CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 6 de Dezembro de 2007 [1]

1. Este é o segundo recurso num processo judicial que já dura há muito tempo e que respeita, principalmente, à assistência comercial e logística prestada pela La Poste francesa à sua filial SFMI-Chronopost, que se dedica à expedição de correio expresso. Na Decisão 98/365 (a seguir «decisão controvertida»), a Comissão decidiu que tal assistência não constituía um auxílio de Estado [2]. Os concorrentes da SFMI-Chronopost interpuseram recurso para o Tribunal de Primeira Instância (a seguir «acórdão Ufex I») [3], que anulou a decisão controvertida. No primeiro recurso jurisdicional para o Tribunal de Justiça (a seguir «acórdão Chronopost I») [4], este anulou o acórdão do Tribunal de Primeira Instância e remeteu-lhe o processo. O presente recurso é interposto do subsequente acórdão do Tribunal de Primeira Instância, que anula, de novo, a decisão controvertida (a seguir «acórdão recorrido», processo Ufex II) [5].

2. Os fundamentos do recurso dizem agora respeito: i) à composição do Tribunal de Primeira Instância no processo que deu origem ao acórdão recorrido, ii) à questão de saber se aquele Tribunal se pronunciou sobre um fundamento inadmissível, iii) à análise pelo mesmo efectuou a propósito da fundamentação da Comissão na decisão controvertida, e iv) à sua apreciação sobre o conceito de auxílio de Estado a propósito da transferência de carteira de clientes para a SFMI-Chronopost.

Matéria de facto e tramitação processual

Antecedentes do litígio

3. O litígio subjacente a este processo tem origem numa denúncia apresentada à Comissão em Dezembro de 1990. O acórdão recorrido expõe os antecedentes:

«2 A La Poste francesa (a seguir «La Poste»), que opera em regime de monopólio legal no sector dos correios ordinários, fez parte integrante da administração francesa até ao fim do ano de 1990. A partir de 1 de Janeiro de 1991, foi organizada como pessoa colectiva de direito público,

1 — Língua original: inglês.

2 — Decisão 98/365/EC da Comissão, de 1 de Outubro de 1997, relativa aos auxílios que a França teria concedido à SFMI-Chronopost (JO 1998 L 164, p. 37).

3 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 14 de Dezembro de 2000, Ufex e o./Comissão (T-613/97 Colect., p. II-04055).

4 — Acórdão do Tribunal de Justiça, de 3 de Julho de 2003 Chronopost e o./Ufex e o. (C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P, Colect., p. I-6993).

5 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 7 de Junho de 2006, UFEX e o./Comissão (T-613/97, Colect., p. II-1531)

nos termos da Lei 90-568, de 2 de Julho de 1990, sobre a organização do serviço público de correios e telecomunicações (JORF de 8 de Julho de 1990, p. 8069, a seguir «Lei 90-568»). Esta lei autoriza-a a exercer determinadas actividades abertas à concorrência, nomeadamente, a expedição de correio expresso.

3 A Société française de messagerie internationale (a seguir «SFMI») é uma sociedade de direito privado a quem foi confiada a gestão do serviço de correio expresso da La Poste [6] desde finais de 1985. Esta empresa foi constituída com um capital social de 10 milhões de francos franceses (FRF) (cerca de 1 524 490 EUR), repartido entre a Sofipost (66%), sociedade financeira detida a 100% pela La Poste, e a TAT Express (34%), filial da companhia aérea Transport aérien transrégional (a seguir «TAT»).

4 As modalidades de exploração e de comercialização do serviço de correio expresso que a SFMI prosseguia sob a denominação EMS/Chronopost foram definidas por uma circular do Ministério dos Correios e Telecomunicações francês de 19 de Agosto de 1986. Segundo esta circular, a La Poste devia fornecer à SFMI assistência logística e comercial. As relações contratuais entre a La Poste e a SFMI regiam-se por convenções, a primeira das quais data de 1986.

6 — A qual desenvolvia a sua actividade sob a firma Postadex.

5 Em 1992, a estrutura da actividade de correio expresso realizada pela SFMI modificou-se. A Sofipost e a TAT criaram uma nova sociedade, a Chronopost SA, de que continuaram a deter 66% e 34% das acções, respectivamente. A sociedade Chronopost, que tinha acesso exclusivo à rede da La Poste até 1 de Janeiro de 1995, recentrou-se no correio expresso nacional. A SFMI foi adquirida pela GD Express Worldwide France, filial de uma empresa comum internacional que agrupa a sociedade australiana TNT e os correios de cinco países, concentração esta autorizada por decisão da Comissão de 2 de Dezembro de 1991 (Processo IV/M.102 — TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, PTT Poste e Sweden Post) (JO C 322, p. 19). A SFMI conservou a actividade internacional de correio expresso, utilizando a Chronopost como agente e prestadora de serviços no tratamento, em França, das suas remessas internacionais (a seguir «SFMI-Chronopost») [7].

6 O Syndicat français de l'express international (SFEI), ao qual sucedeu a Union française de l'express (UFEX), de que são membros as três outras recorrentes, é um sindicato profissional de direito francês que agrupa a quase totalidade das sociedades que oferecem serviços de correio expresso e fazem concorrência à SFMI-Chronopost.

7 — Nas presentes conclusões será utilizada, tal como o foi na decisão controvertida, a designação «SFMI-Chronopost» mesmo quando esteja envolvida apenas uma das sociedades. Os acórdãos já referidos nas notas 3 e 5 seguiram esta orientação.

7 Em 21 de Dezembro de 1990, o SFEI apresentou uma denúncia à Comissão por motivo de, nomeadamente, a assistência logística e comercial fornecida pela La Poste à SFMI consubstanciar um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 87.º CE). Na denúncia, era principalmente referido o facto de a remuneração paga pela SFMI pela assistência fornecida pela La Poste não corresponder às condições normais de mercado. A diferença entre o preço de mercado pela aquisição de tais serviços e o preço efectivamente pago pela SFMI constitui um auxílio de Estado. Um estudo económico, realizado, a pedido do SFEI, pela sociedade de consultadoria Braxton foi anexado à denúncia, com o fim de avaliar o montante do auxílio durante o período de 1986-1989.

8 Por ofício de 10 de Março de 1992, a Comissão informou o SFEI do arquivamento da sua denúncia. Em 16 de Maio de 1992, o SFEI e outras empresas interpuseram no Tribunal de Justiça um recurso de anulação desta decisão. O Tribunal de Justiça decidiu não conhecer do mérito da causa (despacho do Tribunal de Justiça de 18 de Novembro de 1992, SFEI e o./Comissão, C-222/92, não publicado na Colectânea), na sequência da decisão da Comissão de 9 de Julho de 1992 de retirar a de 10 de Março de 1992.»

4. Além da denúncia apresentada à Comissão, «[e]m 16 de Junho de 1993, o SFEI e outras empresas intentaram no Tribunal de commerce de Paris (tribunal do comércio de Paris) uma acção contra a SFMI, a Chronopost, a La Poste e outras. Foi anexado à petição um segundo estudo da Braxton actualizando os dados do primeiro estudo e alargando o período de avaliação do auxílio até ao fim de 1991. Por decisão de 5 de Janeiro de 1994, o Tribunal de commerce de Paris submeteu ao Tribunal de Justiça várias questões prejudiciais sobre a interpretação do artigo 92.º do Tratado e do artigo 93.º do Tratado CE (actual artigo 88.º CE), uma das quais incidia sobre o conceito de auxílio de Estado nas circunstâncias do presente processo. O Governo francês entregou ao Tribunal de Justiça, em anexo às suas observações de 10 de Maio de 1994, um estudo económico realizado pela sociedade Ernst & Young. No acórdão de 11 de Julho de 1996, [SFEI e o. [8]], o Tribunal de Justiça declarou que 'o fornecimento de assistência logística e comercial por uma empresa pública às suas filiais de direito privado que exercem uma actividade aberta à livre concorrência é susceptível de constituir um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.º do Tratado se a remuneração recebida como contrapartida for inferior à que seria exigida em condições normais de mercado' (n.º 62).» [9].

O inquérito da Comissão e a decisão controvertida

5. Em 1993, a Comissão solicitou e recebeu da República Francesa mais informações. Em Março de 1996, notificou esse Estado-Membro de que iniciara o procedimento previsto no artigo 93.º, n.º 2, do Tratado CE (actual artigo 88.º, n.º 2, CE) relativamente a um auxílio alegadamente concedido pelo Estado francês à SFMI-Chronopost. Em

8 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) e o./La Poste e o. (C-39/94, Colect., p. I-3547). Refiro-me a este acórdão como «acórdão SFEI».

9 — N.º 10 do acórdão recorrido.

17 de Julho de 1996 publicou a comunicação sobre o início do procedimento [10].

6. Em 17 de Agosto de 1996, a SFEI apresentou observações à Comissão em resposta à comunicação, às quais anexou um estudo económico elaborado pela Bain & Co. [11]. A República Francesa respondeu, tendo anexado um estudo económico elaborado pela Deloitte Touche Tohmatsu.

7. Em 1 de Outubro de 1997, a Comissão adoptou a decisão controvertida. O artigo 1.º dispõe que «[a] assistência logística e comercial fornecida pela La Poste à sua filial SFMI-Chronopost [e as outras medidas objecto de denúncia] não constituem auxílios estatais a favor da SFMI-Chronopost».

Os acórdãos Ufex I [12] *e Chronopost I* [13]

8. Por recurso interposto em 30 de Dezembro de 1997, a Ufex, a DHL International, a Federal Express e a CRIE requereram ao Tribunal de Primeira Instância a anulação da decisão controvertida. A República Francesa, a La Poste e a Chronopost foram, posteriormente, admitidas a intervir em apoio da Comissão.

9. O processo foi distribuído à Quarta Secção Alargada do Tribunal de Primeira Instância e designado um juiz-relator.

10. As recorrentes invocaram quatro fundamentos de anulação, relativos a: i) violação dos direitos da defesa, ii) insuficiência de fundamentação, iii) erros de facto e erros manifestos de apreciação e iv) interpretação errada, pela Comissão, do conceito de auxílio de Estado, em primeiro lugar, ao não ter tido em conta as condições normais do mercado quando analisou a contrapartida da assistência fornecida pela La Poste à SFMI-Chronopost e, em segundo lugar, ao excluir deste conceito diversas medidas de que a SFMI-Chronopost teria beneficiado.

11. O Tribunal de Primeira Instância acolheu a primeira parte do quarto fundamento e anulou o artigo 1.º da decisão controvertida na medida em que declarava que a assistência comercial e logística fornecida pela La Poste à SFMI-Chronopost não constituía um auxílio de Estado. Considerou desnecessário examinar o segundo aspecto do quarto fundamento ou os outros fundamentos na medida em que diziam respeito à assistência logística e comercial fornecida pela La Poste à SFMI-Chronopost. Em especial, não era necessário analisar o segundo fundamento. O primeiro fundamento e os aspectos do terceiro fundamento que não diziam respeito às denúncias analisadas a propósito do quarto fundamento foram julgados improcedentes.

10 — JO C 206, p. 3.

11 — Ampliou, igualmente, a sua denúncia de Dezembro de 1990, de modo a incluir alguns aspectos que não são relevantes para o presente recurso.

12 — Já referido na nota 3.

13 — Já referido na nota 4.

12. Por petições que deram entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça, em 19 e 23 de Fevereiro de 2001, a Chronopost, a La Poste e a República Francesa interpuseram recurso do acórdão Ufex I.

13. As recorrentes apresentaram vários fundamentos de recurso, o primeiro dos quais relativo à alegação de que o Tribunal de Primeira Instância violara o artigo 92.º, n.º 1, do Tratado CE (actual artigo 87.º, n.º 1, CE) ao interpretar incorrectamente o conceito de «condições normais de mercado» utilizado no acórdão SFEI. No n.º 75 do acórdão Ufex I, o Tribunal de Primeira Instância tinha concluído que a Comissão deveria, pelo menos, ter verificado se a contrapartida recebida pela La Poste era comparável à que teria sido reclamada por uma sociedade financeira privada, ou um grupo privado de empresas, que não operasse num sector reservado.

14. O Tribunal de Justiça afirmou que essa apreciação estava viciada por um erro de direito na medida em que não havia sido tomado em consideração o facto de a La Poste se encontrar numa situação muito diferente da de uma empresa privada operando em condições normais de mercado. Como entidade encarregada de um serviço de interesse económico geral na acepção do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado CE (actual artigo 86.º, n.º 2, CE), a La Poste teve que adquirir, ou ser dotada de importantes infra-estruturas e recursos que lhe permitissem fornecer o serviço postal de base a todos os utilizadores, inclusivamente nas zonas onde as tarifas não cobriam os custos dos serviços. A constituição e a manutenção da rede da La Poste não respondiam, portanto, a uma lógica puramente comercial e nunca teriam sido levados a cabo por uma empresa privada. Além disso, o fornecimento de assistência logística e comercial consistia, precisamente, na disponibilização dessa rede. Estava, por isso, indissociavelmente ligado a ela. O Tribunal de Justiça concluiu:

«38. Nestas condições, na ausência de qualquer possibilidade de comparar a situação da La Poste com a de um grupo privado de empresas que não operasse num sector reservado, as 'condições normais de mercado', que são necessariamente hipotéticas, devem ser apreciadas por referência aos elementos objectivos e verificáveis que estão disponíveis.

39. No caso, os custos suportados por La Poste pelo fornecimento à sua filial de assistência logística e comercial podem constituir esses elementos objectivos e verificáveis.

40. Nesta base, a existência de um auxílio de Estado a favor da SFMI-Chronopost pode ser excluída se, por um lado, se comprovar que a contrapartida exigida cobre devidamente todos os custos variáveis suplementares ocasionados pelo fornecimento de assistência logística e comercial, uma contribuição adequada aos custos fixos associados à utilização da rede postal e uma remuneração apropriada dos capitais próprios, na medida em que sejam afectados à actividade concorrencial da SFMI-Chronopost, e se, por outro lado, nenhum indício levar a pensar que esses elementos foram subestimados ou fixados de modo arbitrário.»

15. Em consequência, o Tribunal de Justiça declarou procedente o primeiro fundamento. Anulou o acórdão Ufex I sem se pronunciar sobre os demais fundamentos e remeteu o processo ao Tribunal de Primeira Instância.

Acórdão recorrido [14]

16. Após remessa ao Tribunal de Primeira Instância, o processo foi distribuído, inicialmente, à Quarta Secção Alargada e foi designado o mesmo juiz-relator que no processo Ufex I. Na sequência da decisão de 13 de Setembro de 2004 [15], que alterou a composição das Secções do Tribunal de Primeira Instância, o juiz-relator foi transferido para a Terceira Secção Alargada, à qual o processo acabou por ser atribuído.

17. As recorrentes invocaram, essencialmente, os segundo, terceiro e quarto fundamentos suscitados no processo que deu origem ao acórdão Ufex I [16]. A primeira parte do quarto fundamento assentava agora na alegação de violação do conceito de condições normais de mercado, tal como definido no acórdão Chronopost I.

14 — Já referido na nota 5.
15 — JO C 251, p. 12.
16 — V. n.º 10 *infra*.

18. Na audiência de 15 de Junho de 2005, as partes apresentaram alegações e responderam às questões colocadas pelo Tribunal de Primeira Instância.

19. O Tribunal de Primeira Instância deu provimento ao segundo argumento (insuficiência de fundamentação) e à denúncia que constava da segunda parte do quarto fundamento, relativo à transferência da Postadex. Julgou improcedentes todas as demais denúncias, excepto as que constituíam a primeira parte do quarto fundamento, por considerar não ser possível apreciá-las. Anulou a decisão controvertida na medida em que concluía que nem a assistência logística e comercial fornecida pela La Poste à sua filial SFMI-Chronopost nem a transferência da Postadex constituíam auxílios de Estado a favor da SFMI-Chronopost.

Recursos da decisão do Tribunal de Primeira Instância

20. Por petições que deram entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça, respectivamente, em 4 e 7 de Agosto de 2006, a Chronopost (C-341/06 P) e a La Poste (C-342/06 P) interpuseram recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância. As recorrentes pedem ao Tribunal de Justiça a anulação do acórdão recorrido e a condenação das recorrentes em primeira instância no pagamento de todas as despesas. A Chronopost pede também ao Tribunal de Justiça que decida definitivamente o litígio e confirme a legalidade da decisão controvertida.

21. A Ufex, a DHL Express (França) (anteriormente DHL International), a Federal Express International (França) e a CRIE (em liquidação) apresentaram uma resposta conjunta a cada um dos recursos. Nem a República Francesa nem a Comissão se pronunciaram [17]. Ao abrigo do artigo 117.º do Regulamento de Processo, o presidente do Tribunal de Justiça autorizou a Chronopost e a La Poste a apresentarem réplica às alegações de inadmissibilidade. Posteriormente, a Ufex apresentou tréplica.

22. Os dois recursos foram apensos por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 18 de Abril de 2007.

23. Não foi realizada nem requerida a realização de audiência.

Primeiro fundamento: vício processual relativo à composição do órgão jurisdicional

24. As recorrentes alegam que o seu direito a um processo equitativo foi violado porque o juiz-relator no processo que deu origem ao acórdão recorrido era também juiz-relator no processo que deu origem ao acórdão Ufex I.

Disposições relevantes

Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça (a seguir «Regulamento do Tribunal de Justiça»)

25. O artigo 42.º, n.º 2, dispõe que «[é] proibido deduzir novos fundamentos no decurso da instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo».

26. Por força do artigo 118.º, o artigo 42.º, n.º 2, é aplicável ao processo perante o Tribunal de Justiça que tenha por objecto um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância.

17 — Passo a referir-me às entidades que apresentaram uma resposta conjunta como «Ufex».

Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância (a seguir «Regulamento do Tribunal de Primeira Instância»)

27. O artigo 48.º, n.º 2, reproduz, com a mesma redacção, o artigo 42.º, n.º 2, do Regulamento do Tribunal de Justiça.

28. O artigo 118.º dispõe:

«1. Quando o Tribunal de Justiça anular um acórdão ou um despacho de uma secção o presidente do Tribunal de Primeira Instância pode atribuir o processo a outra secção composta pelo mesmo número de juízes.

2. Quando o Tribunal de Justiça anular um acórdão ou um despacho proferido pela sessão plenária ou pela grande secção do Tribunal de Primeira Instância, o processo é atribuído à formação que tiver proferido a decisão em causa.

2A Quando o Tribunal de Justiça anular um acórdão ou um despacho do juiz singular, o presidente do Tribunal de Primeira Instância atribui o processo a uma secção composta por três juízes de que esse juiz não faça parte.

[…]»

Argumentação das partes

29. As ora recorrentes alegam que, embora a Comunidade não seja, enquanto tal, parte na Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir «CEDH»), está vinculada a respeitar os direitos garantidos pela CEDH. O direito a um tribunal independente e imparcial é uma componente do direito a um processo equitativo nos termos do artigo 6.º da CEDH. Uma aparência de parcialidade (objectiva) é suficiente para violar esse direito e pode existir se a composição de um tribunal suscitar dúvidas legítimas sobre a sua imparcialidade. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e dos órgãos jurisdicionais franceses demonstra que a presença do mesmo juiz em processos sucessivos respeitantes à mesma causa suscita tais dúvidas. A La Poste considera que o artigo 118.º, n.ºs 1 e 2A, do Regulamento do Tribunal de Primeira Instância reflecte uma certa preocupação relativamente ao facto de os juízes reapreciarem processos nos quais tenham intervindo anteriormente.

30. Nas suas respostas, a Ufex alega que o fundamento é novo e, por isso, inadmissível nos termos do Regulamento do Tribunal de Justiça. As recorrentes tinham sido informadas da composição do órgão jurisdicional por ofícios enviados pela Secretaria do Tribunal de Primeira Instância antes da audiência e o nome do juiz-relator constava do relatório para a audiência. Não obstante, as recorrentes não haviam suscitado quaisquer objecções perante aquele órgão jurisdicional.

Resulta do acórdão Petrides [18] que não se pode invocar, em instância de recurso, uma garantia processual a que se renunciou.

31. No que respeita à substância do fundamento, a Ufex alega, em primeiro lugar, que a composição do Tribunal de Primeira Instância que proferiu o acórdão recorrido estava em conformidade com o artigo 118.º do Regulamento do Tribunal de Primeira Instância, que regula a composição do Tribunal, em caso de remessa de um processo pelo Tribunal de Justiça após anulação de uma decisão anterior. Além disso, o princípio da colegialidade que rege a composição dos órgãos jurisdicionais comunitários permite neutralizar qualquer risco de parcialidade. Em segundo lugar, aqueles regulamentos comunitários não violam o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH. A Ufex alega que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem adopta uma abordagem casuística da questão e que não enunciou nenhum princípio geral segundo o qual um juiz não pode intervir em processos sucessivos respeitantes a um mesmo caso. Em terceiro lugar, os regulamentos têm em conta as diferentes tradições dos Estados-Membros. Além disso, é do interesse da boa administração da justiça comunitária que, num processo complexo remetido ao Tribunal de Primeira Instância, o juiz-relator se mantenha.

32. Nas suas réplicas, as recorrentes contestam o fundamento de inadmissibilidade suscitado pela Ufex. A Chronopost considera-o inoperante porque uma violação do direito a um tribunal imparcial constitui uma violação de um requisito processual fundamental. Como tal, trata-se de uma questão de ordem pública que o Tribunal de Justiça deve suscitar oficiosamente.

33. As recorrentes alegam que o fundamento de inadmissibilidade é, em qualquer caso, improcedente. O referido fundamento não poderia ter sido suscitado antes de proferido o acórdão recorrido. Os fundamentos de um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância são necessariamente novos na medida em que impugnam o acórdão recorrido. O direito a um tribunal imparcial é inalienável e não pode ser objecto de renúncia, como se de uma garantia processual se tratasse. Além do mais, as recorrentes sustentam que não existe qualquer procedimento de impugnação da composição do Tribunal de Primeira Instância ou que permita objectar à inclusão de determinado juiz. Por último, a Chronopost declara que os ofícios da Secretaria do Tribunal de Primeira Instância não incluíam os nomes dos juízes que compunham as Secções e que não recebeu qualquer cópia do relatório para a audiência.

34. Na sua tréplica, a Ufex alega que o argumento de que este fundamento é uma questão de ordem pública constitui, em si mesmo, um fundamento novo. Uma vez que não houve qualquer violação de um direito fundamental, esse argumento é também inoperante. As recorrentes podiam ter suscitado o fundamento perante o Tribunal de Primeira Instância nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento do Tribunal de Primeira Instância. Os fundamentos de um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância não são, necessariamente, novos, porquanto devem ser suscitados sobre questões discutidas perante o órgão jurisdicional de primeira instância. Quando sejam novos, o artigo 42.º, n.º 2, do Regulamento do Tribunal de Justiça aplica-se aos recursos de decisões do Tribunal de Primeira Instância, por força do artigo 118.º do mesmo

18 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Setembro de 1999 (C-64/98 P, Colect., p. I-5187, n.º 32).

regulamento. A Ufex observa também que a Chronopost devia ter tomado conhecimento da composição das secções do Tribunal de Primeira Instância, uma vez que foram publicadas no Jornal Oficial [19].

Apreciação

35. Quanto à questão da admissibilidade, recordo que a Chronopost e a La Poste intervieram em apoio da Comissão no processo que correu perante o Tribunal de Primeira Instância.

36. Nos termos do artigo 40.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, um interveniente deve limitar-se a apoiar o pedido de uma das partes. Os órgãos jurisdicionais comunitários interpretaram essa limitação no sentido de que impede um interveniente de expor argumentos ou fundamentos que tenham uma natureza completamente estranha às considerações em que se baseia o litígio tal como foi constituído entre a parte recorrente e a parte recorrida [20].

37. Uma alegação de irregularidade processual relativa à composição do Tribunal de Primeira Instância é estranha aos fundamentos invocados pela Comissão perante aquele órgão jurisdicional. Por conseguinte, a Chronopost e a La Poste foram impedidas de invocar aquele fundamento perante o Tribunal de Primeira Instância.

38. Dever-se-ia, então, perguntar se a própria Comissão podia ter invocado aquele fundamento no decurso do processo perante o Tribunal de Primeira Instância.

39. Nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento do Tribunal de Primeira Instância, é proibido deduzir novos fundamentos no decurso da instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo. Para responder à questão de saber se os elementos «se revelaram» durante o processo, nomeadamente se a parte não tinha podido conhecer esses elementos anteriormente, o Tribunal de Primeira Instância aplica um critério objectivo [21].

40. A composição da secção do Tribunal de Primeira Instância à qual o processo foi distribuído após remessa pelo Tribunal de Justiça é, evidentemente, um elemento que não se podia ter revelado antes do início do processo. Nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento do Tribunal de Primeira Instância, a Comissão teria, por isso, o direito de deduzir um novo fundamento para o contestar.

19 — V. nota 15.

20 — V. acórdão do Tribunal de Justiça, de 17 de Março de 1993, Comissão/Conselho, (C-155/91, Colect., p. I-939, n.os 23 a 24), e acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 14 de Dezembro de 2006, Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão (T-237/02, Colect., p. II-5131, n.º 97, e jurisprudência aí referida). Este último acórdão está, actualmente, a ser apreciado em sede de recurso (C-139/07 P), mas não quanto a esta questão.

21 — V. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 8 de Março de 2007, France Télécom/Comissão (T-340/04, Colect., p. II-573, n.º 164, e jurisprudência aí referida).

41. Além do mais, a Comissão estava objectivamente em posição de o fazer. A secção à qual o processo foi distribuído foi comunicada às partes. As alterações efectuadas, em 2004, à composição das secções do Tribunal de Primeira Instância foram anunciadas no Jornal Oficial. A composição das secções está igualmente disponível na página Internet do Tribunal de Justiça. O nome do juiz-relator figura no relatório para audiência enviado às partes antes desta última. Por fim, a composição do órgão jurisdicional e o nome do juiz-relator são indicados de forma clara no anúncio que marca data para a audiência, o qual é afixado fora da sala de audiências.

42. Por conseguinte, a Comissão estava objectivamente em posição de saber, no decurso do processo perante o Tribunal de Primeira Instância, que o juiz-relator no acórdão Ufex I integrava a composição do órgão jurisdicional na segunda instância. Contudo, nada no acórdão recorrido nem nos autos perante o Tribunal de Justiça permite concluir que a Comissão tenha suscitado qualquer objecção.

43. No acórdão Petrides [22] o Tribunal de Justiça rejeitou um fundamento de recurso relativo a uma violação do princípio *audi alteram partem* e do princípio da igualdade das armas porque o recorrente não suscitara essa questão perante o Tribunal de Primeira Instância quando tivera oportunidade de fazê-lo, pelo que havia renunciado a uma garantia processual.

44. Do mesmo modo, também não deveria ser permitido à Comissão suscitar, no presente processo, a questão da composição do Tribunal de Primeira Instância como fundamento do recurso. A Comissão podia ter-se oposto à composição da secção perante o órgão jurisdicional de primeira instância. Ao não fazê-lo, renunciou a uma garantia processual e não deveria poder reabrir a questão neste momento.

45. Na minha opinião, seria contraditório, quer com a jurisprudência do Tribunal de Justiça no acórdão Petrides quer com o artigo 40.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, admitir que um interveniente na primeira instância pudesse invocar, em sede de recurso, um fundamento que a parte em apoio da qual foi admitido a intervir não invocou perante o órgão jurisdicional de primeira instância.

46. Tem que se admitir que esta conclusão se baseia num entendimento bastante formal da posição de um interveniente. No plano conceptual, entendo que não se pode afirmar que o interveniente *não* tem direito a um processo equitativo, mesmo que não se trate do seu próprio processo. De acordo com o artigo 40.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, o interveniente tem, necessariamente, um interesse no resultado do processo (senão não seria admitido a intervir). Além disso, perante o Tribunal de Justiça, a Chronopost e a La Poste já não são intervenientes, mas recorrentes. O artigo 6.º, n.º 1, da CEDH reconhece a *qualquer pessoa* o direito a um processo equitativo «[quer] sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de

22 — Já referido na nota 18. V. também conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer, n.º 33.

qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela» [23].

47. Todavia, parece-me que, se o Tribunal de Justiça decidir que a Chronopost e a La Poste podiam, elas próprias, ter-se oposto à composição do Tribunal de Primeira Instância perante aquele órgão jurisdicional, mesmo no caso de a Comissão não o ter feito, então, pelas razões apontadas nos n.os 40 a 43, deverá considerar-se que as mesmas renunciaram àquele direito.

48. Por conseguinte, considero que o primeiro fundamento é inadmissível.

49. No que respeita ao argumento das recorrentes de que o seu fundamento deve, em qualquer caso, ser apreciado pelo Tribunal de Justiça uma vez que suscita uma questão de ordem pública, discordo da opinião da Ufex de que esse argumento constitui, em si mesmo, um fundamento novo. Pelo contrário, foi apresentado em resposta à objecção de inadmissibilidade suscitada pela Ufex.

50. Tendo em conta o que fica exposto, não aceito o argumento das recorrentes.

51. Esse argumento assenta em jurisprudência que demonstra que, se uma entidade administrativa, como a Comissão, impedir alguma parte interessada de responder ou de se pronunciar antes da adopção de um acto administrativo, tal constitui uma violação de um requisito processual essencial [24].

52. O acórdão Petrides confirma, porém, que um recorrente que, no decurso de um processo judicial, não faz valer os seus direitos de defesa quando tem oportunidade de o fazer, não pode vir invocá-los mais tarde. Naquele processo, o Tribunal não considerou necessário apreciar oficiosamente o fundamento do recorrente.

53. Os princípios que, segundo o recorrente no caso Petrides, foram alegadamente violados integram tanto o direito a um processo equitativo como o direito a um tribunal imparcial: de facto, os princípios *audi alteram partem* e *nemo judex in sua causa* constituem os dois pilares da justiça natural. Por isso, não descortino qualquer razão para o Tribunal de Justiça adoptar uma abordagem diferente no caso em apreço.

54. Mesmo que o Tribunal de Justiça decida admitir o fundamento deve, na minha opinião, rejeitá-lo em sede de apreciação do mérito.

23 — No acórdão do TEDH de 31 de Maio de 2005, Antunes/Portugal, *Colectânea dos acórdãos e decisões* 2005, § 43, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem declarou que o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH era aplicável nesse processo, em que a recorrente tinha apresentado queixa-crime contra o Governo português para o qual trabalhava e participava como «assistente», demonstrando desse modo, o seu interesse na condenação do arguido e na indemnização pelos danos sofridos.

24 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Maio de 1991, Interhotel/Comissão (C-291/89, Colect., p. I-2257, n.os 14 a 17), e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Maio de 2001, Kaufring e o./Comissão (T-186/97, T-187/97, T-190/97 a T-192/97, T-210/97, T-211/97, T-216/97, T-217/97, T-218/97, T-279/97, T-280/97, T-293/97 e T-147/99, Colect., p. II-1337, n.os 134 a 135).

55. Em primeiro lugar, não se verifica uma violação manifesta de um requisito essencial de procedimento. O artigo 118.º, n.º 1, do Regulamento do Tribunal de Primeira Instância não proíbe que processos sucessivos em sequência de uma remessa sejam apreciados pela mesma secção. Esta regra pode ser confrontada com a regra, muito diferente, do artigo 118.º, n.º 2A, nos termos da qual um juiz não pode reapreciar um processo que tenha sido remetido ao Tribunal de Primeira Instância, se já interveio como juiz singular na primeira vez. Nem existe nada no Regulamento do Tribunal de Primeira Instância que indique que o mesmo juiz não pode intervir como juiz-relator se um processo for remetido após recurso. Na verdade, o artigo 118.º, n.º 2, impõe, especificamente, que os processos originariamente apreciados pela grande secção (e, claro, pela sessão plenária) sejam reapreciados pela mesma formação.

56. Em segundo lugar, as recorrentes não invocam numa parcialidade efectiva (subjectiva). A única parcialidade (objectiva) invocada diz respeito à composição da secção do Tribunal de Primeira Instância a que o processo foi distribuído após sua remessa pelo Tribunal de Justiça.

57. As recorrentes observam, correctamente, que, embora a Comunidade não seja parte na CEDH, o artigo 6.º, n.º 2, UE dispõe que «a União respeita os direitos fundamentais tal como os garante a [CEDH] [...]». Além disso, a CEDH tem um significado especial entre as fontes de inspiração para os direitos fundamentais, cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça [25]. O artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, que garante o direito a um tribunal imparcial, faz parte desses direitos fundamentais.

58. A propósito de parcialidade objectiva, que ocorre quando existam dúvidas legítimas acerca da imparcialidade de um órgão jurisdicional, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem declarou que «*não se pode* impor como principio geral decorrente do dever de imparcialidade que uma instância de recurso que anula uma decisão administrativa ou judicial esteja obrigada a remeter o processo para outra autoridade jurisdicional ou para uma secção daquela autoridade com uma composição diferente» [26]. A participação do mesmo juiz em diversas audiências de um mesmo processo só pode levantar dúvidas quanto à imparcialidade quando conjugada com outros factores [27]. No caso em apreço não é invocado qualquer factor adicional.

25 — Ver, por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de Junho de 2006, Parlamento/Conselho, (C-540/03, Colect., p. I-5769, n.º 35, e jurisprudência aí referida).

26 — Acórdão do TEDH de 16 de Julho de 1971, Ringeisen/Áustria, série A, n.º 13, p. 40, § 97 (sublinhado meu). Neste processo, o facto de dois membros no processo remetido terem participado na decisão inicial não constituiu motivo para suspeita legítima. O TEDH chegou a idêntica conclusão no acórdão Diennet/França de 26 Setembro de 1995, série A, n.º 325-A, p. 17, § 38, no qual três juízes em sete no processo em reexame tinham participado na primeira decisão. Em TEDH, acórdão Schwarzenberger/Alemanha, de 10 de Agosto de 2006, *Colectânea dos acórdãos e decisões* 2006, § 42, o Tribunal apresentou uma lista de acórdãos nos quais o mesmo princípio havia sido aplicado a situações análogas, tal como providências cautelares.

27 — No acórdão do TEDH de 7 de Agosto de 1996, Ferrantelli e Santangelo/Itália, *Colectânea dos acórdãos e decisões* 1996-III, §§ 58-60, citado pelas recorrentes, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entendeu que um receio de parcialidade estava objectivamente justificado porque resultava da conjugação de duas circunstâncias, uma das quais era o facto de um dos juízes no processo relativo à recorrente já ter anteriormente condenado o cúmplice desta.

59. Além disso, os juízes do próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem podem, em certas ocasiões, participar em audiências sucessivas do mesmo processo. Quando uma sentença de uma secção remeter o processo para o tribunal, nos termos do artigo 43.º da CEDH, o presidente da secção que proferiu a sentença e o juiz que decidiu em nome do Estado interessado (mas nenhum outro juiz da secção) podem integrar o tribunal pleno [28]. De resto, já aconteceu juízes que apreciaram ambos os processos terem mudado de opinião [29].

60. Por último, as recorrentes observam que o artigo 6.º, n.º 2, UE impõe igualmente à União o respeito dos direitos fundamentais resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. Salientam que em França, o órgão jurisdicional ao qual um processo tenha sido remetido deve ter uma composição diferente da do órgão jurisdicional que julgou a causa a primeira vez. A Ufex responde que não é assim na Alemanha, em Espanha e no Reino Unido. Parece claro que a referência à situação num Estado não é suficiente para demonstrar a existência de uma tradição constitucional *comum* aos Estados-Membros.

61. Por esta razão concluo que se (*quod non)* o primeiro fundamento de recurso for considerado admissível é, em todo o caso, improcedente.

Segundo fundamento: vício processual decorrente do facto de o Tribunal de Primeira Instância não ter apreciado a excepção de inadmissibilidade deduzida pela La Poste e de se ter pronunciado sobre o mérito de um fundamento inadmissível

Argumentação das partes

62. Em primeiro lugar, a La Poste declara que, nas suas observações escritas, alegara que a denúncia da Ufex relativa à transferência da Postadex era um fundamento novo e que o Tribunal de Primeira Instância não se pronunciou, consequentemente, sobre se aquele fundamento era inadmissível. Em segundo lugar, a La Poste alega que, uma vez que se tratava de um fundamento novo, o Tribunal de Primeira Instância não deveria, em qualquer caso, tê-lo apreciado.

63. A Ufex considera a primeira parte do fundamento da La Poste confusa e

28 — Artigo 27.º, n.º 3, da CEDH. V. ainda Mowbray, A., «An Examination of the Work of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights», Public Law 2007, (Outono) 507, em especial pp. 519 e segs.

29 — V., por exemplo, acórdão do TEDH de 15 de Dezembro de 2005, Kyprianou/Chipre [GS], *Colectânea dos acórdãos e decisões* 2005-XIII, ele próprio respeitante a uma alegação de parcialidade judicial. O juiz Costa (actualmente presidente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem), que havia sido presidente de secção aquando da primeira decisão, alterou a sua opinião quanto a duas questões no processo perante a grande secção. Nas suas conclusões, parcialmente discordantes, aborda a questão de saber se os juízes que apreciam por duas vezes o mesmo caso devem considerar-se vinculados à opinião que formaram aquando da primeira apreciação. Declara «[…] tudo depende das características específicas do caso […] e do maior ou menor grau de teimosia de cada juiz (ou capacidade de reconsiderar as suas conclusões anteriores); uma vez mais, depende de cada processo, talvez mais do que da personalidade de cada um». Concluiu (de forma verdadeiramente deliciosa) que a remessa daquele processo, em especial, «reforçou as minhas opiniões mas também me permitiu corrigi-las: é sempre possível fazer melhor (ou, em qualquer caso, menos mal […])».

imprecisa e, por isso, inadmissível. Quanto ao seu mérito, a Ufex alega que o Tribunal de Primeira Instância não é obrigado a pronunciar-se sobre uma excepção de inadmissibilidade invocado por um interveniente se essa excepção não tiver sido suscitada pelo demandado. Quanto à segunda parte do fundamento da La Poste, o fundamento da Ufex não era novo mas fora invocado na sua petição inicial de origem.

Apreciação

64. Quanto à primeira parte do fundamento, resulta claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que um interveniente não tem legitimidade para suscitar uma excepção de inadmissibilidade que não foi formulada nas alegações da parte demandada [30]. A Comissão, como demandada, não suscitou a excepção em causa. Consequentemente, o Tribunal de Primeira Instância não estava obrigado a pronunciar-se sobre ela.

65. Os acórdãos do Tribunal de Justiça citados pela La Poste para sustentar a sua tese segundo a qual a questão é abordada numa base casuística demonstram, com efeito, como a Ufex salienta acertadamente, que o Tribunal de Justiça apenas examina oficiosamente o mérito de uma excepção de inadmissibilidade suscitada por um interveniente e não pelo demandado quando se trate de uma excepção de ordem pública [31].

66. Quanto à segunda parte do fundamento, a La Poste visa, essencialmente, reabrir a discussão sobre o mérito da excepção de inadmissibilidade que suscitou perante o Tribunal de Primeira Instância. Seria contrário à jurisprudência do Tribunal de Justiça acima referida apreciar, em sede de recurso, um fundamento que foi considerado inadmissível na primeira instância.

67. Proponho, assim, que o Tribunal de Justiça julgue improcedente a primeira parte do segundo fundamento e declare inadmissível a segunda parte.

30 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Março de 2002, Comissão/Irlanda (C-13/00, Colect., P. I-2943, n.º 5 e jurisprudência referida).

31 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1990, Neotype Techmashexport/Comissão e Conselho (C-350/86 e C-160/87, Colect., p. I-2945, n.º 18) e de 24 de Março de 1993, CIRFS e o./Comissão, (C-313/90, Colect., p. I-1125, n.º 23). Nesses processos, a excepção de inadmissibilidade assentava na alegada falta de legitimidade dos recorrentes. No acórdão, muito mais antigo, de 22 de Março de 1961, SNUPAT/Alta Autoridade (42/59 e 49/59, Recueil, p. 103; Colect. 1954-1961, p. 597), o Tribunal de Justiça não declarou expressamente que se tratava de uma questão de ordem pública, mas reconheceu o direito dos intervenientes suscitarem uma excepção de inadmissibilidade contra o pedido de anulação de um acto meramente confirmativo de outro, cujo prazo de impugnação tinha prescrito.

Terceiro fundamento: erro de direito relativo à apreciação da fundamentação da decisão controvertida

[…]

Antecedentes

68. É necessário, em primeiro lugar, expor detalhadamente os aspectos relevantes da decisão controvertida e do acórdão recorrido.

A decisão controvertida

69. O trigésimo terceiro considerando [32] da decisão controvertida descreve, *inter alia*, a assistência logística e comercial fornecida pela La Poste à SFMI-Chronopost e explica de que modo o seu custo é calculado e contabilizado:

«[i [33]] 1. *Assistência logística*, que consiste em colocar as infra-estruturas postais à disposição da SFMI-Chronopost para a recolha, triagem, transporte e distribuição dos seus envios.

[iii] Para calcular o montante total da assistência dada à SFMI-Chronopost, [a La Poste] calcula em primeiro lugar os seus custos operacionais directos, excluindo as despesas com a sede e as direcções regionais, em função da gama de produção (cadeia de operações elementares) correspondendo ao serviço e aos volumes de tráfego reais. As despesas com a sede e as direcções regionais são então afectadas proporcionalmente ao custo final de cada prestação [34].

[iv] No que diz respeito à gama de produção, [a La Poste] não dispunha de sistema de contabilidade analítica que lhe permitisse calcular os custos reais associados à concessão de assistência logística à SFMI-Chronopost. Até 1992, esses custos eram calculados com base em estimativas. Os serviços prestados à SFMI-Chronopost eram decompostos numa sequência de operações elementares que, até 1992, não eram cronometradas. Para calcular esses custos, a [La Poste] equiparava esses serviços a serviços postais existentes e de natureza similar, cujas diversas operações tinham já sido cronometradas e avaliadas (expedição de uma carta registada, por exemplo).

32 — Parte D da decisão controvertida.

33 — Para facilidade de referência, atribuí numeração romana aos parágrafos deste considerando.

34 — No considerando quadragésimo segundo a Comissão declara ainda que os custos fixos foram imputados proporcionalmente à actividade desenvolvida pela La Poste em nome da sua filial.

Em 1992, a duração e o custo das operações em questão foram calculados tendo em conta os volumes reais do tráfego relativos ao correio expresso. Esses cálculos permitiram [à La Poste] calcular o custo real da sua assistência logística.»

No parágrafo [vi] declara que a remuneração paga pela SFMI-Chronopost cobria cumulativamente os custos completos em 116,1% no período 1986-1991 e em 119% no período 1986-1995. Em 1986 e 1987 as taxas de cobertura foram, respectivamente, de 70,3% e de 84,3%. Nesses dois anos, as receitas cobriram os custos directos antes das despesas com a sede e as direcções regionais.

«[x] 2. *Assistência comercial*, isto é, acesso da SFMI-Chronopost à carteira de clientes [da La Poste], e a contribuição, por parte desta, do seu fundo de comércio. O autor da denúncia afirma que, em 1986, [La Poste] transferiu para a SFMI-Chronopost a carteira de clientes do seu produto Postadex sem qualquer contrapartida (o produto Postadex foi substituído pelo produto EMS-Chronopost em 1986). Além disso, a SFMI-Chronopost beneficia de campanhas promocionais e publicitárias organizadas pela [La Poste]».

70. O parágrafo [xi] explica que os preços pagos pela SFMI-Chronopost em contrapartida da assistência logística recebida cobrem também, na íntegra, os custos suportados pela La Poste, incluindo os custos de assistência comercial.

71. No trigésimo quarto considerando [35], a Comissão sintetiza as alegações de auxílio de Estado deduzidas pela SFEI, assentes nas conclusões contidas nos relatórios económicos que tinha encomendado. O alegado auxílio ascendia, no total, a 1,516 mil milhões de FRF para o período de 1986 a 1991, compreendendo 1,048 mil milhões de FRF em assistência logística e 468 milhões de FRF em assistência comercial [36]. Em relação ao montante total de auxílio alegado, a Comissão explicou o método do «preço de mercado normal» adoptado pela SFEI. No que respeita à assistência logística, a SFEI calculou os custos tomando como referência uma empresa que instalasse e explorasse uma rede comparável à da La Poste. No que respeita à assistência comercial, a Comissão resumiu a metodologia seguida pela SFEI tal como, no seu entendimento, estava descrita na denúncia.

72. Na sua apreciação, a Comissão começou por rejeitar a abordagem *ex novo* utilizada pela SFEI para avaliar a assistência logística, bem como a sua avaliação dos elementos individuais da assistência comercial [37]. Quanto a este aspecto, a Comissão explicou por que motivo não considerava que a transferência da Postadex, avaliada pela SFEI

35 — Parte E da decisão controvertida.

36 — Estes montantes equivalem, aproximadamente, a 231 milhões de euros, 160 milhões de euros e 71 milhões de euros, respectivamente.

37 — Quadragésimo quinto a quadragésimo oitavo considerandos.

em 38 milhões de FRF [38], constituía um auxílio estatal. Não se traduziu em qualquer vantagem em numerário para a SFMI-Chronopost. O acesso, por uma filial, à carteira de clientes da empresa-mãe, que constituía um activo incorpóreo, era uma característica comum de qualquer relação no âmbito de um grupo de empresas. A transferência era a consequência lógica da criação da SFMI-Chronopost para exercer as actividades da La Poste no domínio do correio expresso.

73. Em seguida, a Comissão rejeitou a abordagem global utilizada pela SFEI para avaliar o auxílio de Estado [39]. Considerou que o raciocínio da SFEI reflectia um vício fundamental [40] na interpretação do acórdão *SFEI* [41]. De acordo com a Comissão, a SFEI tinha interpretado o conceito de «preço normal de mercado» como o preço em contrapartida do qual uma empresa privada comparável forneceria os mesmos serviços a uma empresa com a qual não tivesse qualquer ligação, incluindo uma taxa pelo acesso à rede postal. Contudo, não existe na jurisprudência do Tribunal de Justiça qualquer elemento que indique que a Comissão deveria ignorar as considerações estratégicas e as sinergias resultantes do facto de a La Poste e a SFMI-Chronopost pertencerem ao mesmo grupo. Tais considerações desempenharam um papel importante na tomada de decisões em matéria de investimento duma empresa gestora de participações sociais e eram, por isso, aplicáveis ao caso presente, que dizia respeito ao comportamento de uma empresa-mãe e da sua filial. O Tribunal de Justiça nunca havia indicado que se deveria aplicar um método diferente quando uma das partes envolvidas na operação detivesse um monopólio. A Comissão prosseguiu:

«[56] Como consequência, a questão que convém colocar é a de saber se as condições da transacção entre a [La Poste] e a SFMI-Chronopost são comparáveis às de uma transacção equivalente entre uma empresa-mãe privada, que pode muito bem estar em situação de monopólio (por exemplo, porque tem direitos exclusivos), e a sua filial. […]

[57] A Comissão considera que os preços internos de troca de produtos e serviços entre empresas pertencentes ao mesmo grupo não comportam qualquer vantagem financeira, qualquer que seja, se se tratar de preços calculados com base nos custos completos (isto é, os custos totais acrescidos da remuneração dos capitais próprios). No presente caso, os pagamentos efectuados pela SFMI-Chronopost não abrangeram os custos totais durante os primeiros dois anos de exploração, mas abrangeram todos os custos excluindo as despesas com a sede e as direcções regionais. A Comissão considera que essa situação não é anormal, dado que as receitas provenientes da actividade de uma nova empresa que pertence a um grupo de empresas só podem abranger os custos variáveis durante o período de arranque. Assim que a empresa tiver estabilizado a sua posição no mercado, as receitas que gera deverão ser superiores aos encargos variáveis, de maneira a que contribua para a cobertura dos encargos fixos do grupo. No decurso dos dois primeiros exercícios (1986 e 1987), os

38 — Aproximadamente 5,8 milhões de euros.

39 — Quadragésimo nono a quinquagésimo sétimo considerandos.

40 — Quinquagésimo terceiro considerando.

41 — Já referido na nota 8. Ver igualmente n.º 4 *supra*.

pagamentos efectuados pela SFMI-Chronopost abrangeram não somente os encargos variáveis, mas também alguns encargos fixos (por exemplo, imóveis e veículos). A França demonstrou que, a partir de 1988, a remuneração paga pela SFMI-Chronopost pela assistência que lhe foi dada abrange todos os custos incorridos pela La Poste, acrescida de uma contribuição para a remuneração dos capitais próprios. Como consequência, a assistência logística e comercial dada pela La Poste à sua filial foi fornecida em condições normais de mercado e não constituiu um auxílio estatal».

74. A Comissão considerou igualmente que o fornecimento de assistência logística e comercial não constituía um auxílio de Estado à luz do princípio do investidor numa economia de mercado [42]. A taxa de rendimento interno (a seguir «TRI») — baseada nos dividendos distribuídos pela SFMI-Chronopost acrescidos da valorização da injecção de capital efectuada inicialmente pela La Poste — excedia os custos do capital da SFMI-Chronopost em 1986. Isto era igualmente verdade se os 38 milhões de FRF que, segundo a SFEI, correspondiam ao valor da Postadex, fossem incluídos como injecção de capital social no cálculo da TRI, conjuntamente com o valor atribuído pelo SFEI às vantajosas condições de acesso da SFMI-Chronospost à rede da La Poste.

O acórdão recorrido

75. Após ter resumido a jurisprudência relevante dos órgãos jurisdicionais comunitários [43] (sobre a matéria), o Tribunal de Primeira Instância definiu o alcance da fiscalização a que ia submeter a fundamentação da decisão controvertida [44]. À luz do acórdão Chronopost I, tinha de apreciar, em especial, o carácter suficiente da fundamentação quanto à questão de saber se a contrapartida exigida à SFMI-Chronopost pela assistência abrangia os custos suplementares variáveis suportados pela La Poste, uma contribuição adequada aos custos fixos associados à utilização da rede postal e uma remuneração apropriada dos capitais próprios afectos à actividade concorrencial da SFMI-Chronopost.

76. O Tribunal de Primeira Instância considerou que «as razões pelas quais a Comissão rejeitou o método de cálculo dos custos proposto pelas recorrentes resultam claramente dos fundamentos expostos nos considerandos 49 a 56 da decisão impugnada [...]» [45]. Todavia, teve igualmente de analisar o raciocínio da Comissão relativamente i) à forma como calculou e avaliou os custos da

42 — Quinquagésimo oitavo a sexagésimo terceiro considerandos.

43 — N.os 63 a 71.

44 — N.os 72 a 73.

45 — N.º 73.

La Poste e ii) à contrapartida exigida nesse âmbito.

77. Começando por abordar a questão dos custos variáveis suplementares [46], o Tribunal de Primeira Instância considerou que os trigésimo terceiro e quinquagésimo sétimo considerandos da decisão controvertida não revelam suficientemente o alcance exacto que a Comissão quis dar aos conceitos económicos e contabilísticos utilizados para esse efeito nem a natureza precisa dos custos que a Comissão apreciou para justificar a inexistência de auxílio de Estado, de modo a permitir fiscalizar judicialmente a questão de saber se esses custos correspondem efectivamente aos custos variáveis suplementares ocasionados pelo fornecimento de assistência logística e comercial, na acepção do acórdão Chronopost I. As explicações fornecidas posteriormente pela Comissão apenas reforçam a conclusão de que a fundamentação da decisão impugnada enquanto tal era demasiado genérica.

78. Não foi possível saber quais os «custos operacionais directos» nem quais os custos que, na contabilidade da La Poste, eram directamente imputáveis às diferentes actividades. A referência, no quinquagésimo sétimo considerando, a «alguns encargos fixos» era demasiado imprecisa para determinar com precisão quais os encargos cobertos pela SFMI-Chronopost no decurso dos dois primeiros exercícios. Além disso, não contém nenhuma explicação quanto à questão de saber de que forma os serviços prestados pela La Poste eram decompostos numa sequência de operações elementares ou de que forma eram equiparados a serviços postais existentes e de natureza similar. Dado que os custos suportados até 1992 eram calculados com base em estimativas, era necessário explicar de que forma tinha sido efectuada a equiparação, para que se pudesse verificar a presença ou a inexistência de eventuais erros materiais ou de apreciação. Por último, não era de modo nenhum clara a forma como a assistência comercial foi considerada nos custos totais.

79. O Tribunal de Primeira Instância concluiu que a decisão impugnada devia ter incluído uma fundamentação adequada sobre esse aspecto e, pelo menos, um resumo geral dos cálculos contabilísticos analíticos das prestações efectuadas à SFMI-Chronopost, sendo eventualmente purgados os dados secretos. Tal qual, a decisão impugnada não continha uma fundamentação suficiente da apreciação da Comissão quanto aos custos variáveis suplementares ocasionados pelo fornecimento de assistência logística e comercial.

80. Em seguida, o Tribunal de Primeira Instância abordou a questão dos custos fixos [47]. Entendeu que não estavam suficientemente explicados na decisão controvertida. Em primeiro lugar, era impossível verificar se os custos da sede e das direcções regionais incluíam custos fixos resultantes da utilização da rede postal. Esta qualificação era de particular importância, dado que estes custos

46 — N.os 77 a 85.

47 — N.os 86 a 89.

não tinham sido cobertos a 100% pela remuneração paga pela SFMI-Chronopost durante os dois primeiros exercícios. Em segundo lugar, não foi esclarecido se existiam outros custos fixos da La Poste associados à utilização da rede postal que deveriam ter sido cobertos pelo preço. Por conseguinte, não se pôde determinar se a contribuição para os custos fixos foi efectuada correctamente à luz dos requisitos formulados no acórdão Chronopost I.

81. Por último, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que a decisão impugnada não indicou qual a contribuição dada pela SFMI-Chronopost para remunerar os capitais próprios da La Poste [48]. Não ficou claro se a Comissão tinha calculado a TRI para demonstrar que o critério do investidor privado tinha sido preenchido e/ou para calcular a remuneração dos capitais próprios.

82. No cálculo da TRI a Comissão não tinha identificado os capitais que considerava afectos a essa actividade. Limitou-se a indicar, por um lado, que havia tomado em consideração a injecção de capital efectuada pela La Poste em 1986 e, por outro, as transacções financeiras entre a La Poste e a sua filial no decurso do período de 1986-1991, sem identificar com precisão suficiente de que transacções financeiras se tratava. Mesmo admitindo que a TRI reflectia com precisão suficiente a remuneração dos capitais próprios afectos à actividade concorrencial da SFMI-Chronopost, não era possível verificar se essa eventual remuneração dos capitais próprios foi apropriada, na acepção do n.º 40 do acórdão Chronopost I, dado que da decisão impugnada não constava qualquer cálculo detalhado da TRI.

83. Em seguida, o Tribunal de Primeira Instância teceu alguns comentários gerais sobre a cobertura dos custos [49]. No seu entender, as conclusões da Comissão, reproduzidas no quinquagésimo sétimo considerando da decisão impugnada, eram afirmações meramente peremptórias. Não incluíam um exame detalhado das diferentes fases do cálculo da remuneração da assistência em causa ou dos custos das infra-estruturas imputáveis a essa assistência, nem dados quantitativos da análise dos custos correspondentes. A Comissão limitara-se a afirmar que os custos completos da La Poste eram cobertos pela remuneração da SFMI-Chronopost, sem, no entanto, precisar os valores e os cálculos em que baseara a sua análise e respectivas conclusões. Nestas condições, foi impossível ao Tribunal de Primeira Instância verificar se o método empregue e as etapas da análise seguidas pela Comissão estavam isentos de erros e eram compatíveis com os princípios definidos no acórdão Chronopost I para determinar a existência ou inexistência de um auxílio de Estado.

84. O Tribunal de Primeira Instância concluiu a sua apreciação do segundo fundamento indicando que, naquele processo, três razões justificavam a necessidade de uma fundamentação detalhada:

«(97) Neste caso, as circunstâncias que justificam uma fundamentação mais

48 — N.os 90 a 93.

49 — N.os 94 a 95.

detalhada consistem no facto de, em primeiro lugar, se tratar de uma das primeiras decisões que abordam a questão complexa, no âmbito da aplicação das disposições em matéria de auxílios de Estado, do cálculo dos custos de uma sociedade-mãe que opera num mercado reservado e fornece assistência logística e comercial à sua filial que não opera num mercado reservado. Em segundo lugar, a revogação, por parte da Comissão, da primeira decisão de indeferimento de 10 de Março de 1992, após interposição de um recurso de anulação, e o acórdão SFEI do Tribunal de Justiça deveriam ter levado a Comissão a fundamentar a sua abordagem com zelo e precisão acrescidos quanto aos pontos contestados. Por último, o facto de as recorrentes terem apresentado diversos estudos económicos durante o procedimento administrativo também deveria ter levado a Comissão a preparar uma fundamentação cuidadosa, que respondesse aos argumentos das recorrentes, conforme alicerçados por esses estudos económicos».

85. Nestas circunstâncias, o Tribunal de Primeira Instância concluiu que:

«(98) […] a fundamentação da decisão impugnada, que se limita a uma explicação muito geral do método de apreciação dos custos seguido pela Comissão e do resultado final obtido, sem no entanto imputar, com a necessária precisão, os diferentes custos da La Poste ocasionados pelo fornecimento de assistência logística e comercial à SFMI-Chronopost e os custos fixos associados à utilização da rede postal, nem precisar a remuneração dos capitais próprios, não cumpre os requisitos do artigo 190.º do Tratado.

[…]

(100) Consequentemente, há que considerar que a decisão impugnada não permite ao Tribunal de Primeira Instância verificar a existência e a importância dos diferentes custos que se enquadram no conceito de custos completos, como definidos pela Comissão na decisão impugnada. Por conseguinte, a fundamentação da decisão impugnada não permite ao Tribunal de Primeira Instância fiscalizar a legalidade da apreciação que a Comissão fez a esse respeito nem a sua compatibilidade com os requisitos estabelecidos pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão proferido em sede de recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância, para se concluir pela inexistência de auxílio de Estado.

(101) Daqui se conclui que há que anular a decisão impugnada por falta de fundamentação, na parte em que conclui que a assistência logística e comercial fornecida pela La Poste à SFMI-Chronopost não constitui um auxílio de Estado.»

Argumentação das partes

86. As recorrentes alegam que, ao julgar insuficiente a fundamentação da decisão controvertida, o Tribunal de Primeira Instância foi além das exigências do artigo 253.º CE e da jurisprudência do Tribunal de Justiça. A Chronopost considera

que, a coberto de uma apreciação da fundamentação, o Tribunal de Primeira Instância fiscalizou erros manifestos de apreciação e tentou avaliar a adequação dos métodos da Comissão.

87. De acordo com a Ufex, o Tribunal de Primeira Instância não voltou a pôr em causa a apreciação efectuada na decisão controvertida, mas limitou-se a verificar se o raciocínio que lhe estava subjacente era suficientemente preciso, completo e inteligível. Teve razão ao concluir que a fundamentação era insuficiente. Impunha-se uma fundamentação mais pormenorizada de modo a permitir verificar se a decisão aplicara correctamente o conceito de «condições normais de mercado» desenvolvido pelo Tribunal de Justiça no n.º 40 do acórdão Chronopost I.

Apreciação

88. O artigo 253.º CE exige que as decisões da Comissão indiquem os fundamentos em que se baseiam.

89. De acordo com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a fundamentação «deve ser adaptada à natureza do acto em causa e deixar transparecer, de forma clara e inequívoca, a argumentação da instituição, autora do acto, por forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adoptada e ao Tribunal de Justiça exercer o seu controlo. Não é exigido que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de um acto satisfaz as exigências do artigo 253.º CE deve ser apreciada à luz não somente do seu teor mas também do seu contexto e do conjunto das normas jurídicas que regem a matéria em causa [...]» [50].

90. Numa decisão que conclua pela não existência de um auxílio de Estado, tal como foi alegado por um denunciante, «a Comissão é [...] obrigada a expor de forma suficiente ao denunciante as razões pelas quais os elementos de facto e de direito invocados na denúncia não bastaram para demonstrar a existência de um auxílio de Estado. Todavia, a Comissão não é obrigada a tomar posição sobre elementos manifestamente despropositados, desprovidos de significado ou claramente secundários.» [51]

91. Sublinho, de passagem, que a jurisprudência citada pela Ufex para justificar que a Comissão deveria ter efectuado um exame atento assente em provas sólidas [52] e em elementos suficientemente significativos e coerentes [53] não respeita a auxílios de Estado mas a uma análise prospectiva levada a cabo relativamente ao impacto no mercado de fusões e alegados cartéis.

50 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Setembro de 2003, Bélgica/Comissão, (C-197/99 P, Colect., p. I-8461, n.º 72, e jurisprudência aí referida).

51 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France (C-367/95 P, *Colect., p. I-01719*, n.º 64).

52 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Julho de 2006 Independent Music Publishers and Labels Association/Comissão (T-464/04, Colect., p. II-2289, n.º 248). O acórdão está, presentemente, a ser apreciado em sede de recurso.

53 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1998, França e o./Comissão (C-68/94 e C-30/95, Colect., p. I-1375, n.º 228).

92. No presente recurso é pacífico e, de resto, foi reconhecido pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido [54] que o contexto relevante consiste em saber se a decisão controvertida satisfaz o critério legal das «condições normais de mercado» estabelecido pelo Tribunal de Justiça no n.º 40 do acórdão Chronopost I [55].

93. O critério do Tribunal de Justiça no acórdão Chronopost I é de natureza geral. Estabelece a abordagem a adoptar para avaliar se o fornecimento de assistência logística e comercial implica um auxílio de Estado. Não especifica quais os parâmetros económicos, contabilísticos e financeiros a aplicar. Ao exigir a inclusão de «todos» os custos variáveis suplementares não indica que custos devem ser considerados variáveis. Também não esclarece o que seria uma contribuição «adequada» aos custos fixos ou uma remuneração «apropriada» dos capitais próprios.

94. Na minha opinião, a *primeira razão* apresentada no acórdão recorrido para justificar a necessidade de uma fundamentação mais detalhada (nomeadamente, o facto de se tratar de uma das primeiras decisões que abordam a questão complexa em causa) [56] justifica, pelo contrário, uma fundamentação mais ampla e geral. Não há grande utilidade em fornecer todos os detalhes se a abordagem geral está errada. Além disso, a decisão controvertida foi adoptada vários anos antes do acórdão Chronopost I. Parece-me que, em vez de analisar se o raciocínio da Comissão respeitava detalhadamente a redacção exacta do critério (último) estabelecido no acórdão Chronopost I (cujos requisitos exactos não podiam, por isso, ter sido conhecidos por quem redigiu a decisão), a fiscalização judicial do raciocínio subjacente à decisão deve, neste caso, concentrar-se em examinar se a abordagem global da Comissão estava, de facto, correcta — ou seja, se satisfaz, em substância, o critério do acórdão Chronopost I.

95. Esta perspectiva é confirmada pela história da presente acção perante as jurisdições comunitárias. Quer o acórdão Ufex I, quer o acórdão Chronopost I, que anula aquele, se debruçam sobre a correcta interpretação do conceito de «condições normais de mercado» quando aplicado à relação entre a La Poste e a SFMI-Chronopost.

96. Por conseguinte, penso que a questão consiste em saber se o raciocínio é suficiente para apurar se a Comissão baseou a sua decisão nos critérios correctos para determinar as condições normais de mercado, tal como definidas pelo Tribunal de Justiça no acórdão Chronopost I.

97. O acórdão recorrido, porém, anulou a decisão controvertida essencialmente por ter considerado que o raciocínio e as informações fornecidas pela Comissão eram

54 — N.º 72.
55 — V. n.º 14 *supra*.
56 — N.º 97.

demasiado gerais e imprecisos [57]. O Tribunal de Primeira Instância censurou, em especial, a falta de rigor relativamente aos diferentes conceitos económicos e contabilísticos utilizados, à natureza dos custos analisados e às componentes dos cálculos financeiros efectuados. Entendeu que não estava em condições de verificar eventuais erros de facto e de apreciação e, relativamente aos custos variáveis, considerou que a decisão controvertida deveria ter incluído, pelo menos, um resumo geral dos cálculos contabilísticos analíticos relativos aos serviços fornecidos.

98. Não há dúvida de que a transparência é, em si mesma, importante. Também é verdade que quanto maior o detalhe disponível, mais provável se torna detectar qualquer erro manifesto de apreciação pela Comissão, quer na sua metodologia quer na exactidão das informações utilizadas. Daí que, por exemplo, o fornecimento de um resumo geral de cálculos contabilísticos não garanta necessariamente que sejam detectados erros manifestos.

99. No presente contexto, porém, não é claro que os pormenores que o Tribunal de Primeira Instância entendeu faltarem sejam estritamente necessários para verificar se a Comissão aplicou de forma incorrecta o conceito de «condições normais de mercado» tal como definido no acórdão Chronopost I.

100. Provavelmente não é descabido interpretar as condições no sentido de que impõem a observância de critérios contabilísticos, comerciais e de investimento generalmente aceites. Na verdade, o princípio do investidor privado em direito comunitário funciona nessa base. Nessa medida, os pormenores que o Tribunal de Primeira Instância exigiu podiam, em teoria, revelar desvios em relação a princípios geralmente aceites susceptíveis de constituir erros manifestos. Mas mesmo esses princípios são amplos e suficientemente diversificados para deixarem um espaço considerável à discussão, e o Tribunal de Justiça apenas forneceu um critério genérico daquilo que são «condições normais de mercado». Daqui decorre que a discussão incidiria sobre aquilo que o Tribunal de Primeira Instância reconhece ser uma área em que a Comissão goza de um amplo poder de apreciação [58].

101. Assim, no contexto do presente litígio, parece-me que os elementos que o Tribunal de Primeira Instância entendeu estarem em falta na fundamentação da Comissão são de importância secundária. A decisão controvertida contém argumentação e pormenores suficientes para permitir o reexame da sua legalidade à luz do acórdão Chronopost I.

57 — N.os 75 a 95.

58 — No n.º 128 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância declarou, na falta de uma contabilidade analítica, que a apreciação da questão de saber de que forma eram calculados os custos suportados pela La Poste com o fornecimento de assistência logística e comercial implicava uma apreciação económica complexa. Nessas circunstâncias, a Comissão gozava de um amplo poder de apreciação.

102. No que respeita aos custos da assistência, os parágrafos iii) e xi) do trigésimo terceiro considerando bem como os quadragésimo segundo e quinquagésimo sétimo considerandos [59] mostram que os «custos totais» tidos em conta incluem todos os custos varáveis e uma contribuição proporcional aos custos fixos relativos à assistência logística e comercial.

103. O parágrafo iii) do trigésimo terceiro considerando indica que a La Poste divide os «custos totais» em «custos operacionais directos» e numa proporção das «despesas com a sede e as direcções regionais». Essa repartição não corresponde aos custos variáveis e aos custos fixos, respectivamente, uma vez que, de acordo com o quinquagésimo sétimo considerando, os custos fixos incluem imóveis e veículos. Todavia, aquele considerando esclarece que os custos variáveis estavam abrangidos desde o primeiro exercício. Ao afirmar que apenas «alguns encargos fixos» estavam abrangidos nos dois primeiros exercícios (1986 a 1987) e que, a partir de 1988 «todos os custos suportados pela [La Poste]» foram abrangidos, é evidente que todos os custos fixos estavam abrangidos desde o primeiro exercício. Além disso, resulta claramente do quadragésimo segundo considerando que a imputação dos custos fixos foi proporcional.

104. O n.º 40 do acórdão Chronopost I esclarece que a «remuneração apropriada dos capitais próprios» deveria resultar do preço cobrado pelo fornecimento de assistência logística e comercial. Da definição de «preços calculados com base nos custos completos» que consta do considerando quinquagésimo sétimo resulta que a análise que a Comissão faz da remuneração, pela SFMI-Chronopost, dos capitais próprios investidos pela La Poste pode ser comparada com a abordagem efectuada pelo Tribunal de Justiça.

105. A decisão controvertida fornece também à SFEI, a denunciante, uma explicação adequada sobre os motivos pelos quais os factos e os argumentos jurídicos apresentados na denúncia não demonstraram a existência de auxílio de Estado.

106. Nos quadragésimo quinto a sexagésimo segundo considerandos, a Comissão expõe as suas razões para rejeitar as denúncias da SFEI, resumidas no trigésimo quarto considerando. No essencial, rejeita a abordagem adoptada pela SFEI para avaliar as diferentes componentes do alegado auxílio de Estado. Em especial, resulta claramente da decisão controvertida [60] que os estudos económicos detalhados apresentados pela denunciante para demonstrar a verificação de um auxílio de Estado assentavam num conceito de «preço normal de mercado» que, segundo a Comissão, contém um vício de base [61]. Neste contexto, uma resposta circunstanciada às presunções e aos cálculos subjacentes aos montantes globais de auxílio de Estado alegados naqueles estudos seria irrelevante.

59 — Ver n.os 68 e 72 *supra* e nota 32.

60 — Trigésimo quarto considerando.

61 — Quinquagésimo terceiro considerando.

107. Por conseguinte, não considero válida a *terceira razão* aduzida para justificar a necessidade de uma fundamentação mais detalhada [62]. O próprio Tribunal de Primeira Instância admitiu que as razões pelas quais a Comissão rejeitou o método de cálculo dos custos proposto pela SFEI foram apresentadas de forma clara na decisão controvertida [63]. A Comissão respondeu efectivamente «aos principais argumentos das recorrentes, conforme alicerçados por [esses] estudos económicos». A opinião da Comissão era, essencialmente, que a abordagem global e a metodologia da SFEI estavam incorrectas. Assim sendo, que utilidade teria exigir uma «fundamentação cuidadosa» que analisasse aspectos especiais com maior detalhe? Acrescento que o Tribunal de Primeira Instância não se pronunciou sobre quais os elementos das denúncias da SFEI considerava terem sido abordados de forma inadequada na decisão controvertida. Esta posição está em flagrante contraste com a adoptada no acórdão *Sytraval e Brink's France* [64].

108. Não estou convencido de que a *segunda razão* [65] do Tribunal de Primeira Instância para exigir um raciocínio mais circunstanciado na decisão da Comissão resista a uma análise mais aprofundada. É justo exigir que uma entidade decisória tenha em devida conta os acórdãos relevantes de um órgão jurisdicional susceptíveis de afectar a formulação da decisão que está a preparar. De facto, a Comissão centrou a sua análise no acórdão SFEI [66]. Contudo, não entendo que a mera formulação de uma decisão anterior altere materialmente o alcance da obrigação de fundamentar imposta pelo artigo 235.º CE. Pelo contrário, o alcance preciso da obrigação de fundamentar continua a ser determinado pelo contexto e por todas as normas legais que se aplicam ao assunto em questão.

109. Concluo que, ao considerar que a fundamentação da decisão controvertida era insuficiente o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito. Por conseguinte, proponho que o Tribunal de Justiça considere procedente o terceiro fundamento do recurso.

Quarto fundamento do recurso: Erro de direito na apreciação do conceito de auxílio de Estado no que respeita à transferência da Postadex [67]

A apreciação do Tribunal de Primeira Instância [68]

110. Em primeiro lugar, o Tribunal de Primeira Instância referiu que o conceito de

62 — N.º 97 do acórdão recorrido.

63 — N.º 73.

64 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Setembro de 1995, Sytraval e Brink's France/Comissão (T-95/94, Colect., p. II-2651, n.os 62 e 63), e acórdão Sytraval, já referido na nota 51, n.os 74 a 77.

65 — N.º 97.

66 — V. n.º 72 *supra*.

67 — Serviço de correio expresso da La Poste. Ver nota 6.

68 — N.os 158 a 171 do acórdão recorrido.

auxílio de Estado tem um âmbito de aplicação muito amplo na acepção do artigo 92.º do Tratado (actual artigo 87.º CE), cujo objecto é evitar que as trocas comerciais entre Estados-Membros sejam afectadas por benefícios concedidos pelas autoridades públicas que, de diversas formas, falseiem ou ameacem falsear a concorrência ao favorecer determinadas empresas ou determinados produtos [69]. Abarcava intervenções que, de formas diversas, aliviam os encargos normalmente incluídos no orçamento de uma empresa. Segundo jurisprudência constante, o Tratado define as medidas de intervenção estatal em função dos seus efeitos.

Argumentação das partes

111. O Tribunal de Primeira Instância rejeitou o argumento da Comissão de que a transferência da carteira de clientes da Postadex, como consequência lógica da criação de um filial, não se traduzia num auxílio de Estado [70]. A referida carteira era um activo incorpóreo que tinha valor económico, embora este valor fosse difícil de quantificar. A La Poste pôde criar o serviço Postadex utilizando recursos de um monopólio legal. A SFMI-Chronopost [71] não pagou qualquer contribuição à La Poste. A transferência de um bem dessa natureza constituía, porém, uma vantagem para o beneficiário. Podia ser imputado ao Estado. Por isso, a transferência constituía um auxílio de Estado.

112. O Tribunal de Primeira Instância concluiu que a Comissão cometeu um erro de direito ao considerar que a transferência da carteira de clientes da Postadex não constituía um auxílio de Estado uma vez que não se traduzia numa vantagem em numerário. Consequentemente, a decisão controvertida devia ser anulada na parte em que a Comissão considerou que a transferência da Postadex, pela La Poste, a favor da SFMI-Chronopost não constituiu um auxílio de Estado.

113. As recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância não teve razão ao considerar que a decisão controvertida estava errada ao considerar que a transferência da Postadex para a SFMI-Chronopost não constituía um auxílio de Estado. Afirmam que a situação não pode ser comparada ao comportamento de uma empresa-mãe do sector privado com uma filial já existente. Diversamente, a La Poste criou uma filial, transferindo uma actividade económica para uma entidade distinta constituída para o efeito. Na criação de uma filial não existe nenhum beneficiário. A Comissão encoraja essas estruturações de modo a permitir o funcionamento competitivo do mercado.

114. De acordo com a Ufex, a transferência voluntária da carteira de clientes fidelizados da Postadex beneficiou, inegavelmente, a SFMI-Chronopost como novo operador no mercado. Os activos são sempre transferidos a troco de uma remuneração. O benefício

69 — O Tribunal de Primeira Instância referia-se aos acórdãos do Tribunal de Justiça de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão, [173/73, Colect., p. 357, n.º 13 (n.º 26 na versão francesa)], e de 15 de Março de 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Colect., p. 877, n.º 12).

70 — Quadragésimo oitavo da decisão controvertida considerando. V. n.º 72 *supra*.

71 — Recordo que a filial criada se chamava SFMI. Ver nota 7.

deveria ter sido avaliado de acordo com as orientações do Tribunal de Justiça no acórdão Chronopost I.

Apreciação

115. Na decisão controvertida, a Comissão reconhece que a carteira de clientes da Postadex representa um contributo incorpóreo [72]. Como observa o Tribunal de Primeira Instância, o facto de ser um elemento dificilmente quantificável não significa que não tenha valor [73]. Pela minha parte, aceito que a carteira de clientes teve um efeito económico positivo por ocasião da transferência para a SFMI-Chronopost, em 1985.

116. O que aconteceu exactamente quando a La Poste criou a SFMI-Chronopost? Penso que, em especial, deve ser feita uma distinção entre, por um lado, as *actividades* relativas ao serviço de correio expresso e, por outro lado, o *valor* dessas actividades.

117. É claro que a nova entidade assumiu as *actividades*. Incluíam a gestão e a utilização da carteira de clientes. Porém, através da própria criação da filial, o *valor* económico das suas actividades aumentou para os seus accionistas. Assim, a La Poste reteve uma parte do valor que correspondia à sua participação de 66% no capital. A TAT obteve a contrapartida do valor em troca de uma injecção de capital. Por outras palavras, o valor das actividades repercutiu-se no valor das acções primeiramente emitidas e subsequentemente detidas pelos accionistas.

118. Por estes motivos, a situação é diferente de uma privatização. Quando um Estado aliena um activo a um investidor privado recebe uma compensação. Verifica-se num auxílio de Estado se, nos termos do princípio do investidor privado, a quantia obtida for menor que o valor dos activos alienados [74]. Com a constituição da SFMI-Chronopost, o único investidor externo envolvido foi a TAT, que ficou com uma participação de 34% no capital social. Se a SFMI-Chronopost tivesse pago algum montante à La Poste, tal facto teria simplesmente reduzido o valor da filial e, consequentemente, o valor da participação da La Poste.

119. Parece-me que o princípio do investidor privado também é aplicável à transferência, por uma entidade pública, de uma actividade para uma filial [75]. A questão que se coloca é saber se um investidor privado teria agido da mesma forma, em vez de, por exemplo,

72 — Quadragésimo oitavo considerando.

73 — N.º 169 do acórdão recorrido.

74 — Ver, neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Janeiro de 2003, Alemanha/Comissão (C-334/99, Colect., p. I-1139, n.os 133 e 134), relativo à venda de uma empresa na antiga Alemanha de Leste por um preço negativo.

75 — O critério que consta do acórdão Chronopost I, pelo contrário, não é aplicável, uma vez que respeita à cobertura de custos em transacções comerciais entre uma empresa-mãe e uma filial, no sector público.

alienar o negócio a um terceiro. De facto, a Comissão aborda esta questão na decisão controvertida ao examinar a TRI obtida pela injecção de capital da La Poste em 1986 [76].

120. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância observa, acertadamente, que o actual artigo 87.º, n.º 1, CE, distingue as medidas de intervenção estatal em função dos seus efeitos [77]. Contudo, penso que é difícil entender de que modo a criação da SFMI-Chronopost possa ter tido um efeito de distorção do mercado. Só se tratava de um novo concorrente na medida em que era uma empresa recém-criada e tinha um novo nome. As actividades e a carteira de clientes eram da Postadex. É muito mais provável que a criação de uma filial independente, para desenvolver actividades que anteriormente estavam integradas num bloco estatal, tenham por efeito o acréscimo de competitividade no mercado, desde que as transacções comerciais com a empresa-mãe se desenvolvam com base na fórmula do acórdão Chronopost I.

121. Por todas estas razões, não considero que a La Poste tenha abdicado do valor da Postadex para a SFMI-Chronopost, por ocasião da transformação daquela numa filial. Assim sendo, o Tribunal de Primeira Instância errou ao concluir que a transferência da Postadex para a SFMI-Chronopost constitui um auxílio de Estado, com o fundamento de que a La Poste não recebeu qualquer contrapartida da SFMI-Chronopost [78].

122. Pelas considerações acima expostas, proponho que o Tribunal de Justiça julgue também procedente o quarto fundamento do recurso.

Considerações finais

123. Nos termos do artigo 61.º do Estatuto Tribunal de Justiça, quando anula a decisão do Tribunal de Primeira Instância, o Tribunal de Justiça pode decidir definitivamente o litígio, se este estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância, para julgamento.

124. Uma vez que o Tribunal de Primeira Instância considerou não ser possível apreciar alguns dos argumentos invocados pelas recorrentes na primeira vertente do quarto fundamento, por insuficiência de fundamentação da decisão controvertida [79], penso que o Tribunal de Justiça não está em condições de decidir definitivamente o litígio. Assim, proponho que o processo seja remetido ao Tribunal de Primeira Instância e reservada para final a decisão quanto a despesas.

76 — Quinquagésimo nono e sexagésimo terceiro considerandos da decisão controvertida.

77 — N.º 160.

78 — N.º 167 do acórdão recorrido.

79 — N.º 102.

Conclusão

125. Face ao exposto, proponho que o Tribunal de Justiça:

— anule o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, proferido em 7 de Junho de 2006, no processo T-613/97, Ufex e o./Comissão, na medida em que anulou a Decisão 98/365/CE da Comissão, de 1 de Outubro de 1997, relativa aos auxílios que a França teria concedido à SFMI-Chronopost «na parte em que declara que nem a assistência logística e comercial fornecida pela La Poste à sua filial SFMI-Chronopost nem a transferência da Postadex constituem auxílios de Estado a favor da SFMI-Chronopost»;

— remeta o processo ao Tribunal de Primeira Instância;

— reserve para final a decisão quanto a despesas.