CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN MISCHO

apresentadas em 8 de Maio de 2001 [1]

1. O Tribunal de Justiça é chamado a conhecer de duas questões prejudiciais submetidas pelo Verfassungsgerichtshof (Áustria) (Tribunal Constitucional, a seguir «VGH») relativas a impostos cobrados devido ao consumo de energia eléctrica e de gás natural e ao reembolso parcial deles.

2. Por ocasião de uma reforma fiscal e no quadro da Strukturanpassungsgesetz de 1996 (Lei sobre a adaptação de estruturas), a República da Áustria adoptou, publicou e fez entrar em vigor simultaneamente três leis, isto é:

— a Elektrizitätsabgabegesetz (Lei relativa ao imposto sobre a energia eléctrica, a seguir «EAG»);

— a Erdgasabgabegesetz (Lei relativa ao imposto sobre o gás natural, a seguir «EGAG»);

— A Energieabgabenvergütungsgesetz (Lei relativa ao reembolso dos impostos sobre a energia, a seguir «EAVG»).

3. A EAG prevê um imposto de 0,00726728 euros por Kilowatt/hora de energia eléctrica consumida. Por força do artigo 1.°, n.° 1, da EAG, estão sujeitos ao imposto sobre a electricidade:

— o fornecimento de energia eléctrica, salvo o feito às empresas de distribuição de energia eléctrica, bem como

— o consumo de energia eléctrica pelas empresas de distribuição de energia eléctrica bem como o consumo de energia eléctrica produzida pelo próprio consumidor, ou de energia eléctrica transferida para o âmbito de aplicação territorial do imposto.

4. Por força do artigo 6.°, n.° 3, da EAG, o fornecedor de electricidade deve repercutir

1 Língua original: francês.

o imposto sobre o destinatário do fornecimento, trate-se de uma empresa/exploração ou de um lar doméstico.

5. Sobre o gás natural, é cobrado um imposto de 0,04360368 euros por metro cúbico segundo regras análogas.

6. Finalmente, a EAVG prevê um reembolso parcial do imposto sobre a energia que incide sobre o gás natural e a electricidade. Por força do artigo 1.°, n.° 1, dessa lei, os impostos sobre a energia que incidem sobre o gás natural e a electricidade devem ser reembolsados, a pedido, na medida em que ultrapassem (no total) 0,35% do valor líquido da produção. O montante do reembolso é pago após dedução de uma franquia de 5 000 ATS no máximo.

7. Todavia, segundo o artigo 2.°, n.° 1, da EAVG, disposição que está no centro do litígio no processo a título principal, só as empresas em relação às quais esteja provado que a actividade principal consiste na produção de bens económicos corpóreos têm direito ao reembolso dos impostos sobre a energia.

8. Os processos a título principal levantam, para o VGH, a questão de saber se as disposições da EAVG constitui um auxílio estatal na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 87, n.° 1, CE). Não tendo essas disposições sido objecto de notificação, é, antes de mais, determinante, para o VGH, saber se o efeito suspensivo produzido pelo artigo 93.°, n.° 3, do Tratado CE (actual artigo 88.°, n.° 3, CE) para os auxílios não notificados se opõe à aplicação da EAVG.

9. Lembremos que o artigo 92.°, n.° 1, do Tratado dispõe o seguinte:

«Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.»

10. O artigo 93.°, n.° 3, do Tratado dispõe o seguinte:

«Para que possa apresentar as suas observações, deve a Comissão ser informada atempadamente dos projectos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios. Se a Comissão considerar que determinado projecto de auxílio não é compatível com o mercado comum nos termos do

artigo 92.° deve sem demora dar início ao procedimento previsto no número anterior. O Estado-Membro em causa não pode pôr em execução as medidas projectadas antes de tal procedimento haver sido objecto de uma decisão final.»

11. O VGH admite provisoriamente que o não respeito deste último procedimento pode afectar a execução, no plano interno, de um regime de auxílios estatais, de tal forma que uma lei adoptada sem seguir esse procedimento é desprovida de efeito.

12. O VGH, por isso, submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve entender-se que constituem auxílios concedidos pelos Estados, para efeitos do disposto no artigo 92.° do Tratado CE, medidas legislativas de um Estado-Membro que prevêem o reembolso parcial dos impostos sobre a energia incidentes sobre o gás natural e a energia eléctrica, mas só a favor das empresas cuja actividade principal consista comprovadamente na produção de bens corpóreos?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, essa medida legislativa deve ser considerada como um auxílio de Estado na acepção do artigo 92.° do Tratado CE, ainda que se aplique a todas as empresas sem distinção, independentemente de a sua actividade principal consistir comprovadamente na produção de bens corpóreos?»

Quanto à admissibilidade das questões prejudiciais

13. O Governo austríaco interroga-se quanto à pertinência das questões prejudicais para efeitos dos processos perante o VGH, tendo em conta a organização dos órgãos jurisdicionais austríacos.

14. Expõe que a constituição austríaca reparte o controlo jurisdicional das decisões administrativas entre o Verwaltungsgerichtshof e o VGH. Este último só pode conhecer, enquanto infracções à constituição, das violações qualificadas, e, portanto, manifestas. Em contrapartida, se essas violações não forem manifestas deve deixar ao Verwaltungsgerichtshof o cuidado de exercer o controlo sobre elas.

15. Por isso, mesmo que a regra em litígio devesse ser considerada como um auxílio estatal na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado — o que não é o caso, segundo o Governo austríaco — tal não teria cabimento no processo perante o VGH. Com efeito, a autoridade que adoptou a decisão em litígio, não cometera qualquer violação

manifesta das disposições comunitárias em matéria de auxílios estatais. O próprio VGH, como resulta dos fundamentos do despacho de reenvio, tem dúvidas a esse respeito.

16. Somos todavia de opinião que a argumentação antes desenvolvida não é susceptível de levar o Tribunal de Justiça à conclusão de que não há que responder às questões apresentadas.

17. É, com efeito, de jurisprudência constante que cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais chamados a conhecer do litígio apreciar tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para estarem em condições de proferir a sua decisão como a pertinência das questões que eles submetem ao Tribunal de Justiça.

18. Este só poderá rejeitar o pedido apresentado pelo órgão jurisdicional se se afigurar, de forma manifesta, que a interpretação do direito comunitário pedida por este não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo a título principal [2].

19. Ora, tal não acontece no caso em apreço, pois que o órgão jurisdicional é chamado a conhecer de um litígio relativo a disposições nacionais que prevêem um reembolso de impostos sobre a energia, reembolso em relação ao qual o referido órgão jurisdicional se pergunta se ele constituirá um auxílio na acepção do artigo 92.° do Tratado.

20. Notemos que a Adria-Wien Pipeline GmbH (a seguir «Adria-Wien»), recorrente no processo a título principal, desenvolve igualmente uma argumentação de que poderia deduzir-se a ausência de necessidade das questões apresentadas.

21. Com efeito, ela alega, por um lado, que o reembolso dos impostos em litígio não é um auxílio estatal, mas a limitação do benefício deste a certas empresas é contrário à constituição austríaca. Ora, o VGH poderia remediar essa inconstitucionalidade sem recorrer ao direito comunitário.

22. Acrescenta que, se o mecanismo de reembolso devesse ser considerado como um auxílio, tal só poderia ser devido ao seu carácter selectivo, que o VGH deveria remediar, de qualquer forma, em virtude das exigências da constituição austríaca.

23. Todavia, entendemos que essa argumentação não retira nada ao facto de, como já o vimos, caber ao tribunal nacional apreciar a necessidade das questões apresentadas.

2 — V., por exemplo, acórdão de 13 de Março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Colect., p. I-2099).

24. Decorre do que precede que o Tribunal de Justiça é obrigado a responder às questões submetidas pelo VGH.

25. Passemos, portanto, ao exame delas. Em nossa opinião, a resposta à primeira questão torna-se mais fácil se se começar pela segunda.

Quanto à segunda questão

26. Através da sua segunda questão, o VGH pergunta-nos, em substância, se uma medida legislativa que prevê o reembolso parcial dos impostos que incidem sobre a electricidade e o gás natural, segundo as regras antes mencionadas, deverá ser considerado como um auxílio na acepção do artigo 92.° do Tratado, no caso de o reembolso ser concedido à totalidade das empresas.

27. Entendemos que, nessa hipótese, o regime em questão teria por efeito impor, a cada empresa estabelecida na Áustria, um imposto que se eleva a 0,35% do seu valor líquido de produção.

28. Ora, não existe, do nosso conhecimento, qualquer disposição de direito comunitário que proíba aos Estados-Membros impor um novo imposto à totalidade das suas empresas [3], mesmo que seja por meio de um mecanismo complexo que comporta, numa primeira fase, a cobrança de um imposto em função da energia consumida e, numa segunda fase, o reembolso obrigatório, a simples pedido e na base de critérios objectivos, de uma parte do montante cobrado.

29. Todas as partes que tomaram posição quanto a esta matéria chegam à conclusão de que, se o reembolso beneficiasse a totalidade das empresas, a condição de selectividade da medida não estaria preenchida e não se estaria na presença de um auxílio na acepção do Tratado.

30. Por outro lado, não poderá contestar-se que, ao impor à totalidade das suas empresas um novo encargo, o Estado-Membro não proporciona a estas uma vantagem susceptível de gerar, em seu favor, distorções de concorrência, mas reduz, pelo, contrário, a sua competitividade.

31. Concluímos, portanto, que uma medida legislativa consistente no reembolso, a simples pedido, a todas as empresas, de um imposto sobre a electricidade e de um imposto sobre o gás natural, na medida em que a incidência desses dois

3 — O direito comunitário introduz limitações à autonomia dos Estados-Membros no que respeita aos impostos indirectos sobre as reuniões de capitais, aos impostos sobre o consumo e ao IVA, que, no entanto, não estão aqui em causa

impostos tenha ultrapassado no total, no decurso de um ano civil, 0,35% do valor líquido de produção de uma empresa, não deve ser considerada como um auxílio estatal na acepção do artigo 92.° do Tratado.

Quanto à primeira questão

32. A primeira questão equivale a perguntar, em substância, se, a partir do momento em que o mecanismo de reembolso parcial é apenas aplicado em favor das empresas que têm por actividade principal o fabrico de bens económicos corpóreos, se está em presença de um regime de auxílios que cai no âmbito de aplicação do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado.

33. A Adria-Wien e os Governos austríaco, dinamarquês e finlandês consideram que tal não é o caso.

34. A Comissão, em contrapartida, adopta uma posição oposta. Ela alega que se está em presença de um vantagem ou de um tratamento preferencial, imputável ao Estado. Essa vantangem é concedida apenas a uma parte das empresas e não releva, por isso, de uma medida de política económica geral. Ademais, essa medida não é justificada pela natureza e pela economia do sistema.

A — *O regime em litígio consistirá numa derrogação em relação à aplicação normal de um sistema geral?*

35. Em apoio do seu raciocínio, a Comissão invoca o acórdão de 19 de Maio de 1999, Itália/Comissão [4], em que se pode ler que «uma medida através da qual as autoridades públicas atribuem a certas empresas isenções fiscais que, não implicando embora transferência de recursos de Estado, colocam os beneficiários numa situação financeira mais favorável que a dos outros contribuintes, constitui um auxílio de Estado na acepção do n.° 1 do artigo 92.° do Tratado».

36. Tratava-se, na ocorrência, de um crédito fiscal sob a forma de bonificação que os transportadores rodoviários italianos podiam deduzir, à escolha, das quantias que eles deviam a título do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, do imposto local sobre o rendimento e do imposto sobre o valor acrescentado, bem como das retenções na fonte sobre os rendimentos dos trabalhadores por conta de outrem e das compensações sobre o trabalho autónomo (n.° 3 do acórdão).

37. Ninguém ousará evidentemente contestar que, na sequência desse privilégio absolutamente único no seu género, os

4 — C-6/97, Colect., p. I-2981, n.° 16.

transportadores rodoviários eram colocados «numa situação financeira mais favorável que a dos outros contribuintes»!

38. Mas a importância desse acórdão não reside nessa declaração, que se explica essencialmente pelas circunstâncias do caso em apreço, mas no n.º 15 do acórdão, em que o Tribunal de Justiça declarou que «resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que o conceito de auxílio abrange não só prestações positivas, como as subvenções, mas também intervenções que, sob formas diversas, aliviam os *encargos que normalmente oneram* [5] o orçamento de uma empresa e que, não sendo subvenções na acepção estrita da palavra, têm a mesma natureza e efeitos idênticos (v. acórdãos de 23 de Fevereiro de 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridade, 30/59, Colect. 1954-1961, p. 551, n.º 39, e de 1 de Dezembro de 1998, Ecotrade, C-200/97, Colect., p. I-7907, n.º 34)»

39. O Tribunal de Justiça utilizou, aliás, uma formulação idêntica, em substância, no acórdão de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão [6], no que respeita à isenção concedida aos empresários no sector dos têxteis em Itália em relação aos encargos pecuniários decorrentes da aplicação normal do sistema de previdência social, bem como no acórdão de 17 de Junho de 1999, Bélgica/Comissão, dito Maribel bis/ter [7], no que diz respeito a uma «majoração da redução do pagamento das contribuições para a segurança social» concedida a um grande número de sectores na Bélgica.

40. Mas estaremos nós, no caso em apreço, colocados perante uma situação idêntica?

41. Nós não o pensamos, pois é extremamente duvidoso que estejamos, na ocorrência, em presença de uma derrogação à uma «regra normal».

42. Entendemos antes poder deduzir do conjunto do contexto em que essa legislação foi introduzida que nos encontramos em face de um sistema geral novo de impostos ecológicos que, *desde a sua concepção*, foi baseado no princípio de que os sectores primário e secundário da economia nacional não podiam, razoavelmente, ser tributados proporcionalmente à *totalidade* do seu consumo de electricidade e de gás.

43. Nós aderimos particularmente, quanto a este ponto, às seguintes observações do Governo dinamarquês:

«A cobrança do imposto austríaco, que tem um âmbito de aplicação geral, opera-se na

5 — O sublinhado é meu.

6 — 173/, Colect., p. 357, n.º 33.

7 — C-75/97, Colect., p. I-3671, n.º 33.

base de critérios objectivos, o que é característico das medidas gerais.

As condições a que é subordinado o reembolso parcial são, além disso, directamente determinadas pelo legislador e as regras não habilitam as autoridades competentes a exercer qualquer poder de apreciação no que respeita à escolha das empresas susceptíveis de beneficiar dessa prestação nem de modular a extensão, o que, tal sendo o caso, poderia suprimir a esse sistema o seu carácter geral.

Além disso, as regras austríacas em matéria de reembolso do imposto sobre a energia eléctrica [...] fazem parte integrante do sistema global de tributação da energia.

Isto significa, por outras palavras, que o sistema geral de tributação se identifica com a 'normalidade jurídica' de forma que as regras em matéria de reembolso *não poderão ser consideradas como uma 'excepção*[8] em relação à economia do sistema geral', que é uma condição para que o sistema seja reputado ter perdido o seu carácter geral [...].

O regime de bonificação 'corrige' simplesmente o pagamento de um imposto em relação ao qual, em momento algum, se diz que seria suportado em definitivo pelo consumidor.»

44. Os Governos austríaco e finlandês alegam ainda que se trata, na ocorrência, de uma medida de carácter geral, que assenta no direito de os Estados-Membros prosseguirem a política que lhes parece mais adequada e, em particular, de repartir como entenderem, a carga fiscal entre os diversos factores de produção.

45. A Comissão objecta, em contrapartida, que se trata de medidas que favorecem certas empresas ou certas produções.

46. A esse propósito, baseia-se essencialmente no acórdão Maribel bis/ter, já referido. Alega que a redução das contribuições para a segurança social, em causa nesse processo, beneficiava numerosíssimos sectores, isto é, a extracção de produtos não energéticos, a indústria química, a metalurgia e o trabalho dos metais, o fabrico de instrumentos de precisão e de óptica e de outras indústrias de transformação, de numerosos sectores do transporte internacional, incluindo os transportes aéreos e marítimos, a horticultura, a silvicultura e a exploração florestal. Por esse facto, a Comissão declara que, «visto que esse programa se dirigia também a empresas do sector terciário, a Comissão considera que dizia respeito a uma parte da economia tão importante como a que é afectada pela EAVG».

8 — Sublinhado no texto original

47. A Comissão cita em seguida o n.º 32 desse acórdão, redigido da seguinte forma:

«Nem o número elevado de empresas beneficiárias nem a diversidade e a importância dos sectores industriais a que estas empresas pertencem permitem considerar que a operação Maribel bis/ter constitui, como defende o Governo belga, uma medida geral de política económica.»

48. Nós somos, no entanto, de opinião de que não deve perder-se de vista que o artigo 92.º utiliza a expressão «certas produções». Por isso, uma medida que visa um grande número de tipos de produções, individualmente enumeradas, não tem necessariamente a mesma natureza que uma medida que visa a totalidade do sector primário ou secundário de uma economia nacional. Lembremos também que o Tribunal de Justiça declarou que «resulta do teor do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado que medidas de carácter geral que não favoreçam *unicamente* [9] certas empresas ou certas produções não caem na alçada dessa disposição» [10].

49. Reconheçemos, no entanto, que quanto a esse ponto os argumentos pró e contra são de validade mais ou menos equivalente. Mas, o que conta a nosso ver, é que o tratamento reservado aos sectores primário e secundário não constitui uma derrogação em relação à aplicação normal do sistema geral.

50. Objectar-se-nos-á talvez que, aceitando esse raciocínio, abrir-se-iam de par em par as portas a todas as espécies de abuso. Assim, amanhã, um Estado-Membro poderia impunemente elevar o nível geral das contribuições para a segurança social, fazendo-o, no entanto, de uma maneira mais pesada no que toca ao sector dos serviços.

51. A isso responderemos que, em tal hipótese, conviria igualmente examinar onde se situaria, em tal sistema, a regra normal, se a diferença de tratamento fosse justificada pela natureza ou pela economia do sistema, e se daí resultassem distorções de concorrência nas trocas comerciais intracomunitárias.

52. Como sempre, o acórdão que o Tribunal de Justiça proferirá no presente processo, ocorrerá tendo «em conta as circunstâncias do caso vertente».

53. O Governo austríaco lembra, por outro lado, que, no trigésimo terceiro considerando da «proposta de Directiva 97/ /C 139/07 do Conselho que reestrutura o quadro comunitário de tributação dos

9 — O sublinhado é meu.

10 — Acórdão de 26 de Junho de 1999, DM Transport (C-256/97, Colect., p. I-3913, n.º 27).

produtos energéticos» [11] baseada no artigo 99.° (actual artigo 93.° CE) ainda não adoptada pelo Conselho, a própria Comissão entendeu «que convém autorizar os Estados-Membros a concederem reembolsos dos impostos às empresas que incorrem em despesas de investimento destinadas a melhorar a eficiência energética, bem como às empresas cujos custos de energia representem uma proporção importante do valor das suas vendas».

54. A Comissão, por isso, propôs o seguinte artigo 15.°, n.° 2:

«Os Estados-Membros podem reembolsar, total ou parcialmente, o montante do imposto pago por uma empresa sobre qualquer parte dos seus custos de energia não relacionados com o transporte que excedam 10% da totalidade dos seus custos de produção.

No entanto, quando a parte dos custos de energia não relacionados com o transporte de uma empresa exceder 20% do conjunto dos seus custos de produção, os Estados-Membros reembolsarão a totalidade do imposto pago pela empresa sobre a parte dos seus custos de energia não relacionados com o transporte que excedam 10% da globalidade dos seus custos de produção.

O montante líquido do imposto pago por uma empresa na sequência dos reembolsos previstos nos dois parágrafos precedentes não deve ser inferior a 1% do volume das suas vendas.»

55. Mesmo que, através dessa proposta, a Comissão não reconheça que um regime tal como o praticado pela República da Áustria não constitui um auxílio, admite, no entanto, que um imposto ecológico não deve incidir necessariamente em todas as empresas com a mesma intensidade e que a técnica do reembolso de uma parte do imposto, pago numa primeira fase, é, em si, admissível.

56. É verdade que o critério retido pela Comissão na sua proposta tem a vantagem de se referir directamente ao consumo de energia de cada empresa individual e não somente às indústrias produtoras de bens corpóreos. Permite assim cobrir as empresas do sector dos serviços que poderiam, em casos bastante raros sem dúvida, afigurar-se igualmente serem grandes consumidores de energia. Mas, isso não significa que se trate aí do único critério admissível.

57. Examinaremos mais adiante o que deve pensar-se da preocupação do Governo austríaco de não pôr demasiadamente em perigo a competitividade das empresas produtoras de bens corpóreos.

11 — JO 1997, C 139, p. 14.

58. Na audiência, o Governo austríaco sublinhou particularmente, o que tinha indicado de forma mais incidental nas suas observações escritas, que o legislador austríaco tinha, na realidade, procurado promover as economias de energia aí onde era realista fazê-lo. Ora, ele considerara que, sob a pressão da concorrência e dos elevados preços da energia, o sector produtor de bens corpóreos teria já realizado todos os esforços que era realisticamente possível efectuar.

59. A esse propósito, poderia eventualmente pôr-se a questão de saber se o grosso dos consumidores integrantes do sector da prestação de serviços não fizeram, também eles, já economias consideráveis e se, por isso, o princípio de igualdade de tratamento de empresas que se encontram em situação idêntica ou comparável não é violado pela legislação em causa.

60. Esse princípio parece ter sido já invocado no quadro do litígio do processo a título principal, e cabe evidentemente ao órgão jurisdicional nacional pronunciar-se a esse respeito.

61. Todavia, acontece que, em nossa opinião, o regime austríaco não criou uma derrogação em favor de certas empresas ou de certas produções em relação a um «sistema normal» de tributação, e que, por isso, não é constitutivo de um regime de auxílios na acepção do artigo 92.° do Tratado sujeito à obrigação de notificação.

62. Para ser exaustivo, acrescentemos ainda que, a partir do momento em que se aceita que o sistema, instituído pela República da Áustria, prevê, oficiosamente, uma tributação menor das empresas em questão, pode mesmo perguntar-se se as quantias que são «reembolsadas» pertenceram alguma vez, realmente, ao Estado. Com efeito, desde que o montante dos impostos pagos ultrapasse a percentagem de 0,35% do valor líquido de produção, esse montante pertence por direito à empresa que o pagou numa primeira fase, pois o Estado não pode recusar o seu reembolso. Não dispõe de qualquer poder discricionário quanto à soma a pagar nem quanto às empresas a que há que fazer um pagamento.

63. Por isso, parece difícil não dar razão ao Governo austríaco e à Adria-Wien quando afirmam que o procedimento consistente no pagamento dos impostos ao fornecedor de electricidade ou de gás, que os paga ao Estado, e no subsequente «reembolso» por este, constitui apenas uma técnica administrativa destinada a evitar métodos mais complicados. Resulta, aliás, das explicações fornecidas pela Adria-Wien que os fornecedores são obrigados, por lei, a distinguir, em cada factura, o preço do fornecimento e o montante do imposto ecológico.

64. Como nós consideramos, na base dos desenvolvimentos que antecedem, poder já concluir que não estamos em presença de um regime de auxílios na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado, é somente a título subsidiário que examinaremos agora se o regime em questão afecta as trocas comerciais entre Estados-Membros e é susceptível de falsear a concorrência.

B — *As trocas comerciais entre Estados-Membros serão afectadas e a concorrência será falseada?*

65. No acórdão de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão, o Tribunal de Justiça declarou que «o artigo 92.° tem por *objectivo* [12] evitar que as trocas comerciais entre Estados-Membros sejam afectadas por eventuais vantagens consentidas pelas autoridades públicas, sob diversas formas, falseiem ou ameacem falsear a concorrência favorecendo certas empresas ou certas produções» (n.° 26).

66. No seu acórdão Philip Morris/Comissão [13], citado pelo Governo austríaco, o Tribunal de Justiça especificou que deve examinar-se se a medida em litígio «reforça a posição de uma empresa em relação a outras empresas concorrentes nas trocas comerciais intracomunitárias», isto é, se ameaça «falsear a concorrência entre as empresas estabelecidas em diferentes Estados-Membros».

67. A propósito do desagravamento dos encargos sociais que fora introduzido pela República Italiana, o Tribunal de Justiça declarou que «é necessário obviamente partir da situação concorrencial existente no mercado comum antes da adopção da medida em causa» [14]. Trata-se, portanto de examinar se os custos de produção da empresa ou das empresas em causa do Estado-Membro em que a medida é introduzida são reduzidos devido a ela [15].

68. Ora, como o vimos, a propósito da resposta à segunda questão, tratada em primeiro lugar, mesmo quando a incidência dos dois impostos tenha como limite superior 0,35% do valor líquido de produção, os custos de produção das empresas austríacas são mais pesadamente onerados que na ausência desses impostos e a sua competitividade em relação às empresas similares dos outros Estados-Membros fica diminuída.

69. Com efeito, a menos que as empresas em questão tenham reduzido a sua margem de lucro, o preço das mercadorias exportadas por elas para os outros Estados-Membros teve de aumentar. Os produtos idênticos fabricados nos outros Estados-Membros, e importados na Áustria, tornaram-se mais competitivos.

12 — O sublinhado é meu. V. nota n.° 5.

13 — Acórdão de 17 de Setembro de 1980 (730/79, Recueil, p. 2671, n.os 11 e 12).

14 — Acórdão de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão, já referido, n.° 36.

15 — *Ibidem*, n.os 43 a 45.

70. *Não* nos encontramos, *portanto*, precisamente na situação que o Tribunal de Justiça invocou no n.º 47 do acórdão Maribel bis/ter, já referido, em que declarou que «quando o Estado-Membro concede um auxílio a uma empresa, a produção interna pode ser mantida ou aumentada, daí resultando que as hipóteses de as empresas estabelecidas noutros Estados-Membros exportarem os seus produtos para o mercado deste Estado-Membro são diminuídas». É porém esta passagem que a Comissão cita para tentar demonstrar que as trocas comerciais e a concorrência transfronteiras são afectadas.

71. No acórdão de 19 de Maio de 1999, Itália/Comissão, já referido, respeitante aos transportadores rodoviários italianos, o Tribunal de Justiça reteve também que «assim, há que examinar se o crédito fiscal tem efeitos negativos para os concorrentes dos beneficiários, a saber, os transportadores rodoviários estabelecidos noutros Estados-Membros» (n.º 21).

72. Ora, no presente processo, o facto de o novo imposto que incide sobre as empresas austríacas que fabricam bens corpóreos se elevar apenas a 0,35% da produção líquida, quando seria mais elevado se o limite superior não existisse, não implica qualquer efeito negativo para as empresas similares estabelecidas nos outros Estados-Membros.

73. Por outro lado, não deve esquecer-se que, em virtude do facto de as empresas do sector dos serviços serem mais fortemente oneradas pelos dois impostos que as empresas produtoras de bens corpóreos, é diminuída a competitividade destas últimas ainda mais, na medida em que recorreram, no quadro do seu processo de fabrico, de transporte ou de venda, a prestações efectuadas por empresas do sector terciário.

74. Assim, os óleos minerais encaminhados pela Adria-Wien, e utilizados pelos fabricantes de bens corpóreos, tornaram-se mais caros devido ao imposto sobre a electricidade que incide sobre a bombagem desses óleos. Do mesmo modo, as prestações das companhias de seguros e das empresas que efectuam manutenções ou reparações nas máquinas e nos edifícios tornaram-se mais onerosas.

75. Finalmente, não poderá criticar-se o Governo austríaco por ter introduzido o reembolso parcial a fim de, como no-lo indica ele mesmo, não onerar excessivamente as empresas industriais de produção nem restringir demasiado a sua competitividade [16].

76. Estamos convencidos, pelo contrário, de que um Estado-Membro que introduz, sem a isso ser obrigado por uma disposição comunitária, impostos ecológicos, tem perfeitamente o direito de proceder de maneira

16 — Observações do Governo austríaco (original p. 8, tradução francesa, p. 10).

prudente. O problema colocar-se-á de forma diversa no dia em que forem introduzidos impostos harmonizados no conjunto da Comunidade.

77. Em segundo lugar, resulta de jurisprudência constante que «o artigo 92.° não distingue as intervenções em causa de acordo com as suas causas ou os seus objectivos, mas define-as em função dos seus efeitos» [17]. Ora, tal como nós o verificámos *supra*, a imposição de um imposto de 0,35% não tem por efeito criar uma distorção de concorrência.

78. Em terceiro lugar, não poderemos aceitar um raciocínio consistente em dizer que a imposição ainda mais pesada das empresas do sector terciário, traria, por assim dizer «*a contrario*», uma vantagem às empresas dos sectores primário e secundário, pois essas empresas não estão em concorrência. (O facto de tributar mais pesadamente os cirurgiões-dentistas não traz qualquer vantagem aos fabricantes de bicicletas). Força é reconhecer, por outro lado, que uma boa parte das empresas do sector terciário são, também elas, submetidas à concorrência internacional. Tal é o caso das companhias de seguros que agem em prestação de serviços para lá do território nacional, das empresas de transporte aéreo ou rodoviário e sobretudo do sector hoteleiro. Não estabeleceu o Tribunal de Justiça que um turista é um beneficiário de serviços e que o Tratado se aplica em relação a ele?

79. Em resumo, nós não poderemos aderir, portanto, a uma tese que equivalha:

— ou a abandonar a jurisprudência constante segundo a qual as medidas estatais devem apreciar-se em função dos seus efeitos;

— ou a dar ao conceito de efeito um alcance inteiramente novo no sentido de que o Tribunal de Justiça cessasse de comparar a situação das empresas em causa em relação à sua própria situação anterior (encargos aliviados ou não) ou em relação aos seus concorrentes estrangeiros (competitividade acrescida ou não) para não mais as comparar senão com empresas estabelecidas no mesmo Estado-Membro com as quais estão em concorrência.

80. Lembremos, mais um vez, que todas as passagens da jurisprudência, citadas no decurso do presente processo em favor da tese oposta, diziam respeito a situações em que, em derrogação de um regime geral

17 — V. acórdãos de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão, já referido, n.° 27, e Bélgica/Comissão, já referido, n.° 25.

cujo carácter de «regime normal» era incontestável, tinham sido concedidos reduções de impostos, créditos fiscais ou reduções de contribuições para a segurança social que vinham aliviar os encargos que pesaram até aí sobre certas empresas e que criavam incontestáveis distorções de concorrência nas trocas comerciais intracomunitárias.

81. Partilhamos, assim, a opinião dos Governos austríaco, dinamarquês e finlandês e da Adria-Wien, segundo a qual, no caso em apreço, as trocas comerciais intracomunitárias não são afectadas e a concorrência não é falseada. Não sendo posto em causa o objectivo visado pelo artigo 92.°, n.° 1, não se está em presença de um auxílio na acepção desse artigo.

Conclusões

82. Na base das considerações desenvolvidas *supra*, propomos ao Tribunal de Justiça que responda às questões submetidas pelo Verfassungsgerichtshof da seguinte forma:

«1) Medidas legislativas de um Estado-Membro que prevejam um limite superior de incidência de impostos recentemente introduzidos sobre o consumo de energia eléctrica e de gás natural, obtido através de um reembolso parcial desses impostos, concedido a simples pedido e na base de critérios objectivos, mas que concedem esse reembolso apenas às empresas em relação às quais está provado que têm por actividade principal o fabrico de bens económicos corpóreos, não devem ser consideradas como um auxílio estatal na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 87.°, n.° 1, CE).

2) Tendo em conta a resposta dada à primeira questão, não é necessário responder à segunda.»