Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 22 de junho de 2017 [1]

Processo C-413/15

Elaine Farrell
contra
Alan Whitty
The Minister for the Environment, Ireland and Attorney General
Motor Insurers' Bureau of Ireland (MIBI)

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Supreme Court (Ireland) (Supremo Tribunal, Irlanda)]

«Definição de uma emanação do Estado para efeitos da determinação da responsabilidade de um Estado-Membro pela transposição incorreta de uma diretiva - Condições em que um organismo privado pode ser considerado uma emanação do Estado»

1. Desde que o Tribunal de Justiça desenvolveu a doutrina do efeito direto das diretivas e a declarou aplicável aos litígios «verticais» entre os particulares e o Estado, rejeitando, porém, a sua aplicação «horizontal» aos litígios entre particulares, tem-se colocado a questão essencial de saber quais são os limites do conceito de «Estado» para efeitos da aplicação da doutrina do efeito direto vertical. No presente reenvio prejudicial da Supreme Court Ireland (Supremo Tribunal, Irlanda), esta questão é submetida a uma análise microscópica. É o Motor Insurers Bureau of Ireland (o organismo que, na Irlanda, tem competência exclusiva para indemnizar as partes lesadas em acidentes rodoviários nos casos em que o condutor responsável não possua seguro ou não possa ser identificado; a seguir «MIBI») uma «emanação do Estado» na aceção do critério consagrado no acórdão *Foster e o.* (a seguir «acórdão *Foster*») [2]? Em caso de resposta afirmativa, será o MIBI, e não os representantes do Estado no processo principal nomeadamente o Minister for the Environment (Ministro do Ambiente, a seguir «Minister»), a Irlanda e o Attorney General, responsável pelo pagamento de uma indemnização a uma vítima de um acidente rodoviário causado por um condutor que embora não possuísse seguro não violava, por esse motivo, o direito nacional porquanto a Irlanda não transpôs corretamente e em tempo útil as disposições de direito da União que exigem que todos os passageiros de veículos automóveis estejam cobertos pelo seguro subscrito pelo condutor do veículo.

1 Língua original: inglês.

2 Acórdão de 12 de julho de 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313).

Quadro jurídico

Direito da União

2. Desde 1972, as várias diretivas do Conselho que regulam a obrigação de possuir um seguro de responsabilidade civil que resulta da circulação de veículos automóveis procuraram assegurar que, paralelamente ao relaxamento das regras relativas à circulação de pessoas, seja garantida uma indemnização às vítimas de acidentes rodoviários. Nesse sentido, o sistema da «carta verde» preexistente (bastante gravoso) foi gradualmente substituído por um sistema específico da União. A natureza e o alcance da cobertura do seguro obrigatório foram gradualmente alargados em sucessivas diretivas [3].

3. Enquanto que o artigo 2.º da Diretiva 72/166/CEE do Conselho (a seguir «Primeira Diretiva Seguro Automóvel») [4] exigia que os Estados-Membros se abstivessem de fiscalizar sistematicamente o seguro de responsabilidade civil que resultasse da circulação de veículos que tivessem o seu estacionamento habitual no território de outro Estado-Membro, o artigo 3.º, n.º 1, previa que incumbia a cada Estado-Membro «[…] adota[r] todas as medidas adequadas para que a responsabilidade civil que resulta da circulação de veículos com estacionamento habitual no seu território esteja coberta por um seguro». O artigo 3.º, n.º 1, dispunha ainda que «[e]ssas medidas devem determinar o âmbito da cobertura e as modalidades de seguro».

4. A Diretiva 84/5/CEE do Conselho (a seguir «Segunda Diretiva Seguro Automóvel») [5] reconheceu que subsistiam importantes divergências entre as legislações dos diversos Estados-Membros quanto à extensão do seguro obrigatório [6] e, em especial, identificou a necessidade de «prever a existência de um organismo que garanta que a vítima não ficará sem indemnização, no caso do veículo causador do sinistro não estar seguro ou não ser identificado» [7].

5. Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, «o seguro referido no n.º 1 do artigo 3.º da [Primeira Diretiva Seguro Automóvel] deve, obrigatoriamente, cobrir os danos materiais e os danos corporais».

6. Os dois primeiros parágrafos do artigo 1.º, n.º 4, tinham a seguinte redação:

«Cada Estado-Membro deve criar ou autorizar a criação de um organismo que tenha por missão reparar, pelo menos dentro dos limites da obrigação de seguro, os danos materiais ou corporais causados por veículos não identificados ou relativamente aos quais não tenha sido satisfeita a obrigação de seguro referida no n.º 1. Esta disposição não prejudica o direito que assiste aos Estados-Membros de atribuírem ou não à intervenção desse organismo um caráter subsidiário, nem o direito de regulamentarem os sistemas de recursos entre este organismo e o ou os responsáveis pelo sinistro e outras seguradoras ou organismos de segurança social obrigados a indemnizar a vítima pelo mesmo sinistro. Todavia, os Estados-Membros não permitirão que o organismo em questão subordine o pagamento da indemnização à condição de a vítima provar, seja por que meio for, que a pessoa responsável não pode ou não quer pagar.

3 Para uma descrição da evolução do seguro de responsabilidade civil automóvel na UE, v. acórdão de 11 de julho de 2013, *Csonka e o.* (C-409/11, EU:C:2013:512, n.os 26 a 38 e jurisprudência referida).

4 Diretiva, de 24 de abril de 1972, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes ao seguro de responsabilidade civil que resulta da circulação de veículos automóveis e à fiscalização do cumprimento da obrigação de segurar esta responsabilidade (JO 1972, L 103, p. 360; EE 13 F2 p. 113), conforme alterada pela Terceira Diretiva do Conselho, de 14 de maio de 1990, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes ao seguro de responsabilidade civil relativo à circulação de veículos automóveis (JO 1990, L 129, p. 33).

5 Segunda Diretiva do Conselho, de 30 de dezembro de 1983, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes ao seguro de responsabilidade civil que resulta da circulação de veículos automóveis (JO 1984, L 8, p. 17; EE 13 F15 p. 244), conforme posteriormente alterada pela Terceira Diretiva Seguro Automóvel.

6 V. considerando 3.

7 V. considerando 6.

A vítima pode, em qualquer caso, dirigir-se diretamente ao organismo que, com base nas informações fornecidas a seu pedido pela vítima, é obrigado a dar-lhe uma resposta fundamentada quanto à sua intervenção.

[…]»

7. A Terceira Diretiva Seguro Automóvel observava que subsistiam disparidades consideráveis nos riscos cobertos pelo seguro [8] e que devia ser garantido às vítimas de acidentes de veículos automóveis um tratamento idêntico, independentemente do local (na União) onde ocorressem os acidentes [9]. Referia que «em particular, existem em certos Estados-Membros lacunas na cobertura pelo seguro obrigatório dos passageiros de veículos automóveis» e que «para proteger essa categoria particularmente vulnerável de vítimas potenciais, é conveniente que essas lacunas sejam preenchidas» [10]; foi igualmente identificada a necessidade de introduzir melhorias no modo de funcionamento do organismo criado para indemnizar as vítimas de acidentes causados por veículos não segurados ou não identificados [11].

8. O artigo 1.º dispõe o seguinte:

«Sem prejuízo do n.º 1, segundo parágrafo, do artigo 2.º da [Segunda Diretiva Seguro Automóvel] [12], o seguro referido no n.º 1 do artigo 3.º da [Primeira Diretiva Seguro Automóvel] cobrirá a responsabilidade por danos pessoais de todos os passageiros, além do condutor, resultantes da circulação de um veículo.

[…]»

9. Nos termos do artigo 6.º, n.º 2, da Terceira Diretiva Seguro Automóvel, o prazo concedido à Irlanda para transpor o artigo 1.º desta diretiva para o direito nacional terminava em 31 de dezembro de 1998 relativamente aos passageiros transportados na parte traseira dos motociclos e em 31 de dezembro de 1995 no que respeita aos outros veículos.

Direito irlandês

10. A section 56 do Road Traffic Act 1961 (Lei de 1961 relativa à Circulação Rodoviária; a seguir «Act de 1961»), na redação em vigor à data dos factos em causa no processo principal, exigia que todos os utilizadores de um veículo automóvel estivessem cobertos por um seguro que cobrisse danos corporais ou prejuízos causados a terceiros na via pública. Contudo, nos termos da section 65(1), o seguro não era obrigatório para as «pessoas excluídas». Assim, em especial, os condutores de veículos comerciais sem assentos na parte traseira não estavam obrigados a possuir seguro contra a sua própria condução negligente [13].

8 Considerando 3.

9 Considerando 4.

10 Considerando 5.

11 V., em especial, considerandos 8, 9, 10 e 12.

12 O *primeiro* parágrafo do artigo 2.º, n.º 1, estabelece que qualquer disposição legal ou cláusula contratual que exclua do seguro a utilização ou a condução de veículos por certos grupos de pessoas será, para efeitos do artigo 3.º, n.º 1, da Primeira Diretiva Seguro Automóvel, considerada sem efeito no que se refere ao recurso de terceiros vítimas de um sinistro. Porém, o *segundo* parágrafo estabelece que «a disposição ou cláusula a que se refere [o primeiro parágrafo] pode ser oponível às pessoas que, por sua livre vontade se encontrassem no veículo causador do sinistro, sempre que a seguradora possa provar que elas tinham conhecimento de que o veículo tinha sido roubado». Tanto quanto sei, nada indica que esta disposição seja relevante para os factos em causa no processo principal.

13 A cobertura obrigatória não abrangia as partes de veículos que não estivessem equipadas com assentos para passageiros.

11. Nos termos da section 78, as seguradoras que emitem apólices de seguro automóvel na Irlanda devem ser membros do MIBI. Nessa qualidade, estão também, na prática, vinculadas pelos acordos celebrados entre o MIBI e o Estado irlandês [14].

O MIBI [15]

12. A função do MIBI consiste, especialmente, em tratar pedidos de indemnização nos casos em que um condutor de um veículo seja responsável por um acidente mas não possua seguro nem esteja em condições de indemnizar, ele próprio, a vítima de um acidente rodoviário. O MIBI foi criado em novembro de 1954 [16], no seguimento de um acordo celebrado entre o Department of Local Government (Departamento das Coletividades Locais) e as seguradoras que emitiam apólices de seguro automóvel na Irlanda. O MIBI é um organismo constituído ao abrigo do direito irlandês, que assume a forma de «company limited by guarantee», uma sociedade de responsabilidade limitada por garantia que não tem acionistas nem capital social.

13. O acordo entre a Irlanda e as seguradoras, que define o âmbito das responsabilidades e das competências do MIBI, foi objeto de várias revisões. A versão do Acordo celebrado entre o MIBI e o Minister for the Environment em 1988 é a versão que é relevante para o litígio em causa no processo principal [17]. Nos termos da cláusula 2.ª deste acordo, qualquer pessoa que pretenda obter uma indemnização junto de um condutor sem seguro ou que não tenha sido identificado pode intentar uma ação contra o MIBI. Assim, a parte lesada pode intentar uma ação contra o MIBI para exigir o cumprimento do acordo entre a Irlanda e as seguradoras, embora essa pessoa não seja parte no mesmo. Nos termos da cláusula 4.ª, o MIBI compromete-se a indemnizar as vítimas de acidentes causados por condutores sem seguro ou não identificados. Além disso, o MIBI incorre em responsabilidade se uma decisão proferida contra um condutor cuja identidade seja conhecida não for integralmente cumprida no prazo de 28 dias, desde que essa decisão abranja «qualquer responsabilidade por danos corporais ou materiais que devam estar cobertos por uma apólice de seguro válida nos termos da section 56 do [Act de 1961]». De acordo com o despacho de reenvio, não existe legislação ou outra fonte de direito público que preveja que o MIBI atue em nome do condutor sem seguro ou não identificado. Qualquer direito ou obrigação do MIBI nesse sentido decorre do Acordo celebrado entre o MIBI e o Minister.

14. Sempre que ocorra um acidente que envolva um condutor sem seguro, o MIBI procurará celebrar com esse condutor um contrato nos termos do qual este atribui ao MIBI os mesmos poderes de atuação de que gozaria a sua companhia de seguros, caso possuísse seguro. Neste caso, o MIBI atuará em seguida de modo semelhante ao modo de atuação de uma companhia de seguros normal no âmbito do tratamento de um pedido de indemnização em nome de um condutor segurado: por outras palavras, o MIBI pagará a indemnização ou ficará sub-rogado no direito do condutor de contestar a indemnização em tribunal. Se o condutor se recusar a celebrar tal contrato, o MIBI passa simplesmente a atuar em seu nome, resultando os seus poderes e as suas obrigações nesta matéria do acordo de direito privado celebrado com o Minister. Se não for celebrado um contrato com o condutor sem seguro, o MIBI terá de instaurar uma ação por enriquecimento sem causa contra esse condutor

14 V. n.º 19, *infra*.

15 A descrição que se segue foi retirada, em parte, do despacho de reenvio e das observações escritas das partes e, em parte, das respostas dadas na audiência às perguntas do Tribunal de Justiça.

16 De acordo com o despacho de reenvio, o contrato de sociedade e os estatutos sociais do MIBI datam de junho de 1946. Embora não seja claro o que se passou entre esta data e a «criação» do MIBI em novembro de 1954, é pouco provável que esses acontecimentos sejam relevantes para o presente processo. Refira-se igualmente que, aparentemente, a data de constituição do MIBI é 26 de outubro de 1955.

17 Nesse acordo, o Minister for Transport (Ministro dos Transportes) substituiu o Minister for Local Government (Ministro das Autarquias Locais) na qualidade de representante do Estado no acordo. O Acordo de 1988 era aplicável à data do acidente sofrido por E. Farrell.

para reaver uma parte da indemnização que tenha pago ou as despesas em que tenha incorrido. Se o condutor não tiver sido identificado, o MIBI atuará por força das obrigações assumidas ao abrigo do seu acordo com o Minister, mas não terá contra quem intentar uma ação com vista ao ressarcimento de uma parte da indemnização que tenha pago ou das despesas em que tenha incorrido.

15. Para além do Acordo de 1988, o Minister (atuando em representação da Irlanda) e as seguradoras assinaram mais dois acordos, em 31 de março de 2004 e em 29 de janeiro de 2009. Estes dois acordos alteram ligeiramente o Acordo de 1988. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, estes acordos alinharam o direito irlandês com a Terceira Diretiva Seguro Automóvel. Em especial, estes acordos preenchem as lacunas existentes no direito nacional no que respeita à responsabilidade de segurar os passageiros que viajam na parte traseira de veículos comerciais não equipados com assentos (e à responsabilidade relativamente aos passageiros que, com razoabilidade, deviam ter percebido que o veículo era furtado, por oposição aos que tinham efetivo conhecimento de tal facto) [18].

16. O MIBI não recebe apoio financeiro da Irlanda, sendo totalmente financiado pelos seus membros, ou seja, as seguradoras que emitem apólices de seguros de responsabilidade civil automóvel na Irlanda. Essas seguradoras pagam contribuições para um fundo geral, cujo montante é fixado no nível necessário para assumir as responsabilidades efetivamente incorridas pelo MIBI ao abrigo desse sistema [19]. Em qualquer situação (especialmente se o condutor sem seguro tivesse em tempos subscrito um seguro junto de uma seguradora identificável, mas o tivesse deixado caducar), uma determinada seguradora poderá tornar-se na «seguradora associada». Neste caso, esta seguradora assumirá as obrigações do MIBI e, se for caso disso, pagará as indemnizações e as despesas. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, os prémios do seguro automóvel que as seguradoras cobram aos clientes incluem o custo proposto para o seguro individual do condutor, bem como um elemento que reflete o custo estimado da sua obrigação de contribuir para o MIBI. Assim, os membros do MIBI (ou seja, as seguradoras) financiam, em conjunto, o pagamento das indemnizações às partes lesadas e das custas judiciais em que o MIBI incorra ou pelas quais seja responsável, juntamente com os custos administrativos do MIBI. Na prática, o financiamento é assegurado através de um mecanismo de quotas pagas pelos membros, ou seja, pelas seguradoras, que são proporcionais ao rendimento ilíquido proveniente dos prémios que estas obtêm com a sua atividade de emissão de apólices de seguro automóvel na Irlanda (ou seja, com base na sua quota de mercado, expressa em termos de valor) [20].

17. Só podem ser introduzidas alterações aos estatutos e ao contrato social do MIBI com o consentimento do ministro competente. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, este não é um requisito especial que decorra das funções específicas desempenhadas pelo MIBI, sendo antes uma regra aplicável a todas as sociedades de responsabilidade limitada por garantia nos termos da section 28 do Companies Act 1963 (Lei das Sociedades Comerciais de 1963).

18 Tanto quanto sei, nada nos factos sugere que esta disposição seja relevante para o processo principal.

19 Nos termos da cláusula 1.ª do Acordo principal celebrado entre o Department of Local Government e as companhias de seguros que oferecem seguro automóvel obrigatório na Irlanda, de 10 de março de 1955, essas seguradoras comprometiam-se a criar um organismo designado «Motor Insurers Bureau of Ireland», a tornarem-se membros desse organismo e a dotá-lo de todos os meios financeiros necessários para cumprir as suas obrigações.

20 A regulation 16A(2) das European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) (N.º 2) Regulations, 1991 [Regulamento relativo às Comunidades Europeias (n.º 2) (alteração) (seguro não vida), de 1991], introduzida pela regulation 10 das European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) Regulations 1992 [Regulamento relativo às Comunidades Europeias (alteração) (seguro não vida), de 1992], exige que os membros do MIBI financiem esse organismo e o fundo de garantia estabelecido ao abrigo do artigo 1.º, n.º 4, da Segunda Diretiva Seguro Automóvel, sendo a sua contribuição proporcional ao respetivo rendimento ilíquido proveniente dos prémios. Essas regulations encontram-se agora essencialmente reproduzidas na regulation 34(2) e (3) das European Communities (Non-Life Insurance) Framework Regulations 1994 [Regulamento-quadro relativo às Comunidades Europeias (seguro não vida), de 1994].

18. Nos termos da section 3, lida em conjugação com as sections 8 e 9 do Insurance Act 1963 (Lei dos Seguros de 1963), as seguradoras têm de possuir uma autorização para exercerem a sua atividade de seguros na Irlanda [21]. Nos termos da section 78 do 1961 Act (Lei de circulação rodoviária de 1961), a inscrição no MIBI é uma das condições necessárias para possuir essa autorização.

19. Por vezes, é necessário alterar o Acordo celebrado entre o MIBI e o Minister (por exemplo, para alargar as categorias de cobertura do seguro automóvel para as quais o MIBI é obrigado a assumir a responsabilidade no caso de o condutor não ter seguro ou não ter sido identificado). O órgão jurisdicional de reenvio refere que, se uma seguradora for membro do MIBI mas não concordar com uma alteração ao Acordo entre o MIBI e o Minister, pode deixar de ser membro do MIBI. Neste caso, porém, a seguradora deixaria de preencher os requisitos da autorização e, consequentemente, deixaria de poder operar no ramo do seguro automóvel na Irlanda.

Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais

20. Em 26 de janeiro de 1996, E. Farrell viajava numa carrinha pertencente a A. Whitty e que era conduzida por este. A carrinha não tinha sido concebida nem construída para o transporte de passageiros na parte traseira do veículo. E. Farrell estava sentada no chão da carrinha quando A. Whitty perdeu o controlo do veículo. E. Farrell sofreu danos corporais. A. Whitty não tinha seguro. De acordo com a legislação irlandesa vigente àquela época, A. Whitty não estava obrigado a possuir seguro contra os danos corporais causados por negligência a E. Farrell. Esta pertencia a uma categoria de pessoas que, embora estivessem abrangidas pela Terceira Diretiva Seguro Automóvel e gozassem de direitos de proteção ao abrigo desta diretiva, não gozavam de tais direitos ao abrigo da legislação irlandesa. Embora a Terceira Diretiva Seguro Automóvel tivesse consagrado a obrigatoriedade do referido seguro, à época em que os factos ocorreram este elemento da diretiva ainda não tinha sido transposto para o direito irlandês.

21. E. Farrell apresentou um pedido de indemnização ao MIBI.

22. O MIBI rejeitou o pedido de indemnização apresentado por E. Farrell por considerar que a legislação nacional não exigia a subscrição de um seguro que cobrisse a responsabilidade pelos danos corporais por esta sofridos.

23. E. Farrell recorreu então aos órgãos jurisdicionais irlandeses. A High Court (Supremo Tribunal, Irlanda) submeteu corretamente um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça, solicitando orientações sobre a interpretação a ser dada à Terceira Diretiva Seguro Automóvel.

24. No acórdão *Farrell* [22], o Tribunal de Justiça concluiu que o artigo 1.º da Terceira Diretiva Seguro Automóvel se opunha a uma legislação nacional nos termos da qual o seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel não cobre a responsabilidade por danos corporais causados a pessoas que viajam numa parte de um veículo automóvel que não foi concebida nem construída com assentos para passageiros. O Tribunal de Justiça decidiu ainda que esta disposição produzia efeito direto. Todavia, considerou que competia ao juiz nacional determinar se um particular podia invocar o artigo 1.º da Terceira Diretiva Seguro Automóvel contra um organismo como o MIBI [23].

21 A section 78 do 1961 Act foi introduzida pela regulation 9 das European Communities (Road Traffic) (Compulsory Insurance) Regulations 1992 [Regulamento de 1992 relativo às Comunidades Europeias (circulação rodoviária) (seguro obrigatório)], com efeitos a partir de 20 de novembro de 1992. Certas «pessoas excluídas» (principalmente autoridades criadas por lei) devem assumir o compromisso de tratar os pedidos de indemnização de terceiros em termos semelhantes aos acordados entre o MIBI e o Minister.

22 Acórdão de 19 de abril de 2007 (C-356/05, EU:C:2007:229, a seguir «*acórdão Farrell I*»).

23 Acórdão de 19 de abril de 2007, *Farrell I* (C-356/05, EU:C:2007:229, n.º 44).

25. O órgão jurisdicional de reenvio explica que, neste momento, E. Farrell já recebeu uma importância adequada a título de indemnização [24]. Porém, mantém-se um diferendo sobre a questão de saber sobre quem recai a responsabilidade pelo financiamento da indemnização paga: sobre o MIBI ou sobre o Minister, a Irlanda e o Attorney General (a seguir, coletivamente, «Estado-Membro»). O órgão jurisdicional de reenvio entende que a resposta variará consoante o MIBI seja, ou não, considerado uma emanação da Irlanda.

26. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio pediu ao Tribunal de Justiça orientações sobre as seguintes questões:

«1. Deve o critério seguido no acórdão *Foster* [sobre a questão de] saber o que constitui uma emanação de um Estado-Membro, ser interpretado no sentido de que os elementos desse critério devem ser aplicados

   a) cumulativamente, ou

   b) autonomamente?

2. Na medida em que os diferentes aspetos referidos no acórdão [*Foster*] podem, em alternativa, ser considerados fatores que devem ser devidamente tidos em conta para se chegar a uma avaliação global, existe um princípio fundamental subjacente aos diferentes elementos identificados nessa decisão que um tribunal deva aplicar na fundamentação de uma avaliação sobre a questão de saber se um determinado organismo é uma emanação do Estado?

3. É suficiente que um Estado-Membro, com o objetivo manifesto de dar cumprimento a obrigações que decorrem do direito da União, atribua a um organismo um conjunto significativo de responsabilidades, para que este seja considerado uma emanação do Estado-Membro ou é necessário, além disso, que esse organismo tenha igualmente a) poderes especiais ou b) opere sob o controlo direto ou a supervisão do Estado-Membro?»

27. O MIBI, o Minister, a Irlanda e o Attorney General, o Governo francês e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas e foram ouvidos nas suas alegações orais na audiência de 5 de julho de 2016.

24 O órgão jurisdicional de reenvio não forneceu informações específicas sobre essa indemnização e essas informações são irrelevantes para as questões colocadas.

Apreciação

Observações preliminares: contexto do critério consagrado no acórdão Foster

28. O entendimento segundo o qual o direito da União não se aplica unicamente às relações entre os Estados-Membros, conferindo também direitos aos particulares, remonta ao acórdão v*an Gend & Loos*[25]. O raciocínio subjacente ao efeito direto vertical das diretivas obedece à mesma lógica. Uma disposição clara, precisa e incondicional de uma diretiva consagra um direito que os Estados-Membros, quando promulgaram essa diretiva, concordaram que devia ser conferido aos particulares. Embora «a escolha quanto à forma e aos meios» seja deixada ao Estado-Membro quando transpõe uma diretiva para o direito nacional, a diretiva «vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar» (estas duas menções constam do terceiro parágrafo do artigo 288.º TFUE). Em princípio, os Estados-Membros devem naturalmente cumprir as suas obrigações e transpor cada diretiva, de forma integral e correta, até ao termo do prazo de transposição. A diretiva torna-se então, de certo modo, invisível, porque os direitos que confere passam a estar plenamente previstos no direito nacional.

29. Porém, nem sempre isso acontece e, nesses casos, os particulares têm de invocar a própria diretiva. Quando formulou o princípio do efeito direto vertical das diretivas, o Tribunal de Justiça salientou que um Estado-Membro não deve ser autorizado a aproveitar-se da sua própria inobservância da obrigação de transpor uma diretiva, pelo que um particular pode, assim, invocar uma disposição clara, precisa e incondicional de uma diretiva contra o próprio Estado-Membro[26].

30. A jurisprudência do Tribunal de Justiça deixa bem claro que é irrelevante a qualidade em que o Estado-Membro age[27]. Tão-pouco é condição prévia do efeito direto vertical que a parte específica do «Estado» que é demandada num processo específico seja efetivamente responsável pelo facto de o Estado-Membro não ter transposto a diretiva em questão[28].

31. Pelo contrário, a posição é a de que se o Estado-Membro tivesse transposto corretamente a diretiva, todos teriam sido obrigados a respeitar os direitos conferidos por esta diretiva aos particulares. Por conseguinte, no mínimo, todos os organismos que façam parte do Estado devem ser obrigados a respeitar esses direitos individuais.

32. Quando não seja possível invocar um direito de efeito direto diretamente aplicável (por o demandado não ser o Estado ou uma emanação do Estado), o modelo geral poderá ser descrito da seguinte forma. Uma diretiva enuncia, muitas vezes em termos bastante abstratos, os direitos que devem ser transpostos para o direito nacional e que este deverá concretizar. Uma vez que os direitos conferidos pelo direito da União têm de ser efetivos, não podem existir direitos sem os correspondentes meios de tutela («*ubi jus, ibi remedium*»). Por conseguinte, o primeiro passo consiste

25 Acórdão de 5 de fevereiro de 1963 (26/62, v*an Gend & Loos*, EU:C:1963:1): «[…] a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-Membros, mas também os seus nacionais. Por conseguinte, o direito comunitário, independente da legislação dos Estados-Membros, tal como impõe obrigações aos particulares, também lhes atribui direitos que entram na sua esfera jurídica. Tais direitos nascem não só quando é feita uma atribuição expressa pelo Tratado, mas também como contrapartida de obrigações impostas pelo Tratado de forma bem definida, quer aos particulares quer aos Estados-Membros quer às instituições comunitárias» (p. 210). Porém, a doutrina específica do efeito direto, tal como formulada pelo Tribunal de Justiça, não foi bem acolhida por todos. Num célebre artigo de 1983 intitulado «*The doctrine of "direct effect": an infant disease of Community law*» (republicado em E. L. Rev. 2015, 40(2), pp. 135-153), o juiz Pierre Pescatore defendeu que as normas jurídicas têm, por natureza, uma finalidade prática. No seu entender, qualquer norma jurídica é concebida para ser aplicada eficazmente (ou seja, tendo em vista a produção de um efeito útil). Se não for operante, não é uma norma de Direito. A aplicação prática a todos os destinatários (que mais não é do que o «efeito direto») deve ser considerada uma condição normal de qualquer norma de Direito. Por outras palavras, o «efeito direito» deve ser presumido: não tem de ser demonstrado *a priori* (v. p. 135).

26 V., entre outros, acórdão de 12 de julho de 1990, *Foster* (C-188/89, EU:C:1990:313, n.º 16 e jurisprudência referida).

27 Acórdão de 12 de julho de 1990, *Foster* (C-188/89, EU:C:1990:313, n.º 17 e jurisprudência referida).

28 Assim, no acórdão *Marshall* (acórdão de 26 de fevereiro de 1986, 152/84, EU:C:1986:84) não havia qualquer sugestão de que as autoridades hospitalares fossem minimamente responsáveis pela não transposição da diretiva em causa nesse processo.

em examinar o direito nacional para determinar se já existe algum instrumento (e, em caso afirmativo, qual) que transponha (parcialmente) a diretiva [29] e, simultaneamente, examinar se a própria diretiva estipula um meio de tutela específico que deva ser previsto pelo direito nacional para os casos de violação do direito conferido. Na etapa seguinte, deverão ser analisados aprofundadamente os meios de tutela previstos no direito nacional, para identificar os mecanismos suscetíveis de serem utilizados para ser assegurada uma tutela adequada, respeitando simultaneamente a autonomia do direito processual nacional, mediante a aplicação dos (já clássicos) princípios da equivalência e da efetividade à luz da obrigação geral de interpretação da legislação nacional em conformidade com o direito da União («interpretação conforme») [30]. A doutrina da responsabilidade civil do Estado só será relevante nos casos em que estes passos não conduzirem a uma proteção eficaz do direito garantido pelo direito da União. Consequentemente, a responsabilidade civil do Estado é um meio de tutela, não de primeiro, mas sim de último recurso.

33. O processo de análise que acabo de descrever é, muitas vezes, um exercício complexo e intrincado. Não será possível efetuar uma interpretação conforme da legislação nacional em vigor se daí resultar uma interpretação *contra legem* [31]. Para pedir uma indemnização ao Estado-Membro [32], o demandante terá de provocar a intervenção deste na qualidade de codemandado (com o concomitante desembolsar de custos, face ao Estado-Membro caso a sua ação contra o demandado principal vier a ser julgada procedente) ou de instaurar uma segunda ação contra o Estado-Membro, depois de ter tentado, sem sucesso, obter uma indemnização junto do demandado principal. Exceto nos casos em que a ação seja instaurada num cenário de incumprimento total da obrigação de transposição de uma diretiva, a condenação do Estado-Membro no pagamento de uma indemnização não é um dado adquirido [33].

34. Porém, se no direito nacional *nada* existir que possa ser considerado uma implementação do direito que deveria ter sido concedido nos termos da diretiva (como no presente caso), a escolha é binária. Se o demandado óbvio (neste caso, o MIBI) puder corretamente ser qualificado de «Estado» ou de «emanação do Estado», o demandante pode invocar diretamente os seus direitos do efeito

29 É frequente a existência de uma iniciativa legislativa anterior que tenha resultado numa transposição parcial ou imperfeita. Ainda que assim não seja, poderá existir já legislação no domínio abrangido pela diretiva que possa ser interpretada à luz dos requisitos nela estabelecidos.

30 Por uma questão de concisão, utilizarei aqui a expressão «interpretação conforme».

31 Para uma enunciação do princípio da interpretação conforme que é praticamente contemporânea ao acórdão *Foster*, v. acórdão de 13 de novembro de 1990, *Marleasing* (C-106/89, EU:C:1990:395, n.os 8 a 14) [*o acórdão Marleasing* baseia-se, ele próprio, no processo 14/83 (acórdão de 10 de abril de 1984, *von Colson e Kamann*, EU:C:1984:153, n.º 26)]. Para um exame minucioso do âmbito exato desta obrigação e dos limites desta obrigação, v. acórdão posterior de 5 de outubro de 2004, *Pfeiffer e o.* (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, n.os 107 a 119). O Tribunal de Justiça deixou absolutamente claro no acórdão *Dominguez* (acórdão de 24 de janeiro de 2012, C-282/10, EU:C:2012:33) que «a obrigação de o juiz nacional se referir ao conteúdo de uma diretiva quando procede à interpretação e aplicação das normas pertinentes do direito interno é limitada pelos princípios gerais do direito e não pode servir de fundamento a uma interpretação *contra legem* do direito nacional» (n.º 25 e jurisprudência referida).

32 O princípio subjacente a tal indemnização tem a sua origem no acórdão *Francovich e o.* (acórdão de 19 de novembro de 1991, C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428). Neste processo, as disposições da Diretiva 89/987/CEE eram incondicionais e suficientemente precisas quanto ao conteúdo da garantia de pagamento de créditos em dívida respeitantes à remuneração, mas não quanto à identidade da pessoa que deveria prestar essa garantia; por conseguinte, o Tribunal de Justiça decidiu analisar a questão de saber se existia responsabilidade civil do Estado. Declarou que, por uma questão de princípio, tal responsabilidade poderia existir e estabeleceu três condições (nos n.os 39 a 41) para apurar essa responsabilidade. O critério enunciado nesse acórdão parecia apontar no sentido da existência de uma responsabilidade objetiva caso essas condições estivessem preenchidas. No acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame* (acórdão de 5 de março de 1996, C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79), o Tribunal de Justiça deixou claro que, embora fosse esse o critério a aplicar nos casos em que um Estado-Membro estivesse sujeito à obrigação de adotar, dentro de um certo prazo, todas as medidas necessárias para alcançar o resultado imposto por uma diretiva (n.º 46), o critério nos casos em que o Estado-Membro gozasse de uma ampla margem de apreciação era o de saber se a violação era «suficientemente caracterizada» (n.º 51), ou seja, se existia uma «violação manifesta e grave, […] por um Estado-Membro […] dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação» (n.º 55).

33 Como o advogado-geral F. G. Jacobs observou de forma incisiva nos n.os 30 e 31 das suas conclusões no processo Vaneetveld (C-316/93, EU:C:1994:32):

> «30. A possibilidade oferecida ao particular, segundo o acórdão *Francovich* […], de reclamar uma indemnização por danos ao Estado-Membro em que uma diretiva não foi corretamente implementada não é, em meu entender, uma alternativa válida para a execução direta da diretiva. O queixoso seria frequentemente obrigado a desencadear dois processos judiciais distintos, simultânea ou sucessivamente, um contra o particular com quem está em litígio e outro contra as autoridades públicas, o que dificilmente seria compatível com a necessidade de uma resolução eficaz do problema.

direto decorrentes da própria diretiva (efeito direto vertical) e obter a reparação junto do demandado. Se assim não for, a única via de recurso consiste na dedução de um pedido de indemnização contra o Estado-Membro ao abrigo do princípio claramente consagrado pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Dillenkofer* [34].

Primeira questão

35. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se os elementos do critério enunciado no acórdão *Foster* devem ser aplicados de forma cumulativa ou autónoma. É uma pergunta legítima. O n.º 18 do acórdão *Foster* está formulado de modo a que os seus elementos devam ser apreciados em termos autónomos: «[…] o Tribunal de Justiça foi sucessivamente admitindo que as disposições incondicionais e suficientemente precisas de uma diretiva podem ser invocadas pelos sujeitos jurídicos contra organismos *ou* entidades que estejam sujeitas à autoridade *ou* ao controlo do Estado *ou* que disponham de poderes exorbitantes face aos que resultam das normas aplicáveis às relações entre particulares» [35]. No entanto, a formulação utilizada no n.º 20 parece ser cumulativa: «Do que precede resulta que faz, em todo o caso, parte do número dos organismos contra os quais se podem invocar as disposições de uma diretiva que sejam suscetíveis de produzir efeitos diretos um organismo que, seja qual for a sua natureza jurídica, foi encarregado, por um ato de uma autoridade pública, de prestar, sob controlo desta, um serviço de interesse público *e* que disponha, para esse efeito, de poderes especiais que exorbitem das normas aplicáveis às relações entre particulares» [36].

36. De um ponto de vista lógico, a premissa em que assenta a primeira questão é a de que os elementos identificados pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Foster* constituem uma *lista exaustiva* dos fatores que é necessário ter em conta para responder à pergunta: «o demandado é uma emanação do Estado para efeitos da determinação do efeito direito vertical?» Se os elementos do critério forem apreciados de forma autónoma, será suficiente a presença de A *ou* B *ou* C *ou* D nos factos. Se forem cumulativos, A, B, C e D terão de estar, todos eles, presentes. Mas, seja como for, a presença (ou a ausência) de um fator adicional (por exemplo, E ou F) é irrelevante. Dito de outra forma: a premissa é a de que, no acórdão *Foster*, o Tribunal de Justiça pretendeu identificar — e identificou — todos os elementos relevantes para apurar se um demandado específico é, ou não, uma emanação do Estado para efeitos da determinação do efeito direto vertical.

31. Em meu entender, não se pode contrapor que a imposição de obrigações aos particulares comprometeria a segurança jurídica. Pelo contrário, a característica mais marcante da jurisprudência existente sobre esta questão talvez seja o facto de ter gerado alguma insegurança […]. Em primeiro lugar, conduziu a uma interpretação muito ampla do conceito de Estado-Membro, de tal forma que as diretivas podem ser executadas mesmo contra empresas comerciais em que exista um certo elemento de participação ou de controlo estatal […], não obstante o facto de tais empresas não serem responsáveis pelo incumprimento dos Estados-Membros e de poderem estar em concorrência direta com empresas do setor privado contra as quais essas mesmas diretivas não podem ser executadas. Além disso, provocou grande insegurança no que respeita ao alcance da legislação nacional, tendo em conta a obrigação imposta aos órgãos jurisdicionais nacionais de alargar ao máximo o sentido dos termos da legislação nacional, de modo a tornar eficazes diretivas que não foram corretamente transpostas […]. Acresce que, nas situações em que a legislação nacional é interpretada extensivamente de modo a tornar uma diretiva eficaz, o resultado pode ser que se imponham aos particulares obrigações a que não estariam vinculados na falta da diretiva. Assim, mesmo no caso de não terem sido corretamente transpostas, as diretivas podem dar origem a obrigações para os particulares. Neste contexto, não parece ser válida a crítica segundo a qual executar diretivas diretamente contra os particulares poderia comprometer a segurança jurídica. Pelo contrário, se as disposições de uma diretiva fossem suscetíveis, em determinadas condições, de ser diretamente exequíveis em relação aos particulares, a segurança jurídica poderia sair reforçada, permitindo igualmente a instituição de um sistema mais coerente.»

34 Acórdão de 8 de outubro de 1996, *Dillenkofer e o.* (C-178/94, C-179/94 e C-188/94 a C-190/94, EU:C:1996:375, n.os 16 e 19 a 29): um corolário lógico do entendimento que o Tribunal de Justiça já enunciou no acórdão *Francovich e o.* (n.os 39 a 41) e confirmou no acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame* (n.º 46). A natureza binária desta escolha poderá explicar por que motivo E. Farrell, felizmente, já recebeu uma indemnização pelos danos sofridos (v. n.º 25, *supra*).

35 O sublinhado é meu.

36 O sublinhado é meu: a inexistência de uma conjunção antes da palavra «e» significa necessariamente que os vários elementos enumerados até esse ponto devem ser lidos cumulativamente.

37. Considero que uma análise mais aprofundada do raciocínio adotado pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Foster* revela porém, claramente, que este *não* assumiu a (delicada) tarefa de tentar prever todos os cenários factuais possíveis suscetíveis de dar origem à pergunta: «O demandado é uma emanação do Estado?» Pelo contrário, procurou abstrair-se dos processos que já se tinha pronunciado na medida necessária para dar uma resposta ao órgão jurisdicional de reenvio naquele processo específico. Se assim for, a lógica dita que a resposta à primeira questão seja a de que os elementos do critério, conforme formulado no acórdão *Foster*, não são de aplicação autónoma nem cumulativa.

38. Por conseguinte, é necessário submeter o texto do acórdão *Foster* a um breve, mas minucioso, exercício de pesquisa arqueológica [37].

39. Os factos essenciais são muito simples. Cinco trabalhadoras da British Gas Corporation (a seguir «BGC») tinham sido obrigadas a reformar-se aos 60 anos de idade, nos termos da política da BGC de exigir que os seus trabalhadores se reformassem quando atingissem a idade em que tinham direito a receber uma pensão do Estado (naquela época, 60 anos de idade para as mulheres e 65 anos de idade para os homens). Estas trabalhadoras pretendiam continuar a trabalhar e alegaram perante o Industrial Tribunal (Tribunal do Trabalho) que a política da BGC, embora não fosse proibida pelo direito nacional, violava o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 76/207/CEE do Conselho [38]. No seu entender, podiam invocar essa disposição contra a BGC.

40. As características conhecidas da BGC, tal como resultam do acórdão, eram as seguintes [39]. Nos termos do United Kingdom Gas Act 1972, do Reino Unido (Lei do Reino Unido sobre o gás de 1972), que regia a BGC à época dos factos do litígio no processo principal, esta era uma pessoa coletiva criada por lei, encarregada de desenvolver e de manter, em regime de monopólio, um sistema de distribuição de gás na Grã-Bretanha. Os membros da direção da BGC eram nomeados pelo secretário de Estado competente. Este último tinha igualmente o poder de dirigir à BGC orientações de caráter geral, no tocante a questões de interesse nacional, bem como instruções referentes à sua gestão. A BGC tinha, por seu lado, a obrigação de apresentar ao secretário de Estado relatórios periódicos sobre o desempenho das suas funções, a sua gestão e os seus programas. Esses relatórios eram seguidamente transmitidos às duas Câmaras do Parlamento. Nos termos do Gas Act 1972, a BGC tinha ainda direito de apresentar ao Parlamento projetos de lei com a autorização do secretário de Estado. Os elementos submetidos ao Tribunal de Justiça, conforme registados no relatório para a audiência, mencionavam igualmente o facto de que, à luz do direito inglês, a BGC era um «organismo público» e uma «autoridade pública» para efeitos de várias leis nacionais.

41. O Industrial Tribunal (Tribunal do Trabalho), o Employment Appeal Tribunal (Tribunal de Trabalho de Segunda Instância) e a Court of Appeal (Tribunal de Recurso) negaram provimento ao pedido das trabalhadoras. Estas recorreram para a House of Lords (Câmara dos Lordes), que submeteu um pedido de decisão prejudicial no processo ao qual foi posteriormente atribuída a referência C-188/89.

42. Depois de ter analisado uma questão prévia relativa à admissibilidade, o Tribunal de Justiça, no n.º 16 do acórdão, centrou a sua atenção no mérito da questão que lhe tinha sido submetida.

37 Sou auxiliada nesta tarefa por um curioso capricho da História: fui a referendária que trabalhou no processo com Sir Gordon Slynn, que exerceu funções de Presidente do Tribunal de Justiça no processo *Foster* e que foi o redator principal do acórdão.

38 Diretiva, de 9 de fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO 1976, L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70).

39 A exposição que se segue foi retirada dos n.os 3 a 7 do acórdão *Foster*.

43. Começou por definir os parâmetros. Primeiro, recordou (n.º 16) que o efeito útil das diretivas (que obriga os Estados-Membros a adotarem um determinado comportamento) seria enfraquecido se os particulares não o pudessem invocar e se os órgãos jurisdicionais nacionais não o pudessem tomar em consideração. Este entendimento remonta ao acórdão *Becker*, proferido em 1982 [40]. «Por conseguinte», um Estado-Membro que não tenha adotado as medidas de implementação de uma diretiva dentro do prazo de transposição fixado para o efeito não pode invocar «a sua inobservância das obrigações que esta comporta» em sua defesa no contexto de uma ação instaurada por um particular. «Assim» (outra palavra para «por conseguinte»), as disposições de efeito direto de uma diretiva podem ser invocadas (i) «contra qualquer disposição nacional que não seja conforme com a diretiva» ou (ii) «sempre que essas disposições sejam de natureza a definir direitos que os particulares possam invocar contra o Estado».

44. Em seguida (n.º 17), o Tribunal de Justiça recordou que, no acórdão *Marshall* [41], tinha já declarado que, para efeitos do efeito direto vertical, era irrelevante a qualidade específica em que o Estado, enquanto demandado, agia (no acórdão *Marshall*, era «qualquer que seja a qualidade […] [em que o Estado aja], a de empregador ou a de autoridade pública»). E, nesta sede, o Tribunal de Justiça precisou por que motivo considerava que as diretivas deveriam produzir um efeito direto vertical contra os Estados-Membros: «Num e noutro caso, *deve, com efeito, evitar-se que o Estado possa tirar proveito da sua inobservância do direito [da União]* [42]».

45. Em seguida (n.º 18), o Tribunal de Justiça propôs uma definição dos tipos de demandados contra os quais os particulares podem invocar «as disposições incondicionais e suficientemente precisas de uma diretiva» (em resumo, o que constitui uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical). A frase introdutória «[c]om base nestas considerações, o Tribunal de Justiça foi sucessivamente admitindo que […]» serve para informar o leitor de que o Tribunal de Justiça está prestes a enunciar uma fórmula abstrata, cujos elementos podem ser extraídos da jurisprudência existente.

46. Assim, não surpreende que, imediatamente a seguir (n.º 19), o Tribunal de Justiça prove a sua afirmação de que todas as considerações que acabou de tecer se baseiam na jurisprudência existente. A lista de acórdãos mencionados neste número é antecedida da fórmula «*Assim*, o Tribunal de Justiça declarou que […]». Aos acórdãos referidos — *Becker* («autoridades fiscais») [43], *Busseni* («autoridades fiscais») [44], *Costanzo* («coletividades territoriais») [45], *Johnston* («autoridades constitucionalmente

40 Acórdão de 19 de janeiro de 1982 (8/81, EU:C:1982:7). No acórdão *Becker*, a demandada era a autoridade fiscal municipal. Do ponto de vista orgânico, fazia parte do Estado, encontrava-se sob a autoridade e o controlo do Estado e possuía «poderes exorbitantes» para cobrar impostos com o objetivo de facilitar a realização das despesas públicas autorizadas.

41 Acórdão de 26 de fevereiro de 1986 (152/84, EU:C:1986:84). No acórdão *Marshall*, a recorrida era a Southampton and South-West Hampshire Health Authority (a organização responsável, à data relevante, pelos hospitais e serviços médicos na respetiva área geográfica). Do ponto de vista da orgânica, não fazia parte do Estado, mas estava sujeita à autoridade e ao controlo do Estado. O acórdão não refere se possuía ou não «poderes exorbitantes» e nada sugere que possuísse efetivamente tais poderes (v., além disso, *infra, n.º* 49). Estava claramente incumbida da missão de servir o interesse público através da prestação de serviços de saúde adequados na respetiva área. Por conseguinte, em termos funcionais, podia considerar-se que agia em nome do Estado.

42 O sublinhado é meu.

43 O sublinhado é meu. Acórdão de 19 de janeiro de 1982 (8/81, EU:C:1982:7).

44 Acórdão de 22 de fevereiro de 1990 (C-221/88, EU:C:1990:84). O Tribunal de Justiça concluiu que, na falta de qualquer medida nacional de transposição, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço («CECA») podia, no termo do prazo fixado para a transposição de uma recomendação, prevalecer-se desta contra um Estado-Membro que não a tivesse transposto; porém, o reconhecimento do caráter preferencial dos seus créditos apenas teria efeito face a esse Estado, colocando esta Comunidade em concurso com ele. Assim, não reduzia os direitos dos demais credores, tal como resultariam da aplicação das normas nacionais que regem o concurso de credores no caso de não existir a recomendação. V. n.º 30 e ponto 1) do dispositivo.

45 Acórdão de 22 de junho de 1989 (103/88, EU:C:1989:256). A demandada no acórdão *Costanzo* era a giunta municipale de uma comuna italiana. Em termos orgânicos, fazia parte do Estado, partilhando as funções orgânicas estatais de autoridade e controlo, possuindo os típicos poderes estatais (como o poder de regulamentar) e tinha por objetivo servir o interesse público.

independentes encarregadas da manutenção da ordem e da segurança públicas»)[46] e *Marshall* («autoridades públicas que assegurem serviços de saúde públicos»)[47] — correspondem a um ou a vários dos elementos individuais expostos pelo Tribunal de Justiça na fórmula abstrata enunciada no n.º 18.

47. Neste momento, chamo a atenção para o facto de que a sequência dos n.ºs 18 e 19 do acórdão poderia facilmente ter sido a inversa. Independentemente de se dizer «(i) eis como irei formular o critério em termos abstratos; e (ii) as características que identifiquei estão presentes nos seguintes acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça» (a verdadeira ordem desses números) ou «(i) eis vários acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça que apresentam certas características; pelo que (ii) é assim que irei formular o critério em termos abstratos» (a ordem inversa), o raciocínio é essencialmente o mesmo.

48. O Tribunal de Justiça poderia ter-se ficado por esta formulação abstrata. Em bom rigor, a resposta à questão específica de saber se *a BGC* era uma emanação do Estado à luz daquele critério era uma matéria que competia ao órgão jurisdicional decidir com base nos factos[48]. No entanto, esse órgão jurisdicional tinha perguntado expressamente se a «British Gas Corporation […] era uma entidade jurídica de tal natureza que as recorrentes podem, fundamentadamente, invocar diretamente a [Diretiva 76/207] perante os órgãos jurisdicionais ingleses, de modo a terem direito a uma indemnização por a política de reforma da British Gas Corporation ser contrária àquela diretiva?» e o Tribunal de Justiça declarou evidentemente que possuía elementos suficientes para fornecer orientações claras quanto à resposta que deveria ser dada[49]. Os vários elementos factuais sobre a BGC eram suficientes para demonstrar *que, na verdade, a BGC satisfazia cada um dos critérios enumerados*[50]. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça declarou (no n.º 20) que «[d]o que precede resulta que» um organismo que combine as várias características identificadas no n.º 18 (juntamente com vários comentários adicionais) «*faz, em todo o caso, parte* do número dos organismos contra os quais se podem invocar as disposições de uma diretiva que sejam suscetíveis de produzir efeitos diretos»[51].

49. Abro aqui um parêntesis para referir que, no meu entender, os comentários adicionais constantes do n.º 20 se enquadram melhor na tese segundo a qual esse número diz respeito à *aplicação* da fórmula abstrata à BGC do que na tese segundo a qual enuncia o próprio critério. Em primeiro lugar, temos a referência a «*um organismo, seja qual for a sua natureza jurídica*», que alarga (talvez de modo algo inadvertido) a aplicação do antigo critério retirado da jurisprudência, que envolve essencialmente

46 Acórdão de 15 de maio de 1986 (222/84, EU:C:1986:206). O demandado no processo *Johnston* era o Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary: o funcionário responsável pelo serviço de polícia na Irlanda do Norte. O acórdão descreve o serviço de polícia (na pessoa do seu Chief Constable) como uma autoridade pública independente que exerce a autoridade e o controlo do Estado, que possui «poderes exorbitantes» (uma vez que o Estado possui o monopólio do recurso legítimo à força) e está encarregada da manutenção da ordem e segurança públicas.

47 Acórdão de 26 de fevereiro de 1986 (152/84, EU:C:1986:84). Já descrevi a natureza do demandado nesse processo (v. nota de pé de página 42, *supra*). Quanto à inexistência de qualquer indicação de que o demandado nesse processo possuía «poderes exorbitantes», v. n.º 49, *infra*.

48 Com efeito, o Tribunal de Justiça tinha observado anteriormente (no n.º 15) que era «competente para determinar, a título prejudicial, as categorias dos sujeitos jurídicos contra os quais podem ser invocadas as disposições de uma diretiva», ao passo que incumbia «aos órgãos jurisdicionais nacionais decidir se uma das partes num litígio que lhes caiba resolver pertence a uma das categorias assim definidas».

49 Não é inédito que o Tribunal de Justiça forneça ao órgão jurisdicional de reenvio indícios claros sobre qual deveria ser o resultado da aplicação da fórmula abstrata que acaba de enunciar. Encontramos um exemplo flagrante, cerca de seis anos após o acórdão *Foster*, no «terceiro processo Factortame» (acórdão de 5 de março de 1996, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79). No n.º 51 desse acórdão, o Tribunal de Justiça formulou o critério aplicável nos casos em que um Estado-Membro está obrigado a indemnizar por violação do direito da União e, no n.º 56, enunciou em termos gerais «os elementos que o órgão jurisdicional competente pode ser levado a considerar». Seguidamente, nos n.ºs 58 a 64, o Tribunal de Justiça forneceu orientações aos dois órgãos jurisdicionais de reenvio — o Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça) e a High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, respetivamente — sobre as respostas prováveis («[…] considera útil recordar determinados elementos que os órgãos jurisdicionais nacionais poderiam tomar em consideração»). Os diversos elementos desfavoráveis identificados nos n.ºs 61 a 64 relativamente à adoção do Merchant Shipping Act 1988 pelo Governo do Reino Unido apontavam para a conclusão de que, naquele caso, deveria existir responsabilidade civil. Não obstante a forte oposição expressa por esse Governo quando o processo regressou aos tribunais nacionais, foi esse efetivamente o resultado.

50 O Tribunal de Justiça parece ter baseado a sua conclusão de que a BGC tinha poderes exorbitantes no facto de esta possuir o monopólio da distribuição de gás (n.º 3).

51 O sublinhado é meu.

autoridades *públicas*, a outros organismos que poderão ter «natureza jurídica» em parte pública e em parte privada, ou até mesmo exclusivamente privada, ao invés de exclusivamente pública [52]. Em segundo lugar, temos a indicação de que o organismo em questão «foi encarregado, por um ato de uma autoridade pública, de *prestar […] um serviço de interesse público*» (não existe referência expressa à «prestação de um serviço de interesse público» no n.º 18). Em terceiro lugar, os «*poderes especiais que exorbitem* das normas aplicáveis às relações entre particulares» (já identificados no n.º 18) são conferidos «*para esse efeito*» — ou seja, para habilitar o referido organismo a prestar um serviço de interesse público. Em quarto lugar, enquanto que três dos organismos mencionados na jurisprudência referida no n.º 19 dispunham de «poderes exorbitantes», o mesmo não sucedia com o quarto (a autoridade sanitária no processo *Marshall*). Esta discrepância leva-nos a questionar se essa característica deve ser considerada um elemento necessário da definição daquilo que constitui uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical. Porém, a BGC *possuía* esses poderes exorbitantes [53]. Esses comentários adicionais explicam ao órgão jurisdicional nacional (de forma muito pouco hermética) que os factos sobre a BGC apurados pelo Tribunal de Justiça com base no despacho de reenvio são suficientes para a qualificar de emanação do Estado.

50. Mais reveladora, contudo, é a expressão «*faz, em todo o caso, parte*», pois confirma que, no n.º 20, o Tribunal de Justiça não pretende formular qualquer tipo de critério geral ou de abranger todas as eventualidades que possam ocorrer no futuro. Debruçando-se sobre o caso concreto, indica o seguinte ao órgão jurisdicional nacional: «Ainda que *outros* organismos possam (ou não) ser emanações do Estado, um organismo que apresente *todas* estas características *é* uma emanação do Estado — que é a resposta à questão colocada».

51. Esta leitura é reforçada pelas considerações tecidas entre o n.º 20 e o dispositivo do acórdão. No n.º 21, o Tribunal de Justiça recordou que, no acórdão *Marshall* [54], tinha já sido declarado que o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 76/207 preenchia o critério relativo ao efeito direto. Os n.ºs 20 e 21 são então conjugados (no n.º 22, reproduzido no dispositivo do acórdão) para dar ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta à questão submetida. A expressão «faz, em qualquer caso, parte», que consta do n.º 20, é omitida no dispositivo, dado ser desnecessária (e até mesmo desadequada).

52. Concluo que, no acórdão *Foster*, o Tribunal de Justiça não pretendia tentar enumerar exaustivamente e definitivamente os elementos do critério daquilo que é uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical. Elaborou uma fórmula abstrata a partir da jurisprudência existente (n.º 18), que aplicou depois, com comentários adicionais, para identificar um organismo cujas características significavam que fazia, em qualquer caso, parte da categoria das emanações do Estado (n.º 20). E a decisão termina aí. Nem a formulação do critério propriamente dito com base na jurisprudência preexistente, no n.º 18, nem a aplicação desse critério no n.º 20 pretendem ser exaustivas; e tanto a lógica como o bom senso opõem-se a que sejam retrospetivamente qualificadas como tal.

53. Daqui decorre que a resposta à primeira questão é a de que o critério enunciado no acórdão *Foster* para determinar aquilo que constitui uma emanação do Estado para efeitos do efeito vertical das diretivas consta do n.º 18, e não do n.º 20, desse acórdão. Os elementos deste critério não devem ser lidos nem cumulativamente nem autonomamente. O referido critério enumera simplesmente, de forma não exaustiva, os elementos que poderão ser pertinentes para tal apreciação.

54. Antes de me debruçar sobre a segunda questão, seria importante abrir um parêntesis para abordar brevemente uma característica curiosa dos elementos a que o Tribunal de Justiça recorreu para elaborar o critério: trata-se da referência aos «poderes exorbitantes». Na versão francesa em que o projeto de acórdão foi originalmente redigido e que foi submetida a votação, o termo utilizado era «

52 V. ainda n.ºs 62, 79 a 105, 114 e 120(1), *infra*.

53 V. nota de pé de página 50, *supra*.

54 Acórdão de 26 de fevereiro de 1986 (152/84, EU:C:1986:84).

pouvoirs exorbitants» — um termo técnico do direito administrativo francês, cuja tradução por «*special powers*» (poderes especiais) na versão inglesa não é a mais adequada [55]. O *locus classicus* relativo ao conceito de serviço público no direito administrativo francês é, segundo creio, a decisão do Tribunal des conflits de 8 de fevereiro de 1873 no processo *Blanco* [56], que reconheceu a possibilidade de o Estado incorrer em responsabilidade civil por atos praticados pelos «serviços públicos» e, simultaneamente, a competência exclusiva dos tribunais administrativos (por oposição aos tribunais civis ordinários) para conhecerem desses casos [57]. O acórdão do Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, França) no processo *Bureau Veritas* [58] fornece mais orientações úteis sobre o conceito do direito francês de «*l'exercise des prérogatives de puissance publique [...] conférées pour l'exécution de la mission de service public dont [la société en question] est investie*» [o exercício de prerrogativas de direito público [...] conferidas tendo em vista o cumprimento da missão de serviço público de que [a sociedade em questão] foi incumbida). No entanto, no acórdão *Foster*, o Tribunal de Justiça não procura definir os «poderes exorbitantes» para efeitos do direito da União, limitando-se a referir que são poderes especiais «que exorbitem das normas aplicáveis às relações entre particulares». Voltarei a esse conceito quando analisar, em especial, a terceira questão prejudicial [59].

Segunda questão

55. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber — partindo do pressuposto de que os elementos enumerados no acórdão *Foster* constituem um conjunto de fatores que devem ser tidos em consideração (como sugeri na resposta que proponho à primeira questão) e não um critério restritivo cujos elementos são de aplicação cumulativa — se existe um princípio fundamental subjacente aos diferentes elementos identificados que um órgão jurisdicional nacional deva aplicar aos factos do litígio que foi chamado a dirimir, para determinar se um certo demandado é, ou não, uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical das diretivas.

56. É necessário começar por perguntar se a jurisprudência posterior ao acórdão *Foster* indica, de forma conclusiva, se o Tribunal de Justiça optou efetivamente, *desde* esse acórdão, pela aplicação autónoma ou cumulativa dos elementos do critério (caso em que a segunda questão se torna redundante) ou se atribuiu um peso especial a um ou a outro dos elementos que identificou no acórdão *Foster*.

55 Uma vez que o pedido de decisão prejudicial foi apresentado por um órgão jurisdicional do Reino Unido, sendo a versão do acórdão em língua inglesa o texto que «faz fé», a tradução proposta foi analisada pelo juiz do Reino Unido (Sir Gordon Slynn) e pela sua referendária (eu própria) em conjunto com o então chefe do serviço de tradução de inglês do Tribunal de Justiça. Estávamos cientes de que a expressão «*special powers*» não captava totalmente as nuances do texto francês, mas, naquela altura, ninguém logrou sugerir uma melhor solução. A leitura de algumas das outras versões linguísticas do acórdão revela que a expressão foi traduzida para espanhol por «*poderes exorbitantes*», para alemão por «*besondere Rechte*», para italiano por «*poteri*» (sem qualquer referência ao facto de os poderes serem «exorbitantes»), para neerlandês por «*bijzondere bevoegdheden*» e para português por «poderes exorbitantes» (n.º 18) e «poderes especiais» (n.ºs 20 e 22). Afigura-se, assim, que a tradução da referida expressão para algumas línguas foi consideravelmente mais fácil do que para outras.

56 Decisão do Tribunal des conflits de 8 de fevereiro de 1873, 00012, publicada no recueil Lebon (o texto em língua francesa pode ser consultado em https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886).

57 O processo *Blanco* dizia respeito a uma ação de indemnização instaurada em nome de um menor que tinha sofrido danos corporais em virtude de atos praticados pelos trabalhadores da Administration des tabacs de Bordéus. A parte crucial da (sucinta) decisão tem a seguinte redação: «Considerando que a responsabilidade do Estado pelos danos causados aos particulares por atos praticados por funcionários que prestam um serviço público não se pode reger pelos princípios estabelecidos no Código Civil para as relações entre particulares, que essa responsabilidade não é geral nem absoluta; que tem as suas regras especiais que variam consoante as necessidades do serviço e a exigência de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados; que, consequentemente, [...] as autoridades administrativas têm competência exclusiva para delas conhecer».

58 Acórdão de 23 de março de 1983, Conseil d'État, *SA Bureau Véritas et autres*, n.º 33803, 34462. O processo *Bureau Veritas* dizia respeito a um recurso de revista interposto pela Bureau Veritas e pelo Estado francês na sequência de uma ação de indemnização instaurada por uma companhia aérea contra a Bureau Veritas, na qualidade de organismo competente para a emissão de certificados de aeronavegabilidade, pelos danos sofridos com o atraso na emissão de tal certificado. O Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) considerou que o Estado tinha confiado à Bureau Veritas uma missão de serviço público e que esta exercia poderes públicos para esse efeito. Consequentemente, entendeu que o Estado não era, ele próprio, responsável pelos danos causados.

59 V. n.ºs 129 e segs., *infra*.

57. No meu entender, a resposta a ambas as perguntas é, sucintamente, «não», mas, por uma questão de rigor, procederei em seguida a uma análise um pouco mais aprofundada dessa jurisprudência. Abordarei essa jurisprudência pela ordem cronológica na qual os vários acórdãos foram proferidos.

58. A primeira decisão pertinente proferida após o acórdão *Foster* foi o acórdão proferido no processo *Kampelmann e o.*[60]. H. Kampelmann e três dos seus colegas, os demandantes nos processos C-253/96 a C-256/96, eram trabalhadores do Landschaftsverband (Conselho Regional), que era responsável, nomeadamente, pela construção e pela manutenção das estradas da região de Westfalen-Lippe e pela gestão de vários serviços rodoviários do *Land*[61]. A. Schade (processo C-257/96) e K. Haseley (processo C-258/96) eram trabalhadores, respetivamente, da Stadtwerke Witten (Departamento das Obras Municipais de Witten) e da Stadtwerke Altena (Departamento das Obras Municipais de Altena), empresas públicas que reagrupavam os serviços de distribuição de energia das cidades, respetivamente, de Witten e de Altena[62]. Os demandantes pretendiam invocar diretamente contra os respetivos empregadores o artigo 2.º, n.º 2, alínea c), ii), da Diretiva 91/533 do Conselho[63] no contexto de um litígio que dizia respeito à sua classificação. Tendo concluído que esta disposição era diretamente aplicável[64], o Tribunal de Justiça expôs uma versão ampliada dos critérios autónomos enumerados no n.º 18 do acórdão *Foster*[65] e respondeu à segunda questão do órgão jurisdicional nacional reiterando a fórmula expressa no n.º 18 do acórdão *Foster*[66].

59. A demandada no processo *Collino e Chiappero*[67] era a Telecom Italia, a empresa que sucedeu a uma série de empresas às quais o Estado italiano tinha atribuído a concessão, em regime de exclusividade, dos serviços de telecomunicações de utilização pública[68]. Os demandantes pretendiam impugnar as modalidades de transferência do concessionário original para o concessionário seguinte[69]. O órgão jurisdicional de reenvio considerava que, objetivamente, tinha ocorrido a transferência de uma empresa, mas observou que o direito italiano tinha introduzido um regime especial que derrogava o regime geral aplicável às transferências de empresas, o que implicava a improcedência do pedido dos demandantes. O órgão jurisprudencial de reenvio perguntava ao Tribunal de Justiça se as disposições derrogatórias estabelecidas pela Lei italiana n.º 58/92 eram compatíveis com a Diretiva 77/187/CEE do Conselho[70].

60. A Telecom Italia impugnou a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, alegando que o órgão jurisdicional «não pode, em qualquer caso, aplicar as disposições da [Diretiva 77/187] ao litígio no processo principal, em que intervêm exclusivamente particulares»[71]. O Tribunal de Justiça reconheceu que, de acordo com jurisprudência constante, uma diretiva não pode ter efeito direto horizontal; mas prosseguiu recordando tanto o princípio da interpretação conforme como o facto de

60 Acórdão de 4 de dezembro de 1997 (C-253/96 a C-258/96, EU:C:1997:585).

61 N.º 12 do acórdão.

62 N.º 17 do acórdão.

63 Diretiva, de 14 de outubro de 1991, relativa à obrigação de a entidade patronal informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato ou à relação de trabalho (JO 1991, L 288, p. 32).

64 N.º 45 do acórdão.

65 «[Ao invés, uma diretiva] pode ser invocada contra organismos ou entidades submetidas à autoridade ou ao controlo do Estado ou que disponham de poderes especiais que ultrapassam os que resultam das normas aplicáveis nas relações entre particulares, tais como pessoas coletivas territoriais ou organismos que, qualquer que seja a sua forma jurídica, foram encarregados, por força de um ato de autoridade pública, de prestar, sob o controlo desta última, um serviço de interesse público» (n.º 46). Curiosamente, este número do acórdão não faz referência nem ao n.º 18 nem ao n.º 20 do acórdão *Foster*, mas sim ao n.º 19, bem como ao n.º 31 do acórdão *Costanzo* (acórdão de 22 de junho de 1989, 103/88, EU:C:1989:256) («[…] preenchidas as condições exigidas pela jurisprudência do tribunal para as normas de uma diretiva poderem ser invocadas pelos particulares perante os tribunais nacionais, todos os órgãos da Administração, incluindo as entidades descentralizadas, tais como as comunas, têm o dever de aplicar aquelas disposições»).

66 N.º 47 do acórdão e ponto 2 do dispositivo.

67 Acórdão de 14 de setembro de 2000 (C-343/98, EU:C:2000:441).

68 V. n.ºs 7 a 9 do acórdão.

69 V. n.ºs 10 a 13 do acórdão.

70 Diretiva, de 14 de fevereiro de 1977, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos (JO 1977, L 61, p. 26).

71 N.º 19 do acórdão.

que, quando os particulares estejam em condições de invocar uma diretiva contra o Estado, podem fazê-lo qualquer que seja a qualidade em que este aja, pois é necessário evitar que um Estado tire proveito da sua inobservância do (à época) direito comunitário. Em seguida, o Tribunal de Justiça citou o n.º 20 do acórdão *Foster* e deixou ao órgão jurisdicional nacional a verificação da possibilidade de os demandantes invocarem diretamente a Diretiva 77/187, tendo-se debruçado sobre a resposta às questões colocadas quanto ao mérito [72].

61. No processo *Rieser Internationale Transporte* [73], a demandante, uma empresa de transportes, pedia o reembolso das portagens que considerava ter pago em excesso pela utilização da autoestrada do Brenner. A demandada («Asfinag») era o organismo responsável pela construção, planeamento, exploração, manutenção e financiamento das autoestradas e das vias rápidas austríacas, incluindo a autoestrada do Brenner, ao abrigo de um contrato de usufruto por ela celebrado com o seu único acionista, o Estado austríaco. A empresa de transportes (e a Comissão) considerava que as disposições pertinentes das diretivas em causa podiam ser opostas a uma entidade como a Asfinag devido às estreitas ligações que uniam essa sociedade ao Estado na gestão das autoestradas austríacas. A Asfinag discordava dessa interpretação, alegando que estava constituída sob a forma de uma sociedade anónima de direito privado, que a sua direção não estava vinculada por instruções que emanassem dos órgãos do Estado austríaco, que não desempenhava nenhuma missão estatal e que recebia as portagens por sua própria conta [74].

62. Depois de citar os princípios subjacentes ao efeito direto vertical, consagrados nos acórdãos *Becker* [75], *Marshall* [76] e *Foster* [77], o Tribunal de Justiça enunciou, *ipsis verbis*, o critério referido no n.º 20 do acórdão *Foster*, conforme foi reproduzido no acórdão *Collino e Chiappero* [78]. Em seguida, lançou-se numa cuidadosa análise dos elementos que lhe foram fornecidos no despacho de reenvio [79]. O Tribunal de Justiça considerou que resultava desses elementos que a Asfinag era um organismo que tinha sido encarregado, através de um ato da autoridade pública, de desempenhar, sob a fiscalização desta última, um serviço de interesse geral, e que dispunha, para esse efeito, de poderes exorbitantes relativamente às regras aplicáveis nas relações entre particulares [80]. Consequentemente, o Tribunal de Justiça concluiu que «tal organismo faz parte, seja qual for a sua forma jurídica, das entidades contra as quais se podem invocar as disposições de uma diretiva que sejam suscetíveis de produzir efeitos diretos» [81].

63. Segundo a leitura que faço do acórdão *Rieser Internationale Transporte*, o Tribunal de Justiça fez aí exatamente o que tinha anteriormente feito no acórdão *Foster*. Em face dos elementos de que dispunha, considerou que estava em condições de concluir que a Asfinag preenchia *todos* os elementos enumerados no acórdão *Foster*. Consequentemente, a Asfinag «faz[ia], em todo o caso, parte» dos organismos contra os quais um particular podia invocar o efeito direto vertical das diretivas. Acrescente-se que o acórdão *Rieser Internationale Transporte* não deixa margem para dúvidas de que uma sociedade anónima de direito privado, cuja direção não está vinculada por instruções que emanam do Estado pode, ainda assim, ser considerada uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical das diretivas.

72 V. n.os 20 a 25 do acórdão. O facto de o Tribunal de Justiça ter recorrido ao n.º 20 do acórdão *Foster* (no qual se declara que um organismo que preencha os critérios indicados «faz, em todo o caso, parte» do conjunto de organismos contra os quais é possível invocar as disposições de uma diretiva que sejam suscetíveis de produzir efeitos diretos) pode ser entendido como uma leve sugestão feita ao órgão jurisdicional de reenvio de que a Telecom Italia era efetivamente uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical.

73 Acórdão de 5 de fevereiro de 2004 (C-157/02, EU:C:2004:76).

74 V. n.os 20 e 21 do acórdão.

75 Acórdão de 19 de janeiro de 1982 (8/81, EU:C:1982:7, n.os 23 a 25).

76 Acórdão de 26 de fevereiro de 1986 (152/84, EU:C:1986:84, n.º 49).

77 Acórdão de 12 de julho de 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313, n.os 16 e 17).

78 Acórdão de 14 de setembro de 2000 (C-343/98, EU:C:2000:441, n.º 23).

79 V. n.os 25 e 26 do acórdão.

80 N.º 27 do acórdão. Porém, no que respeita ao elemento «poderes exorbitantes» do critério, v. também n.º 130 e segs., *infra*.

81 V. n.º 28 do acórdão.

64. O processo *Sozialhilfeverband Rohrbach*[82] tinha por objeto a questão de saber se os contratos de trabalho dos trabalhadores da Sozialhilfeverband, uma organização de assistência social de direito público, tinham sido transferidos, respetivamente, para duas novas sociedades de responsabilidade limitada de direito privado, cujo único acionista era a Sozialhilfeverband. O reenvio foi decidido por meio de despacho fundamentado, em conformidade com o que é atualmente o artigo 99.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. O Tribunal de Justiça parece ter privilegiado o facto de as novas sociedades de responsabilidade limitada estarem sob o controlo do acionista único, que era, ele próprio, uma emanação do Estado. Tanto quanto me é dado a perceber, o Tribunal de Justiça não analisou verdadeiramente a questão de saber se a Sozialhilfeverband possuía poderes exorbitantes[83].

65. No processo *Vassallo*[84], o demandado era um hospital e a questão de saber se era uma emanação do Estado foi suscitada no contexto de uma questão prévia de inadmissibilidade. O hospital observou que não dependia nem do Estado italiano nem de nenhum ministério. Era um estabelecimento autónomo com diretores próprios, que eram obrigados, no quadro da sua gestão, a aplicar as regras do direito interno, regras que não podiam pôr em causa nem derrogar[85]. O Tribunal de Justiça limitou-se a declarar que resultava da decisão de reenvio que o órgão jurisdicional nacional considerava assente o facto de que esse hospital era uma instituição do setor público vinculada à Administração Pública. Isso foi suficiente para que o Tribunal de Justiça concluísse (recorrendo à mesma formulação alargada do critério para identificar uma emanação do Estado que tinha utilizado no acórdão *Kampelmann e o.*) que a questão prévia da inadmissibilidade não merecia provimento[86]. Mais uma vez, não encontro nenhuma análise a «poderes exorbitantes» no exame levado a cabo pelo Tribunal de Justiça. Nem sequer é intrinsecamente provável (v. acórdão *Marshall*) que um hospital público possuísse tais poderes.

66. No acórdão *Farrell I*, o Tribunal de Justiça enunciou o critério constante do n.º 20 do acórdão *Foster* (bem como do n.º 23 do acórdão *Collino e Chiappero* e do n.º 24 do acórdão *Rieser Internationale Transporte*), e não o constante do n.º 18 do acórdão *Foster*. Contudo, logo em seguida, o Tribunal de Justiça declarou expressamente que não dispunha de elementos suficientes para determinar se o MIBI era ou não uma emanação do Estado e, consequentemente, deixou essa questão à apreciação do órgão jurisdicional nacional[87], o que conduziu em seguida à apresentação do presente reenvio prejudicial.

67. No processo *Dominguez*[88], foi submetida à Grande Secção uma ação instaurada ao abrigo da Diretiva Tempo de Trabalho (reformulada) (Diretiva 2003/88/CE[89]), cuja autora foi uma trabalhadora que se opunha ao Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, que, conforme observou o Tribunal de Justiça, era «um organismo que atua no domínio da segurança social»[90]. O Tribunal de Justiça limitou-se a enunciar o n.º 20 do acórdão *Foster* e deixou ao órgão jurisdicional nacional a tarefa de determinar se era possível invocar contra esse demandado uma disposição do direito da União que era diretamente aplicável (artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2003/88)[91]. Uma vez mais, o Tribunal de Justiça não se pronunciou expressamente sobre a questão de saber se o demandado possuía poderes exorbitantes.

82 Despacho de 26 de maio de 2005 (C-297/03, EU:C:2005:315).

83 Os factos que serviram de fundamento à decisão do Tribunal de Justiça são descritos nos n.ºs 11 e 12 do despacho fundamentado. A breve análise que o Tribunal de Justiça faz da primeira questão (a questão relevante para o presente caso) consta dos n.ºs 27 a 30. Não faz qualquer referência a «poderes exorbitantes».

84 Acórdão de 7 de setembro de 2006 (C-180/04, EU:C:2006:518).

85 N.º 24 do acórdão.

86 V. n.ºs 26 e 27 do acórdão.

87 Acórdão de 19 de abril de 2007, *Farrell I* (C-356/05, EU:C:2007:229, n.ºs 40 e 41).

88 Acórdão de 24 de janeiro de 2012 (C-282/10, EU:C:2012:33).

89 Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho (JO 2003, L 299, p. 9).

90 N.º 36 do acórdão.

91 V. n.ºs 39 e 40 do acórdão.

68. No processo *Carratù*[92] o Tribunal de Justiça teve de conhecer das cláusulas de fixação de um termo em contratos de trabalho. A demandada era a Poste Italiane (serviço postal italiano). O Tribunal de Justiça expôs de forma sucinta o seu raciocínio sobre o argumento da emanação do Estado[93]. Recordou que a Poste Italiane era um organismo inteiramente detido pelo Estado italiano por intermédio do seu acionista único, o Ministério da Economia e das Finanças, e que estava sujeita ao controlo do Estado e da Corte dei Conti (Tribunal de Contas), sendo que um representante deste tinha lugar no Conselho de Administração da Poste Italiane. Face a este contexto, o Tribunal de Justiça concluiu que a Poste Italiane preenchia a versão cumulativa dos elementos identificados no acórdão *Foster*, pelo que figurava «de entre as entidades» contra as quais podia ser invocado o efeito direto vertical[94].

69. Confesso que não tenho absoluta certeza de ter compreendido plenamente a decisão proferida no processo *Portgás* (Quinta Secção)[95], cujo acórdão foi proferido no mesmo dia que o acórdão *Carratù* (Terceira Secção).

70. À época dos factos, a *Portgás* era uma sociedade anónima de direito português que era concessionária exclusiva de um serviço púbico na aceção do artigo 2.º da Diretiva 93/38/CEE do Conselho[96]. Tinha recebido apoio financeiro da União no âmbito do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, que utilizava, nomeadamente, para financiar a aquisição de contadores de gás. No seguimento de uma auditoria, uma entidade do Estado português (o gestor do Programa Operacional Norte) determinou a recuperação dessa contribuição financeira, por a *Portgás* ter violado as disposições do direito da União pertinentes constantes da Diretiva 93/38 aplicáveis à adjudicação de tais contratos públicos. Essas disposições não tinham ainda sido transpostas para o direito português. Era a *Portgás* uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical das diretivas e, em caso afirmativo, podia o próprio Estado português invocar a diretiva não transposta contra a *Portgás*?

71. Nas suas conclusões, o advogado-geral N. Wahl dividiu a sua análise em duas partes: (i) contra quem, e (ii) por quem podem ser «verticalmente» invocadas as disposições diretamente aplicáveis de uma diretiva? Tomou como ponto de partida o n.º 20 do acórdão *Foster*, considerando que «consagra[va]» o critério estabelecido pelo Tribunal de Justiça nesse processo[97]. Concluiu que o facto de a *Portgás* ser uma concessionária de um serviço público e uma entidade adjudicante na aceção do artigo 2.º da Diretiva 93/38 não significava necessariamente que devesse ser considerada uma emanação do Estado; e que, uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio «não [tinha fornecido] informações suficientes sobre a *Portgás* para determinar se a referida empresa dispunha, à data dos factos controvertidos, de poderes exorbitantes e se encontrava submetida ao controlo das autoridades públicas, [cabia], de acordo com a regra enunciada no acórdão [*Foster*] e a abordagem

92 Acórdão de 12 de dezembro de 2013 (C-361/12, EU:C:2013:830).

93 Todas as informações que se seguem sobre este processo foram retiradas dos n.ºs 29 a 31 do acórdão.

94 Curiosamente, o Tribunal de Justiça não fez diretamente referência ao acórdão *Foster*, tendo antes invocado o acórdão *Kuso* (acórdão de 12 de setembro de 2013, C-614/11, EU:C:2013:544) (um processo que foi julgado sem a apresentação de conclusões), que cita o n.º 20 do acórdão *Foster*. Afigura-se, também aqui, que o Tribunal de Justiça não se pronunciou especificamente sobre o elemento dos «poderes exorbitantes» do critério enunciado no acórdão *Foster*.

95 Acórdão de 12 de dezembro de 2013 (C-425/12, EU:C:2013:829).

96 Diretiva de 14 de junho de 1993 relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO 1993, L 199, p. 84), conforme alterada pela Diretiva 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de fevereiro de 1998 (JO 1998, L 101, p. 1).

97 V. n.º 35 das suas conclusões e nota de pé de página 16. Resulta claramente do que afirmei anteriormente que, no meu entender, o número fundamental do acórdão *Foster* é o n.º 18 e não o n.º 20. A esse propósito, observe-se que (no n.º 43 das suas conclusões) o advogado-geral N. Wahl cita as conclusões apresentadas pelo advogado-geral W. van Gerven no processo *Foster (C-188/89, EU:C:1990:188)* como (a única) autoridade da tese de que «o facto de uma empresa estar obrigada a cumprir, enquanto concessionária exclusiva, um serviço de interesse público, não basta para que lhe sejam oponíveis as disposições de uma diretiva não transposta para a ordem interna. Deve entender-se que a referida empresa dispõe de poderes exorbitantes e está sujeita ao controlo das autoridades públicas.» Uma vez que, no acórdão *Foster*, o Tribunal de Justiça não seguiu essa sugestão, dificilmente se compreende de que forma a fonte citada poderá ser aqui de alguma utilidade.

tradicionalmente adotada pelo Tribunal de Justiça em processos semelhantes», ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se todos esses requisitos estavam preenchidos [98]. Porém, se a *Portgás* fosse uma emanação do Estado, não via qualquer obstáculo a que o Estado invocasse contra aquela disposições diretamente aplicáveis da diretiva [99].

72. No seu acórdão, o Tribunal de Justiça começou por declarar que as disposições pertinentes da Diretiva 93/38 eram, com efeito, incondicionais e suficientemente precisas para produzirem efeitos diretos [100]. Em seguida, referiu-se ao n.º 20 do acórdão *Foster*, conforme reproduzido nos acórdãos *Collino e Chiappero* (n.º 23), *Rieser Internationale Transporte* (n.º 24), *Farrell I* (n.º 40), e *Dominguez* (n.º 39) [101]. Com base nesta jurisprudência, chegou à conclusão de que «mesmo que um particular esteja abrangido pelo âmbito de aplicação pessoal de uma diretiva, […] as disposições desta não podem, enquanto tal, ser invocadas contra o mesmo nos órgãos jurisdicionais nacionais». (Embora concorde com esta conclusão, diria que esta resulta do acórdão *Faccini Dori* [102], e não da jurisprudência referida.)

73. O Tribunal de Justiça acrescentou logo em seguida que «[a]ssim, […] a simples circunstância de uma empresa privada concessionário exclusivo de um serviço público fazer parte das entidades expressamente visadas pelo âmbito de aplicação pessoal da Diretiva 93/38 não tem como consequência que as disposições dessa diretiva possam ser invocadas contra essa empresa [103]». Neste ponto, concordo com a conclusão, mas por um motivo ligeiramente diferente. Considero que o artigo 2.º mais não faz do que definir o âmbito de aplicação material da Diretiva 93/38. Está claramente dividido em duas partes: o artigo 2.º, n.º 1, alínea a) (poderes públicos ou empresas públicas) e o artigo 2.º, n.º 1, alínea b) (entidades adjudicantes que *não* são poderes públicos ou empresas públicas, mas que incluem de entre as suas atividades uma das atividades mencionadas no artigo 2.º, n.º 2, «e beneficiem de direitos, ou exclusivos concedidos por uma autoridade competente de um Estado-Membro»). Não creio que esta definição do âmbito de aplicação material (que responde à pergunta «quem está obrigado a dar cumprimento a esta diretiva após a sua implementação?») responda automaticamente a uma pergunta diferente, a saber, «se esta diretiva *não* tiver sido implementada, podem as suas disposições diretamente aplicáveis ser invocadas contra todos os organismos que tenham sido definidos como estando abrangidos pelo seu âmbito de aplicação?».

74. O Tribunal de Justiça prosseguiu declarando que «é necessário que o referido serviço de interesse público seja desempenhado sob controlo de uma autoridade pública e que a referida empresa disponha de poderes exorbitantes relativamente às regras aplicáveis nas relações entre particulares», referindo como fonte desse entendimento os n.os 25 a 27 do acórdão *Rieser Internationale Transporte*. Já analisei este processo [104]. Estes três números do acórdão *Rieser Internationale Transporte* continham a

98 V. n.º 45 das conclusões. O advogado-geral N. Wahl refere «designadamente, [os] acórdãos […] *Collino e Chiappero* (n.º 24); *Farrell* (n.º 41), e *Dominguez* (n.º 40)» em apoio do que descreve como a «abordagem tradicionalmente adotada». É possível que, com isso, o advogado-geral tenha pretendido dizer simplesmente «deixando a decisão sobre a matéria de facto à apreciação do órgão jurisdicional nacional» (como fez efetivamente o Tribunal de Justiça nos três acórdãos referidos). Se, porém, pretendia afirmar que existe uma «abordagem tradicional» que consiste em exigir a presença cumulativa de todos os elementos enumerados no n.º 20 do acórdão *Foster* para que um organismo seja considerado uma emanação do Estado, as observações que teci anteriormente (nos n.os 44 a 55) revelam claramente que rejeito a ideia de que essa abordagem tenha sido deliberada e consistentemente incorporada na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

99 V. n.os 62 a 66 das conclusões do advogado-geral N. Wahl.

100 V. n.os 19 e 20 do acórdão.

101 V., *supra*, a minha análise detalhada destes processos. Os números indicados no n.º 24 do acórdão *Portgás* referem o n.º 20 do acórdão *Foster* (e todos eles estão redigidos em termos que deixam claro que um organismo que preencha todos os critérios aí estabelecidos faz parte da categoria de «emanações do Estado»). As fontes referidas não corroboram em minha opinião a tese de que o n.º 20 do acórdão *Foster* constitui uma definição definitiva que abrange todos os organismos que sejam emanações do Estado.

102 Acórdão de 14 de julho de 1994 (C-91/92, EU:C:1994:292, n.os 19 a 25, em especial, n.os 24 e 25).

103 V. n.º 25 do acórdão.

104 V. n.os 61 e 63, *supra*.

aplicação do n.º 20 do acórdão *Foster* aos factos expostos no processo *Rieser Internationale Transporte* e levaram à conclusão (no n.º 28, que não é referido no acórdão *Portgás*) de que «tal organismo *faz parte*, seja qual for a sua forma jurídica, das entidades contra as quais se podem invocar as disposições de uma diretiva que sejam suscetíveis de produzir efeitos diretos» [105]. Não corroboram, enquanto tal, a tese de que todos os elementos enumerados no n.º 20 do acórdão *Foster* têm de estar sempre presentes para que um organismo possa ser legitimamente considerado uma emanação do Estado.

75. Nos n.os 27 a 30, o Tribunal de Justiça examinou as informações de que dispunha sobre a *Portgás*. Concluiu que, uma vez que não dispunha de todos os elementos necessários para decidir de forma conclusiva se a Portgás *era* uma emanação do Estado, cabia ao órgão jurisdicional nacional proceder à análise necessária (n.º 31, que contém uma reformulação do n.º 20 do acórdão *Foster*) [106]. A segunda parte do acórdão abordou então a questão de saber se o próprio Estado podia invocar uma diretiva não transposta contra uma emanação do Estado — uma questão à qual o Tribunal de Justiça, à semelhança do advogado-geral, deu resposta afirmativa [107].

76. Com o devido respeito, creio que, no acórdão *Portgás*, a Quinta Secção terá baseado a sua análise numa compreensão fragmentada do critério adequado a aplicar. Também não creio que a sua insistência em exigir que estivessem presentes todos os elementos enumerados no n.º 20 do acórdão *Foster* esteja refletida na jurisprudência do Tribunal de Justiça posterior ao acórdão Foster.

77. Concluo deste exame da jurisprudência posterior ao acórdão Foster que o Tribunal de Justiça não optou necessariamente por um critério restritivo, cumulativo, para determinar o que constitui uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical das diretivas. É verdade que teve tendência a citar com mais frequência o n.º 20 do acórdão *Foster* do que o n.º 18 deste acórdão. Porém, afigura-se-me que, em termos de resultado, o Tribunal de Justiça não tem insistido rigorosamente na presença de todos os elementos que aí são mencionados. Pelo contrário, tal como no acórdão *Foster*, tem fornecido ao órgão jurisdicional nacional orientações conclusivas específicas nos casos em que considerou que dispunha dos elementos necessários para o fazer (nomeadamente, no acórdão *Rieser Internationale Transporte*). Nos restantes casos, deixou ao órgão jurisdicional nacional a apreciação sobre a questão de saber se o critério estava preenchido [108].

78. Ainda que a minha apreciação não esteja correta, uma vez que a questão da definição daquilo que é uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical das diretivas está neste momento pendente perante a Grande Secção, o Tribunal de Justiça tem a ocasião, com o presente reenvio, de fornecer os esclarecimentos necessários.

105
O sublinhado é meu.

106
O segundo parágrafo do dispositivo contém uma versão ligeiramente diferente desta reformulação. Relativamente ao elemento «poderes exorbitantes» do critério, v. também n.º 129 e segs., *infra*.

107
Desde então, a doutrina tem discutido se este último problema é realmente independente da questão do efeito direto (vertical ou horizontal) das diretivas, como o advogado-geral e o Tribunal de Justiça parecem sugerir (ao privilegiar antes a obrigação de o Estado-Membro assegurar o cumprimento da diretiva). V., por exemplo, Albors-Llorens, A., «*The direct effect of EU Directives: fresh controversy or a storm in a tea-cup*? Comment on Portgás» *in* (2014) EL.Rev p. 851.

108
V. n.os 58, 60, 65, 66 e 67, *supra*.

Inspiração noutras áreas do direito da União

79. Faço neste momento uma pausa para examinar se seria útil recorrer a três áreas do direito da União — auxílios de Estado, normas aplicáveis à prestação de serviços de interesse económico geral («SIEG») e contratos públicos — nas quais o Tribunal de Justiça foi já confrontado com questões que, em termos conceptuais, não são muito diferentes do presente problema, a saber, de que forma deve ser clarificado o critério estabelecido no acórdão *Foster* para determinar o que constitui uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical das diretivas. Em todas estas áreas encontramos os conceitos de autoridade pública e de prestação de serviços a título oneroso; em todas elas o Estado estabelece uma relação com diferentes tipos de organismos ou de empresas. Não pretendo sugerir que a regulamentação aplicável nessas áreas do direito da União poderá ser transposta automaticamente ou na íntegra para o presente contexto. Poderá, no entanto, ajudar a esclarecer quais os critérios que devem ser adotados para traçar uma linha entre «o Estado e as suas emanações» e «os particulares».

– Auxílios de Estado (artigo 107.º TFUE)

80. É muitas vezes necessário determinar se uma determinada medida constitui um auxílio de Estado para efeitos do artigo 107.º TFUE. Neste contexto, o critério da «origem estatal» de uma medida que favorece uma empresa é utilizado para determinar se essa medida deve ser considerada um «auxílio concedido por um Estado ou proveniente de recursos estatais». A origem estatal de uma medida envolve, por um lado, o conceito de imputabilidade da medida ao Estado e, por outro, o conceito da utilização de recursos estatais.

81. Nos casos em que uma autoridade pública concede uma vantagem a um beneficiário, a medida é, por definição, imputável ao Estado, ainda que a autoridade em questão goze de autonomia jurídica face a outras autoridades públicas [109]. É jurisprudência constante que não há que distinguir entre os casos em que o auxílio é concedido diretamente pelo Estado e aqueles em que o auxílio é concedido por organismos públicos ou privados que o Estado institui ou designa para gerir o auxílio [110]. O mesmo é assim válido nos casos em que uma autoridade pública designa um organismo público ou privado para gerir uma medida que confere uma vantagem. O direito da União não pode aceitar que o facto de criar instituições autónomas encarregadas da distribuição dos auxílios permita contornar as regras relativas aos auxílios de Estado [111].

109
V. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, TFUE (a seguir «Comunicação da Comissão sobre os auxílios estatais»). A última atualização dessa comunicação teve lugar em junho de 2016 (JO 2016, C 262, p. 1).

110
Acórdão de 16 de maio de 2002, *França*/*Comissão* (C-482/99, EU:C:2002:294, n.º 23).

111
Acórdãos de 16 de maio de 2002, *França*/*Comissão* (C-482/99, EU:C:2002:294, n.º 23 e jurisprudência referida); e de 20 de novembro de 2003, *GEMO* (C-126/01, EU:C:2003:622, n.º 23). V., igualmente, acórdão de 12 de dezembro 1996, *Air France*/*Comissão* (T-358/94, EU:T:1996:194, n.º 62). V., por último, conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo *UTECA* (C-222/07, EU:C:2008:468, n.º 124).

82. Quando a vantagem é concedida por uma empresa pública, a imputabilidade dessa medida ao Estado é menos evidente [112]. Nesses casos, há que examinar se as autoridades públicas devem ser consideradas como estando envolvidas, de uma forma ou de outra, na adoção da medida. O mero facto de uma medida ter sido adotada por uma empresa pública não é, por si só, suficiente para imputar essa medida ao Estado [113]. Porém, não é necessário demonstrar que, num caso específico, as autoridades públicas incitaram concretamente a empresa pública a adotar a medida em causa [114].

83. Uma vez que as relações entre o Estado e as empresas públicas são, por natureza, estreitas, existe um risco real de que os auxílios de Estado sejam concedidos por intermédio dessas empresas de forma pouco transparente e em violação do regime dos auxílios de Estado previsto no Tratado [115]. Acresce que, regra geral, precisamente devido às relações privilegiadas existentes entre o Estado e as empresas públicas, será muito difícil para terceiros demonstrarem que, num caso concreto, foram efetivamente adotadas medidas de auxílio por uma daquelas empresas, na sequência de instruções dadas pelas autoridades públicas [116].

84. Por estes motivos, a imputabilidade ao Estado de uma medida adotada por uma empresa pública pode ser *deduzida de um conjunto de indícios* resultante das circunstâncias do caso concreto e do contexto no qual essa medida foi adotada [117].

85. Quanto à utilização de recursos de Estado, em regra, só serão consideradas auxílios de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE as vantagens provenientes direta ou indiretamente de recursos de Estado. Porém, a jurisprudência demonstra que, em certas circunstâncias, os recursos de organismos privados também podem ser considerados recursos de Estado para efeitos do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. A origem dos recursos não é relevante desde que, antes de serem diretamente ou indiretamente transferidos para os beneficiários, estejam sob controlo público e, consequentemente, estejam à disposição das autoridades nacionais [118]. Não se exige que os recursos se tornem propriedade da autoridade pública [119].

112
V., neste sentido, acórdão de 16 de maio de 2002, *França*/*Comissão* (C-482/99, EU:C:2002:294, n.º 24). A Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas (JO 2006, L 318, p. 17) contém uma definição útil do que constitui uma empresa pública. De acordo com o artigo 2.º, alínea b), desta diretiva, entende-se por «"empresa pública", qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinam».

113
Acórdão de 16 de maio de 2002, *França*/*Comissão* (C-482/99, EU:C:2002:294, n.º 52). V. também acórdão de 26 de junho de 2008, *SIC*/*Comissão* (T-442/03, EU:T:2008:228, n.ºs 93 a 100).

114
Acórdão de 16 de maio de 2002, *França/Comissão* (C-482/99, EU:C:2002:294, n.º 53). Além disso, não é necessário demonstrar que, num caso concreto, o comportamento da empresa pública teria sido diferente se tivesse agido de forma autónoma: v. acórdão de 25 de junho de 2015, *SACE e Sace BT*/*Comissão* (T-305/13, EU:T:2015:435, n.º 48).

115
Acórdão de 16 de maio de 2002, *França/Comissão* (C-482/99, EU:C:2002:294, n.º 53).

116
Acórdão de 16 de maio de 2002, *França*/*Comissão* (C-482/99, EU:C:2002:294, n.º 54).

117
Acórdão de 16 de maio de 2002, *França*/*Comissão* (C-482/99, EU:C:2002:294, n.º 55) (o sublinhado é meu). Os possíveis indícios de imputabilidade, enumerados na secção 3.1.1. da Comunicação da Comissão sobre os auxílios estatais, incluem a integração da empresa pública nas estruturas da Administração Pública, o facto de que a empresa por intermédio da qual foram concedidos os auxílios teve de ter em conta as orientações emanadas dos organismos governamentais, a natureza das atividades da empresa pública e se atuava no mercado em condições normais de concorrência com operadores privados.

118
V. por exemplo, acórdãos de 17 de julho de 2008, *Essent Netwerk Noord e o.* (C-206/06, EU:C:2008:413, n.º 70), e de 16 de maio de 2000, *França*/*Ladbroke Racing e Comissão* (C-83/98 P, EU:C:2000:248, n.º 50).

119
V. acórdão de 12 de dezembro de 1996, *Air France*/*Comissão* (T-358/94, EU:T:1996:194, n.ºs 65 a 67), relativo a um auxílio concedido pela Caisse des Dépôts et Consignations, que é financiada por depósitos voluntários de particulares que podiam ser levantados a qualquer momento. Uma vez que a Caisse des Dépôts et Consignations podia utilizar os fundos correspondentes ao saldo entre os depósitos e os levantamentos como se estivessem definitivamente ao seu dispor, esses fundos foram considerados recursos de Estado. V. também acórdão de 16 de maio de 2000, *França*/*Ladbroke Racing e Comissão* (C-83/98 P, EU:C:2000:248, n.º 50).

86. Significa isto que o facto de uma empresa ou de um organismo ser financiado pelo orçamento do Estado e de esse financiamento ser concedido em condições que constituem um auxílio de Estado nos termos do artigo 107.º TFUE é suficiente para que o beneficiário seja considerado uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical das diretivas? Não creio que assim seja. Deste modo, entendo que um banco privado ou uma mina de carvão que fosse o beneficiário de um auxílio destinado à sua reestruturação não passa a ser uma emanação do Estado na aceção do acórdão *Foster*. No outro extremo do espetro, tão-pouco creio que o mero facto de uma empresa ou de um organismo ser pago com fundos públicos para fornecer bens ou para prestar serviços o transforme numa emanação do Estado. Assim, uma empresa responsável pelo fornecimento de material de escritório a um ministério ao abrigo de um contrato adjudicado na sequência de um concurso público não estaria abrangida por aquela definição.

– SIEG

87. As empresas encarregadas da prestação de SIEG na aceção do artigo 106.º, n.º 2, TFUE «ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada» [120]. Desde que estejam abrangidas por esta disposição, o facto de tais empresas receberem fundos do Estado ou de lhes serem concedidos direitos especiais ou exclusivos não significará necessariamente que a medida constitui um auxílio de Estado (proibido). As quatro condições que devem ser aplicadas para determinar se uma determinada empresa presta SIEG foram definidas no célebre acórdão *Altmark* [121].

88. Nos termos da primeira condição consagrada no acórdão *Altmark* (a única das quatro que é relevante para a presente análise), «a empresa beneficiária deve efetivamente ser incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e essas obrigações devem estar claramente definidas». A esta condição, o Tribunal Geral aditou mais tarde duas exigências: a «*existência de um ato de autoridade pública que investe os operadores* em causa de uma missão SIEG e do caráter universal e obrigatório dessa missão» e a de que «o Estado-Membro [indique] as razões pelas quais considera que o serviço em causa merece, *pelo seu caráter específico*, ser qualificado de SIEG e *distinguido de outras atividades económicas*» [122].

89. Esta jurisprudência, conjugada com a prática adotada pela Comissão em relação a empresas que alegam prestar SIEG [123], demonstra que esses serviços envolvem *atividades abrangidas pela missão pública do Estado, que este decidiu, por algum motivo, confiar a um terceiro*. Abordando a questão de uma perspetiva ligeiramente diferente: as autoridades públicas dos Estados-Membros (a nível nacional,

120
Essa disposição também abrange as empresas «que tenham a natureza de monopólio fiscal». Não creio que esta última categoria seja relevante para a presente análise.

121
Acórdão de 24 de julho de 2003, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg* (C-280/00, EU:C:2003:415, n.º 89 e segs., a seguir «acórdão *Altmark*»).

122
V. acórdão de 12 de fevereiro de 2008, *BUPA e o./Comissão* (T-289/03, EU:T:2008:29, n.º 172) (o sublinhado é meu). V. também acórdão de 10 de dezembro de 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova* (C-179/90, EU:C:1991:464, n.º 27).

123
V. Documento de trabalho dos serviços da Comissão, de 29 de abril de 2013, intitulado «Guia relativo à aplicação das regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais, de "contratos públicos" e de "mercado interno" aos serviços de interesse económico geral e, nomeadamente, aos serviços sociais de interesse geral» (SWD(2013) 53 final/2). V. também Comunicação da Comissão sobre o Enquadramento da União Europeia aplicável aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público (2011) (JO 2012, C 8, p. 15).

regional ou local, consoante a repartição das competências nos termos do direito nacional) classificam os serviços a prestar como serviços de interesse geral e, consequentemente, sujeitam-nos a obrigações de serviço público específicas. O termo SIEG abrange tanto atividades económicas como a prestação de serviços não económicos [124].

90. A característica essencial de uma empresa que presta um SIEG é a de que presta um serviço, cuja prestação tem por objetivo o bem comum, mas esse serviço não seria prestado (ou só seria prestado em condições diferentes em termos de qualidade objetiva, segurança, custos, igualdade de tratamento ou acesso universal) pelo mercado livre se não houvesse intervenção pública (o chamado «critério da falha do mercado») [125]. Um exemplo óbvio é a abertura de uma farmácia numa zona rural remota. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça declarou que os SIEG são serviços que apresentam características específicas face às que revestem outras atividades económicas [126]. Segundo jurisprudência constante, as autoridades públicas dos Estados-Membros dispõem de um amplo poder de apreciação quanto à definição do que consideram ser SIEG e a definição desses serviços por um Estado-Membro só pode ser posta em causa pela Comissão em caso de erro manifesto [127]. Um aspeto importante (mas não surpreendente) é o facto de o alcance e a organização dos SIEG variar consideravelmente de um Estado-Membro para outro, em função da tradição e da cultura da intervenção pública de cada Estado-Membro. Consequentemente, os SIEG são muito diversos. As necessidades e as preferências dos utilizadores dependerão do contexto geográfico, social e cultural. Assim (conforme dita o bom senso) cabe às autoridades públicas de cada Estado-Membro determinar a natureza e o alcance daquilo que consideram ser um serviço de interesse geral.

91. A prestação do SIEG implicará, por parte do prestador, a aceitação de certas restrições ou tarefas específicas a que não estaria sujeito se aquando da prestação de serviços similares tivesse fins meramente comerciais. Refira-se, a título meramente exemplificativo: a prestação universal dos serviços a todos aqueles que os solicitem (ao invés de ter a liberdade de escolher os seus clientes); estar sempre obrigado a prestar esses serviços (em vez de poder decidir se, quando e onde os presta); estar obrigado a prestar o serviço independentemente de, em termos comerciais, a sua prestação a um cliente específico ou em circunstâncias específicas fazer ou não sentido. Em contrapartida, a empresa que presta o SIEG beneficiará normalmente da concessão de um certo tipo de direitos exclusivos e receberá do Estado uma remuneração superior à que receberia, em condições normais de mercado, pela prestação do serviço.

124
Comunicação de 20 de dezembro de 2011 da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, intitulada «*Um enquadramento de qualidade para os serviços de interesse geral na Europa*», COM(2011) 900 final, p. 3.

125
Idem, p. 3. V. também Comunicação da Comissão sobre Serviços de interesse geral na Europa (JO 2001, C 17, p. 4), ponto 14, nos termos do qual «se as autoridades públicas consideram que determinados serviços são de interesse geral e que as forças de mercado não os podem prestar de forma satisfatória, podem estabelecer determinadas disposições relativas a um serviço específico para dar resposta a essas necessidades, sob a forma de obrigações de serviço de interesse geral». V. mais especificamente, no contexto dos auxílios de Estado no setor das redes de banda larga, Comunicação da Comissão sobre as Orientações da UE relativas à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais à implantação rápida de redes de banda larga (JO 2013, C 25, p. 1), ponto 20, segundo o qual «a Comissão considera que em zonas onde os investidores privados investiram já em infraestruturas de rede de banda larga (ou estão a expandir a sua rede) e estão já a fornecer serviços de banda larga concorrenciais com uma cobertura adequada, a criação de uma infraestrutura de banda larga paralela e concorrencial financiada pelo Estado não pode ser considerada um SIEG na aceção do artigo 106.º, n.º 2, do TFUE». V. também acórdão de 16 de setembro de 2013, *Colt Télécommunications France*/*Comissão* (T-79/10, não publicado, EU:T:2013:463, n.º 154), em que o Tribunal Geral sustentou que a existência de uma falha do mercado é uma condição prévia da qualificação de uma atividade como um SIEG.

126
Acórdãos de 10 de dezembro de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova* (C-179/90, EU:C:1991:464, n.º 27); de 17 de julho de 1997, *GT-Link* (C-242/95, EU:C:1997:376, n.º 53); e de 18 de junho de 1998, *Corsica Ferries France* (C-266/96, EU:C:1998:306, n.º 45).

127
V., por exemplo, conclusões do advogado-geral A. Tizzano no processo *Ferring* (C-53/00, EU:C:2001:253, n.º 51). V., também, acórdão de 15 de junho de 2005, *Olsen*/*Comissão* (T-17/02, EU:T:2005:218, n.º 216 e jurisprudência referida); v. ainda Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral (JO 2012, C 8, p. 4), n.º 46.

92. A prestação do SIEG poderá, em alguns casos, implicar igualmente a atribuição de poderes exorbitantes na aceção da jurisprudência *Foster* (por exemplo, o poder de aplicar medidas coercivas aos particulares), *mas tal nem sempre acontecerá*. Voltarei a esta importante questão mais adiante [128].

– *Contratos públicos*

93. Na legislação da União em matéria de contratos públicos, o conceito de «Estado» e das suas emanações está próximo do conceito de «autoridade adjudicante». Isso, por seu turno, determina se um contrato deve ser adjudicado em conformidade com as regras relativas aos contratos públicos ou se pode ser adjudicado através de outro procedimento [129].

94. O artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/CE define «autoridade adjudicante» como «as autoridades estatais, regionais ou locais, organismos de direito público e associações formadas por uma ou mais dessas autoridades ou organismos de direito público». Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, ponto 4), entende-se por «organismos de direito público» «os organismos que apresentem todas as seguintes características: a) [f]oram criados para o fim específico de *satisfazer necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial*; b) [t]êm *personalidade jurídica*; e c) [s]ão *maioritariamente financiados pelo Estado*, por autoridades regionais ou locais ou por outros organismos de direito público, *ou a sua gestão está sujeita a controlo por parte dessas autoridades ou desses organismos*, ou mais de metade dos membros nos seus *órgãos de administração, direção ou fiscalização* são designados pelo Estado, pelas autoridades regionais ou locais ou por outros organismos de direito público» [130].

95. Estas condições cumulativas [131] dizem não apenas respeito à *natureza jurídica* (personalidade jurídica) do organismo e à sua *ligação orgânica* com o Estado (através de financiamento ou de controlo), mas também à *missão pública* da autoridade adjudicante (satisfação de necessidades de interesse geral, que não sejam de caráter industrial nem comercial).

96. À primeira vista, dir-se-ia que essa definição é mais estreita do que o critério clássico consagrado no acórdão *Foster*. Na prática, porém, o Tribunal de Justiça tem adotado uma interpretação alargada, flexível, e que tem em conta as circunstâncias específicas de cada caso concreto.

97. Assim, no acórdão *University of Cambridge*, o Tribunal de Justiça entendeu que «[s]e o modo de financiamento de um dado organismo pode ser revelador de dependência estreita desse organismo relativamente à outra entidade adjudicante, é forçoso todavia concluir que este critério não é absoluto. Nem todos os pagamentos efetuados por uma entidade adjudicante têm como efeito a criação ou o aprofundamento de um nexo específico de subordinação ou de dependência. Apenas as prestações de financiamento ou de apoio, mediante auxílio financeiro sem contraprestação específica, das atividades da entidade em causa poderão qualificar-se de "financiamento público"» [132]. Consequentemente, a

128
V. n.º 129 e segs., *infra*.

129
V. também o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65). O artigo 1.º, n.º 4, salienta que «[a] presente diretiva não afeta a liberdade de os Estados-Membros definirem, em conformidade com o direito da União, o que entendem por [SIEG], o modo como esses serviços devem ser organizados e financiados, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, e as obrigações específicas a que devem estar sujeitos. A presente diretiva também não afeta a faculdade de as autoridades públicas decidirem se, como e em que medida desejam elas próprias desempenhar funções públicas, nos termos do artigo 14.º do TFUE e do Protocolo n.º 26».

130
O sublinhado é meu.

131
O Tribunal de Justiça confirmou a natureza cumulativa das três condições no acórdão de 15 de janeiro de 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e o.* (C-44/96, EU:C:1998:4, n.º 21). V. ainda acórdão de 16 de outubro de 2003, *Comissão/Espanha* (C-283/00, EU:C:2003:544, n.º 69).

132
Acórdão de 3 de outubro de 2000, *University of Cambridge* (C-380/98, EU:C:2000:529, n.º 21).

expressão «financiada […] por [uma ou várias entidades adjudicantes], constante do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, das Diretivas 92/50, 93/36 e 93/37, deve ser interpretada no sentido de que abrange as bolsas ou subvenções concedidas por uma ou várias entidades adjudicantes para promoção de trabalhos de investigação e as bolsas destinadas a estudantes pagas às universidades pelas autoridades regionais com o ensino a seu cargo e que abrangem os custos de escolaridade de estudantes individualmente designados. Não constituem, ao invés, financiamento público para efeito das referidas diretivas os pagamentos efetuados por uma ou várias entidades adjudicantes quer no âmbito de um contrato de prestação de serviços que abranja trabalhos de investigação, quer como contrapartida da prestação de outros serviços, tais como perícias ou organização de conferências» [133].

98. No acórdão *Mannesmann Anlagenbau*, o Tribunal de Justiça declarou que uma entidade como a Österreichische Staatsdruckerei, cuja atividade consistia na impressão rotativa em «headset», que tinha sido criada por lei e exercia atividades no interesse geral, mas também exercia atividades de caráter comercial, devia ser considerada um organismo de direito público e, assim, uma entidade adjudicante. Deste modo, os contratos de empreitada celebrados por essa entidade, independentemente da sua natureza, deviam ser considerados contratos de empreitadas de obras públicas [134]. No essencial, o Tribunal de Justiça declarou que, a partir do momento em que um organismo exerça uma parte das suas atividades no interesse público, todos os procedimentos de adjudicação de contratos lançados por esse organismo estão abrangidos pela diretiva relativa aos contratos públicos.

99. No acórdão *Adolf Truley*, o Tribunal de Justiça salientou que o conceito de «necessidades de interesse geral» devia ser objeto de uma interpretação autónoma e uniforme em toda a União e ser interpretado à luz do contexto e do objetivo prosseguido pela diretiva [135]. Desenvolvendo ainda mais a sua posição no acórdão *Comissão/Espanha*, o Tribunal de Justiça declarou que «a existência ou a ausência de uma necessidade de interesse geral sem caráter industrial ou comercial deve ser apreciada tomando em conta a totalidade dos elementos de direito e de facto relevantes, tais como as circunstâncias que presidiram à criação do organismo em causa e as condições em que o mesmo exerce a sua atividade, incluindo, designadamente, a ausência de concorrência no mercado, a ausência de um fim lucrativo a título principal, a falta de assunção dos riscos ligados a essa atividade bem como o eventual financiamento público da atividade em causa» [136].

100. Em geral, as necessidades de interesse geral, cruciais para determinar se um organismo prossegue ou não uma missão pública, são aquelas que «por um lado, são satisfeitas de modo diferente da oferta de bens ou de serviços no mercado, e que, por outro, por razões ligadas ao interesse geral, o Estado escolhe satisfazer ele próprio ou em relação às quais pretende manter uma influência determinante» [137].

101. Detenho-me um momento para fazer o ponto da situação e colocar algumas perguntas: devem todos os organismos ou empresas incumbidos de uma missão pública correspondente à primeira condição consagrada no acórdão *Altmark*, ou aos quais foi confiada a prestação de SIEG, ser considerados emanações do Estado? Se a resposta a qualquer uma das perguntas for «sim» (e, possivelmente, independentemente de ser ou não um requisito suficiente, ou meramente necessário,

133
Acórdão de 3 de outubro de 2000, *University of Cambridge* (C-380/98, EU:C:2000:529, n.º 26). O Tribunal de Justiça prosseguiu declarando que a qualificação de um organismo como a University of Cambridge como «entidade adjudicante» devia ser feita com base anual e que o exercício orçamental em que era iniciado o processo de concurso público devia ser considerado o período mais adequado para o cálculo do modo de financiamento desse organismo (n.ºs 40 e 41).

134
Acórdão de 15 de janeiro de 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e o.* (C-44/96, EU:C:1998:4, n.º 35).

135
Acórdão de 27 de fevereiro de 2003, *Adolf Truley* (C-373/00, EU:C:2003:110, n.ºs 33 a 40).

136
Acórdão de 16 de outubro de 2003, *Comissão/Espanha* (C-283/00, EU:C:2003:544, n.º 81).

137
Acórdão de 10 de maio de 2001, *Agorà e Excelsior* (C-223/99 e C-260/99, EU:C:2001:259, n.º 37).

para estar abrangido pela definição), deve ser estabelecida adicionalmente a condição de que essa missão pública seja claramente definida como tal pelo quadro legislativo ou regulamentar aplicável? Esse requisito adicional poderia contribuir utilmente para reforçar a segurança jurídica, tanto na perspetiva do organismo ou da empresa em questão como na perspetiva do particular que pretende invocar o efeito direto vertical das diretivas. Além disso, se um organismo for considerado uma emanação do Estado em relação a algumas das atividades que exerce, deverá ser também considerado uma emanação do Estado em relação a todas as suas atividades ou será essa uma abordagem demasiado abrangente?

102. Dois exemplos poderão, nesta fase, ajudar a destacar as questões práticas suscitadas pela aplicação do critério *Foster* na sua formulação atual.

103. No meu primeiro exemplo, X é uma empresa que presta serviços de segurança. Celebrou dois contratos: um com uma grande sociedade de advogados, que pretende garantir a adoção de medidas de segurança adequadas para os seus escritórios. O outro foi celebrado com a administração central, que «externalizou» certas funções de vigilância num estabelecimento prisional de nível de segurança média. De um ponto de vista objetivo, os serviços efetivamente prestados nos dois contextos são praticamente idênticos. O primeiro contrato é um contrato normal de direito privado entre duas entidades privadas. O segundo contrato exige que X desempenhe uma missão pública da qual foi encarregue pelo Estado. X exerce, por delegação, os poderes de autoridade do próprio Estado e goza, de facto, de poderes exorbitantes (em especial, do poder de detenção).

104. No meu segundo exemplo, Y é uma empresa que presta serviços de *ferry*. Explora duas rotas. Uma delas é uma rota muito procurada, com um vasto número de potenciais clientes, tanto no transporte de mercadorias como de passageiros. Duas outras empresas concorrem com Y nessa rota, mas existem ainda assim oportunidades de lucro e Y pode decidir, com base na procura, qual a frequência dos serviços de *ferry* a prestar. A exploração dessa rota constitui um bom negócio do ponto de vista comercial. A outra rota liga o continente a uma pequena ilha remota. O serviço de *ferry* é a única ligação da ilha com o Mundo. Inicialmente, a exploração estava sujeita ao controlo direto da autarquia local, mas esta lançou agora um concurso para adjudicar o contrato a um (único) prestador de serviços. Essa rota não é de modo nenhum um bom negócio do ponto de vista comercial. A autoridade adjudicante estipulou que o serviço de *ferry* deve ser assegurado durante todo o ano, independentemente das condições meteorológicas e do número de passageiros ou da quantidade de mercadorias a bordo de qualquer uma das embarcações em qualquer uma das travessias. Y apresenta uma proposta e o contrato é-lhe adjudicado. Na exploração da primeira rota, Y atua como um operador comercial normal. Na exploração da segunda rota, Y desempenha uma missão de serviço público. Os serviços de *ferry* para a ilha enquadram-se claramente na categoria de um SIEG. Nas condições pretendidas pela autarquia local, o contrato não é, de facto, muito atrativo de uma perspetiva puramente comercial. Embora Y possa ter procurado obter alguma espécie de tratamento preferencial, de exclusividade ou de poderes exorbitantes, esses elementos não são essenciais para a prestação do SIEG e podem não ter sido concedidos.

105. Resulta destes dois exemplos, que, consoante as circunstâncias do caso concreto, o mesmo organismo poderá ser uma emanação do Estado em relação a algumas das suas atividades e não ser uma emanação do Estado em relação a outras atividades. Importa salientar que esta distinção *não* é estabelecida com base na *qualidade* em que o organismo atua. Resulta claramente do acórdão *Marshall* e do acórdão *Foster* que este aspeto é irrelevante; e, com efeito, tanto X como Y atuam na mesma qualidade nas duas situações referidas em cada um dos meus dois exemplos. A diferença fundamental em cada exemplo reside antes no facto de, numa situação, o organismo basear a sua atuação numa perspetiva puramente comercial, ao passo que, na outra situação, o mesmo organismo desempenha uma missão pública. Estes dois exemplos demonstram igualmente que, embora X possua «poderes exorbitantes» quando desempenha a sua missão pública, o mesmo já não sucede com Y.

106. É neste contexto que retomo agora a minha análise da segunda questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio.

107. Em primeiro lugar, afigura-se-me que o princípio fundamental subjacente resulta claramente da jurisprudência constante: um particular pode invocar disposições precisas e incondicionais de uma diretiva contra o Estado, independentemente da qualidade em que este atue, porque «deve […] evitar-se que o Estado possa tirar proveito da sua inobservância do direito [da União]» [138].

108. Em segundo lugar, chamo a atenção para o facto (possivelmente óbvio) de que, muitas vezes, a concessão de direitos aos particulares tem um preço. Assim, para dar apenas um exemplo, a concessão de direitos protegidos em matéria de emprego obriga o empregador a manter o trabalhador em causa ao seu serviço ou a pagar-lhe uma indemnização por violação do contrato de trabalho.

109. Em terceiro lugar, o conceito de emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical tem de ser um conceito autónomo de direito da União. Este conceito define diretamente a questão de saber quem pode, e quem não pode, invocar direitos diretamente aplicáveis conferidos por uma diretiva que não foi devidamente transposta em tempo útil por um Estado-Membro. O requisito fundamental de que o direito da União seja aplicado de maneira uniforme em toda a União [139] obsta à adoção de uma definição cujo âmbito varie consoante as diferentes definições consagradas nos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais quanto àquilo que constitui um «serviço de interesse público» ou «poderes exorbitantes», ou quanto ao que deve ser qualificado de «Estado» nos termos do direito constitucional nacional.

110. Em quarto lugar, é precisamente por existir uma diversidade de terminologia e de definições nacionais que a definição no direito da União daquilo que constitui uma emanação do Estado tem necessariamente de ser formulada em termos abstratos.

111. Em quinto lugar, muita coisa mudou desde que o Tribunal de Justiça proferiu o acórdão *Foster* em 1990. Muitos Estados-Membros aumentaram consideravelmente o número de missões que já não são desempenhadas internamente. A natureza das entidades às quais confiam essas missões também foi diversificada. Embora o processo de privatização do património do Estado e, com ele, dos deveres que anteriormente incumbiam a este (como acontecia no processo *Marshall*) não tenha, de modo nenhum, cessado, é agora igualmente possível que a transferência desses deveres seja realizada através de uma «parceria público-privada» por meio de «contratualização» ou de concessão.

112. Comecemos por clarificar o que *não* é relevante para efeitos desta definição.

113. Para começar, resulta claramente do próprio acórdão *Foster* e da jurisprudência posterior (em especial, dos acórdãos *Rieser Internationale Transporte* e *Sozialhilfeverband Rohrbach*) que a natureza jurídica do demandado é irrelevante [140].

138
V., entre outros, acórdãos de 15 de fevereiro de 1986, *Marshall* (152/84, EU:C:1986:84, n.º 49); de 12 de julho de 1990, *Foster* (C-188/89, EU:C:1990:313, n.º 17); e de 14 de setembro de 2000, *Collino e Chiappero* (C-343/98, EU:C:2000:441, n.º 23). Nas suas conclusões de 18 de setembro de 2013 no processo *Portgás* (C-425/12, EU:C:2013:623), no n.º 30, o advogado-geral N. Wahl considerou (referindo-se ao acórdão *Marshall*, n.º 47) que «[…] o reconhecimento do efeito direto das diretivas assenta, definitivamente, em dois objetivos complementares: a necessidade de garantir eficazmente os direitos que os particulares podem retirar destes atos, bem como o desejo de sancionar as autoridades nacionais que não tenham respeitado o efeito obrigatório e não tenham assegurado a aplicação efetiva dos mesmos». Concordo plenamente com a primeira parte deste entendimento. Porém, tendo em conta que não só as decisões posteriores, mas também o próprio acórdão *Marshall*, deixam bem claro que organismos que nada tenham que ver com a não transposição da diretiva pelo Estado (e não tenham a capacidade de a influenciar) estarão, ainda assim, obrigados a respeitar as disposições diretamente aplicáveis da diretiva, ao abrigo da doutrina do efeito direto vertical, caso sejam considerados uma emanação do Estado, receio não poder subscrever inteiramente a segunda parte.

139
V., entre outros, acórdãos de 21 de maio de 1985, *Schul Douane-Expediteur* (47/84, EU:C:1985:216, n.º 17); de 3 de julho de 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, n.º 40); de 9 de novembro de 2016, *Wathelet* (C-149/15, EU:C:2016:840, n.º 29); e de 2 de março de 2017, *J. D.* (C-4/16, EU:C:2017:153, n.º 24).

140
V., em especial, n.os 35, 49 e 62, *supra*.

114. Em seguida, é também evidente que «o Estado» não tem de estar numa posição em que exerça a direção ou o controlo quotidiano das operações desse organismo [141]. Nessa medida, creio que a referência feita, na formulação inicial do critério, ao facto de um organismo estar «sujeito ao controlo do Estado» está hoje ultrapassada.

115. É igualmente claro que se o Estado *detiver* ou controlar o organismo em questão, este será considerado uma emanação do Estado [142]. Esta conclusão afigura-se-me totalmente legítima: o Estado é deste modo obrigado a pagar pelo respeito dos direitos conferidos pela diretiva que deveria ter transposto para o direito nacional.

116. Do mesmo modo, qualquer parte do «aparelho do Estado» — autoridades municipais, regionais ou locais e equiparadas — é, quase por natureza, uma emanação do Estado. Com efeito, em termos orgânicos, estas poderão ser simplesmente encaradas como parte do Estado, devendo, por conseguinte, ser automaticamente tratadas como tal [143].

117. Considero que, nesta fase, não é necessário proceder a uma melhor clarificação da referência constante da formulação inicial do critério «sujeitas à autoridade do Estado». Tendo em conta a jurisprudência posterior ao acórdão *Foster*, afigura-se-me claro que esta expressão deve ser entendida no sentido de que o Estado criou as circunstâncias e as modalidades de atuação desse organismo.

118. Por último, a questão do financiamento é irrelevante. Não se exige que um organismo seja financiado pelo Estado para ser considerado uma emanação deste [144].

119. Os restantes elementos essenciais que, em conjunto, constituem o critério a aplicar para determinar se um dado organismo é, ou não, uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical das diretivas abordam esta questão de uma perspetiva funcional («o organismo em questão exerce funções que possam ser qualificadas, de certa forma, como "estatais"?» [145]. No meu entender, estes elementos são os seguintes (pelo menos, no que respeita aos critérios enunciados no acórdão *Foster* e na jurisprudência posterior): (i) saber se o Estado confiou ao organismo em questão o desempenho de uma missão pública que o próprio Estado poderia ter decidido desempenhar diretamente; e (ii) saber se o Estado atribuiu a esse organismo poderes adicionais para o habilitar a desempenhar eficazmente a sua missão (ou seja, é o mesmo que dizer, por outras palavras, «poderes exorbitantes face aos que resultam das normas aplicáveis às relações entre particulares»). O primeiro compreende muitos tipos diferentes de missões públicas, desde a gestão de hospitais e de estabelecimentos de ensino à gestão de estabelecimentos prisionais para garantir a prestação de serviços essenciais em áreas remotas do território nacional. O segundo é, muitas vezes, o corolário natural da decisão de confiar uma missão pública a tal organismo.

141
V. n.º 65, *supra*.

142
V. n.º 68, *supra*.

143
A jurisprudência anterior ao acórdão *Foster* referida no n.º 19 do mesmo demonstrava já que certos organismos que, em termos estruturais, faziam parte do Estado deviam ser equiparados ao próprio Estado: em especial, as autoridades fiscais (acórdão de 19 de janeiro de 1982, *Becker*, 8/81, EU:C:1982:7, e acórdão de 22 de fevereiro de 1990, *Busseni*, C-221/88, EU:C:1990:84), e as coletividades territoriais (acórdão de 22 de junho de 1989, *Costanzo*, C-103/88, EU:C:1989:256).

144
V. n.ºs 61 e 62, *supra*.

145
No n.º 19 do acórdão *Foster*, o Tribunal de Justiça identificou dois organismos que eram, do ponto de vista funcional, emanações do Estado: autoridades constitucionalmente independentes encarregadas da manutenção da ordem e da segurança públicas (acórdão de 15 de maio de 1986, *Johnston*, 222/84, EU:C:1986:206) e autoridades públicas que asseguram serviços de saúde públicos (acórdão de 26 de fevereiro de 1986, *Marshall*, 152/84, EU:C:1986:84).

120. Por conseguinte, proponho que, em resposta à segunda questão, o Tribunal de Justiça declare que, ao determinar se um determinado demandado é uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical das diretivas, o órgão jurisdicional nacional deve ter em conta os seguintes critérios:

1) A natureza jurídica do organismo em questão é desprovida de pertinência;

2) Não é necessário que o Estado esteja em condições de exercer a direção ou o controlo quotidiano das operações desse organismo;

3) Se o Estado detiver ou controlar o organismo em questão, este deve ser considerado uma emanação do Estado, não sendo necessário examinar se outros critérios estão preenchidos;

4) As autoridades municipais, regionais ou locais e os organismos equiparados devem ser automaticamente considerados emanações do Estado;

5) Não se exige que o organismo em questão seja financiado pelo Estado;

6) Se o Estado tiver confiado ao organismo em questão a tarefa de assegurar um serviço de interesse público que, de outro modo, o próprio Estado teria de assegurar diretamente e se, simultaneamente, tiver atribuído a esse organismo algum tipo de poderes adicionais para o habilitar a cumprir eficazmente a sua missão, o organismo em questão deve em qualquer caso ser considerado uma emanação do Estado.

Quando proceder à sua análise, o órgão jurisdicional nacional deve ter em conta o princípio fundamental subjacente de que um particular pode invocar disposições precisas e incondicionais de uma diretiva contra o Estado, independentemente da qualidade em que este atue, porque há que evitar que o Estado possa tirar proveito da sua própria inobservância do direito da União.

121. A questão de saber se, nos casos em que tenha sido confiada a um organismo a missão de assegurar um serviço de interesse público nos termos acima descritos no n.º 120, 6), é *necessário* que lhe tenham sido igualmente atribuídos «poderes exorbitantes» pelo Estado será abordada na minha resposta à terceira questão.

Terceira questão

122. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o facto de um Estado-Membro ter transferido um conjunto significativo de responsabilidades para um organismo (como o MIBI) com o objetivo manifesto de dar cumprimento a obrigações que decorrem do direito da União é suficiente para que esse organismo seja considerado uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical. A título subsidiário, é necessário que esse organismo beneficie de (i) poderes exorbitantes ou (ii) opere sob o controlo direto ou a supervisão do Estado-Membro para que um particular possa invocar contra esse organismo uma disposição diretamente aplicável de uma diretiva?

123. A título preliminar, cumpre recordar que há diretivas de todas as formas e feitios. Algumas, como as diversas diretivas em matéria de emprego, criam direitos e impõem obrigações gerais a todos os trabalhadores e a todos os empregadores, prevendo apenas algumas exceções específicas [146]. Outras definem os parâmetros dentro dos quais devem ser exercidos certos direitos decorrentes do direito da União [147] ou o modo como devem ser regulamentados certos setores da economia [148]. Há ainda outras que exigem que os Estados-Membros encarreguem um organismo específico da realização de certas tarefas que decorrem de obrigações criadas e de direitos conferidos pela diretiva.

124. É essa a situação do caso em apreço. É evidente que a obrigação de assegurar que os condutores possuíssem um seguro que cobrisse o risco que estava na origem do acidente de E. Farrell está diretamente prevista no direito da União, mais precisamente no artigo 1.º da Terceira Diretiva Seguro Automóvel. O artigo 1.º, n.º 4, primeiro parágrafo, da Segunda Diretiva Seguro Automóvel exigia anteriormente que os Estados-Membros criassem um mecanismo para regulamentar os casos nos quais um condutor cause um acidente embora não tenha seguro, não obstante existir uma obrigação de ter seguro. As duas obrigações, em conjunto, exigiam que a Irlanda garantisse que a responsabilidade de um condutor perante um passageiro que estivesse na situação de E. Farrell fosse assumida pela seguradora desse condutor ou (nos casos em que este não tivesse sido identificado ou não possuísse seguro) pelo organismo incumbido pela Irlanda da regularização dos sinistros.

125. Enquanto Estado-Membro, a Irlanda tinha de optar de entre as diversas formas de dar cumprimento a essa última obrigação. Por exemplo, podia ter atribuído a responsabilidade pela indemnização das vítimas de condutores sem seguro a um organismo do próprio Governo (tal como o Ministry of Transport). Podia ter criado um novo organismo de direito público e ter-lhe atribuído essa responsabilidade. Ou poderia fazer o que, de facto, acabou por fazer: pegar num organismo de direito privado previamente existente que tivesse responsabilidades pertinentes semelhantes e atribuir-lhe as responsabilidades decorrentes do artigo 1.º da Terceira Diretiva Seguro Automóvel.

126. Em segundo lugar, este é — como observa corretamente a Comissão — um caso peculiar, na medida que um dos motivos que presidiu à criação do MIBI foi, precisamente, o tratamento dos pedidos de indemnização deduzidos pelas vítimas de condutores sem seguro. É neste *contexto específico* que é suscitada a questão de saber se é *também* responsável pelo pagamento desta indemnização específica, não obstante a Irlanda não ter, à data dos factos, transposto corretamente para o direito nacional todas as obrigações que lhe eram impostas pelo direito da União e não ter (até então) atribuído essa responsabilidade específica ao MIBI. A este respeito, o caso em apreço difere de situações como da que deu origem ao acórdão *Marshall* [149], na qual a demandada devia, *por outras razões, num contexto completamente diferente*, ser considerada uma emanação do Estado e, como tal, era responsável por concretizar os direitos do trabalho diretamente aplicáveis de M. H. Marshall, decorrentes do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 76/207. No presente caso, o direito diretamente aplicável

146
V., por exemplo, Diretiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, que altera a Diretiva 76/207/CEE do Conselho relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO 2002, L 269, p. 15).

147
V., por exemplo, a Diretiva Qualificações Profissionais [Diretiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais (JO 2005, L 255, p. 22)], conforme recentemente alterada pela Diretiva 2013/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de novembro de 2013, que altera a Diretiva 2005/36 e o Regulamento (UE) n.º 1024/2012 relativo à cooperação administrativa através do Sistema de Informação do Mercado Interno («Regulamento IMI») (JO 2013, L 354, p. 13). Estão disponíveis (em língua inglesa) informações gerais sobre o funcionamento desse sistema de reconhecimento mútuo em http://ec.europa.eu/growth/single-market/services/free-movement-professionals_en.

148
V., por exemplo, Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (JO 2002, L 108, p. 33), conforme alterada pelo Regulamento (CE) n.º 544/2009 e pela Diretiva 2009/140/CE.

149
Acórdão de 26 de fevereiro de 1986 (152/84, EU:C:1986:84).

que E. Farrell pretende fazer valer (indemnização por danos sofridos como passageiro de um veículo a motor) ao abrigo do artigo 1.º da Terceira Diretiva Seguro Automóvel é precisamente o *tipo* de direito em relação ao qual a Irlanda tinha já atribuído responsabilidade residual, nos casos em que o condutor não tivesse sido identificado ou não possuísse seguro, ao MIBI.

127. Não obstante, a terceira questão reveste-se de relevância geral para a aplicação do direito da União em toda a União. Por conseguinte, peço à Grande Secção que evite uma resposta de âmbito limitado (por exemplo, por remissão para o facto de que todas as seguradoras do ramo automóvel na Irlanda são obrigatoriamente membros do MIBI, o que poderá ser considerado uma variante do tema dos poderes exorbitantes [150]), abordando antes a questão (mais importante) de princípio suscitada pelo órgão jurisdicional de reenvio.

128. Como referi na minha resposta à segunda questão, a concessão de poderes exorbitantes ou a existência de controlo direto ou de supervisão direta por parte do Estado-Membro serão suficientes para que o organismo em causa seja considerado uma emanação do Estado. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se algum destes elementos faz necessariamente parte da equação subjacente. A título subsidiário, é suficiente que a obrigação de desempenhar deveres que, de outro modo, teriam de ser desempenhados pelo próprio Estado tenha sido atribuída ao organismo em causa?

129. Neste contexto, o conceito de «poderes exorbitantes» assume especial relevância. Para compreender a função que este conceito desempenha, vale a pena voltar ao acórdão *Foster*.

130. Conforme acima observei no n.º 52, o Tribunal de Justiça não tinha a intenção de estabelecer um critério exaustivo e permanente. Pelo contrário, criou uma fórmula com base na jurisprudência existente.

131. Assim, o Tribunal de Justiça referiu, no n.º 18 do acórdão *Foster*, que tinha admitido, numa série de processos, que poderia existir efeito direto vertical nos casos em que os organismos ou entidades estivessem «sujeitas à autoridade *ou* ao controlo do Estado *ou* que [dispusessem] de poderes exorbitantes» [151]. No n.º 19, indicou quatro processos. Três deles envolviam organismos (autoridades fiscais, coletividades locais ou regionais e um hospital público) que estavam sujeitos à autoridade ou ao controlo do Estado. Nesse aspeto, preenchiam o critério. Embora os dois primeiros também preenchessem eventualmente este critério devido aos poderes que obviamente possuíam, o mesmo já não se poderia dizer em relação ao hospital público. O quarto processo (*Johnston*) dizia respeito a uma autoridade constitucionalmente independente responsável pela manutenção da ordem e da segurança públicas. De facto, tinham-lhe sido atribuídos poderes exorbitantes para esse efeito.

132. Creio que, ao mencionar o acórdão *Johnston*, o Tribunal de Justiça pretendeu escolher um processo que preenchia o critério que tinha acabado de enunciar, não (como nos outros três exemplos) pelo facto de o organismo em questão estar «sujeit[o] à autoridade ou ao controlo do Estado», mas sim por dispor de «poderes exorbitantes». Ao fazê-lo, o Tribunal de Justiça estava a chamar a atenção para um elemento essencial desse processo específico.

150
Há ainda que referir as disposições (algo invulgares) que habilitam o MIBI a negociar com as partes lesadas e a instaurar uma ação judicial *mesmo nos casos em que* não exista um contrato ou mandato específico que o autorize a fazê-lo. Importa salientar que o facto de todas as seguradoras do ramo automóvel terem de ser membros do MIBI assegura condições equitativas em termos do direito da concorrência e significa que, a longo prazo, o MIBI nunca terá os cofres vazios caso tenha de pagar indemnizações adicionais imprevistas. Limitar-se-á a ajustar as contribuições dos membros e estes, por sua vez, ajustarão também o montante adicional que cobram em cada contrato de seguro que celebram, a fim de financiar a contribuição para o MIBI.

151
Acórdão de 12 de julho de 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313) (o sublinhado é meu).

133. Neste contexto, é interessante constatar que, na verdade, no acórdão *Johnston* não é utilizada a expressão «poderes exorbitantes». Ao invés, o Tribunal de Justiça referiu-se aí a uma «autoridade pública, encarregada pelo Estado da manutenção da ordem e da segurança públicas» [152], acrescentando que essa autoridade «[n]ão pode tirar partido da violação do direito da [União] pelo Estado de que emana».

134. Neste momento, importa chamar a atenção para vários aspetos.

135. Em primeiro lugar, o acórdão *Foster* não contém (nem, efetivamente, a jurisprudência posterior) uma definição do que são efetivamente «poderes exorbitantes». Sabemos apenas que são poderes que «exorbit[a]m das normas aplicáveis às relações entre particulares». Uma vez que o critério enunciado no acórdão *Foster* deve ser aplicado de maneira uniforme em todo o território União, o termo — caso seja considerado um dos elementos do critério — deve ter um significado autónomo no âmbito do direito da União. No entanto, depois de decorridos 20 anos desde a prolação do acórdão *Foster*, um termo proveniente de um ordenamento jurídico nacional [153] ainda não adquiriu um significado autónomo claro no direito da União.

136. Em segundo lugar, a minha análise da jurisprudência posterior ao acórdão *Foster* [154] não revelou a existência de um processo coerente de exame e de identificação da presença e natureza de poderes exorbitantes num caso concreto. Os organismos responsáveis pela construção de estradas ou pela prestação de serviços de distribuição de energia [155], o concessionário exclusivo de serviços de telecomunicação de utilização pública [156], a sociedade de direito privado que gere o sistema de autoestradas nacionais [157], as organizações de assistência social [158], um hospital do setor público [159], um serviço regional de segurança social [160] e o serviço postal de um Estado-Membro [161] desempenhavam, todos eles, missões públicas. Os factos expostos nos respetivos acórdãos não indicam com a mesma clareza que possuíam também necessariamente poderes exorbitantes. No acórdão *Portgás* [162], o Tribunal de Justiça declarou expressamente que o gozo de direitos especiais e exclusivos ao abrigo de um contrato de concessão *não* significava que o organismo em causa possuía necessariamente poderes exorbitantes, e deixou a apreciação desta questão concreta ao órgão jurisdicional nacional [163].

152
Acórdão de 15 de maio de 1986 (222/84, EU:C:1986:206, n.º 56).

153
V. n.º 54, *supra*.

154
V. n.º 58 e segs., *supra*.

155
V. acórdão de 4 de dezembro de 1997, *Kampelmann e o.* (C-253/96 a C-258/96, EU:C:1997:585), e n.º 58, *supra*.

156
V. acórdão de 14 de setembro de 2000, *Collino e Chiappero* (C-343/98, EU:C:2000:441), e n.ºs 59 e 60, *supra*.

157
V. acórdão de 5 de fevereiro de 2004, *Rieser Internationale Transporte* (C-157/02, EU:C:2004:76), e n.ºs 61 a 63, *supra*. O n.º 12 do acórdão refere que a Asfinag tinha o direito, nos termos do contrato por ela celebrado com o Estado austríaco (descrito, de diferentes formas, como um «usufruto» e como um «contrato»), de «em nome e por conta próprios, proceder à cobrança de direitos de utilização e de portagens, para cobrir as suas despesas». Em seguida, o Tribunal de Justiça centrou a sua análise no controlo do Estado (n.º 25) e no facto de a Asfinag «não est[ar] autorizada a fixar por si própria o montante da portagem a cobrar. Este montante é fixado por lei» (n.º 26). O Tribunal de Justiça concluiu imediatamente que a Asfinag era uma emanação do Estado, *sem* identificar os poderes exorbitantes que possuía (n.º 27).

158
V. despacho de 26 de maio de 2005, *Sozialhilfeverband Rohrbach* (C-297/03, EU:C:2005:315), e n.º 64, *supra*.

159
V. acórdão de 7 de setembro de 2006, *Vassallo* (C-180/04, EU:C:2006:518), e n.º 65, *supra*.

160
V. acórdão de 24 de janeiro de 2012, *Dominguez* (C-282/10, EU:C:2012:33), e n.º 67, *supra*.

161
V. acórdão de 12 de dezembro de 2013, *Carratú* (C-361/12, EU:C:2013:830), e n.º 68, *supra*.

162
Acórdão de 12 de dezembro de 2013, *Portgás* (C-425/12, EU:C:2013:829). V. ainda n.ºs 69 a 76, *supra*.

163
Acórdão de 12 de dezembro de 2013, *Portgás* (C-425/12, EU:C:2013:829), n.ºs 30 e 31.

137. Em terceiro lugar, embora, muitas vezes, possa ser necessário algum tipo de poderes adicionais para o desempenho de uma missão pública, não é evidente que seja sempre esse o caso. A presença desses poderes poderá talvez ser mais evidente no contexto dos SIEG. Em muitos setores da economia (como, por exemplo, as telecomunicações, a água, o gás e a eletricidade), o Estado pode atualmente conceder direitos especiais ou exclusivos [164].

138. Concluo assim que exigir que o organismo em questão possua também «poderes exorbitantes» para ser considerado uma emanação do Estado é um requisito desnecessário e, consequentemente, injustificado.

139. Importa, porém, esclarecer que nem todas as entidades ou organismos que exerçam atividades no interesse público serão emanações do Estado. Neste contexto, impõem-se as seguintes observações.

140. Primeiro, tem de existir um «organismo», ou seja, uma pessoa coletiva. Uma pessoa singular não pode ser uma emanação do Estado.

141. Segundo, nos casos em que um organismo desempenhe diversas funções, algumas das quais representam uma missão que lhe foi confiada pelo Estado e outras não, apenas poderá ser considerado como sendo uma emanação do Estado em relação à primeira categoria de atividades. Aqui, a abordagem que defendo difere, por conseguinte, da que foi adotada pelo Tribunal de Justiça em processos relacionados com a adjudicação de contratos públicos [165]. Ao passo que um organismo que seja uma «autoridade adjudicante» para efeitos das regras sobre contratos públicos está, por esse motivo, sempre obrigado a fiscalizar e a respeitar essa área específica do direito da União [166], um organismo que seja uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical das diretivas tem, potencialmente, um número muito mais vasto e menos bem definido de disposições de direito da União suscetíveis de lhe serem oponíveis por um particular. Consequentemente, afigura-se inoportuno adotar aqui uma abordagem nos termos da qual «once caught, always caught» («uma vez qualificado, qualificado para sempre»).

142. Terceiro, a missão assim confiada deve constituir a atividade principal do organismo em questão ou, se for o caso, da parte do organismo em questão.

143. Quarto, o organismo em questão deve exercer uma atividade que vise o interesse público. Deve constituir uma missão que lhe tenha sido confiada pelo Estado-Membro em causa e que, se não fosse desempenhada por esse organismo, seria assumida pelo próprio Estado.

144. A este respeito, o conceito de «missão» abrange atividades que não são realizadas para fins puramente comerciais. Por outras palavras, tem de existir um certo elemento de serviço público. Assim, a prestação de um serviço postal nacional, com a obrigação de distribuir o correio em todo o território nacional, está abrangida por essa categoria. O mesmo já não sucede com a prestação de um serviço de entregas local com fins exclusivamente lucrativos.

164
V. n.º 112, *supra*.
165
V. n.º 98, *supra*.
166
V., nesse sentido, acórdão de 3 de outubro de 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, EU:C:2000:529, n.º 40.

145. Acrescente-se que a definição de missão realizada no interesse público poderá variar de um Estado-Membro para outro [167]. Assim, por exemplo, um Estado-Membro poderá entender que é seu dever assegurar a ligação de todos os cidadãos a uma rede de banda larga de fibra ótica, ao passo que outro poderá decidir que esta é uma questão que deve ser deixada às forças do mercado. No primeiro caso, o organismo a quem tenha sido confiada essa missão será uma emanação do Estado. No segundo caso, a empresa do setor privado que presta o mesmo serviço não será assim qualificada.

146. Creio que, no interesse da segurança jurídica tanto do organismo em causa como dos particulares que pretendam instaurar uma ação judicial contra o mesmo, a missão pública deve ser claramente definida como tal no quadro legislativo ou regulamentar aplicável.

147. Por conseguinte, sugiro que o Tribunal de Justiça responda à terceira questão no sentido de que os critérios enunciados na resposta à segunda questão também são aplicáveis nos casos em que um Estado-Membro tenha transferido um conjunto significativo de responsabilidades com o objetivo manifesto de dar cumprimento a obrigações que decorrem do direito da União. Não é necessário que esse organismo possua poderes exorbitantes face aos que resultam das regras aplicáveis às relações entre particulares.

Observações finais

148. O processo de elaboração das presentes conclusões e de proposta de resposta às três questões prejudiciais submetidas desenrolou-se inevitavelmente lugar no contexto da questão (controversa) de saber se o Tribunal de Justiça, no acórdão *Faccini Dori* [168], decidiu acertadamente quando não reconheceu um efeito direto horizontal [169], contrariando a recomendação do advogado-geral C. O. Lenz nesse processo [170] e a argumentação avançada por dois outros advogados-gerais em processos anteriores [171]. Parti do princípio de que o Tribunal de Justiça não considerará ser este o fórum adequado para reabrir esse debate.

149. Porém, afigura-se-me necessário observar que, na medida em que a *natureza jurídica* do demandado tem sido considerada como sendo desprovida de pertinência — incluindo desde o próprio acórdão *Foster* — para a questão da sua qualificação como emanação do Estado, o Tribunal de Justiça já reconheceu que um organismo de direito privado poderá estar obrigado a concretizar os direitos diretamente aplicáveis conferidos por uma diretiva a pedido de um particular. Ao fazê-lo, o Tribunal de Justiça já admitiu, na realidade, uma forma limitada de efeito direto horizontal.

167
V. n.º 90, *supra*.

168
Acórdão de 14 de julho de 1994, C-91/92, EU:C:1994:292.

169
Para alguns exemplos dos muitos estudos críticos desta jurisprudência, v. Tridimas, T., «*Black, White and Shades of Grey*: Horizontality Revisited» (2002) 21 Y.B.E.L., p. 327; Dashwood, A., «*From Van Duyn to Mangold via Marshall: reducing Direct Effect to Absurdity*» (2006-7) 9 C.Y.E.L.S., p. 81; Dougan, M., «*When worlds collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy*» (2007) 44 C.M.L.Rev., p. 931; Craig, P., «*The Legal Effects of Directives*: Policy, Rules and Exceptions» (2009) 34 E.L.Rev, p. 349; e de Moi, M., «*Dominguez*: A Deafening Silence» (2012) 8 European Constitutional Law Review, p. 280.

170
Conclusões de 9 de fevereiro de 1994 (C-91/92, EU:C:1994:45, n.º 47).

171
V. conclusões do advogado-geral W. van Gerven de 26 de janeiro de 1993 no processo *Marshall II* (C-271/91, EU:C:1993:30, n.º 12), e conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs de 27 de janeiro de 1994 no processo *Vaneetveld* (C-316/93, EU:C:1994:32, n.º 15 e segs.). Mais recentemente, a advogada-geral V. Trstenjak reanalisou as questões subjacentes em vários pontos das suas conclusões de 8 de setembro de 2011 no processo *Dominguez* (C-282/10, EU:C:2011:559).

150. No essencial, podem ser (e foram) adotadas três abordagens para colmatar a lacuna criada pela inexistência de efeito direto horizontal geral: (i) uma abordagem ampla quanto à definição daquilo que constitui o conceito de emanação do Estado; (ii) levar ao extremo o princípio da interpretação conforme; e (iii) como abordagem de recurso, considerar que existe uma responsabilidade civil do Estado que dá origem a uma indemnização. Da perspetiva da garantia de uma tutela efetiva dos direitos dos particulares, a situação atual é tudo menos satisfatória. Cria uma complexidade para os demandantes e uma insegurança para os demandados. Gostaria aqui de reiterar o convite anteriormente feito ao Tribunal de Justiça por outros advogados-gerais no sentido de, de forma crítica, se proceder a um reexame e a uma análise das justificações apresentadas no acórdão *Faccini Dori* [172] para rejeitar o efeito direto horizontal [173].

Conclusão

151. À luz de todas as considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões submetidas pela Supreme Court of Ireland (Supremo Tribunal, Irlanda) nos seguintes termos:

1) O critério enunciado no acórdão *Foster e o.* [174] para determinar o que constitui uma emanação do Estado para efeitos do efeito vertical das diretivas consta do n.º 18, e não do n.º 20, desse acórdão. Os elementos deste critério não devem ser lidos nem cumulativamente nem autonomamente. O referido critério enumera simplesmente, de forma não exaustiva, os elementos que poderão ser pertinentes para tal apreciação.

2) Quando determina se um certo demandado é uma emanação do Estado para efeitos do efeito direto vertical das diretivas, o órgão jurisdicional nacional deve ter em conta os seguintes critérios:

   (i) a natureza jurídica do organismo em questão é desprovida de pertinência;

   (ii) não é necessário que o Estado esteja em posição de exercer a direção ou o controlo quotidiano das operações desse organismo;

   (iii) se o Estado detiver ou controlar o organismo em questão, este deve ser considerado uma emanação do Estado, não sendo necessário examinar se outros critérios estão preenchidos;

   (iv) as autoridades municipais, regionais ou locais e os organismos equiparados devem ser automaticamente considerados emanações do Estado;

   (v) não se exige que o organismo em questão seja financiado pelo Estado;

   (vi) se o Estado tiver confiado ao organismo em questão a tarefa de assegurar um serviço de interesse público que, de outro modo, o próprio Estado teria de assegurar diretamente e se, simultaneamente, tiver atribuído a esse organismo algum tipo de poderes adicionais para o habilitar a cumprir eficazmente a sua missão, o organismo em questão deve em qualquer caso ser considerado uma emanação do Estado.

172
Acórdão de 14 de julho de 1994, C-91/92, EU:C:1994:292.

173
Nesse contexto, adotaria na íntegra as observações do advogado-geral F. G. Jacobs nos n.os 30 e 31 das suas conclusões no processo *Vaneetveld* (C-316/93, EU:C:1994:32), integralmente reproduzidas na nota de pé de página 33, *supra*.

174
Acórdão de 12 de julho de 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313).

Na sua análise, o órgão jurisdicional nacional deve ter em conta o princípio fundamental subjacente de que um particular pode invocar disposições precisas e incondicionais de uma diretiva contra o Estado, independentemente da qualidade em que este atue, porque há que evitar que o Estado possa tirar proveito da sua inobservância do direito da União.

3) Os critérios enunciados na resposta à segunda questão também são aplicáveis nos casos em que um Estado-Membro tenha transferido um conjunto significativo de responsabilidades com o objetivo manifesto de dar cumprimento a obrigações que decorrem do direito da União. Não é necessário que esse organismo possua poderes exorbitantes face aos que resultam das normas aplicáveis às relações entre particulares.