 70 a 72 do segundo acórdão recorrido, segundo o qual a violação do direito das partes interessadas de apresentarem observações deve conduzir à anulação da decisão impugnada, está viciado por um erro de direito.

203. Com efeito, o Tribunal Geral limitou-se a declarar que *é possível* que o procedimento pudesse ter tido um desfecho diferente caso a irregularidade constatada não se tivesse verificado (n.º 72 do primeiro acórdão recorrido).

204. No entanto, a possibilidade de um desfecho diferente do procedimento não é suficiente para justificar a anulação de um ato da União.

205. Decorre claramente do Acórdão Gdynia que o que é necessário é uma *conclusão categórica* de um desfecho diferente.

206. A este respeito, remeto para o Acórdão Gdynia, nomeadamente para o seu n.º 81: «a questão de saber se, tendo em conta as disposições destes regimes que são pertinentes para o caso vertente, a referida alteração era suscetível de modificar o sentido da decisão impugnada»; para o seu n.º 95: «os erros constatados nos n.os 82 a 86 desse acórdão podem conduzir à anulação do acórdão recorrido, na medida em que o Tribunal Geral anulou a decisão controvertida, unicamente no caso de as disposições das Orientações de 2014 nas quais a Comissão se baseou nessa decisão não serem efetivamente suscetíveis de modificar o sentido da referida decisão»; e para o seu n.º 132: «[a] este respeito, há que recordar que, como resulta do n.º 81 [desse acórdão], numa situação como a que está em causa no presente processo, o juiz da União não se pode limitar a identificar as alterações introduzidas por um novo regime jurídico para justificar a anulação de uma decisão da Comissão que o aplica, devendo, além disso, verificar se a alteração do regime jurídico era suscetível de influir nessa decisão».

207. Acrescentaria que, também aqui, a diferença entre a inexistência de observações sobre novos critérios de compatibilidade (as novas Orientações de 2014, como no Acórdão Gdynia), por um lado, e a parte do financiamento que constitui indiscutivelmente um elemento de recursos do Estado (como no presente processo), por outro, é irrelevante para a aplicação do critério de avaliação jurídica acima referido.

3) Em todo o caso, a jurisprudência anterior ao Acórdão Gdynia também era clara quanto à abordagem correta

208. No Acórdão Conselho/Interpipe Niko Tube e Interpipe NTRP[57], uma parte no processo tomou conhecimento, um dia antes da adoção de um regulamento, de elementos utilizados para efetuar determinados cálculos. Com base nessa informação, a referida parte obteve uma anulação parcial pelo Tribunal Geral do regulamento em causa. A parte em questão alegou que teria sido possível uma anulação mais extensa com base em informações suplementares que teria apresentado se tivesse sido informada mais cedo sobre esses elementos. O Tribunal de Justiça aceitou este argumento, uma vez que a relevância jurídica da informação foi confirmada pela anulação parcial do regulamento.

[57] Acórdão de 16 de fevereiro de 2012 (C-191/09 P e C-200/09 P, EU:C:2012:78, n.os 75 a 88).

209. No Acórdão SKW Stahl-Metallurgie e SKW Stahl-Metallurgie Holding/Comissão [58], as recorrentes não puderam tomar posição, devido a uma violação dos seus direitos de defesa, sobre a questão da influência da empresa Degussa noutra empresa (SKW). O Tribunal de Justiça declarou que a imputação de responsabilidade pelo cartel se baseava em vários elementos e que, por conseguinte, a questão dessa influência, mesmo que esse argumento fosse verdadeiro, não tinha impacto na decisão.

210. No Acórdão Alemanha/Comissão [59], a Comissão não enviou determinadas cartas dos concorrentes do beneficiário do auxílio ao Estado-Membro em causa (Alemanha), que alegou que os seus direitos de defesa tinham sido violados, pelo que a decisão deveria ser anulada. O Tribunal de Justiça examinou se o Governo alemão, caso tivesse recebido essas observações, poderia ter apresentado argumentos que teriam levado a Comissão a autorizar a medida de auxílio. No entanto, o Governo alemão não foi capaz de indicar qualquer elemento de facto ou de direito suscetível de levar a Comissão a adotar uma decisão diferente. A resposta do Tribunal de Justiça foi negativa: a proibição dos auxílios estatais resultou das orientações aplicáveis, pelo que a Jadekost beneficiou de um auxílio ao funcionamento que não podia ter sido autorizado nem ao abrigo dessas orientações nem por uma questão de princípio.

211. No Acórdão Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão [60], o Tribunal de Justiça procedeu da mesma maneira. Apreciou se os argumentos que não tinham podido ser apresentados, devido à violação dos direitos da defesa, mesmo admitindo que são exatos, teriam sido capazes de conduzir à autorização da medida de auxílio. O Tribunal de Justiça declarou que isso não sucedia, uma vez que a ausência de um plano de reestruturação teria, em todo o caso, conduzido à proibição.

212. No Acórdão Westdeutsche Landesbank [61], o Governo alemão alegou que o seu direito de ser ouvido tinha sido violado, uma vez que a Comissão tinha recusado conceder acesso a determinados documentos. Após ter apreciado o conteúdo dos documentos, o Tribunal Geral concluiu que não houve violação dos direitos de defesa, nomeadamente porque os documentos constituíam, no essencial, um desenvolvimento ou uma clarificação de posições já expressas.

213. Por último, o Land da Baviera e o agrupamento de interesses invocam, em particular, o Acórdão Foshan Shunde (n.º 94) em apoio dos seus argumentos. No entanto, esse acórdão não é útil à sua causa. Como a Comissão assinalou, no n.º 81 do referido acórdão, o Tribunal de Justiça recorda a jurisprudência constante relativa à possibilidade de um desfecho diferente do procedimento.

214. O facto de o critério não ter sido alterado nesta jurisprudência é igualmente confirmado, por exemplo, num acórdão mais recente, nomeadamente, o Acórdão de 10 de setembro de 2013, G. e R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:533, n.º 40), no qual o Tribunal de Justiça faz referência ao Acórdão Foshan Shunde. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça explica claramente este critério: «[p]ara que tal ilegalidade seja declarada, [é necessário] verificar […] se, em função das circunstâncias de facto e de direito específicas do caso em apreço, o procedimento administrativo em causa poderia ter conduzido a um resultado diferente por [as partes] em questão terem podido invocar elementos suscetíveis de justificar que [o resultado do procedimento deve ser diferente]».

58 Acórdão de 16 de junho de 2016 (C-154/14 P, EU:C:2016:445, n.ºs 69 a 76).

59 Acórdão de 5 de outubro de 2000 (C-288/96, EU:C:2000:537, n.ºs 92 a 106, a seguir «Acórdão Jadekost»).

60 Acórdão de 11 de janeiro de 2007 (C-404/04 P, não publicado, EU:C:2007:6, n.ºs 131 a 136).

61 Acórdão de 6 de março de 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão (T-228/99 e T-233/99, EU:T:2003:57).

215. No n.º 94 do Acórdão Foshan Shunde apenas é tida em conta uma particularidade deste processo, designadamente, que as regras em matéria *antidumping* (à semelhança das regras em matéria de direito da concorrência) preveem verdadeiros direitos de defesa das empresas e, em especial, um diálogo com a Comissão, ao passo que, em virtude das regras em matéria de auxílios estatais, os direitos de participação das partes interessadas no processo não incluem manifestamente esse diálogo [62].

4) Conclusão relativa ao quarto fundamento de recurso

216. À semelhança dos auxílios ao funcionamento que estavam em causa no Acórdão Jadekost e dos auxílios à reestruturação sem plano de reestruturação em causa no Acórdão de 11 de janeiro de 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão (C-404/04 P, não publicado, EU:C:2007:6) são totalmente proibidos, os recursos orçamentais gerais são, em regra, suscetíveis de constituir recursos estatais nos termos do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

217. Por conseguinte, partilho do entendimento da Comissão segundo o qual a abordagem do Tribunal Geral nos acórdãos recorridos deve ser rejeitada, uma vez que criaria um precedente perigoso, contrário à jurisprudência do Tribunal de Justiça e negaria a eficácia do filtro que constitui o critério de um resultado potencialmente diferente do procedimento administrativo.

218. Daqui decorre que o quarto fundamento de recurso deve ser julgado procedente.

219. Uma vez que os terceiro e quarto fundamentos de recurso devem ser julgados procedentes, há que anular os acórdãos recorridos.

IV. Quanto à remessa do processo ao Tribunal Geral

220. Nos termos do primeiro parágrafo do artigo 61.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, o Tribunal de Justiça pode, em caso de anulação da decisão do Tribunal Geral, decidir definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal Geral, para julgamento.

221. O primeiro fundamento apresentado em primeira instância pode ser decidido pelo Tribunal de Justiça, uma vez que foi objeto de numerosas trocas de argumentos entre as partes perante o Tribunal Geral, bem como perante o Tribunal de Justiça. Considero que o Tribunal de Justiça deve julgar improcedente este fundamento com base nas razões que conduziram à anulação dos acórdãos recorridos.

222. No entanto, no que respeita aos outros fundamentos, há que remeter o processo ao Tribunal Geral, uma vez que estes devem ser discutidos e apreciados em primeira instância.

V. Quanto às despesas

223. Uma vez que o processo deve ser remetido ao Tribunal Geral, há que reservar para final a decisão quanto às despesas relativas ao presente recurso.

[62] V. Acórdão Falck (n.º 82) e Acórdão de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.º 181).

VI. Conclusão

224. À luz do exposto, proponho que o Tribunal de Justiça decida o seguinte:

1. Os dois primeiros fundamentos do recurso são improcedentes;

2. Os Acórdãos do Tribunal Geral da União Europeia de 12 de dezembro de 2018, Freistaat Bayern/Comissão Europeia (T-683/15, EU:T:2018:916), e Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns e.V. e o./Comissão Europeia (T-722/15 a T-724/15, não publicado, EU:T:2018:920) são anulados;

3. O primeiro fundamento dos recursos de anulação é improcedente, na medida em que esta acusação é relativa a uma violação dos direitos processuais das partes interessadas nos presentes processos devido ao facto de não lhes ter sido dada a possibilidade de se pronunciarem sobre o financiamento do auxílio através do orçamento geral;

4. O processo é remetido ao Tribunal Geral para que se pronuncie sobre os outros fundamentos invocados em primeira instância;

5. Reserva-se para final a decisão quanto às despesas.