Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
NILS WAHL
apresentadas em 13 de setembro de 2018 [1]

Processo C-387/17

Presidenza del Consiglio dei Ministri
contra
Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália)]

«Reenvio prejudicial — Auxílios concedidos pelos Estados — Auxílios existentes e auxílios novos — Qualificação — Auxílios instituídos antes da liberalização de um mercado inicialmente fechado à concorrência — Ação de indemnização intentada por um concorrente da empresa beneficiária das medidas de auxílio na falta de uma decisão da Comissão — Oponibilidade das normas em matéria de prescrição previstas pelo Regulamento (CE) n.º 659/1999»

Introdução

1. O presente processo inscreve-se numa série de reenvios prejudiciais que dizem respeito aos pagamentos, não notificados à Comissão Europeia, de subvenções efetuadas pela República italiana a favor da empresa de transporte marítimo Tirrenia di Navigazione SpA (a seguir «Tirrenia») no período de 1976-1980.

2. Esta «saga» jurisprudencial explica-se certamente pelo facto de as autoridades italianas terem revelado uma certa inércia — e, neste contexto, terem rivalizado em criatividade audaciosa na elaboração de argumentos jurídicos — para retirar todas as consequências da qualificação das medidas controvertidas como auxílios de Estado ilegalmente concedidos. Este facto é comprovado nomeadamente pela posição que as referidas autoridades pretendem defender no caso em apreço.

3. O litígio no processo principal diz respeito a um pedido de indemnização por perdas e danos apresentado por uma empresa concorrente da Tirrenia, a Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA (a seguir «FTDM»), contra a República italiana, com vista a obter a reparação do prejuízo pretensamente sofrido devido à concessão dessas subvenções. Estas últimas, que foram qualificadas de auxílios de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE pelo órgão jurisdicional de reenvio, não foram, em contrapartida, objeto de uma decisão da Comissão quanto à sua legalidade e à sua compatibilidade à luz das normas da União Europeia (situação de «stand-alone private enforcement»).

4. Coloca-se nomeadamente a questão de saber se, para efeitos da qualificação das medidas como auxílios «existentes» ou auxílios «novos», é pertinente a circunstância de as subvenções em causa terem sido pagas a uma empresa que opera num mercado ainda não liberalizado formalmente. O Tribunal de Justiça também é questionado sobre se e, sendo caso disso, em que medida as normas

1 Língua original: francês.

contidas no Regulamento (CE) n.º 659/1999 em matéria de prescrição da ação da Comissão [2] podem ter influência sobre a procedência de uma ação de indemnização como a que está em causa no processo principal. O processo oferece assim uma oportunidade de recordar determinados princípios fundamentais do sistema de controlo dos auxílios de Estado e do papel que os órgãos jurisdicionais nacionais são chamados a desempenhar neste contexto.

Quadro jurídico

Direito da União

5. O artigo 1.º, com a epígrafe «Definições», do Regulamento n.º 659/1999 dispunha:

«Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

[…]

b) "Auxílios existentes":

[…]

iv) Os auxílios considerados existentes nos termos do artigo 15.º;

v) Os auxílios considerados existentes por se poder comprovar que não constituíam auxílios no momento da sua execução, tendo-se subsequentemente transformado em auxílios devido à evolução do mercado comum e sem terem sido alterados pelo Estado-Membro. Quando determinadas medidas se transformem em auxílios na sequência da liberalização de uma atividade provocada pela legislação comunitária, essas medidas não serão consideradas auxílios existentes depois da data fixada para a liberalização;

[…]»

6. O artigo 15.º, com a epígrafe «Prazo de prescrição», do Regulamento n.º 659/1999 previa:

«1. Os poderes da Comissão para recuperar o auxílio ficam sujeitos a um prazo de prescrição de dez anos.

2. O prazo de prescrição começa a contar na data em que o auxílio ilegal tenha sido concedido ao beneficiário, quer como auxílio individual, quer como auxílio ao abrigo de um regime de auxílio. O prazo de prescrição é interrompido por quaisquer atos relativos ao auxílio ilegal praticados pela Comissão ou por um Estado-Membro a pedido desta. Cada interrupção inicia uma nova contagem de prazo. O prazo de prescrição será suspenso enquanto a decisão da Comissão for objeto de um processo no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

3. Qualquer auxílio cujo prazo de prescrição tenha caducado será considerado um auxílio existente.»

2 Regulamento do Conselho, de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [108.º TFUE] (JO 1999, L 83, p. 1). O Regulamento n.º 659/1999 foi revogado e substituído pelo Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho, de 13 de julho de 2015, que estabelece as regras de execução do artigo [108.º TFUE] (JO 2015, L 248, p. 9).

Direito italiano

7. As subvenções em causa no processo principal foram concedidas à Tirrenia, empresa de navegação concorrente da FTDM, nos termos da legge n.º 684 — Ristrutturazione dei servizi maritimi di preminente interesse nazionale (Lei n.º 684, relativa à reestruturação dos serviços marítimos de superior interesse nacional), de 20 de dezembro de 1974 (GURI n.º 336, de 24 de dezembro de 1974, p. 9008, a seguir «Lei n.º 684»), mais precisamente do seu artigo 19.º

8. O artigo 7.º da Lei n.º 684 prevê:

«O Ministro da Marinha Mercante é autorizado a conceder subvenções destinadas à prestação dos serviços enunciados no artigo anterior, através da celebração de convenções *ad hoc* anuais, em concertação com os Ministros do Tesouro e das Participações do Estado.

As subvenções indicadas no parágrafo anterior devem garantir, no triénio, a gestão dos serviços em condições de equilíbrio económico. Estas subvenções são estabelecidas previamente com base nas receitas líquidas, na amortização dos investimentos, nos custos de exploração, nas despesas de funcionamento e nos encargos financeiros.

[…]»

9. O artigo 8.º da Lei n.º 684 dispõe:

«Os serviços de ligação com as ilhas maiores e menores, indicados no artigo 1.º, alínea c), bem como as eventuais extensões técnica e economicamente necessárias, devem garantir a satisfação das exigências relativas ao desenvolvimento económico e social das regiões em causa, em particular do Mezzogiorno.

O Ministro da Marinha Mercante é, consequentemente, autorizado a conceder subvenções destinadas à prestação dos referidos serviços, através da celebração de convenções *ad hoc*, em concertação com os Ministros do Tesouro e das Participações do Estado, por um período de vinte anos.»

10. Nos termos do artigo 9.º da Lei n.º 684:

«A convenção prevista no artigo anterior deve indicar:

1) a lista das ligações a assegurar;

2) a frequência de cada ligação;

3) os tipos de navio a afetar a cada ligação;

4) A subvenção, que deve ser fixada em função das receitas líquidas, da amortização dos investimentos, dos custos de exploração, das despesas de funcionamento e dos encargos financeiros.

Até 30 de junho de cada ano, proceder-se-á à adaptação da subvenção a pagar para esse ano, se, durante o ano anterior, pelo menos uma das componentes económicas indicadas na convenção tiver sofrido alterações que excedam a vigésima parte do valor tomado em conta para a mesma rubrica quando da fixação da subvenção anterior.»

11. O artigo 18.º da Lei n.º 684 dispõe:

«O encargo financeiro resultante da aplicação da presente lei será coberto, até ao valor de 93 mil milhões de liras, pelos fundos já inscritos no capítulo 3061 da previsão de despesas do Ministério da Marinha Mercante para o exercício de 1975 e pelos que serão inscritos nos capítulos correspondentes dos exercícios financeiros seguintes.»

12. O artigo 19.º da Lei n.º 684 enuncia:

«Até à data de aprovação das convenções previstas pela presente lei, o Ministro da Marinha Mercante, por acordo com o Ministro do Tesouro, pagará, em mensalidades diferidas, adiantamentos cujo montante acumulado não excederá [90%] do montante total indicado no artigo 18.º»

13. A Lei n.º 684 foi objeto de uma medida de execução, o decreto del presidente della Repubblica n.º 501 — Regolamento di esecuzione della legge 20 dicembre 1974, n.º 684 (Decreto do Presidente da República italiana n.º 501, que aprovou o Regulamento de Execução da Lei n.º 684), de 1 de junho de 1979 (GURI n.º 285, de 18 de outubro de 1979, p. 8531), cujo artigo 7.º precisa que os adiantamentos previstos no artigo 19.º da referida lei serão pagos às sociedades que prestam serviços de superior interesse nacional até à data do registo, pelo Tribunal de Contas, dos instrumentos relativos à celebração das novas convenções.

Litígio no processo principal, questões prejudiciais e tramitação no Tribunal de Justiça

14. Como resulta dos Acórdãos de 13 de junho de 2006, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391), e de 10 de junho de 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo (C-140/09, EU:C:2010:335), proferidos na sequência dos pedidos de decisão prejudicial apresentados no âmbito do processo principal e para os quais se remete para uma mais ampla exposição da matéria de facto e da tramitação processual anteriores aos referidos acórdãos, a FTDM e a Tirrenia são duas empresas de transporte marítimo que, nos anos 70, efetuavam ligações marítimas regulares entre a Itália continental e as ilhas da Sardenha e da Sicília.

15. Em 1981, a FTDM demandou a Tirrenia no Tribunale di Napoli (Tribunal de Nápoles, Itália) para obter a reparação do prejuízo que alega ter sofrido em consequência da política de preços baixos praticada por esta última, entre 1976 e 1980, no âmbito dos seus serviços de ligações marítimas. A FTDM sustentava, designadamente, que esta política de preços baixos foi possível graças ao pagamento de subvenções públicas em violação das normas comunitárias em matéria de auxílios de Estado.

16. A ação da FTDM foi julgada improcedente por sentença de 26 de maio de 1993, confirmada pelo Acórdão da Corte d'appello di Napoli (Tribunal de Recurso de Nápoles, Itália) de 13 de dezembro de 1996.

17. Foi negado provimento ao recurso deste acórdão interposto pelo administrador de insolvência da FTDM, sociedade entretanto declarada em liquidação, por Acórdão da Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália) de 19 de abril de 2000, que, designadamente, indeferiu o pedido do recorrente no sentido de serem submetidas ao Tribunal de Justiça questões de interpretação do direito da União, com o fundamento de que a solução adotada pelos juízes que conheceram do mérito respeitava as disposições pertinentes e era conforme com a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

18. Por petição de 15 de abril de 2002, o administrador de insolvência da FTDM demandou a República italiana no Tribunale di Genova (Tribunal de Primeira Instância de Génova, Itália), pedido a responsabilização deste Estado a diversos títulos: na sua função legislativa, por ter concedido auxílios, ao abrigo da Lei n.º 684, incompatíveis com o Tratado CE; na sua função jurisdicional, por ter infringido, com a decisão da Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação) de 19 de abril de 2000, a obrigação de submeter ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais relativas à conformidade da Lei n.º 684 com o direito da União; e, por último, na sua função administrativa, por não ter informado a Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação) da abertura de um processo por infração perante a Comissão, relativo a essa lei, incumprindo assim as obrigações de cooperação leal com as instituições europeias.

19. Por conseguinte, a FTDM pediu a condenação da República italiana na reparação do prejuízo sofrido que foi avaliado em 9 240 000 euros.

20. Em 14 de abril de 2003, o Tribunale di Genova (Tribunal de Primeira Instância de Génova) submeteu ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial que deu origem ao Acórdão de 13 de junho de 2006, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391).

21. Na sequência desse acórdão, o Tribunale di Genova (Tribunal de Primeira Instância de Génova), por sentença de 27 de fevereiro de 2009, declarou «a existência da ilegalidade cometida pelo Estado na sua função jurisdicional» e ordenou a prossecução dos autos, por despacho separado, para que fosse proferida decisão sobre o pedido de reparação dos prejuízos resultantes dessa ilegalidade. Foi nesta fase do referido processo que, questionando-se sobre a interpretação do direito da União relativo aos auxílios de Estado, esse órgão jurisdicional se dirigiu de novo ao Tribunal de Justiça, o que deu origem ao Acórdão de 10 de junho de 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo (C-140/09, EU:C:2010:335), pelo qual o Tribunal de Justiça declarou:

«O direito da União deve ser interpretado no sentido de que subvenções pagas nas circunstâncias que caracterizam o litígio no processo principal, ao abrigo de uma legislação nacional que prevê o pagamento de adiantamentos antes da aprovação de uma convenção, constituem auxílios de Estado se essas subvenções forem suscetíveis de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros e falsearem ou ameaçarem falsear a concorrência, o que cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar.»

22. Em 30 de julho de 2012, o Tribunale di Genova (Tribunal de Primeira Instância de Génova) condenou a República italiana no pagamento, a favor da FTDM, do montante de 2 330 355,78 euros, acrescido da reavaliação monetária e de juros legais, a título de reparação do prejuízo sofrido devido ao comportamento ilícito do Estado na sua função jurisdicional.

23. Esta decisão foi também impugnada, a título principal, pela República italiana e, a título incidental, pela FTDM.

24. A Corte d'appello di Genova (Tribunal de Recurso de Génova, Itália), por acórdão de 24 de julho de 2014, anulou a decisão proferida em primeira instância e decidiu sobre o mérito da causa.

25. Esse órgão jurisdicional, tendo negado provimento aos pedidos de indemnização da FTDM baseados na responsabilidade da República italiana nas suas funções jurisdicional e administrativa, deu provimento ao pedido baseado na responsabilidade deste Estado-Membro na sua função legislativa, devido à adoção, pelo Parlamento italiano, da Lei n.º 684, condenando assim o referido Estado-Membro a reparar o prejuízo sofrido pela FTDM, avaliado em 2 330 355,78 euros, acrescidos da reavaliação monetária e dos juros legais.

26. A Corte d'appello di Genova (Tribunal de Recurso de Génova) considerou, designadamente, que os auxílios de Estado em causa, por não serem anteriores à entrada em vigor do Tratado que institui a Comunidade Europeia, deviam ser considerados «auxílios novos» sujeitos à obrigação de notificação nos termos do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado CE (depois artigo 88.º, n.º 3, CE, atual artigo 108.º, n.º 3, TFUE), de modo que, na falta dessa notificação, devia declarar-se verificada uma violação do direito da União.

27. O acórdão da Corte d'appello di Genova (Tribunal de Recurso de Génova) foi impugnado no órgão jurisdicional de reenvio pela Presidenzia del Consiglio dei Ministri (Presidência do Conselho de Ministros). Esta sustenta, designadamente, que os auxílios concedidos à Tirrenia foram erradamente qualificados de auxílios novos e não de auxílios existentes.

28. O órgão jurisdicional de reenvio observa que, para efeitos da qualificação jurídica de um auxílio de Estado no contexto de um mercado não liberalizado, como o que está em causa no processo principal, como auxílio existente ou auxílio novo, é necessário, antes de mais, analisar a aplicabilidade *ratione temporis* do artigo 1.º, alínea b), v), do Regulamento n.º 659/1999, bem como o seu âmbito de aplicação.

29. Em seguida, esse órgão jurisdicional sublinha a importância de uma das características do mercado pertinente, designadamente, a sua não liberalização. Assim, esse órgão jurisdicional considera que o Tribunal Geral, no n.º 143 do seu Acórdão de 15 de junho de 2000, Alzetta e o./Comissão (T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 e T-23/98, EU:T:2000:151) (a seguir «Acórdão Alzetta»), estabeleceu um princípio segundo o qual um regime de auxílios instituído num mercado inicialmente fechado à concorrência devia ser considerado, quando da liberalização desse mercado, um regime de auxílios existente. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, esta afirmação do Tribunal Geral foi confirmada nos n.ºs 66 a 69 do Acórdão de 29 de abril de 2004, Itália/Comissão (C-298/00 P, EU:C:2004:240). Por conseguinte, para efeitos da qualificação jurídica dos auxílios de Estado em causa no processo principal como auxílios existentes ou auxílios novos, devemos analisar igualmente o âmbito de aplicação do referido princípio.

30. Por último, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à aplicabilidade da disposição do artigo 1.º, alínea b), iv), do Regulamento n.º 659/1999, em conjugação com o artigo 15.º deste regulamento, a auxílios de Estado concedidos antes da entrada em vigor do referido regulamento. Segundo esse órgão jurisdicional, resulta do Acórdão de 16 de abril de 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C—690/13, EU:C:2015:235), que estas disposições podem ser aplicadas aos factos anteriores à entrada em vigor do mesmo regulamento.

31. Foi nestas condições que a Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1. [P]ara efeitos da qualificação dos referidos auxílios (de "existentes" e, portanto, não "novos"), é aplicável, e em que termos, o artigo 1.º, alínea b), v), do Regulamento n.º 659/1999, que dispõe: "v) Os auxílios considerados existentes por se poder comprovar que não constituíam auxílios no momento da sua execução, tendo-se subsequentemente transformado em auxílios devido à evolução do mercado comum e sem terem sido alterados pelo Estado-Membro. Quando determinadas medidas se transformem em auxílios na sequência da liberalização de uma atividade provocada pela legislação comunitária, essas medidas não serão consideradas auxílios existentes depois da data fixada para a liberalização"; ou é aplicável, e em que termos, o princípio (com alcance formalmente diferente do princípio de direito positivo atrás referido) — enunciado pelo Tribunal Geral no Acórdão de 15 de junho de 2000, nos processos apensos T-298/97 e outros (Alzetta, e o./Comissão, n.º 143), confirmado, quanto ao que ora está em causa, pelo [Tribunal de Justiça] no Acórdão de 29 de abril de 2004 no processo C-298/00 P, EU:C:2004:240, n.ºs 66 a 69 — nos termos do qual "[…] um regime de auxílios instituído num mercado inicialmente fechado à concorrência deve ser considerado, a partir do momento da liberalização deste mercado, um

regime de auxílios existente, na medida em que não se encontra abrangido, no momento da sua instituição, pelo [âmbito] de aplicação do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado [posteriormente artigo 87.º, n.º 1], o qual é apenas aplicável aos setores abertos à concorrência, tendo em conta as condições referidas neste texto, relativas à afetação das trocas comerciais entre os Estados-Membros e às repercussões na concorrência"?

2. [E]m qualquer caso, e sempre para efeitos da qualificação dos auxílios acima referidos, é aplicável, e em que termos, o artigo 1.º, alínea b), iv), do mesmo Regulamento n.º 659/1999, segundo o qual são "existentes" "[o]s auxílios considerados existentes nos termos do artigo 15.º" — disposição que, por sua vez, estabelece um prazo de prescrição de dez anos para a recuperação dos auxílios concedidos ilegalmente — ou são aplicáveis, e em que termos (análogos ou não ao princípio expresso pela referida norma de direito positivo), os princípios, reiteradamente afirmados pelo próprio [Tribunal de Justiça], da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica?»

32. Foram apresentadas observações escritas pela FTDM, pelos Governos italiano e francês e pela Comissão. Foi realizada uma audiência em 7 de junho de 2018, na qual participaram estes interessados.

Análise

33. Como referi na introdução das presentes conclusões e, como resulta da exposição da matéria de facto *supra*, as autoridades italianas revelaram uma certa inércia para fugir à sua responsabilidade pela concessão das subvenções controvertidas, e isto, a meu ver, em desrespeito das normas em matéria de auxílios de Estado.

34. A singularidade do presente processo deve-se ao facto de, não obstante a circunstância de a Corte d'appello di Genova (Tribunal de Recurso de Génova) ter deferido o pedido de indemnização da FTDM com o fundamento, designadamente, de que os auxílios de Estado controvertidos deviam ser qualificados de auxílios «novos» ilegalmente concedidos, as autoridades italianas continuaram a defender, perante o órgão jurisdicional de reenvio, que estes auxílios deviam, na realidade, ser qualificados de auxílios «existentes». Estas autoridades sustentam que os referidos auxílios, em primeiro lugar, tinham sido concedidos numa época em que a atividade de cabotagem marítima ainda não estava liberalizada e, em segundo lugar, não tinham sido contestados pela Comissão no prazo de prescrição de dez anos previsto pelo artigo 15.º do Regulamento n.º 659/1999 [v. artigo 1.º, alínea b), iv), deste regulamento].

35. Apesar de, para sustentar o primeiro fundamento avançado para qualificar os auxílios em causa de auxílios existentes, as autoridades italianas referirem que deve ser descartada a definição contida no artigo 1.º, alínea b), v), do Regulamento n.º 659/1999, na medida em que não reflete o estado do direito aplicável à data da concessão das medidas controvertidas, alegam, por outro lado, em apoio do segundo fundamento avançado, que estes auxílios correspondem à definição contida no artigo 1.º, alínea b), iv), deste regulamento [3].

36. Também, e antes de analisar uma a uma as questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, parece-me oportuno proceder a algumas observações elementares sobre o alcance e a importância da distinção entre auxílios existentes e auxílios novos e, neste contexto particular, sobre a influência que podem ter as definições contidas no Regulamento n.º 659/1999 para efeitos da qualificação como auxílios novos ou existentes.

3 Esta última disposição é, de acordo com as autoridades italianas, aplicável a todas as medidas de auxílio, incluindo as concedidas antes da sua entrada em vigor (v. Acórdão de 10 de abril 2003, Scott/Comissão, T-366/00, EU:T:2003:113, n.º 53).

Considerações preliminares sobre a distinção entre auxílios existentes e auxílios novos e sobre o alcance do Regulamento n.º 659/1999 a este respeito

37. É incontestável que a qualificação de uma medida estatal como auxílio «novo» ou auxílio «existente» implica determinadas consequências jurídicas importantes, nomeadamente em termos de tratamento processual.

38. Quanto aos *auxílios novos*, estes devem, em primeiro lugar, ser notificados pelos Estados-Membros à Comissão e ser autorizados por esta última antes de serem aplicados. Resulta igualmente do artigo 108.º, n.os 2 e 3, TFUE que a Comissão é responsável, seja na fase do procedimento de exame preliminar ou na do procedimento formal de exame, por controlar a compatibilidade dos auxílios novos com o mercado interno. Os artigos 2.º a 7.º do Regulamento n.º 659/1999 (atuais artigos 2.º a 7.º do Regulamento 2015/1589) precisam, para efeitos, designadamente, de segurança jurídica, as modalidades de execução do controlo exercido pela Comissão sobre os projetos de auxílio novos.

39. Em segundo lugar, é incontestável que, quando os auxílios ditos novos são concedidos sem autorização da Comissão, tornam-se ilegais [v. artigo 1.º, alínea f), do Regulamento n.º 659/1999, atual artigo 1.º, alínea f), do Regulamento 2015/1589]. Esta qualificação como auxílios novos implica dois tipos de consequências. Por um lado, a Comissão deve examinar as medidas em causa e, se concluir pela sua incompatibilidade, deverá ordenar a sua recuperação. Por outro lado, os órgãos jurisdicionais nacionais, que não estão habilitados para se pronunciar sobre a compatibilidade das medidas de auxílio, podem, contudo, e sob determinadas condições, ordenar a recuperação destas medidas [4].

40. Os *auxílios ditos «existentes»* são sujeitos a um tratamento processual diferente nos termos do artigo 108.º, n.º 1, TFUE. Com efeito, esta disposição prevê que a Comissão procederá, em cooperação com os Estados-Membros, ao exame dos regimes de auxílios existentes nestes Estados e que lhes proporá as medidas adequadas, que sejam exigidas pelo desenvolvimento progressivo ou pelo funcionamento do mercado interno, segundo um regime definido nomeadamente nos artigos 17.º a 19.º do Regulamento n.º 659/1999 (atuais artigos 21.º a 23.º do Regulamento 2015/1589).

41. De acordo com este regime, os auxílios existentes podem continuar a ser executados enquanto a Comissão não tiver declarado a sua incompatibilidade [5]. Por conseguinte, diferentemente dos auxílios novos, os auxílios existentes não têm de ser notificados à Comissão e não podem ser qualificados de ilegais. Além disso, as medidas adequadas que a Comissão deve tomar em relação aos regimes de auxílios existentes só podem conduzir à modificação ou à supressão para o futuro desses regimes e em caso algum exigir a sua recuperação.

42. Embora tenha importantes consequências jurídicas, a distinção entre auxílio existente e auxílio novo nem sempre é fácil de entender.

43. Com efeito, importa recordar que o conceito de auxílio «existente» (e, por defeito, de auxílio «novo»), que encontra a sua origem nos Tratados, não é aí definido enquanto tal, o que exige, nomeadamente, que nos reportemos às definições contidas em atos de direito derivado, mais precisamente os que regem as normas processuais em matéria de auxílios de Estado, a saber, o Regulamento n.º 659/1999 posto em causa no presente processo (e o Regulamento 2015/1589 que lhe sucedeu), e às precisões fornecidas pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Geral no âmbito dos processos que lhes são submetidos.

4 V. Acórdão de 12 de fevereiro de 2008, CELF e ministre de la Culture et de la Communication (C-199/06, EU:C:2008:79).

5 V., por exemplo, Acórdão de 15 de março de 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100, n.º 20).

44. Estes regulamentos «processuais» pretendem codificar e precisar a prática decisória da Comissão, não só para assegurar a tramitação adequada e a eficácia dos processos nos termos das disposições dos Tratados [6] mas também para responder à preocupação de transparência e de segurança jurídica [7]. O seu objetivo primordial é clarificar e regular os poderes e as modalidades de ação da Comissão no domínio dos auxílios de Estado.

45. Os referidos regulamentos introduzem importantes precisões tanto sobre as categorias de auxílios que devem ser considerados existentes (e, por defeito, novos) como sobre o regime a que estão sujeitas essas diferentes categorias de auxílios estatais no âmbito do exame centralizado, pela Comissão, das medidas de auxílios.

46. Embora estes regulamentos retomem orientações em grande parte conformes aos ensinamentos que importa retirar da jurisprudência dos órgãos jurisdicionais da União — jurisprudência que, neste domínio, constitui ainda a principal referência para a interpretação das disposições do Tratado [8] —, podem igualmente ter, em determinados aspetos, uma natureza inovadora.

47. Este é, em especial, o caso no que se refere às categorias de auxílios existentes previstas no Regulamento n.º 659/1999.

48. Tal como o Tribunal de Justiça indicou na jurisprudência anterior à entrada em vigor do Regulamento n.º 659/1999, resulta tanto do conteúdo como das finalidades das disposições do artigo 93.º do Tratado CE (atual artigo 108.º TFUE) que deviam ser considerados auxílios existentes na aceção do n.º 1 deste artigo os auxílios que existiam antes da data de entrada em vigor do Tratado (auxílios ditos «pré-adesão») e os que puderam ser executados regularmente nas condições previstas no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado CE, incluindo que resultam da interpretação dada pelo Tribunal de Justiça a este artigo no Acórdão de 11 de dezembro de 1973, Lorenz (120/73, EU:C:1973:152, n.ºs 4 a 6) [9].

49. Daqui resulta que três das cinco categorias de auxílios existentes previstas no artigo 1.º, alínea b), do Regulamento n.º 659/1999 retomam assim as que já tinham sido identificadas pelo juiz da União, a saber, os auxílios executados antes da entrada em vigor do Tratado no Estado-Membro em causa [artigo 1.º, alínea b), i)], bem como as duas categorias de auxílios ditos autorizados [artigo 1.º, alínea b), ii) e iii)].

50. Em contrapartida, as duas categorias de auxílios restantes apresentam um caráter inovador em comparação com o que podia resultar dos textos do Tratado, interpretados à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a saber, os auxílios cujo prazo de prescrição caducou [artigo 1.º, alínea b), iv), interpretado em conjugação com o artigo 15.º do Regulamento n.º 659/1999], e as medidas em relação às quais se pode comprovar que não constituíam auxílios no momento da sua entrada em vigor, mas que se transformaram em auxílios devido à evolução do mercado [artigo 1.º, alínea b), v), do mesmo regulamento].

51. O presente processo leva-nos precisamente a abordar o alcance destas hipóteses. Com efeito, a primeira questão diz respeito à categoria de auxílios existentes prevista no artigo 1.º, alínea b), v), do Regulamento n.º 659/1999. A segunda questão diz respeito, por seu turno, à natureza dos auxílios relativamente aos quais pode ser considerado que o prazo de prescrição caducou [v. artigo 1.º, alínea b), iv), e artigo 15.º do Regulamento n.º 659/1999].

6 V. considerando 2 do Regulamento n.º 659/1999.

7 V., nomeadamente, os considerandos 3, 4, 7, 11, 14, 17 e 21 do Regulamento n.º 659/1999.

8 V., neste sentido, Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, TFUE (JO 2016, C 262, p. 1, ponto 3).

9 V. Acórdãos de 9 de agosto de 1994, Namur-Les assurances du crédit (C-44/93, EU:C:1994:311, n.º 13), e de 17 de junho de 1999, Piaggio (C-295/97, EU:C:1999:313, n.º 48).

52. Ora, a aplicação *ratione temporis* do Regulamento n.º 659/1999 — e, portanto, a oponibilidade na ação de indemnização em causa no processo principal das disposições inovadoras que o mesmo contém em matéria de definição dos auxílios «existentes» — parece-me claramente discutível no caso das subvenções pagas antes da entrada em vigor deste ato [10].

53. Apesar de ser inegável que o Regulamento n.º 659/1999 retoma em grande parte o acervo comunitário relativo às modalidades de aplicação das disposições dos Tratados em matéria de auxílios de Estado e que tem, além disso, um alcance essencialmente processual — o que implica, em princípio, que se destina a ser aplicado na data da sua entrada em vigor [11] —, não deixa de ser verdade que a definição, contida no artigo 1.º, alínea b), do referido regulamento, das circunstâncias em que um auxílio pode ser considerado existente parece mais ampla do que a que decorria até então da jurisprudência do Tribunal de Justiça [12].

54. Neste caso, duvido que as autoridades italianas possam, de qualquer forma, invocar as categorias de auxílios existentes previstas respetivamente no artigo 1.º, alínea b), iv), do Regulamento n.º 659/1999 e no artigo 1.º, alínea b), v), deste regulamento para se opor às ações de indemnização interpostas pela FTDM, destinadas a punir a violação da obrigação de notificação das medidas controvertidas, que tudo leva a crer que, à época dos factos pertinentes, constituíam auxílios novos.

55. A este respeito, é significativo constatar que só numa fase já muito avançada do exame pelos órgãos jurisdicionais nacionais das ações de indemnização interpostas pela FTDM, exame esse que se prolongou por várias décadas, é que as autoridades italianas consideraram oportuno invocar essas disposições.

56. Por último, parece-me importante recordar que as disposições do Regulamento n.º 659/1999 (e do Regulamento 2015/1589 que lhe sucedeu) têm como primeira finalidade clarificar a prática e as normas processuais que serão seguidas *pela Comissão* no seu exame das medidas de auxílio. Estes regulamentos não têm, *a priori*, por objeto regular o exame pelos órgãos jurisdicionais nacionais das medidas de que devam conhecer [13], embora as definições aqui enunciadas possam guiar o juiz nacional [14].

57. É com todas estas considerações em mente, que irão ter grande importância na hipótese de o Tribunal de Justiça dever considerar que os auxílios controvertidos podem ser qualificados de auxílios existentes ao abrigo das disposições do artigo 1.º, alínea b), do Regulamento n.º 659/1999 — o que, como explicarei de seguida, não me parece ser o caso —, que examinarei as questões prejudiciais.

10 Esta questão é designadamente debatida pela FTDM que sustenta, em substância, que as disposições do Regulamento n.º 659/1999 não podem ser aplicadas retroativamente para qualificar como auxílios existentes medidas que, na época da sua instituição, não podiam ser qualificadas como tal.

11 V., nomeadamente, Acórdão de 26 de março de 2015, Comissão/Moravia Gas Storage (C-596/13 P, EU:C:2015:203, n.º 33 e jurisprudência referida).

12 V., nomeadamente, Acórdão de 17 de junho de 1999, Piaggio (C-295/97, EU:C:1999:313, n.º 48), proferido pouco tempo antes da entrada em vigor do Regulamento n.º 659/1999.

13 Neste sentido, salientamos que o artigo 23.º A do Regulamento n.º 659/1999 (atual artigo 29.º do Regulamento 2015/1589) prevê precisamente mecanismos de cooperação com os órgãos jurisdicionais nacionais que se destinam, nomeadamente, a assegurar uma aplicação coerente dos artigos 107.º e 108.º TFUE.

14 V., nomeadamente, neste sentido, quanto à qualificação como auxílio existente na aceção do artigo 1.º, alínea b), i), do Regulamento n.º 659/1999, Acórdãos de 18 de julho de 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, n.ºs 42 a 44), e de 19 de março de 2015, OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185, n.º 61).

Quanto à primeira questão prejudicial: critério pertinente para a qualificação como auxílios novos ou existentes no caso de um mercado ainda não liberalizado

58. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre o critério pertinente para efeitos de qualificação dos auxílios estatais referidos no processo principal como auxílios «novos» ou «existentes» no caso de um mercado ainda não formalmente liberalizado.

59. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, existe uma contradição entre o critério referido no primeiro período do artigo 1.º, alínea b), v), do Regulamento n.º 659/1999 e o que o Tribunal Geral desenvolveu no n.º 143 do Acórdão Alzetta.

60. A meu ver, e independentemente de saber se essa contradição existe realmente, esta questão assenta numa premissa errada [15].

61. Para compreender melhor o alcance da categoria de auxílio existente prevista no artigo 1.º, alínea b), v), do Regulamento n.º 659/1999, importa ter em conta os termos do considerando 4 deste regulamento, que dispõe que «a realização e o reforço do mercado interno é um processo gradual, que se reflete na evolução permanente da política de auxílios estatais; […] na sequência desta evolução, determinadas *medidas que no momento da sua execução não constituíam auxílio, podem ter entretanto passado a constituí-lo*» [16].

62. Em conformidade com o artigo 1.º, alínea b), v), do Regulamento n.º 659/1999, a data de liberalização de uma atividade pelo direito da União deve, por conseguinte, ser tida em consideração apenas com a finalidade de excluir que, depois dessa data, uma medida que não constituía um auxílio antes dessa liberalização seja qualificada, a seguir, de auxílio existente. Em contrapartida, a mera existência de uma data de liberalização, resultante da entrada em vigor de uma regulamentação europeia, não é suficiente para excluir que uma medida possa ser qualificada de auxílio novo se, com base no critério da evolução do mercado, se puder provar que a medida tinha sido adotada num mercado que já se encontrava, no todo ou em parte, aberto à concorrência antes da data de liberalização da atividade em causa pelo direito da União [17].

63. Dito de outra forma, para efeitos de aplicação desta disposição, pressupõe-se que as medidas estatais em causa, no momento da sua adoção, não constituíam auxílios de Estado, precisamente porque não preenchiam as condições de afetação das trocas comerciais entre os Estados-Membros e de distorção da concorrência.

64. Esta presunção está igualmente presente no Acórdão Alzetta. Com efeito, nesse acórdão, o Tribunal Geral teve em conta, para excluir que as medidas controvertidas pudessem ser qualificadas de auxílios novos, que «os regimes de auxílios em causa não se inserem, relativamente à sua criação em 1981 e em 1985, relativamente aos auxílios concedidos no setor do transporte local, regional ou nacional, no campo de aplicação do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado [atual artigo 107.º, n.º 1, TFUE]» [18].

15 Foi isto que foi designadamente e finalmente admitido na audiência pela República francesa, que inicialmente interveio em apoio da República italiana sobre este ponto.

16 Sublinhado nosso.

17 V., por último, Acórdão de 16 de janeiro de 2018, EDF/Comissão (T-747/15, EU:T:2018:6, n.º 369), atualmente com recurso pendente no Tribunal de Justiça (Processo C-221/18 P).

18 V. n.º 146 do Acórdão Alzetta.

65. A este respeito, importa recordar que, para poder ser qualificada de auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, uma medida deve satisfazer quatro condições cumulativas. Em primeiro lugar, deve tratar-se de uma intervenção do Estado ou através de recursos estatais. Em segundo lugar, essa intervenção deve ser suscetível de afetar as trocas comerciais entre ao Estados-Membros. Em terceiro lugar, deve conceder uma vantagem seletiva ao seu beneficiário. Em quarto lugar, deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência [19].

66. Tratando-se de mercados ainda não abertos à concorrência, embora seja verdade que um auxílio de Estado pode, em princípio, ser considerado existente porque pode ser demonstrado que não constituía um auxílio no momento da sua entrada em vigor, nomeadamente devido à inexistência de liberalização nesses mercados, o Tribunal de Justiça já declarou que essa não liberalização não exclui necessariamente que os auxílios de Estado sejam suscetíveis de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros e que possam falsear ou ameaçar falsear a concorrência [20].

67. Também, a circunstância de o mercado de cabotagem marítima em causa no presente processo só ter sido liberalizado por via regulamentar muito depois do pagamento das subvenções controvertidas [21] não permite excluir que estas constituíam auxílios que satisfaziam as condições recordadas acima.

68. Em particular, como resulta do n.º 50 do Acórdão proferido no processo Fallimento Traghetti del Mediterraneo, por um lado, não se pode excluir que a Tirrenia tenha estado em concorrência com empresas de outros Estados-Membros nas linhas internas em causa e, por outro lado, que tenha estado em situação de concorrência com essas empresas em linhas internacionais. Não se pode também excluir que, na falta de uma contabilidade separada para as suas diferentes atividades, tenha existido um risco de subvenções cruzadas, ou seja, no caso concreto, o risco de as receitas resultantes da sua atividade de cabotagem que beneficiaram das subvenções em causa no processo principal terem sido utilizadas em favor de atividades exercidas por ela nas referidas linhas internacionais [22].

69. Por outro lado, como mencionou o órgão jurisdicional de reenvio, resulta de uma série de processos relativos às empresas do Gruppo Tirrenia di Navigazione que deram origem aos Acórdãos de 10 de maio de 2005, Itália/Comissão (C-400/99, EU:C:2005:275); de 20 de junho de 2007, Tirrenia di Navigazione e o./Comissão (T—246/99, não publicado, EU:T:2007:186); e de 4 de março de 2009, Tirrenia di Navigazione e o./Comissão (T—265/04, T—292/04 e T-504/04, não publicado, EU:T:2009:48), que a não liberalização formal do mercado de cabotagem marítima não tinha pertinência para a qualificação de determinadas medidas estatais em causa nesses processos como auxílios novos.

70. Por conseguinte, a circunstância de os auxílios de Estado em causa se destinarem a apoiar empresas em mercados ainda não liberalizados não isenta as autoridades estatais em causa do respeito pelas disposições do Tratado relativas aos auxílios de Estado novos.

71. Quando, no momento da sua entrada em vigor, uma medida nacional se enquadra ao conceito de auxílio de Estado porque preenche todas as condições enunciadas acima, e seja ponto assente, nomeadamente, que é suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros e de falsear ou ameaçar falsear a concorrência, essa medida não pode, em princípio, ser qualificada de auxílio existente unicamente com base na não liberalização formal do mercado relevante.

19 V., nomeadamente, os Acórdãos de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 40); de 21 de dezembro de 2016, Comissão/World Duty Free Group SA e o. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, n.º 53); e de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 38).

20 V., neste sentido, Acórdão de 10 de junho de 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo (C-140/09, EU:C:2010:335, n.º 49).

21 O Regulamento (CEE) n.º 3577/92 do Conselho, de 7 de dezembro de 1992, relativo à aplicação do princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos internos dos Estados-Membros (cabotagem marítima) (JO 1992, L 364, p. 7), liberalizou os serviços de transporte marítimos a partir de 1 de janeiro de 1993. O artigo 6.º, n.º 2, deste regulamento previa designadamente que os serviços de cabotagem com as ilhas do Mediterrâneo ficavam temporariamente isentos da aplicação do referido regulamento até 1 de janeiro de 1999.

22 Acórdão de 10 de junho de 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo (C-140/09, EU:C:2010:335, n.ºs 49 e 50).

72. No caso em apreço, resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que o órgão jurisdicional de reenvio verificou efetivamente que estavam reunidas as condições de qualificação das subvenções em causa de auxílios de Estado. Esse órgão jurisdicional, muito provavelmente, corroborou a apreciação da Corte d'appello di Genova (Tribunal de Recurso de Génova) segundo a qual o mercado em causa era, à época dos factos relevantes, um mercado concorrencial. Em particular, resulta dos n.os 22 e 54 da decisão de reenvio, nomeadamente, que, segundo esse órgão jurisdicional, as subvenções concedidas à Tirrenia eram suscetíveis de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros e «que eram potencialmente suscetíveis de afetar as trocas comerciais e a livre concorrência». O próprio órgão jurisdicional de reenvio considera, portanto, que essas subvenções eram suscetíveis de falsear ou ameaçar falsear a concorrência [23].

73. Por conseguinte, para responder à primeira questão, importa considerar que as subvenções em causa no processo principal não podem ser qualificadas de auxílios de Estado existentes em razão apenas da não liberalização formal, na medida em que é ponto assente, por um lado, que esses auxílios eram suscetíveis de afetar as trocas comerciais entre Estados-Membros e, por outro lado, que falseavam ou ameaçavam falsear a concorrência.

74. Também, nem o artigo 1.º, alínea b), v), do Regulamento n.º 659/1999 nem o princípio desenvolvido pelo Tribunal Geral no Acórdão Alzetta me parecem ser aplicáveis ao caso em apreço.

75. Partilho assim plenamente da posição da Comissão segundo a qual, para efeitos da resposta à primeira questão, importa considerar que as subvenções em causa no processo principal não podem ser qualificadas de auxílios de Estado existentes em razão apenas da não liberalização formal, na medida em que é ponto assente, por um lado, que esses auxílios eram suscetíveis de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros e, por outro lado, que falseavam ou ameaçavam falsear a concorrência.

76. Tendo em conta todas estas considerações e sem que seja, por conseguinte, necessário examinar mais adiante se as disposições do Regulamento n.º 659/1999 são aplicáveis *ratione temporis*, importa responder à primeira questão que, para efeitos da qualificação dos auxílios de Estado em causa no processo principal como auxílios existentes ou auxílios novos, não há que aplicar a regra do artigo 1.º, alínea b), v), do Regulamento n.º 659/1999 nem o princípio desenvolvido no Acórdão Alzetta segundo o qual os auxílios pagos a empresas que operam num mercado ainda não liberalizado devem ser considerados auxílios existentes.

Quanto à segunda questão prejudicial: aplicabilidade do artigo 1.º, alínea b), iv), do Regulamento n.º 659/1999 ou dos princípios da confiança legítima e da segurança jurídica

77. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre se, para efeitos de qualificação dos auxílios controvertidos no processo principal como auxílios existentes ou novos, pode basear-se no artigo 1.º, alínea b), iv), do Regulamento n.º 659/1999, que define os auxílios existentes como «qualquer auxílio considerado existente nos termos do artigo 15.º» deste regulamento, ou se há que invocar os princípios da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica.

23 Na audiência, a República italiana sustentou, todavia, que não se podia falar de distorção da concorrência no mercado em causa; o que tinha precisamente contestado, através de diferentes argumentos, perante o órgão jurisdicional de reenvio.

Quanto à possível referência ao artigo 1.º, alínea b), iv), do Regulamento n.º 659/1999

78. Importa salientar que o processo principal diz respeito a uma ação de responsabilidade do Estado por violação das disposições aplicáveis em matéria de auxílios de Estado, em especial da sua obrigação de notificação prévia de medidas de auxílio em violação do artigo 108.º, n.º 3, TFUE. A recorrente no processo principal, uma empresa concorrente do beneficiário do auxílio, pretende obter reparação do prejuízo que considera ter sofrido devido à concessão ilegal das subvenções controvertidas.

79. Além disso, resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que a Comissão não tomou uma decisão relativa à legalidade e à compatibilidade dos auxílios de Estado no processo principal (situation de *stand-alone private enforcement*).

80. Ora, como o Tribunal de Justiça já teve ocasião de clarificar no Acórdão Transalpine Ölleitung in Österreich, apesar de as normas de natureza processual contidas no Regulamento n.º 659/1999 se aplicarem a todos os procedimentos administrativos em matéria de auxílios de Estado que se encontravam pendentes na Comissão quando este regulamento entrou em vigor, a saber, em 16 de abril de 1999, o referido regulamento não contém, em contrapartida, nenhuma disposição relativa aos poderes e às obrigações dos órgãos jurisdicionais nacionais, que continuam a reger-se pelas disposições do Tratado, conforme interpretadas pelo Tribunal de Justiça [24].

81. Com efeito, é jurisprudência assente que, no âmbito da fiscalização do respeito pelos Estados-Membros das obrigações que lhes são impostas pelos artigos 107.º e 108.º TFUE, os órgãos jurisdicionais nacionais e a Comissão desempenham papéis complementares e distintos. Enquanto a apreciação da compatibilidade das medidas de auxílio com o mercado comum é da competência exclusiva da Comissão, que atua sob o controlo dos órgãos jurisdicionais comunitários, os órgãos jurisdicionais nacionais zelam pela salvaguarda dos direitos dos particulares em caso de violação da obrigação de notificação prévia à Comissão dos auxílios de Estado, atualmente prevista no artigo 108.º, n.º 3, TFUE [25].

82. No exercício das suas funções de salvaguarda dos direitos dos particulares, os órgãos jurisdicionais nacionais gozam de uma certa independência e autonomia relativamente à intervenção da Comissão.

83. Este é nomeadamente o caso quando são chamados a decidir sobre os pedidos de indemnização, apresentados pelos concorrentes das empresas beneficiárias de medidas de auxílio, dos danos alegadamente causados pela concessão ilegal dessas medidas.

84. Assim, a possibilidade de reclamar uma indemnização é, em princípio, independente de qualquer processo de exame paralelo levado a cabo pela Comissão relativo ao auxílio em causa.

85. A este respeito, o Tribunal de Justiça já considerou, reiteradamente, que a abertura pela Comissão do procedimento formal de exame dos auxílios de Estado não pode isentar os órgãos jurisdicionais nacionais da sua obrigação de salvaguardar os direitos dos particulares perante uma eventual violação do artigo 108.º, n.º 3, TFUE [26].

86. Do mesmo modo, recorde-se, no que diz respeito ao nível de autonomia dos órgãos jurisdicionais nacionais, que, sob pena de prejudicar o efeito direto do artigo 108.º, n.º 3, último período, TFUE e de infringir os interesses dos particulares que esses órgãos jurisdicionais têm por missão preservar, uma decisão da Comissão que declare um auxílio não notificado compatível com o mercado interno não

24 Acórdão de 5 de outubro de 2006, Transalpine Ölleitung in Österreich (C-368/04, EU:C:2006:644, n.os 34 e 35).

25 V. Acórdão de 5 de outubro de 2006, Transalpine Ölleitung in Österreich (C-368/04, EU:C:2006:644, n.os 37 e 38 e jurisprudência referida).

26 V., nomeadamente, Acórdãos de 11 de julho de 1996, SFEI e o. (C-39/94, EU:C:1996:285, n.º 44), e de 21 de novembro de 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, n.º 32).

tem como consequência a regularização *a posteriori* dos atos de execução que são inválidos pelo facto de terem sido tomados em violação da interdição prevista nesta disposição. Qualquer outra interpretação conduziria a favorecer a inobservância, pelo Estado-Membro em causa, da referida disposição e privá-la-ia do seu efeito útil [27].

87. Por conseguinte, quando um demandante pode provar perante um órgão jurisdicional nacional que sofreu um dano causado pela execução prematura do auxílio e, mais concretamente, pela vantagem concorrencial ilegal que dele retirou o beneficiário, a ação de indemnização pode ser acolhida mesmo que, no momento em que o órgão jurisdicional nacional decide sobre o pedido, a Comissão já tenha aprovado o auxílio em causa.

88. Esta conclusão aplica-se, *mutatis mutandis*, na situação em que, como no caso em apreço, a Comissão não tenha tomado uma decisão em que se pronuncie expressamente sobre a legalidade das medidas de auxílio em causa. Da mesma forma que uma decisão que admite a compatibilidade dos auxílios ilegais posteriormente à sua concessão não tem como consequência a regularização *a posteriori* dos atos de execução destes auxílios, que eram inválidos desde a sua origem uma vez que foram adotados em violação das obrigações de notificação e de suspensão (*standstill*) previstas pelo Tratado, a falta de tomada de decisão da Comissão sobre as medidas de auxílio não pode, *a fortiori*, ter como efeito a regularização, pelo decurso do tempo, de tais medidas.

89. Neste contexto e tendo em conta, nomeadamente, o papel desempenhado pelos órgãos jurisdicionais nacionais quando conhecem dessas ações de indemnização em situação de «stand-alone», bem como o nível da independência desses órgãos jurisdicionais em relação à Comissão, parece que o conceito de auxílios existentes na aceção do artigo 1.º, alínea b), iv), do Regulamento n.º 659/1999 está intimamente ligado às regras em matéria de prescrição definidas no artigo 15.º deste regulamento, regras que se referem, como resulta do n.º 1 deste último artigo, aos «poderes da Comissão para recuperar o auxílio».

90. Este conceito, conforme definido no artigo 1.º, alínea b), iv), do Regulamento n.º 659/1999, designa qualquer auxílio cujo prazo de prescrição de dez anos, a que estão sujeitos os poderes específicos da Comissão em matéria de recuperação do auxílio, tenha caducado. Esta regra de prescrição pretende assegurar que as decisões da Comissão sejam tomadas num prazo razoável, sob pena de se poder criar nas pessoas interessadas uma confiança legítima [28].

91. O termo do prazo de prescrição de dez anos previsto no artigo 15.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999 apenas limita no tempo os poderes da Comissão no que diz respeito à recuperação do auxílio ilegal. A limitação subjetiva da faculdade de ação suspensiva prevista no n.º 2 deste artigo indica claramente, a meu ver, que o prazo em questão apenas define os limites temporais dos poderes de recuperação dos auxílios ilegais da Comissão [29].

92. Em contrapartida, esta limitação temporal dos poderes da Comissão não afeta a possibilidade de os órgãos jurisdicionais nacionais declararem que um auxílio é ilegal. O facto de o auxílio poder tornar-se um auxílio existente nos termos do artigo 15.º, n.º 3, do Regulamento n.º 659/1999 não sana a ilegalidade cometida pelo Estado devido à falta de notificação.

27 V. Acórdãos de 21 novembro de 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (C-354/90, EU:C:1991:440, n.º 16); de 21 de outubro de 2003, van Calster e o. (C-261/01 e C-262/01, EU:C:2003:571, n.º 63); e de 5 de outubro de 2006, Transalpine Ölleitung in Österreich (C-368/04, EU:C:2006:644, n.º 41).

28 V., nomeadamente, Acórdão de 24 de novembro de 1987, RSV/Comissão (223/85, EU:C:1987:502, n.º 17).

29 V, nomeadamente, Acórdão de 30 de abril de 2002, Government of Gibraltar/Comissão (T-195/01 e T-207/01, EU:T:2002:111, n.º 130).

93. Por outras palavras, o termo do prazo de prescrição não pode ter um efeito de regularização absoluta e retroativa dos auxílios de Estado em causa, transformando-os em auxílios existentes, com a consequência da supressão posterior do fundamento jurídico de um recurso interposto contra o Estado em causa por particulares e concorrentes afetados pela concessão do auxílio ilegal.

94. Qualquer outra interpretação equivaleria a reduzir o alcance da obrigação de notificação das medidas de auxílio que impende sobre os Estados-Membros [30] e, assim, a privar o artigo 108.º, n.º 3, TFUE do seu efeito útil.

95. Além disso, implicaria uma afetação dos direitos dos particulares que são igualmente beneficiários e destinatários imediatos da proteção conferida por esta disposição. A meu ver, não há qualquer razão para que os particulares, que foram eventualmente lesados pela concessão de auxílios ilegais, na medida em que estes últimos tenham causado uma distorção da concorrência em seu detrimento, vejam as suas ações de indemnização comprometidas pela inação ou pela falta de tomada de decisão da Comissão em relação às medidas em causa.

96. No presente caso, o facto de se qualificar as medidas em causa como auxílios existentes ao abrigo do artigo 1.º, alínea b), iv), do Regulamento n.º 659/1999 teria como efeito reduzir a eficácia da fiscalização jurisdicional sobre as medidas de auxílios de Estado ilegalmente concedidos à Tirrenia, o que afetaria as expectativas legítimas da FTDM que interpôs uma ação de indemnização contra o Estado italiano, baseando-se nos princípios e orientações que constituíam o acervo comunitário na época em que os auxílios de Estado foram pagos.

97. No caso em apreço, as subvenções anuais de que a Tirrenia beneficiou de 1976 a 1980 constituíam auxílios de Estado que devem ser qualificados de auxílios novos. Enquanto auxílios novos, a República italiana deveria tê-los notificado antes de os executar, por força do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado CE (atual artigo 108.º, n.º 3, TFUE). Ora, uma vez que esta notificação prévia não foi feita, os auxílios de que a Tirrenia beneficiou de 1976 a 1980 deviam ser qualificados de auxílios de Estado ilegais.

98. A circunstância de o auxílio se poder converter num auxílio existente ao abrigo do artigo 15.º, n.º 3, do Regulamento n.º 659/1999 não sana a ilegalidade cometida na execução do auxílio.

99. As únicas normas de prescrição que são eventualmente aplicáveis perante o juiz nacional são as que decorrem do direito nacional, interpretadas à luz dos princípios da efetividade e da equivalência [31].

100. Impõe-se uma última precisão neste contexto quanto à invocabilidade das disposições do Regulamento n.º 659/1999 perante o juiz nacional.

101. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio afirmou que o Tribunal de Justiça considerou, no seu Acórdão de 16 de abril de 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235), que o Regulamento n.º 659/1999 é nomeadamente aplicável para efeitos da apreciação por um órgão jurisdicional nacional da questão de saber se os auxílios de Estado em causa eram efetivamente auxílios existentes, mesmo numa situação em que os auxílios foram concedidos antes da entrada em vigor deste regulamento.

30 V., neste sentido, Acórdãos de 21 de outubro de 2003, van Calster e o. (C-261/01 e C-262/01, EU:C:2003:571, n.º 60); de 5 outubro de 2006, Transalpine Ölleitung in Österreich (C-368/04, EU:C:2006:644, n.os 41 e 42); e de 12 de fevereiro de 2008, CELF e ministre de la Culture et de la Communication (C-199/06, EU:C:2008:79, n.º 40).

31 V., por analogia, Acórdão de 24 de março de 2009, Danske Slagterier (C-445/06, EU:C:2009:178, n.os 31 a 46).

102. Ora, cumpre observar que, nesse processo, o Tribunal de Justiça era nomeadamente interrogado sobre a questão de saber se, quando privilégios, como os que estavam em causa no referido processo, são abrangidos pelo âmbito de aplicação desta disposição, o Estado-Membro que os concedeu está obrigado a seguir o procedimento de exame prévio previsto no artigo 88.º, n.º3, CE (atual artigo 108.º, n.º 3, TFUE) relativo aos auxílios novos. O processo que deu origem a esse acórdão não diz respeito a uma ação de indemnização, mas à eventual não aplicação das disposições nacionais que instituem privilégios potencialmente incompatíveis com as normas do direito dos auxílios de Estado.

103. Portanto, não se pode alegar esta jurisprudência para invocar a oponibilidade, no âmbito do exame do pedido de indemnização objeto do caso em apreço, da definição contida no artigo 1.º, alínea b), iv), do Regulamento n.º 659/1999.

104. Resulta de todas estas considerações que a definição de auxílio existente contida no artigo 1.º, alínea b), iv), do Regulamento n.º 659/1999 não é aplicável a uma situação como a que está em causa no processo principal. Por outras palavras, as disposições do Tratado FUE em matéria de auxílios de Estado opõem-se a que o termo do prazo de prescrição em matéria de recuperação de auxílios previsto no artigo 15.º do Regulamento n.º 659/1999 impeça que se demande perante o juiz nacional a responsabilidade do Estado por violação da obrigação de notificação prévia prevista no artigo 108.º, n.º 3, TFUE.

105. Falta ainda examinar, como o órgão jurisdicional de reenvio nos convidou a fazer na segunda parte da sua segunda questão, se e, sendo caso disso, em que medida as autoridades italianas podem invocar, no âmbito de uma ação de indemnização dirigida contra elas, os princípios da confiança legítima e da segurança jurídica.

Quanto à invocabilidade dos princípios da confiança legítima e da segurança jurídica

106. Neste caso concreto, na falta de decisão da Comissão a respeito das subvenções controvertidas, caberá ao órgão jurisdicional de reenvio determinar, colocando-se na data em que o Estado decidiu conceder as subvenções, se, tendo em conta as circunstâncias do processo principal, os auxílios em causa devem ser qualificados de auxílios existentes ou de auxílios novos e, nesta última hipótese, definir se esses auxílios são ilegais ou não.

107. Caso se confirme que as medidas de auxílio controvertidas foram concedidas em violação da obrigação, em princípio absoluta e incondicional, de notificação prévia, sou da opinião que as autoridades estatais não podem invocar os princípios da confiança legítima e da segurança jurídica para se subtraírem às suas obrigações no âmbito de uma ação de indemnização interposta por uma empresa concorrente do beneficiário dos auxílios.

108. Antes de mais, quanto ao princípio da confiança legítima, é suficiente recordar que o direito de o invocar, que está em princípio aberto a qualquer pessoa no espírito da qual *uma instituição* fez nascer esperanças fundadas, não é pertinente no caso em apreço, uma vez que a instituição não deu garantias específicas.

109. Em qualquer caso, é jurisprudência constante que a proteção da confiança legítima não pode ser invocada por uma pessoa que violou o direito em vigor [32]. Está assim assente que as empresas beneficiárias de um auxílio só podem ter, em princípio, uma confiança legítima na regularidade do auxílio se este tiver sido concedido em cumprimento do procedimento previsto no artigo 108.º TFUE. Esta conclusão é ainda mais valida em relação às entidades estatais que precisamente concederam o auxílio, as quais não podem em caso algum retirar qualquer benefício da inação ou da falta de tomada de decisão da Comissão em relação ao referido auxílio [33].

110. Estas autoridades também não podem invocar o princípio da segurança jurídica.

111. É certo que o Tribunal de Justiça declarou que, mesmo na falta de prazo de prescrição fixado pelo legislador da União, a exigência fundamental da segurança jurídica opõe-se a que a Comissão possa retardar indefinidamente o exercício dos seus poderes [34]. A este respeito, um atraso da Comissão para decidir que um auxílio é ilegal e que deve ser suprimido e recuperado por um Estado-Membro pode, em determinadas circunstâncias, gerar nos *beneficiários* do referido auxílio uma confiança legítima suscetível de impedir a Comissão de intimar o referido Estado-Membro a ordenar a restituição desse auxílio [35].

112. No entanto, além do facto de esta jurisprudência se destinar a salvaguardar a confiança legítima do beneficiário do auxílio — que não é, em princípio, pertinente no âmbito de uma ação de indemnização dirigida contra as autoridades estatais que concederam o auxílio —, refere-se a circunstâncias excecionais [36], que não me parecem apresentar similitude com a situação em causa no processo principal.

113. Definitivamente, parece-me que, embora o princípio da segurança jurídica possa, sendo caso disso, desempenhar uma função quando o Estado em causa notificou devidamente as medidas de auxílios que pretende executar, tal não é o caso da situação em apreço em que o referido Estado não se conformou com a obrigação de notificação prévia estabelecida no artigo 108.º, n.º 3, TFUE, mesmo que possam existir dúvidas razoáveis sobre a legalidade dessas medidas à luz do direito dos auxílios de Estado.

114. Consequentemente, nem o princípio da confiança legítima — que não pode ser, em qualquer caso, invocado por uma pessoa que violou o direito em vigor — nem o princípio da segurança jurídica — que não pode ser aplicado numa situação em que não houve notificação pelas autoridades nacionais competentes das medidas de auxílio novas — corroboram a posição defendida pelas autoridades italianas.

115. Proponho assim responder à segunda questão prejudicial que o artigo 1.º, alínea b), iv), do Regulamento n.º 659/1999 não é aplicável a uma situação como a que está em causa no processo principal. Por outro lado, na medida em que os auxílios em causa no processo principal não foram concedidos no respeito da obrigação de notificação dos auxílios de Estado à Comissão, o Estado-Membro não pode invocar os princípios de proteção da confiança legítima e de segurança jurídica para se subtrair à obrigação de restituição no âmbito de uma ação de indemnização.

32 V., neste sentido, Acórdão de 14 de julho de 2005, ThyssenKrupp/Comissão (C-65/02 P e C-73/02 P, EU:C:2005:454, n.º 41).

33 V., nomeadamente, Acórdão de 15 de dezembro de 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, n.º 104 e jurisprudência referida).

34 V. Acórdãos de 14 de julho de 1972, Geigy/Comissão (52/69, EU:C:1972:73, n.ºs 20 e 21); de 24 de setembro de 2002, Falck e Acciaierie di Bolzano/Comissão (C-74/00 P e C-75/00 P, EU:C:2002:524, n.ºs 140 e 141); e de 22 de abril de 2008, Comissão/Salzgitter (C-408/04 P, EU:C:2008:236, n.º 100).

35 V. Acórdão de 24 de novembro de 1987, RSV/Comissão (223/85, EU:C:1987:502, n.º 17).

36 A medida em causa dizia respeito a um setor que, durante vários anos, beneficiou de auxílios de Estado autorizados pela Comissão e destinava-se a fazer face aos custos suplementares de uma operação que já tinha beneficiado de um auxílio autorizado [Acórdão de 28 de janeiro de 2003, Alemanha/Comissão (C-334/99, EU:C:2003:55, n.º 44)].

Conclusão

116. Tendo em conta todas estas considerações, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões submetidas pela Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália) da forma seguinte:

1) Nem o artigo 1.º, alínea b), v), do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [108.º TFUE], nem a regra enunciada no n.º 143 do Acórdão de 15 de junho de 2000, Alzetta e o./Comissão (T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 e T-23/98, EU:T:2000:151), se aplicam a uma medida nacional constitutiva de um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, quando, no momento da sua execução, tal medida era suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros e de influenciar a concorrência.

2) O artigo 1.º, alínea b), iv), do Regulamento n.º 659/1999 não é aplicável a uma situação como a que está em causa no processo principal. Por outras palavras, as disposições do Tratado FUE em matéria de auxílios de Estado opõem-se a que o termo do prazo de prescrição em matéria de recuperação do auxílio previsto no artigo 15.º do Regulamento n.º 659/1999 impeça que se demande perante o juiz nacional a responsabilidade do Estado por violação da obrigação de notificação prévia prevista no artigo 108.º, n.º 3, TFUE. Por outro lado, na medida em que os auxílios em causa no processo principal não foram concedidos no respeito da obrigação de notificação dos auxílios de Estado à Comissão prevista no artigo 108.º, n.º 3, TFUE, o Estado-Membro não pode invocar os princípios de proteção da confiança legítima e de segurança jurídica para afastar a responsabilidade que lhe é imputada no âmbito de uma ação de indemnização interposta por particulares por violação do direito da União.