Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
NILS WAHL
apresentadas em 15 de setembro de 2016 [1]

Processo C-524/14 P

Comissão Europeia
contra

Hansestadt Lübeck

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Auxílios de Estado — Taxas aeroportuárias — Artigo 108.º, n.º 2, TFUE — Artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE — Decisão de dar início ao procedimento formal de investigação — Admissibilidade do recurso de anulação — Pessoa a quem o ato diz individualmente respeito — Interesse em agir — Artigo 107.º, n.º 1, TFUE — Critério da seletividade»

1. Com o seu recurso, a Comissão Europeia pede a anulação do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 9 de setembro de 2014, Hansestadt Lübeck/Comissão [2], através do qual o Tribunal Geral, por um lado, anulou a Decisão C(2012) 1012 final da Comissão [3], na medida em que esta decisão diz respeito ao Regulamento sobre taxas aeroportuárias aplicável ao aeroporto de Lübeck (Alemanha), adotado em 2006 (a seguir «regulamento de 2006»), e, por outro, negou provimento ao recurso quanto ao restante.

2. Entre as questões suscitadas pelo presente recurso, duas merecem especial atenção. A primeira diz respeito à análise da admissibilidade de um recurso interposto por uma entidade pública gestora de um aeroporto contra uma decisão de dar início ao procedimento formal de investigação, nomeadamente, relativo a um regulamento que fixa, para esse aeroporto, o montante das taxas aeroportuárias a pagar pelas companhias aéreas. A segunda refere-se à apreciação do caráter seletivo de uma medida que consiste nesse mesmo regulamento.

3. O processo constitui, assim, uma oportunidade para, no contexto muito específico de uma decisão de dar início ao procedimento formal de investigação, esclarecer o alcance da condição segundo a qual, para poderem ser qualificadas de «auxílios de Estado», as medidas controvertidas devem, tal como exigido expressamente no artigo 107.º, n.º 1, TFUE, «favorece[r] certas empresas ou certas produções». Esta condição, geralmente designada de «critério de seletividade» é uma das questões mais controversas em matéria de auxílios de Estado, como observou o advogado-geral M. Wathelet nas suas conclusões recentes nos processos apensos Comissão/Banco Santander e Santusa [4], pese embora se tratasse de medidas de natureza fiscal muito diferentes das que estão em causa no presente

1 — Língua original: francês.

2 — T-461/12, a seguir «acórdão recorrido», EU:T:2014:758.

3 — Decisão de 22 de fevereiro de 2012 relativa aos auxílios de Estado SA.27585 e SA.31149 (2012/C) (ex NN/2012, ex CP 31/2009 e CP 162/2010) — Alemanha (a seguir «decisão controvertida»).

4 — C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:624, n.º 5.

processo. As clarificações que o Tribunal de Justiça terá, portanto, de fazer no presente processo contribuirão para fornecer os esclarecimentos esperados no contexto específico das medidas de natureza tarifária destinadas ao financiamento de infraestruturas, como é o caso de uma regulamentação em matéria de taxas aeroportuárias.

I – **Antecedentes do litígio**

A – *Aeroporto de Lübeck*

4. O aeroporto de Lübeck situa-se na Alemanha, no *Land* de Schleswig-Holstein.

5. Até 31 de dezembro de 2012, foi explorado pela Flughafen Lübeck GmbH (a seguir «FL»). Até 30 de novembro de 2005, a FL foi detida a 100% pela recorrente em primeira instância, a Hansestadt Lübeck (cidade de Lübeck). Entre 1 de dezembro de 2005 e o final do mês de outubro de 2009, a FL foi detida a 90% pela empresa privada neozelandesa Infratil e a 10% pela cidade de Lübeck. A partir de novembro de 2009, a FL voltou a ser detida a 100% pela cidade de Lübeck. Em 1 de janeiro de 2013, o aeroporto de Lübeck foi vendido à Yasmina Flughafenmanagement GmbH, tendo a FL sido absorvida pela cidade de Lübeck e a respetiva inscrição no registo comercial cancelada em 2 de janeiro de 2013.

B – *Regulamento de 2006*

6. Nos termos do § 43a, n.º 1, do Luftverkehrs- Zulassungs-Ordnung (Regulamento relativo ao tráfego aéreo, a seguir «LuftVZO»), de 19 de junho de 1964[5], na redação em vigor em 2006, antes de iniciar as atividades, a entidade gestora do aeroporto devia submeter à aprovação da autoridade de tutela um regulamento de utilização e, relativamente aos aeroportos, um regulamento sobre as taxas de descolagem, aterragem e estacionamento das aeronaves, bem como de utilização das instalações destinadas aos passageiros aéreos.

7. Em aplicação desta disposição, a FL adotou o regulamento de 2006 que fixa o montante das taxas aeroportuárias, o qual foi aprovado pela autoridade de tutela, isto é, a autoridade da aviação do *Land* de Schleswig-Holstein, e que se aplica, desde 15 de junho de 2006, a todas as companhias aéreas que utilizem o aeroporto de Lübeck, a não ser que o gestor celebre um acordo individual com uma companhia aérea. Este regulamento prevê uma taxa de aterragem, uma taxa por passageiro, uma taxa para os serviços de terminal e de assistência em escala, uma taxa de segurança, uma taxa de abertura excecional, bem como uma taxa de estacionamento.

8. Em 2007, a Comissão adotou uma decisão de dar início ao procedimento formal de investigação relativo a um contrato celebrado entre a FL e a companhia aérea Ryanair, que fixava para esta companhia taxas inferiores às previstas no regulamento sobre taxas em vigor.

9. Considerando, nomeadamente, que o regulamento de 2006 também era suscetível de conter um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, a Comissão, através da decisão controvertida, deu início ao procedimento formal de investigação previsto no artigo 108.º, n.º 2, TFUE, relativamente a diversas medidas respeitantes ao aeroporto de Lübeck, entre as quais o referido regulamento.

5 — BGB1. I, p. 370.

II – **Processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido**

10. Por petição entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 19 de outubro de 2012, a FL interpôs um recurso em que pediu a anulação da decisão controvertida na medida em que, por um lado, dá início ao procedimento formal de investigação relativo ao regulamento de 2006 (primeiro pedido) e, por outro, obriga a República Federal da Alemanha a responder à injunção de fornecer informações no que respeita a esse regulamento (segundo pedido).

11. Na réplica, registada na Secretaria do Tribunal Geral em 20 de fevereiro de 2013, a cidade de Lübeck declarou suceder à FL com o objetivo de prosseguir o recurso inicialmente interposto por esta.

12. Em apoio do seu primeiro pedido, a cidade de Lübeck invocou cinco fundamentos baseados, o primeiro, numa violação dos direitos de defesa da República Federal da Alemanha, o segundo, numa violação da obrigação de proceder a um exame diligente e imparcial, o terceiro, numa violação do artigo 108.º, n.os 2 e 3, TFUE, dos artigos 4.°, 6.° e 13.°, n.º 1, do Regulamento (CE), n.º 659/1999[6], o quarto, numa violação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, e o quinto, numa violação do dever de fundamentação.

13. No acórdão recorrido, o Tribunal Geral concluiu que o primeiro pedido era admissível considerando que a FL, por um lado, era, no momento da interposição do recurso, direta e individualmente afetada pela decisão controvertida e tinha, portanto, legitimidade para agir e, por outro, tinha mantido um interesse em agir após a venda do aeroporto de Lübeck. Quanto ao mérito, o Tribunal Geral deu provimento ao quarto fundamento, na parte relativa à violação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, tendo em consideração apenas o critério da seletividade, e, por conseguinte, anulou a decisão controvertida na medida em que dá início ao procedimento formal de investigação relativo ao regulamento de 2006. No que se refere ao segundo pedido, o único fundamento invocado relativo à violação do artigo 10.º, n.º 3, do Regulamento n.º 659/1999 foi rejeitado por ser manifestamente improcedente, tendo sido negado provimento ao recurso quanto ao restante.

III – **Pedidos das partes e tramitação do processo no Tribunal de Justiça**

14. A Comissão pede ao Tribunal de Justiça que se digne:

— anular o acórdão recorrido;

— declarar inadmissível o recurso em primeira instância;

— subsidiariamente, declarar a inutilidade superveniente da lide;

— também subsidiariamente, declarar improcedente a parte do quarto fundamento do recurso em que a cidade de Lübeck denuncia uma violação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, em relação ao critério da seletividade, e remeter o processo ao Tribunal Geral, no que diz respeito às restantes partes desse fundamento assim como ao primeiro, segundo, terceiro e quinto fundamentos; e

— condenar a cidade de Lübeck nas despesas em primeira instância e do presente recurso ou, subsidiariamente, em caso de remessa ao Tribunal Geral, reservar para final a decisão quanto às despesas da primeira instância e do presente recurso.

6 — Regulamento do Conselho, de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [108.° TFUE] (JO 1999, L 83, p. 1).

15. A cidade de Lübeck pede ao Tribunal de Justiça que se digne:

— negar provimento ao presente recurso na sua totalidade e julgar procedentes, na sua totalidade, os pedidos que apresentou em primeira instância; e

— condenar a Comissão nas despesas.

16. Por decisões do presidente do Tribunal de Justiça de 26 de março e 14 de abril de 2015, a República Federal da Alemanha e o Reino de Espanha foram admitidos como intervenientes em apoio dos pedidos da cidade de Lübeck.

17. As partes apresentaram as suas posições por escrito e oralmente na audiência de 31 de maio de 2016.

IV – **Análise do presente recurso**

18. Em apoio do presente recurso, a Comissão invoca cinco fundamentos. Os dois primeiros referem-se ao exame da admissibilidade do recurso em primeira instância. O terceiro fundamento diz respeito à apreciação do caráter seletivo das medidas em causa. O quarto fundamento baseia-se na falta de fundamentação do acórdão recorrido. O quinto fundamento é relativo ao facto de o Tribunal Geral ter ignorado o caráter restrito da fiscalização jurisdicional aplicável às decisões de dar início ao procedimento formal de investigação em matéria de auxílios de Estado.

A – *Quanto ao primeiro fundamento, relativo ao facto de a decisão controvertida não dizer individualmente respeito à FL*

1. Argumentação das partes

19. Com o seu primeiro fundamento, a Comissão acusa o Tribunal Geral de ter considerado que a decisão controvertida dizia individualmente respeito à FL, na medida em que, na concessão dos auxílios estatais, esta tinha exercido competências que lhe foram conferidas com caráter exclusivo. Deste modo, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito, uma vez que, de acordo com o direito nacional aplicável, o regulamento sobre taxas carece de aprovação prévia por parte da autoridade de tutela do *Land*, que se encontra, por sua vez, vinculada pela legislação federal sobre taxas aeroportuárias. Por conseguinte, a circunstância de caber à empresa pública gestora do aeroporto propor esse regulamento não significa que ela própria tenha o poder de definir, em vez do Estado, a gestão e as políticas a aplicar através do referido regulamento. A interpretação dada pelo Tribunal Geral ao conceito de afetação individual estaria, neste aspeto, em contradição com a interpretação que lhe foi dada no acórdão de 10 de julho de 1986, DEFI/Comissão[7].

20. A cidade de Lübeck defende que o Tribunal Geral não cometeu nenhum erro de apreciação ao considerar que a decisão controvertida dizia individualmente respeito à FL. Alega que, à data da interposição do recurso, a FL, então detida a 90% por um investidor privado, dispunha de uma competência própria para adotar e aplicar o regulamento de 2006. Salienta, nomeadamente, que a concessionária do aeroporto podia aplicar esse regulamento mesmo em caso de recusa da aprovação prevista no § 43a, n.º 1, do LuftVZO. A conclusão do Tribunal Geral estava em conformidade com o direito nacional e, em todo o caso, não podia ser posta em causa no âmbito de um recurso.

7 — 282/85, EU:C:1986:316.

21. A República Federal da Alemanha explica que, na Alemanha, as taxas aeroportuárias são fixadas de forma discricionária pelas empresas gestoras dos aeroportos, com base em regulamentos que são aplicados através de contratos de direito privado celebrados com as companhias aéreas. A aprovação por parte da autoridade de tutela prevista no § 43a, n.º 1, do LuftVZO não tem «efeito constitutivo» em termos de validade do regulamento que fixa as taxas aeroportuárias. Esta última disposição apenas institui um controlo preventivo das relações entre os gestores de aeroportos e os utilizadores, a fim de evitar abusos e no interesse do bom funcionamento do tráfego aéreo e da concorrência. A República Federal da Alemanha alega, além disso, que os interesses das empresas aeroportuárias de direito privado, como a FL, não se confundem com os interesses do Estado e que, contrariamente ao organismo em causa no processo que deu origem ao acórdão de 10 de julho de 1986, DEFI/Comissão [8], estas empresas não podiam ser consideradas como uma emanação do Estado.

2. Apreciação

22. Resulta dos n.os 29 a 34 do acórdão recorrido que o Tribunal Geral concluiu, em substância, que a decisão controvertida, uma vez que visa o regulamento de 2006, dizia individualmente respeito à FL na medida em que afetava um ato do qual a FL era coautora e a impedia de exercer, como entendesse, competências próprias. Com efeito, o Tribunal Geral considerou que, embora, de acordo com o direito nacional aplicável, no caso vertente o § 43a, n.º 1, do LuftVZO, o regulamento sobre taxas elaborado e proposto pelo gestor do aeroporto tivesse de ser aprovado pela autoridade de tutela, esta autoridade não tinha competência para, ela própria, fixar as taxas aeroportuárias.

23. A este respeito, resulta de jurisprudência assente que o requisito relativo à afetação individual resultante do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE é preenchido se o ato impugnado afetar o recorrente devido a certas qualidades que lhe são próprias ou a uma situação de facto que o caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e, assim, o individualiza de maneira análoga à do destinatário [9].

24. Uma pessoa singular ou coletiva deve considerar-se individualmente afetada por um ato que a impede diretamente de exercer, como pretende, as suas competências próprias, que consistem, nomeadamente, na concessão de alegados auxílios a empresas [10], e que leva à alteração das relações contratuais com a ou as empresas alegadamente beneficiárias das medidas controvertidas [11].

25. *No caso vertente, importa determinar se o Tribunal Geral concluiu corretamente que, ao abrigo do direito nacional relevante (o § 43a, n.º 1, do LuftVZO), a FL dispunha de uma competência própria na adoção e na aplicação do regulamento de 2006.*

26. *No n.º 29 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral procedeu à análise do § 43a, n.º 1, do LuftVZO, que define as modalidades de aplicação do regulamento de 2006. Daí concluiu, nomeadamente, que, dado a autoridade de tutela, contrariamente à FL, não dispor de competência própria em matéria de fixação das taxas aeroportuárias, a competência para adotar o regulamento de 2006 pertencia a esta última e não às autoridades estatais (v. n.º 32 do acórdão recorrido).*

8 — 282/85, EU:C:1986:316.

9 — V. acórdãos de 15 de julho de 1963, Plaumann/Comissão (25/62, EU:C:1963:17, 223); de 3 de outubro de 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e o./Parlamento e Conselho (C-583/11 P, EU:C:2013:625, n.º 72); e de 19 de dezembro de 2013, Telefónica/Comissão (C-274/12 P, EU:C:2013:852, n.º 46).

10 — V., por analogia, acórdãos de 30 de abril de 1998, Vlaamse Gewest/Comissão (T-214/95, EU:T:1998:77, n.os 29 e 30), e de 15 de junho de 1999, Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia/Comissão (T-288/97, EU:T:1999:125, n.os 31 e 34). V., pelo contrário, acórdão de 10 de julho de 1986, DEFI/Comissão (282/85, EU:C:1986:316, n.º 18), no qual foi decidido, em contrapartida, que o Governo francês dispunha incontestavelmente do poder de determinar a gestão e a política do Comité DEFI e, portanto, de definir igualmente os interesses que este organismo devia defender.

11 — Afigura-se que os regulamentos que fixam as taxas aeroportuárias são incluídos, tal como as condições gerais, nos contratos celebrados entre a empresa gestora do aeroporto e as companhias aéreas.

27. *Tratando-se de uma questão de interpretação do direito nacional pelo Tribunal Geral, a fiscalização do Tribunal de Justiça deve limitar-se a verificar se o Tribunal Geral não desvirtuou esse direito* [12].

28. *A este respeito, é jurisprudência constante que essa desvirtuação deve resultar das conclusões cuja inexatidão material decorra dos elementos dos autos, sem que seja necessário o Tribunal de Justiça proceder a uma nova apreciação dos factos e das provas* [13]. *Por outras palavras, essa desvirtuação deve ser manifesta* [14]. *Tratando-se, mais precisamente, de uma questão de interpretação do direito nacional, o Tribunal de Justiça é competente para examinar, em primeiro lugar, se o Tribunal Geral, com base nos documentos e noutras peças dos autos que lhe foram submetidos, não desvirtuou a redação das disposições nacionais em causa nem o teor da jurisprudência nacional a elas relativa ou ainda a doutrina que lhes diz respeito. Em seguida, se o Tribunal Geral não efetuou constatações, à luz desses elementos, que são manifestamente contrárias ao seu conteúdo. Por último, se, no exame de todos os elementos, o Tribunal Geral não atribuiu a um deles, para efeitos da determinação do conteúdo da legislação nacional em causa, um alcance indevido relativamente aos outros elementos, se tal resultar de forma manifesta das peças anexas aos autos* [15].

29. *Ora, no caso vertente, não obstante as dúvidas que possam subsistir quanto à autonomia efetiva do gestor do aeroporto e, por conseguinte, à existência de um interesse próprio da mesma, distinto do da autoridade de tutela, na manutenção do regulamento de 2006, os elementos invocados pela Comissão para pôr em causa a interpretação do direito nacional pertinente não permitem demonstrar uma qualquer desvirtuação dos elementos submetidos ao Tribunal Geral.*

30. *No que se refere, além disso, aos argumentos da Comissão relativos a uma contradição entre a apreciação do Tribunal Geral no caso em apreço e a solução adotada no acórdão de 10 de julho de 1986, DEFI/Comissão* [16], *estes também não são suscetíveis de invalidar esta conclusão. Com efeito, embora os factos no processo DEFI/Comissão tenham, aparentemente, algumas semelhanças com o presente processo, como a possibilidade de a autoridade de tutela não aprovar as modalidades de aplicação da medida em causa, o presente processo distingue-se, a meu ver, pelo controlo mais limitado que o Land exerce sobre a fixação das tarifas propostas pela entidade gestora do aeroporto, na medida em que não pode impedir a aplicação do regulamento de 2006, bem como pelos interesses divergentes da autoridade de tutela, da FL e dos utilizadores do aeroporto. Com efeito, no acórdão DEFI/Comissão, o Tribunal de Justiça tinha decidido que o Governo francês dispunha incontestavelmente do poder de determinar a gestão e a política do DEFI e, assim, de definir igualmente os interesses que este organismo devia defender (n.º 18).*

31. *À luz destas considerações, considero que o primeiro fundamento não pode ser acolhido.*

12 — V. acórdãos de 24 de outubro de 2002, Aéroports de Paris/Comissão (C-82/01 P, EU:C:2002:617, n.º 63), e de 3 de abril de 2014, França/Comissão (C-559/12 P, EU:C:2014:217, n.º 79 e jurisprudência referida).

13 — V. acórdão de 3 de abril de 2014, França/Comissão (C-559/12 P, EU:C:2014:217, n.º 80 e jurisprudência referida).

14 — Acórdãos de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.º 98), e de 10 de fevereiro de 2011, Activision Blizzard Germany/Comissão (C-260/09 P, EU:C:2011:62, n.º 53).

15 — Conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo que deu origem ao acórdão França/Comissão (C-559/12 P, EU:C:2013:766, n.º 42 e jurisprudência referida).

16 — 282/85, EU:C:1986:316.

B – *Quanto ao segundo fundamento, relativo à falta de interesse atual em agir da cidade de Lübeck*

1. Argumentação das partes

32. Com o seu segundo fundamento, a Comissão alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao considerar, por um lado, que a FL tinha um interesse em agir, mesmo após a venda do aeroporto de Lübeck a um investidor privado (Yasmina Flughafenmanagement GmbH), porque o procedimento formal de investigação ainda não estava concluído e, portanto, a decisão controvertida continuava a produzir efeitos, e, por outro, que, em qualquer caso, a FL tinha mantido um interesse em agir relativamente ao período anterior à venda. Defende que, mesmo em caso de falta de uma decisão final para conclusão do procedimento formal de investigação, a decisão controvertida tinha deixado de produzir o seu único efeito jurídico, isto é, a obrigação de suspensão da medida de auxílio durante o período da investigação [17], uma vez que, até 31 de dezembro de 2012, não tinha sido decretada a suspensão e, a partir de 1 de janeiro de 2013, data da privatização do aeroporto de Lübeck, o regulamento de 2006 já não podia ser considerado um regime de auxílios em aplicação, dado que já não era financiado por recursos públicos. A apreciação do Tribunal Geral contraria a jurisprudência segundo a qual o interesse deve ser efetivo e atual e só se mantém se o recurso puder, pelo seu resultado, conferir um benefício à parte que o interpôs. Além disso, a cidade de Lübeck não tinha demonstrado qualquer interesse na manutenção do recurso após a privatização do aeroporto de Lübeck.

33. A cidade de Lübeck, apoiada pela República Federal da Alemanha, alega que a FL tinha efetivamente um interesse em agir no momento da interposição do recurso, que constitui o momento pertinente para apreciar a admissibilidade do mesmo. Defende que, à data da interposição do recurso, as consequências desfavoráveis da decisão controvertida consistiam, nomeadamente, na obrigação de suspensão imposta à FL por força do artigo 108.º, n.º 3, última frase, TFUE. Além disso, defende que a cidade de Lübeck ainda dispõe, atualmente, de um interesse em agir, dado que, não tendo o Tribunal Geral pronunciado a anulação da decisão controvertida, esta ainda produz efeitos jurídicos que lhe causam prejuízo atualmente, mesmo após a venda do aeroporto. Afirma, nomeadamente, que os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados, mediante pedido, a ordenar a recuperação dos alegados benefícios. Considera ainda que, na falta de uma decisão que conclua pela inexistência de um auxílio estatal, se encontra exposta a um risco de repetição da ilegalidade. Por último, alega que a anulação da decisão controvertida lhe pode servir para preparar uma ação de indemnização, uma vez que, na falta de uma decisão de dar início ao procedimento formal de investigação, poderia ter convencido outras companhias aéreas a utilizarem o aeroporto de Lübeck e ter, assim, obtido um preço mais elevado pela venda do mesmo.

2. Apreciação

34. No caso vertente, as partes não contestam que a FL, à qual a cidade de Lübeck sucedeu, tinha um interesse efetivo e atual no momento da interposição do recurso contra a decisão controvertida. A este respeito, o Tribunal Geral constatou, no n.º 36 do acórdão recorrido, que a FL tinha, no momento da interposição do recurso, um interesse em agir contra a decisão controvertida, na medida em que esta produzia efeitos jurídicos vinculativos suscetíveis de afetar os seus interesses próprios.

17 — Em apoio deste argumento, a Comissão refere-se aos acórdãos de 16 de outubro de 2014, Alro/Comissão (T-517/12, EU:T:2014:890, n.os 19 a 67), e de 16 de outubro de 2014, Alpiq RomIndustries et Alpiq RomEnergie/Comissão (T-129/13, não publicado, EU:T:2014:895, n.os 18 a 31).

35. A Comissão contesta, no entanto, que esse interesse se tenha mantido após a venda do aeroporto de Lübeck a uma empresa privada. Em seu entender, a obrigação de suspender a execução do alegado regime de auxílios seria o único efeito de uma decisão de dar início ao procedimento formal de investigação. Ora, não se tendo essa suspensão materializado antes da venda do aeroporto de Lübeck a uma empresa privada, o interesse em agir da cidade de Lübeck teria cessado no decurso da instância.

36. A este respeito, importa recordar que o Tribunal Geral rejeitou, no n.º 37 do acórdão recorrido, o argumento da Comissão segundo o qual a venda do aeroporto de Lübeck a uma empresa privada, em 1 de janeiro de 2013, ou seja, numa data posterior à decisão controvertida e à interposição do recurso no Tribunal Geral, pôs termo ao regime de auxílios em causa, de modo que a obrigação de suspensão do referido regime já não causava prejuízos à cidade de Lübeck, que deixava, por conseguinte, de ter interesse em solicitar a anulação da decisão controvertida. Considerou que, não estando o procedimento formal de investigação concluído, a referida decisão ainda produzia efeitos e que a cidade de Lübeck mantinha pelo menos um interesse em agir relativamente ao período anterior à venda do aeroporto.

37. Para determinar se a apreciação do Tribunal Geral está correta, impõe-se recordar brevemente a jurisprudência relativa à exigência de um interesse em agir efetivo e atual.

38. Antes de mais, resulta de jurisprudência assente que o interesse de um recorrente em agir, que constitui a condição primeira e essencial de qualquer ação judicial distinta da legitimidade [18], deve, tendo em conta o objeto do recurso, existir no momento em que o recurso é interposto, sob pena de inadmissibilidade. Este objeto do litígio deve perdurar, da mesma maneira que o interesse em agir, até à prolação da decisão judicial, sob pena de não conhecimento do mérito, o que pressupõe que o recurso possa, pelo seu resultado, conferir um benefício à parte que o interpôs. A este respeito, a manutenção do interesse em agir de um recorrente deve ser apreciada, *in concreto*, tendo em conta, nomeadamente, as consequências da ilegalidade alegada e a natureza do prejuízo alegadamente sofrido [19]. O Tribunal de Justiça procura não adotar uma interpretação demasiado restritiva desse interesse.

39. Tratando-se de uma decisão de dar início ao procedimento formal de investigação, como a decisão controvertida, o Tribunal de Justiça admitiu que tal decisão era suscetível de produzir diversos efeitos jurídicos autónomos. Assim, para além da obrigação de suspender a alegada medida de auxílio durante o processo de recurso contra essa decisão, há que ter em conta a possibilidade de o juiz nacional ser chamado a intervir, nomeadamente, para que sejam extraídas todas as consequências decorrentes da violação do artigo 108.º, n.º 3, última frase, TFUE [20]. O Tribunal de Justiça concluiu assim que, não obstante o caráter preliminar das avaliações feitas na decisão de dar início ao procedimento formal de investigação, esta não é desprovida de efeitos jurídicos [21]. O Tribunal de Justiça reconheceu, nomeadamente, que a decisão de dar início ao procedimento formal de investigação altera necessariamente a situação jurídica das empresas beneficiárias da medida [22].

40. Contrariamente ao que defende a Comissão, a jurisprudência do Tribunal de Justiça não conclui que a suspensão da medida seja o único efeito jurídico da decisão de dar início ao procedimento formal de investigação [23]. Com efeito, o Tribunal de Justiça já constatou outros efeitos jurídicos decorrentes de tal decisão. O Tribunal de Justiça decidiu que os órgãos jurisdicionais nacionais «são

18 — V., nomeadamente, acórdão de 17 de setembro de 2015, Mory e o./Comissão (C-33/14 P, EU:C:2015:609, n.os 58 e 62 e jurisprudência referida).

19 — V. acórdão de 28 de maio de 2013, Abdulrahim/Conselho e Comissão (C-239/12 P, EU:C:2013:331, n.os 61 a 65 e jurisprudência referida).

20 — V. acórdão de 24 de outubro de 2013, Deutsche Post/Comissão (C-77/12 P, não publicado, EU:C:2013:695, n.os 52 e 53).

21 — Acórdão de 21 de novembro de 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, n.º 37).

22 — Acórdão de 24 de outubro de 2013, Deutsche Post/Comissão (C-77/12 P, não publicado, EU:C:2013:695, n.º 52).

23 — Acórdão de 24 de outubro de 2013, Deutsche Post/Comissão (C-77/12 P, não publicado, EU:C:2013:695, n.º 53 e jurisprudência referida).

obrigados a adotar todas as medidas necessárias para extrair as consequências de uma eventual violação da obrigação de suspensão da execução da referida medida» [24]. Entre essas consequências, o Tribunal de Justiça apontou, nomeadamente, a possibilidade de fazer acompanhar a suspensão da medida da obrigação de recuperar os montantes já pagos. O órgão jurisdicional nacional também pode ordenar medidas provisórias a fim de salvaguardar os interesses das partes e o efeito útil da decisão da Comissão [25].

41. Tendo em conta todas estas considerações, parece-me que os efeitos jurídicos da decisão de dar início ao procedimento formal de investigação são suscetíveis de perdurar, mesmo após a venda do aeroporto de Lübeck a um operador privado. A decisão de dar início ao procedimento formal de investigação continua, até o procedimento ser concluído pela Comissão, a fazer incidir sobre a FL o risco de um órgão jurisdicional nacional ordenar a recuperação dos auxílios concedidos quando a FL, à qual a recorrente sucede, era proprietária do aeroporto de Lübeck.

42. O Tribunal Geral não cometeu, portanto, nenhum erro de direito ao concluir, no n.º 27 do acórdão recorrido, que a decisão de dar início ao procedimento formal de investigação continuava a produzir efeitos jurídicos autónomos que alteram a situação jurídica da FL, conferindo-lhe um interesse em agir.

43. A este respeito, importa observar que o presente processo se destaca pelo facto de a medida controvertida ainda se encontrar em execução no momento da interposição do recurso para o Tribunal Geral e de, segundo os esclarecimentos prestados pela República Federal da Alemanha, essa medida continuar, até à data, em vigor. Num contexto como este, afigura-se que a FL continua exposta ao risco de ser ordenada a recuperação dos auxílios concedidos quando era proprietária do aeroporto, nomeadamente, em virtude da obrigação que impende sobre o juiz nacional de adotar todas as medidas necessárias para extrair as consequências de uma eventual violação da obrigação de suspender a execução da referida medida.

44. Não se pode aceitar o argumento da Comissão de que, à data da apresentação da réplica, não havia nenhum recurso pendente contra a aprovação do regulamento de 2006 e de que qualquer recurso posterior a essa data teria prescrito. Assumindo que esta última afirmação está correta, não se pode excluir à partida que, à data em que o Tribunal Geral se pronunciou, a FL mantinha um interesse na anulação da decisão controvertida.

45. À luz de todas estas considerações, considero que a recorrente em primeira instância continuava, pelo menos, exposta ao risco de um órgão jurisdicional nacional ordenar a recuperação dos auxílios concedidos anteriormente à venda do aeroporto de Lübeck. Mantinha, portanto, um interesse em solicitar a anulação da decisão controvertida.

46. O segundo fundamento do recurso deve, por conseguinte, ser considerado improcedente.

24 — Acórdão de 21 de novembro de 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, n.º 42).

25 — V. acórdão de 21 de novembro de 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, n.ºs 42 e 43), e despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 4 de abril de 2014, Flughafen Lübeck (C-27/13, não publicado, EU:C:2014:240, n.ºs 25 e 26).

C – Quanto ao terceiro fundamento, relativo a uma apreciação errada da seletividade do regulamento de 2006

1. Argumentação das partes

47. Com o seu terceiro fundamento, a Comissão alega que o Tribunal Geral interpretou de forma errada o conceito de «seletividade» à luz do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, ao considerar que, para apreciar o caráter eventualmente seletivo do regulamento de 2006, era necessário verificar se este se aplicava indiscriminadamente a todas as empresas que utilizam ou podem utilizar determinado bem ou serviço. O facto de esse regulamento se aplicar apenas às companhias que utilizam o aeroporto de Lübeck não é considerado um critério pertinente.

48. No entender da Comissão, a apreciação do Tribunal Geral está em contradição com a jurisprudência do Tribunal de Justiça [26] segundo a qual uma medida não constitui uma medida geral de política fiscal ou económica e é, portanto, seletiva, quando se aplica apenas a determinados setores económicos ou a determinadas empresas desse setor económico. Considera que as condições em que uma empresa pública oferece os seus próprios bens e serviços constituem sempre medidas seletivas, sendo a questão da desigualdade ou da discriminação, neste contexto, irrelevante para concluir da existência ou não de um auxílio. O Tribunal Geral aplicou, por isso, indevidamente, o critério adotado no acórdão de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke [27], critério que se aplica apenas às medidas fiscais e não às condições em que uma empresa pública oferece os seus próprios bens e serviços [28]. O filtro determinante seria, neste último caso, o critério do investidor privado numa economia de mercado.

49. A título subsidiário, a Comissão alega que o Tribunal Geral não respeitou a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual, por um lado, são os efeitos da medida que são determinantes para apreciar o seu caráter seletivo [29] e, por outro, as medidas de que beneficia apenas um setor de atividade são seletivas [30]. Salienta que, apesar de o aeroporto de Lübeck estar em concorrência direta com o de Hamburgo (Alemanha), a vantagem conferida pelo regulamento de 2006 apenas beneficiava as companhias que utilizavam o primeiro aeroporto, o que bastava para demonstrar o caráter seletivo desse regulamento. A abordagem adotada pelo Tribunal Geral equivaleria a não aplicar as regras em matéria de auxílios estatais aos regulamentos que fixam as taxas aeroportuárias.

50. A título ainda mais subsidiário, a Comissão defende que o Tribunal Geral interpretou de forma errada o critério relativo às empresas que se encontram numa situação factual e jurídica comparável à luz do objetivo prosseguido pela medida em causa. Para determinar quais as empresas que se encontram nessa situação, o critério a usar não deveria ser o âmbito de aplicação da medida em

26 — A Comissão refere-se, nomeadamente, aos acórdãos de 20 de novembro de 2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622, n.ºs 35 a 39), e de 15 de dezembro de 2005, Itália/Comissão (C-66/02, EU:C:2005:768, n.ºs 95 a 101).

27 — C-143/99, EU:C:2001:598, n.º 41.

28 — A Comissão baseia-se nas conclusões do advogado-geral P. Mengozzi no processo que deu origem ao acórdão Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:442). Menciona igualmente os acórdãos de 2 de fevereiro de 1988, Kwekerij van der Kooy e o./Comissão (67/85, 68/85 e 70/85, EU:C:1988:38, n.ºs 28 e 29); de 29 de fevereiro de 1996, Bélgica/Comissão (C-56/93, EU:C:1996:64, n.º 10); de 20 de novembro de 2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622, n.ºs 35 a 39); de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.ºs 63 a 67); e de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732).

29 — A Comissão cita os acórdãos de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.ºs 85 a 89); de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.º 51); e de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.ºs 87 a 109).

30 — A Comissão refere-se aos acórdãos de 17 de junho de 1999, Bélgica/Comissão (C-75/97, EU:C:1999:311, n.º 33); de 15 de dezembro de 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, n.º 45); e de 15 de junho de 2006, Air Liquide Industries Belgium (C-393/04 e C-41/05, EU:C:2006:403, n.ºs 31 e 32).

causa, mas antes a estrutura dos custos das empresas afetadas. No caso vertente, o regulamento de 2006 é seletivo porque não respeita o princípio, previsto no § 43a, n.º 1, do LuftVZO, que é aplicável a todos os aeroportos alemães e, portanto, a todas as companhias aéreas, segundo o qual as taxas aeroportuárias devem cobrir os custos.

51. Por último, a Comissão afirma que o Tribunal Geral também cometeu um erro de direito ao não examinar se os descontos concedidos no regulamento de 2006 são seletivos por beneficiarem apenas as companhias aéreas que preenchem determinadas condições.

52. A cidade de Lübeck alega, em substância, que o Tribunal Geral constatou, a justo título, que o regulamento de 2006 não favorece certas empresas ou certas produções. Em seu entender, o tratamento diferenciado de empresas ou produções comparáveis constitui uma condição da seletividade [31]. Assim sendo, o regulamento de 2006 não é seletivo, na medida em que não trata de maneira diferente empresas ou produções comparáveis.

53. A República Federal da Alemanha contesta a alegação da Comissão segundo a qual as condições em que uma empresa pública oferece os seus bens e serviços devem ser sempre consideradas seletivas. Uma medida apenas tem caráter seletivo se conceder condições especiais a um determinado grupo de empresas e se estabelecer uma diferenciação interna entre os utilizadores, em termos de acesso às instalações públicas em causa e à sua utilização. Além disso, os utilizadores dos outros aeroportos não se encontravam numa situação factual e jurídica comparável.

54. O Reino de Espanha subscreve a interpretação dada pelo Tribunal Geral ao artigo 107.º, n.º 1, TFUE no que diz respeito ao critério da seletividade e apoia os argumentos da cidade de Lübeck. Acrescenta que o pressuposto assumido pela Comissão de que o facto de definir as condições em que uma entidade pública oferece os seus bens e serviços constitui uma medida seletiva não decorre da jurisprudência. O Reino de Espanha chama a atenção para os elementos usados no acórdão de 14 de janeiro de 2015, Eventech [32], para determinar se as empresas se encontram em situações comparáveis.

2. Apreciação

55. Importa recordar que, nos termos do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem 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.

56. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a qualificação de «auxílio de Estado» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE exige que todos os requisitos a que se refere essa disposição estejam preenchidos [33].

31 — A cidade de Lübeck refere-se ao acórdão de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, n.ºs 41 e 42).

32 — C-518/13, EU:C:2015:9, n.º 61.

33 — V., nomeadamente, acórdão de 2 de setembro de 2010, Comissão/Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, n.º 38 e jurisprudência referida).

57. Resulta de jurisprudência assente que, para que uma medida nacional possa ser qualificada de «auxílio de Estado» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, em primeiro lugar, deve tratar-se de uma intervenção do Estado ou através de recursos do Estado, em segundo lugar, essa intervenção deve ser suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros, em terceiro lugar, deve conceder uma vantagem seletiva ao seu beneficiário e, em quarto lugar, deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência [34].

58. No caso vertente, apenas são postas em causa a interpretação e a aplicação da terceira condição, mais concretamente, da exigência de «seletividade».

59. Segundo jurisprudência também assente, uma medida é considerada seletiva quando seja suscetível de favorecer certas empresas ou certas produções relativamente a outras empresas que se encontrem numa situação factual e jurídica comparável à luz do objetivo prosseguido pela medida em causa [35].

60. No caso em apreço, o Tribunal Geral considerou, em substância, que o caráter seletivo de uma medida através da qual uma entidade pública oferece os seus bens e serviços tem de ser avaliado em relação à totalidade das empresas que utilizam ou podem utilizar esse bem ou esse serviço. Constatando que as taxas fixadas ao abrigo do regulamento de 2006 eram aplicadas de forma não discriminatória, concluiu que o regulamento em causa não tinha caráter seletivo.

61. A este respeito, o n.º 53 do acórdão recorrido parece conter uma petição de princípio com a seguinte redação:

«[P]ara avaliar o caráter eventualmente seletivo relativamente a certas empresas de uma tabela tarifária estabelecida por uma entidade pública para a utilização de um bem ou de um serviço específico num setor determinado, é necessário, nomeadamente, fazer referência à totalidade das empresas que utilizam ou podem utilizar esse bem ou esse serviço determinado e examinar se apenas algumas de entre elas beneficiam ou podem beneficiar de uma eventual vantagem. A situação das empresas que não querem, ou não podem, utilizar o bem ou o serviço em causa não é, assim, diretamente pertinente para apreciar a existência de uma vantagem. Noutros termos, a natureza seletiva de uma medida que consiste numa tabela tarifária estabelecida por uma entidade pública para a utilização de um bem ou de um serviço colocado à disposição por essa entidade só pode ser avaliada tendo em conta os clientes, atuais ou potenciais, da referida entidade e do bem ou do serviço específico em causa e não tendo em conta, nomeadamente, clientes de outras empresas do setor que coloquem à disposição bens e serviços semelhantes. De resto, se se considerasse que todas as tabelas tarifárias não discriminatórias aplicadas por uma entidade pública em contrapartida de um dado bem ou de um dado serviço possuem um caráter seletivo, isso levaria, em substância, a alargar de maneira excessiva o conceito de auxílios que favorecem 'certas empresas ou certas produções', que figura no artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Além disso, para que uma eventual vantagem concedida por uma entidade pública, no âmbito do fornecimento de bens ou de serviços específicos, favoreça certas empresas, é necessário que as empresas que utilizam, ou desejam utilizar, esse bem ou esse serviço não beneficiem, ou não possam beneficiar, da referida vantagem por parte dessa entidade nesse âmbito específico.»

62. No entender da Comissão, esta apreciação está errada. A sua argumentação está estruturada em quatro partes. Em primeiro lugar, defende que as condições em que uma empresa pública oferece os seus bens e serviços constituem sempre medidas seletivas. Em segundo lugar, considera que o Tribunal Geral ignorou a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça segundo a qual, por um lado, apenas os efeitos de uma medida são determinantes para avaliar o seu caráter seletivo e, por outro, as medidas que beneficiam um setor de atividade são necessariamente seletivas. Em terceiro lugar, defende que o Tribunal Geral interpretou de forma errada o critério relativo às «empresas que

34 — Acórdão de 2 de setembro de 2010, Comissão/Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, n.º 39 e jurisprudência referida).

35 — Acórdão de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, n.º 41).

se encontram numa situação factual e jurídica comparável à luz do objetivo prosseguido pela medida em causa». Em quarto lugar, afirma que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao não examinar se os descontos concedidos pelo regulamento de 2006, que beneficiam apenas as companhias aéreas que preenchem determinadas condições, são seletivos.

63. Antes de abordar cada uma das diferentes partes da argumentação da Comissão, gostaria de tecer um conjunto de considerações gerais que me parecem indispensáveis para uma boa compreensão do significado e do alcance da condição da seletividade e que irão nortear o meu exame do presente fundamento.

a) Considerações gerais sobre o significado da exigência de seletividade decorrente do artigo 107.º, n.º 1, TFUE e sobre o seu alcance numa configuração como a do caso vertente

64. Como a Comissão salientou, resulta da economia e da génese dos Tratados [36] que deve ser feita uma distinção entre as medidas *gerais* de política fiscal ou económica (agora abrangidas pelos artigos 113.° e 115.° a 117.° TFUE) e as medidas *específicas* que visam proporcionar *vantagens* através de recursos do Estado (por sua vez, agora abrangidas pelos artigos 107.° a 109.° TFUE).

65. A exigência de «seletividade», segundo a qual as medidas abrangidas pela proibição prevista no artigo 107.º, n.º 1, TFUE devem visar «certas empresas ou certas produções», tem por função principal, de modo a respeitar a repartição das competências entre os Estados-Membros e a União Europeia, distinguir os auxílios de Estado das medidas gerais de política fiscal e económica.

66. Considerada determinante para distinguir as medidas sujeitas à disciplina dos auxílios de Estado das outras medidas, essa exigência, embora permita, em princípio [37], excluir da proibição imposta pelo artigo 107.º, n.º 1, TFUE uma medida estatal que aproveite indistintamente ao conjunto das empresas situadas no território nacional [38], não implica que uma medida aplicada a nível regional ou local deva necessariamente ser considerada seletiva. Embora, em diversos casos, o quadro de referência se situe à escala nacional, não se exclui que, em certas hipóteses, deva ser aplicável uma escala inferior. Nesse sentido, no processo dito «dos Açores» [39], o Tribunal de Justiça referiu precisamente que não se pode excluir que uma entidade infraestatal disponha de um estatuto de direito e de facto suficientemente autónomo em relação ao Governo central de um Estado-Membro, para que, pelas medidas que adota, seja essa entidade, e não o Governo central, que desempenha um papel fundamental na definição do contexto político e económico em que operam as empresas. Nesse caso, é o território onde exerce a sua competência a entidade infraestatal, autora da medida, e não o território nacional no seu conjunto, que constitui o contexto pertinente para determinar se uma medida adotada por essa entidade favorece certas empresas em relação a outras que se encontrem numa situação factual e jurídica comparável, tendo em atenção o objetivo prosseguido pela medida ou o regime jurídico em causa [40].

36 — V., especificamente, *Relatório Spaak* (Relatório do comité intergovernamental instituído pela Conferência de Messina dirigido aos Ministros dos Negócios Estrangeiros, Bruxelas, 21 de abril de 1956, p. 59), nos termos do qual «importa notar que certos regimes de intervenção que formalmente constituem auxílios ou subvenções não visam especificamente empresas ou setores, mas afetam a economia geral. Nesse caso, a Comissão não tem competência para decidir sozinha sobre a incompatibilidade».

37 — A jurisprudência esclareceu que intervenções que, à primeira vista, sejam aplicáveis à generalidade das empresas podem apresentar uma certa seletividade — nomeadamente quando o organismo que concede vantagens financeiras dispõe de um poder discricionário que lhe permite determinar os beneficiários ou as condições da medida concedida — e, portanto, ser consideradas medidas destinadas a favorecer certas empresas ou certas produções (v., nomeadamente, acórdão de 29 de junho de 1999, DM Transport, C-256/97, EU:C:1999:332, n.º 27 e jurisprudência referida).

38 — V., neste sentido, acórdão de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, n.ºs 35 e 36).

39 — Acórdão de 6 de setembro de 2006, Portugal/Comissão (C-88/03, EU:C:2006:511).

40 — Acórdão de 6 de setembro de 2006, Portugal/Comissão (C-88/03, EU:C:2006:511, n.º 58).

67. No prolongamento desta consideração, é hoje um dado adquirido que este critério impõe que se determine se, no *quadro de um dado regime jurídico*, uma medida é suscetível de favorecer «certas empresas ou certas produções» em relação a outras que, tendo em conta o objetivo prosseguido pelo referido regime, se encontrem numa situação factual e jurídica comparável [41].

68. Para determinar se uma medida é de natureza «seletiva» e, portanto, suscetível de ser qualificada de «auxílio de Estado», o Tribunal de Justiça decidiu reiteradamente que havia que considerar os efeitos por ela produzidos. Em contrapartida, não seriam determinantes as causas e os objetivos das intervenções estatais, nem as técnicas utilizadas para aplicar essas intervenções [42].

69. Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça esclareceu que, para concluir que uma dada medida tem caráter seletivo, não podem ser pertinentes apenas o caráter significativo ou não do número de empresas beneficiárias da medida, a natureza mais ou menos aberta do círculo de beneficiários dessa medida [43] ou ainda a circunstância de todas as empresas de um determinado setor económico serem suscetíveis de beneficiar da dita medida [44].

70. Além disso, como já tive ocasião de referir [45], a exigência de seletividade ou de «especificidade» da medida deve ser claramente distinguida da deteção de uma vantagem económica. Por outras palavras, uma vez detetada a presença de uma vantagem, considerada em sentido lato, decorrente direta ou indiretamente de uma dada medida, compete ainda à Comissão demonstrar que essa vantagem se dirige especificamente a uma ou a várias empresas. Em especial, compete à Comissão demonstrar que a medida introduziu diferenciações entre as empresas que, em relação ao objetivo prosseguido, estão numa situação comparável [46]. O que é abolido não é a concessão de uma vantagem enquanto tal, mas o facto de essa concessão, efetuada de maneira discriminatória e, portanto, seletiva, ser suscetível de colocar algumas empresas numa situação mais favorável do que outras.

71. Feito este esclarecimento, a exigência de seletividade não pode, na minha opinião, ser totalmente desligada da identificação concomitante, embora diferente, de uma vantagem económica.

72. Quanto a esta questão, parece-me que se impõem diversas considerações, algumas das quais já tive oportunidade de referir [47].

73. No âmbito da análise de um regime [48] de natureza geral (regimes de subvenções, sistema de tarifas, benefícios fiscais, regime derrogatório do direito comum em matéria de falência, de facilidades de pagamento de impostos ou de encargos diversos, etc.), a seletividade permite identificar se a suposta vantagem, dirigindo-se embora à generalidade dos operadores económicos, só beneficia, na realidade e tendo em conta os critérios objetivos que prevê, determinados tipos de empresas ou de grupos de empresas.

41 — Acórdãos de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.º 82), e de 14 de janeiro de 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, n.os 54 e 55).

42 — V., nomeadamente, acórdãos de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.os 85 e 89), e de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.º 87).

43 — V., nomeadamente, acórdão de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.º 50 e jurisprudência referida).

44 — Acórdão de 15 de junho de 2006, Air Liquide Industries Belgium (C-393/04 e C-41/05, EU:C:2006:403, n.os 31 e 32 e jurisprudência referida).

45 — V. as minhas conclusões no processo Comissão/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, n.º 47).

46 — V. acórdão de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.º 62).

47 — V. as minhas conclusões no processo Comissão/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, n.os 50 a 55).

48 — Tratando-se de uma medida de natureza individual, a identificação da vantagem económica permite, em princípio, presumir a sua «especificidade» e, consequentemente, concluir que apresenta também um caráter seletivo.

74. Isso implica identificar se a medida em questão, não obstante a constatação de que confere uma vantagem de alcance geral, o faz em «benefício exclusivo de certas empresas ou certos setores de atividade». Segundo uma outra fórmula, esta diligência procura assegurar que as medidas estatais não introduzam uma diferenciação entre as empresas — ou mais precisamente entre os operadores que, tendo em conta o objetivo atribuído ao sistema nacional em causa, se encontrem numa situação factual e jurídica comparável —, não justificada pela natureza e pela economia do sistema em causa.

75. Neste sentido, deve salientar-se que o conceito de seletividade está relacionado com o de discriminação [49]. Embora seja verdade que não se pode exigir da Comissão que identifique com precisão uma categoria de empresas com características próprias que sejam as únicas beneficiadas pela medida em causa [50] para determinar o caráter seletivo desta última, continua a ser necessário provar que, em virtude do seu *caráter derrogatório do regime comum* — o qual, como já referi anteriormente, pode ser um regime geral nacional, mas nem sempre é esse o caso —, a medida em causa é suscetível de favorecer certas empresas.

76. Por conseguinte, para determinar o caráter seletivo de uma alegada medida de auxílio, parece-me fundamental demonstrar que esta implica uma derrogação a um regime «comum» ou «normal», e isso, em meu entender, independentemente da natureza do regime em causa. Parece-me ser um ponto bem assente [51] que, para apreciar a seletividade de uma medida, critério que, em meu entender, é a expressão do princípio da não discriminação, há que, em todo o caso, verificar se, no quadro de um dado regime, a referida medida constitui uma vantagem para certas empresas em relação a outras.

77. Esta determinação prévia do quadro de referência, reconhecida como fundamental em matéria fiscal, é-o, em minha opinião, igualmente no exame de medidas não fiscais, e, em particular, de regimes de taxas destinadas, nomeadamente, a assegurar o financiamento de infraestruturas, como é o caso do regulamento de 2006 em causa no presente processo. Tal como foi considerado que a determinação do quadro de referência «reveste importância acrescida no caso das medidas fiscais, dado que a própria existência de uma vantagem só pode ser afirmada em relação a uma imposição dita 'normal'» [52], deve concluir-se que a apreciação da seletividade de uma medida de natureza tarifária carece que se defina previamente qual o regime «normalmente aplicável» que esta medida pretende derrogar [53].

78. Por último, tal como na grelha de análise que se aplica no quadro do exame das medidas fiscais, parece-me que, uma vez definido o quadro de referência, há que determinar, numa segunda fase, se a medida controvertida proporciona uma vantagem a certas empresas em relação a outras que se encontrem numa situação factual e jurídica comparável [54] e, se for caso disso, numa terceira fase, importa apreciar se a concessão dessa vantagem se justifica pela natureza e pela economia do sistema em que a medida em causa se inscreve.

49 — V., neste sentido, acórdãos de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.º 101), e de 14 de janeiro de 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, n.º 53). V. n.º 54 das minhas conclusões apresentadas no processo Comissão/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32) e n.º 29 das conclusões do advogado-geral M. Bobek no processo Bélgica/Comissão (C-270/15 P, EU:C:2016:289).

50 — V., a este respeito, conclusões do advogado-geral M. Wathelet nos processos apensos Comissão/Banco Santander e Santusa (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:624, nomeadamente n.os 7, 10 e 80 a 87).

51 — V. acórdão de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.os 82 e 83 e jurisprudência referida).

52 — V., a este respeito, acórdão de 6 de setembro de 2006, Portugal/Comissão (C-88/03, EU:C:2006:511, n.º 56).

53 — Saliento que a Comissão, na sua recente Comunicação 2016/C 262/01, sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, [TFUE] (JO 2016, C 262, p. 1), referiu que «[o] sistema de referência constitui a referência em função da qual a seletividade de uma medida é apreciada».

54 — No processo que deu origem ao acórdão de 4 de junho de 2015, Comissão/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, n.º 61), o Tribunal de Justiça decidiu que, tratando-se de uma medida relativa à fixação de taxas de exploração ligadas à extração de hidrocarbonetos, «o parâmetro de comparação pertinente para demonstrar a seletividade da medida contestada no presente processo consistia em verificar se [este] estabelece uma diferenciação entre os operadores que, à luz do objetivo prosseguido, se encontrem numa situação factual e jurídica comparável, não justificada pela natureza e economia do sistema em causa».

79. Um aspeto a salientar — ao qual voltarei nas considerações que se seguem — é que, enquanto a identificação de uma vantagem económica e, se for caso disso, a apreciação do seu caráter justificado são relativamente simples no caso de uma medida de isenção fiscal que constitui uma derrogação ao regime fiscal normalmente aplicável — um regime «normal» geralmente definido a nível nacional —, impõe-se uma certa prudência quando se trata de medidas de natureza tarifária destinadas ao financiamento de infraestruturas.

b) Quando à primeira parte do fundamento, relativa ao facto de o Tribunal Geral ter ignorado que as condições em que uma empresa pública oferece os seus bens e serviços constituem *sempre* medidas seletivas

80. A Comissão defende, a título principal, que as condições em que uma empresa pública oferece os seus bens e serviços constituem sempre medidas seletivas. Baseia-se nas conclusões apresentadas no processo que deu origem ao acórdão de 21 de novembro de 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755)[55], e na jurisprudência[56]. O critério estabelecido no acórdão de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), que servia para determinar se um regime de impostos ou taxas era ou não seletivo, não é, portanto, aplicável no caso vertente. No entender da Comissão, o n.º 53 do acórdão recorrido mostra que o Tribunal Geral se guiou por considerações de política legislativa que visam excluir do controlo em matéria de auxílios de Estado os regulamentos não discriminatórios relativos às taxas das instituições públicas.

81. Esta argumentação não me convence minimamente.

82. Em primeiro lugar, contrariamente ao que parece sugerir a Comissão, de modo nenhum resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça invocada pela Comissão que uma medida que fixa taxas de utilização dos bens e serviços detidos por uma empresa pública seja, pela sua própria natureza, seletiva.

83. Assim, em dois processos citados pela Comissão, concretamente os que deram origem aos acórdãos de 2 de fevereiro de 1988, Kwekerij van der Kooy e o./Comissão[57], e de 29 de fevereiro de 1996, Bélgica/Comissão[58], afigura-se que estavam em causa tarifas vantajosas concedidas por uma empresa pública em benefício de um grupo de clientes. Quanto aos processos que deram origem aos acórdãos de 11 de julho de 1996, SFEI e o.[59], e de 20 de novembro de 2003, GEMO[60], referiam-se a hipóteses em que as vantagens, embora estando acessíveis à generalidade dos operadores, na realidade, apenas beneficiaram um grupo restrito dos mesmos. Resumindo, não foi o fornecimento de bens ou serviços por um organismo público ou uma empresa pública que foi considerado, enquanto tal, seletivo, mas antes o facto de ter ocorrido em condições preferenciais.

84. De um modo mais geral, nada permite afirmar que as condições em que uma empresa pública oferece os seus produtos e serviços, desde que essa oferta revista a forma de um regime aplicável à generalidade dos operadores que pretendam utilizar esses bens ou serviços, cumpram *sempre* o critério de seletividade.

55 — Conclusões do advogado-geral P. Mengozzi no processo Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:442).

56 — Trata-se dos acórdãos de 2 de fevereiro de 1988, Kwekerij van der Kooy e o./Comissão (67/85, 68/85 e 70/85, EU:C:1988:38, n.os 28 e 29); de 29 de fevereiro de 1996, Bélgica/Comissão (C-56/93, EU:C:1996:64, n.º 10); de 20 de novembro de 2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622, n.os 35 a 39); de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.os 63 a 67); e de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732).

57 — 67/85, 68/85 e 70/85, EU:C:1988:38.

58 — C-56/93, EU:C:1996:64.

59 — C-39/94, EU:C:1996:285.

60 — C-126/01, EU:C:2003:622, n.os 35 a 39.

85. Tal como recordei na introdução ao presente fundamento, para apreciar a seletividade de uma medida, há que analisar se, *no quadro de um dado regime*, a referida medida constitui uma vantagem para certas empresas em relação a outras que se encontrem numa situação jurídica e factual comparável (v. n.º 67 das presentes conclusões).

86. Neste contexto, a identificação do quadro de referência — e, a partir deste, da vantagem eventualmente produzida pela derrogação controvertida — constitui um pressuposto necessário a qualquer consideração sobre a seletividade. Contrariamente ao que defende a Comissão, essa verificação não deve ser limitada ao caso dos regimes fiscais ou tributários. Embora não se possa negar que o método de exame do caráter seletivo de uma dada medida tem particularidades que variam de acordo com a natureza da medida, não me parece oportuno definir critérios de exame diferentes consoante se trate de uma medida de natureza fiscal ou de uma medida que fixa taxas para os serviços prestados aos utilizadores.

87. A jurisprudência do Tribunal de Justiça comprova que o exercício comparativo previsto para os regimes fiscais também é válido para outras medidas. Recordo, nomeadamente, que o critério estabelecido no acórdão de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), não o foi unicamente para uma medida de natureza fiscal, mas também para «uma medida estatal» em geral [61].

88. De notar que o Tribunal de Justiça tem, além disso, realizado este exercício comparativo no caso de medidas relacionadas com a remuneração dos custos e a utilização de infraestruturas.

89. Com efeito, no acórdão de 14 de janeiro de 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9) [62], o Tribunal de Justiça analisou, a propósito da autorização concedida aos táxis de Londres para circular nos corredores reservados aos autocarros, a questão de saber se esses táxis e as viaturas de aluguer com condutor se encontravam numa situação factual e jurídica comparável. O exame do caráter não discriminatório de uma medida coincide, no essencial, com a questão de saber se a medida confere às empresas beneficiárias uma vantagem económica seletiva.

90. Resulta de todas estas considerações que o Tribunal Geral não cometeu nenhum erro de direito ao considerar que as medidas relativas às condições em que uma entidade pública oferece os seus bens e serviços não são necessariamente seletivas (v. n.ºs 53, 54 e 57 do acórdão recorrido).

91. Contrariamente à posição defendida pela Comissão, esta conclusão não resulta necessariamente numa negação absoluta da possibilidade de qualificar de «auxílios de Estado» as condições em que uma empresa pública oferece os seus bens e serviços quando essas condições se aplicam indistintamente a todos os seus contratantes. Nesse caso, continua a ser possível demonstrar que essas condições, ainda que aplicáveis indistintamente, na realidade, apenas beneficiam uma ou várias empresas bem determinadas, nomeadamente aquelas que correspondem a um modelo comercial bem definido.

92. Embora, à partida, não se possa excluir que uma tabela tarifária tenha caráter de seletividade, ainda assim é necessário demonstrar que tal resulta numa discriminação de certos operadores que se encontram em situação comparável, demonstração essa que a Comissão não fez, como o Tribunal Geral referiu.

61 — V., nomeadamente, n.º 41.

62 — V., nomeadamente, n.ºs 54 a 61.

93. Além disso, ainda que a generalidade dos termos usados no início do n.º 53 do acórdão recorrido possa levar a pensar que o Tribunal Geral pretendia excluir do âmbito de aplicação do artigo 107.º TFUE o conjunto de condições em que uma empresa pública oferece os seus bens e serviços, quando essas condições se aplicam indistintamente a todos os seus contratantes, o Tribunal Geral parece-me ter tido o cuidado de especificar, no final do referido número, que, «para que uma eventual vantagem concedida por uma entidade pública, no âmbito do fornecimento de bens ou de serviços específicos, favoreça certas empresas, é necessário que as empresas que utilizam, ou desejam utilizar, esse bem ou esse serviço não beneficiem, ou não possam beneficiar, da referida vantagem por parte dessa entidade nesse âmbito específico».

c) Quanto à segunda parte do fundamento, relativa ao facto de o Tribunal Geral ter ignorado a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, segundo a qual, por um lado, apenas os efeitos de uma medida são determinantes para avaliar o seu caráter seletivo e, por outro, as medidas que beneficiam um setor de atividade são necessariamente seletivas

94. A Comissão salienta que o aeroporto de Lübeck se encontra em concorrência direta com o de Hamburgo e que a «vantagem» concedida pelo regulamento de 2006 apenas está acessível às companhias aéreas que utilizam o aeroporto de Lübeck. Este simples facto seria suficiente para demonstrar que o regulamento de 2006 tem caráter seletivo no que diz respeito aos seus efeitos.

95. À primeira vista, as considerações apresentadas pelo Tribunal Geral e, nomeadamente, o n.º 53 do acórdão recorrido podem surpreender.

96. Com efeito, para concluir que o regulamento de 2006 não tem caráter seletivo, o Tribunal Geral limitou-se a constatar que as disposições tarifárias do regulamento de 2006 se aplicavam de forma não discriminatória a todas as companhias aéreas que utilizavam ou desejavam utilizar o aeroporto de Lübeck.

97. Ora, tendo em conta a jurisprudência segundo a qual o artigo 107.º, n.º 1, TFUE define as intervenções estatais em função dos seus efeitos [63], poderia alegar-se que a mera constatação do caráter *formalmente* não discriminatório do regulamento de 2006 não seria suficiente para concluir que este não é seletivo. Haveria que analisar se o regulamento de 2006, através dos seus efeitos, favorece certas empresas ou certas produções. Assim, no acórdão de 13 de fevereiro de 2003, Espanha/Comissão [64], o Tribunal de Justiça esclareceu que o argumento segundo o qual uma medida se rege por critérios objetivos de aplicação horizontal demonstra unicamente que a medida integra um regime de auxílios, não constituindo um auxílio individual, mas não demonstra que a medida não é seletiva.

98. Todavia, não me parece que o Tribunal Geral tenha ignorado esta jurisprudência no acórdão recorrido. Ao considerar que a igualdade de tratamento dos utilizadores efetivos ou potenciais do aeroporto de Lübeck era o único fator determinante, o Tribunal Geral, ainda que de forma implícita, teve necessariamente em conta os efeitos da medida. Não se limitou a considerar os critérios horizontais de aplicação do regulamento de 2006.

99. Do mesmo modo, não se pode validamente afirmar que uma medida que beneficia um «único setor», neste caso o grupo de empresas que utilizam o aeroporto de Lübeck, é necessariamente seletiva. Tal como salientei na introdução ao presente fundamento, essa conclusão só seria válida se se verificasse que o quadro de referência é o de um regime «normal» aplicável a nível nacional ou, pelo

63 — V., nomeadamente, acórdãos de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.os 85 e 89), e de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, n.os 87, 88 e 92).

64 — C-409/00, EU:C:2003:92, n.º 49.

menos, para além do referido aeroporto. Com efeito, só faz sentido invocar o conceito de «seletividade setorial» quando se trata de medidas adotadas pelas autoridades públicas de um Estado, tanto a nível central como regional ou local, que sejam competentes para adotar decisões suscetíveis de beneficiar a totalidade das empresas. Tratando-se de medidas adotadas pelo gestor de um aeroporto, que apenas tem competência para adotar medidas relativas a esse aeroporto, o critério de seletividade setorial não deveria ser aplicável. Além disso, quando esse gestor determina ele próprio o nível das taxas aeroportuárias aplicáveis às companhias aéreas que operam a partir de e com destino a esse aeroporto, não está a derrogar o sistema nacional de tarifação, mas a criar uma tarifação aplicável a todas as companhias que desejam utilizar esse aeroporto.

100. Resulta daí que uma medida adotada pelo gestor de um aeroporto relativamente às companhias aéreas que aí operam não é seletiva se for concedida sem discriminação a todas essas companhias.

101. Partindo desta consideração, há que apreciar se a medida em causa introduz diferenciações entre os operadores que, tendo em conta o objetivo prosseguido, se encontrem numa situação factual e jurídica comparável [65].

102. Isso leva-nos a abordar a terceira parte da argumentação invocada pela Comissão.

d) Quanto à terceira parte do fundamento, relativa a uma análise errada do critério relativo às «empresas que se encontram numa situação factual e jurídica comparável»

103. A Comissão defende, em primeiro lugar, que, mesmo admitindo que a comparação exigida pelo acórdão de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), seja aplicável à apreciação da seletividade das medidas relativas à fixação das taxas de certas entidades públicas, o Tribunal Geral cometeu o mesmo erro criticado pelo Tribunal de Justiça nos processos que deram origem aos acórdãos de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757, n.os 87 e 89), e de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.os 61 a 67). Com efeito, a Comissão considera que, a menos que se adote um raciocínio circular, a comparabilidade da situação factual e jurídica não depende dos critérios que definem o âmbito de aplicação da medida em causa, devendo antes basear-se na estrutura de custos das empresas afetadas.

104. A Comissão alega, em segundo lugar, que o Tribunal Geral não levou em consideração o objetivo prosseguido pelo § 43a, n.º 1, do LuftVZO, disposição aplicável a todos os aeroportos situados na Alemanha, que estabelece que as taxas aeroportuárias cobradas devem cobrir os custos, a fim de garantir o interesse público no bom funcionamento da navegação aérea, e que constitui a base jurídica do regulamento de 2006.

105. Neste caso, coloca-se a questão de saber se o facto de o regulamento de 2006 só se aplicar especificamente às companhias aéreas que utilizam o aeroporto de Lübeck acaba por criar uma diferença de tratamento das empresas que se encontram numa situação comparável.

106. A este respeito, há que salientar que, segundo o direito nacional aplicável, cada gestor aeroportuário está habilitado a adotar uma tabela de taxas aeroportuárias aplicável ao seu próprio aeroporto.

107. Resulta daí que o regulamento de 2006 só se podia aplicar ao aeroporto de Lübeck, que constitui o quadro de referência pertinente. Num contexto como este, apenas é determinante saber se o regulamento estabelece uma diferenciação entre as empresas que utilizam só esse aeroporto.

65 — Acórdão de 14 de janeiro de 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, n.º 55).

108. A argumentação invocada pela Comissão segundo a qual a apreciação da seletividade do regulamento de 2006 não pode depender do âmbito de aplicação desse regulamento, mas se deve basear unicamente numa comparação dos custos visados pelo § 43a, n.º 1, do LuftVZO, não é convincente.

109. Como salientou a cidade de Lübeck, todas as companhias aéreas são livres de utilizar o aeroporto de Lübeck e, assim, beneficiar das alegadas vantagens decorrentes da aplicação do regulamento de 2006. A decisão das companhias aéreas de utilizar determinadas infraestruturas aeroportuárias depende geralmente da estratégia comercial da própria empresa, em função das vantagens e dos condicionalismos que geram.

110. Também me parece despropositado exigir que se compare a situação das companhias aéreas alegadamente favorecidas pelo regulamento de 2006 com a das empresas concorrentes que tenham as mesmas rubricas de despesas orçamentais. Com efeito, as companhias aéreas que não operam a partir de e com destino ao aeroporto de Lübeck não estão justamente sujeitas às despesas relacionadas com as taxas cobradas por esse aeroporto. A argumentação da Comissão equivale a colocar, indevidamente, a questão da seletividade da medida num quadro diferente, que consiste em saber com que outra infraestrutura de transporte — aeroportuária, ferroviária ou outra — poderá o aeroporto de Lübeck eventualmente entrar em concorrência, independentemente do estatuto das empresas gestoras em causa e da natureza dos serviços que prestam [66].

111. Do mesmo modo, considero que não se pode, no caso vertente, aceitar o argumento segundo o qual há que ter em conta os objetivos a cumprir por um regulamento que fixa as taxas de um aeroporto ao abrigo do § 43a, n.º 1, do LuftVZO. Com efeito, resulta das apreciações factuais realizadas pelo Tribunal Geral que esta disposição não implica uma fixação geral das taxas aeroportuárias aplicáveis a todos os aeroportos. Esta disposição apenas habilita cada concessionário de aeroportos a adotar a sua própria tabela de taxas, de acordo com as prioridades que lhe cabe em exclusivo definir.

112. Em última análise, devemos constatar que não existe, na configuração do caso vertente, nenhuma regulamentação geral de base ou de referência que o regulamento de 2006 pretendesse derrogar em benefício das companhias aéreas que utilizam o aeroporto de Lübeck. O quadro de referência pertinente é o do regime aplicável exclusivamente a este aeroporto.

e) Quanto à quarta parte do fundamento, relativa ao facto de o Tribunal Geral ter cometido um erro de direito ao não examinar se os descontos concedidos pelo regulamento de 2006 são seletivos por apenas beneficiarem certas companhias aéreas

113. A Comissão alega, no essencial, que, mesmo admitindo que o critério estabelecido no acórdão de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), seja pertinente para a apreciação da seletividade de medidas de natureza tarifária como as que estão em causa no caso vertente, o Tribunal Geral deveria ter examinado se o regulamento de 2006 é de natureza seletiva, devido aos diferentes descontos que prevê, na medida em que favorece certas companhias que utilizam o aeroporto de Lübeck em detrimento de outras companhias que utilizam o mesmo aeroporto.

66 — V. acórdão de 14 de janeiro de 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, n.os 59 a 61).

114. Neste contexto, a Comissão afirma que o Tribunal Geral cometeu um erro ao limitar-se a examinar a fundamentação que figura no n.º 279 da decisão controvertida. Considera que os n.os 55 a 66 da mesma decisão descrevem pormenorizadamente o sistema de descontos previsto no regulamento de 2006. A Comissão considera ainda que, contrariamente ao que o Tribunal Geral parece sugerir nos n.os 53 e 55 do acórdão recorrido, o facto de o círculo de beneficiários dos descontos em causa ser aberto, dado esses descontos serem concedidos segundo critérios de aplicação horizontal, não lhe retira o seu caráter seletivo [67].

115. No caso vertente, julgo que o Tribunal Geral não cometeu um erro de direito ao concluir que o quadro de referência pertinente era o das taxas aplicáveis unicamente às companhias aéreas que utilizam o aeroporto de Lübeck.

116. Coloca-se agora a questão de saber se o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao não examinar se o sistema de descontos concedidos ao abrigo do regulamento de 2006 acabava por criar uma diferenciação entre essas companhias.

117. A este respeito, não se pode excluir que uma tabela tarifária seja de natureza seletiva devido aos critérios e aos sistemas de desconto que prevê.

118. Posto isto, importa salientar que, no n.º 279 da decisão controvertida, a Comissão não se baseou neste aspeto para concluir que o regulamento de 2006 tinha caráter seletivo, mas apenas na circunstância de que «as vantagens em causa beneficiam unicamente as companhias aéreas que utilizam o aeroporto de Lübeck». É certo que a problemática dos «abatimentos e descontos» previstos no regulamento de 2006 foi mencionada na decisão controvertida, nomeadamente nos n.os 268 a 277, porém, não no âmbito do exame da seletividade desse regulamento mas apenas na apreciação da existência de uma «vantagem» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

119. Nestas circunstâncias, parece-me que a acusação formulada pela Comissão deve ser julgada inadmissível. Com efeito, no âmbito de um recurso, a competência do Tribunal de Justiça está limitada à apreciação, pelo Tribunal Geral, dos fundamentos debatidos perante si [68].

120. Em qualquer caso, há que observar que a Comissão não provou que o sistema de descontos e abatimentos previstos no regulamento de 2006 e concedidos às companhias aéreas com um número elevado de passageiros — que parece, portanto, basear-se num critério quantitativo usual — não podia ser justificado.

121. Em conclusão, considero que o terceiro fundamento deve ser julgado improcedente.

D – *Quanto ao quarto fundamento, relativo a uma fundamentação deficiente e contraditória*

1. Argumentação das partes

122. A Comissão alega, em primeiro lugar, que o acórdão do Tribunal Geral padece de três vícios de fundamentação. Antes de mais, o Tribunal Geral ignorou um elemento substancial do exame da seletividade, nomeadamente, a determinação do objetivo prosseguido pelo regulamento de 2006. Com efeito, é à luz desse objetivo que se deve apurar quais as empresas que se encontram numa situação factual e jurídica comparável. Depois, o Tribunal Geral não indicou as razões por que a seletividade

67 — A Comissão refere-se aos acórdãos de 13 de fevereiro de 2003, Espanha/Comissão (C-409/00, EU:C:2003:92, n.º 48); de 15 de julho de 2004, Espanha/Comissão (C-501/00, EU:C:2004:438, n.os 118 a 128); e de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.º 50).

68 — V., nomeadamente, acórdão de 10 de julho de 2014, Telefónica e Telefónica de España/Comissão (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, n.º 99 e jurisprudência referida).

do auxílio não decorre, pelo menos, do sistema de descontos previsto no regulamento de 2006. Por último, o acórdão recorrido não indicou os motivos pelos quais o regulamento de 2006 apresentava um caráter não seletivo tão manifesto que impedia a Comissão de dar início ao procedimento formal de investigação.

123. A Comissão considera, em segundo lugar, que o raciocínio do Tribunal Geral é contraditória, uma vez que, primeiro, aplica a jurisprudência relativa à seletividade de medidas fiscais (n.os 51 e 53 do acórdão recorrido) e, depois, conclui que a mesma não é relevante (n.º 57 do acórdão recorrido).

124. A cidade de Lübeck, apoiada pela República Federal da Alemanha e pelo Reino de Espanha, considera que o acórdão recorrido está devidamente fundamentado e conclui que o fundamento deve ser julgado improcedente.

2. Apreciação

125. Não me parece que este fundamento possa ser acolhido.

126. No que se refere, em primeiro lugar, à questão de saber se o Tribunal Geral fundamentou suficientemente o acórdão recorrido quanto à apreciação da seletividade do regulamento de 2006, afigura-se, antes de mais, que o Tribunal Geral identificou implicitamente o objetivo e o contexto da elaboração do regulamento de 2006. Em seguida, importa recordar que o Tribunal Geral não tinha de expor os motivos pelos quais a seletividade do regulamento de 2006 não decorria do sistema de descontos, uma vez que, como já anteriormente referi, essa questão não foi precisamente debatida perante o Tribunal Geral. Por último, considero que o Tribunal Geral também não tinha de explicar as razões por que o erro cometido pela Comissão na apreciação da seletividade da medida controvertida era tão manifesto que devia levar à anulação da decisão controvertida.

127. No que se refere, em segundo lugar, à acusação relativa à fundamentação contraditória da pertinência da jurisprudência em matéria de medidas de natureza fiscal, não vejo nenhuma incoerência entre as considerações apresentadas nos n.os 51 e 53 do acórdão recorrido e a afirmação contida no n.º 57 do referido acórdão.

E – *Quanto ao quinto fundamento, relativo à inobservância do caráter restrito da fiscalização a exercer sobre uma decisão de dar início ao procedimento formal de investigação das medidas de auxílio*

1. Argumentação das partes

128. A Comissão alega que, apesar de ter recordado corretamente, no n.º 42 do acórdão recorrido, que a fiscalização jurisdicional exercida sobre uma decisão de dar início ao procedimento formal de investigação é limitada, o Tribunal Geral ultrapassou os limites dessa fiscalização.

129. Afirma, nomeadamente, que a FL, então concessionária do aeroporto de Lübeck, tinha proposto o regulamento de 2006 com o objetivo de se eximir ao controlo dos auxílios de Estado no que diz respeito à sua política de fixação de preços em relação às companhias aéreas de baixo custo. Ora, a Comissão foi confrontada com uma situação em que um exame preliminar dos factos não lhe permitiu dissipar todas as dúvidas quanto ao caráter seletivo ou não do referido regulamento. Por conseguinte, a Comissão viu-se obrigada a dar início ao procedimento formal de investigação. O acórdão recorrido não contém nenhuma explicação sobre os motivos pelos quais era de tal modo manifesto que o regulamento de 2006 não era seletivo que estava vedada à Comissão a possibilidade de iniciar um procedimento formal de investigação.

130. A cidade de Lübeck, apoiada neste aspeto pela República Federal da Alemanha e pelo Reino de Espanha, conclui que o fundamento deve ser julgado improcedente. Considera que, sendo manifesto o caráter não seletivo da medida controvertida, ou seja, o regulamento de 2006, o Tribunal Geral constatou, com razão, que a decisão controvertida padecia de um erro manifesto de apreciação.

2. Apreciação

131. Também eu não estou convencido de que o Tribunal Geral tenha ultrapassado os limites da fiscalização jurisdicional no que se refere ao início de um procedimento formal de investigação.

132. É certo que não podemos negar que a decisão de dar início a um procedimento formal de investigação se baseia numa análise, necessariamente provisória, dos elementos levados ao conhecimento da Comissão durante a fase preliminar de investigação. Sendo esses elementos, por definição, «fragmentários», a Comissão, no final desta fase preliminar, apenas pode formular suposições quanto à existência ou não de um auxílio e, por conseguinte, quanto ao cumprimento das condições cumulativas enunciadas no artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

133. Tal como o Tribunal de Justiça decidiu reiteradamente, há que distinguir a fase de investigação preliminar dos auxílios instituída pelo artigo 108.º, n.º 3, TFUE, que tem apenas por objetivo permitir à Comissão formar uma primeira opinião sobre a compatibilidade parcial ou total do auxílio, da fase de investigação prevista no artigo 108.º, n.º 2, TFUE, que permite — e, a meu ver, exige — uma análise aprofundada das medidas estatais e tem uma dupla finalidade [69].

134. Tendo em conta a diferença necessária existente entre estas duas fases de investigação das medidas, não é possível submeter a fase preliminar às mesmas exigências jurídicas que se impõem no quadro de um procedimento formal.

135. Por conseguinte, a Comissão pode dar início ao procedimento formal de investigação previsto no artigo 108.º, n.º 2, TFUE, sempre que disponha de elementos suficientes para considerar que uma medida cumpre todas as condições para ser qualificada de «auxílio de Estado» proibido pelo artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

136. Não obstante, não se pode daí concluir que, para justificar a sua decisão de dar início ao procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, TFUE, a Comissão se pode limitar a formular afirmações gerais sobre a reunião das condições exigidas pelo artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Nos termos do artigo 6.º do Regulamento n.º 659/1999, a decisão de dar início a um procedimento formal de investigação incluirá uma apreciação preliminar da Comissão quanto à natureza de auxílio da medida proposta e indicará os elementos que suscitam dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum.

137. Além disso, embora a fiscalização exercida pelo Tribunal Geral sobre a decisão de dar início ao procedimento formal de investigação e, em particular, sobre a questão de saber se, *prima facie*, estavam reunidas as condições estabelecidas no artigo 107.º, n.º 1, TFUE seja limitada à questão de saber se a Comissão não cometeu erros manifestos de apreciação ao considerar que não podia ultrapassar todas as dificuldades quanto à qualificação da medida controvertida de «auxílio de Estado»

69 — V., nomeadamente, acórdãos de 15 de abril de 2008, Nuova Agricast (C-390/06, EU:C:2008:224, n.º 57), e de 21 de julho de 2011, Alcoa Trasformazioni/Comissão (C-194/09 P, EU:C:2011:497, n.º 57). Quanto à diferença entre a fase de análise preliminar e a fase formal, v., por último, as minhas conclusões no processo Club Hotel Loutraki e o./Comissão (C-131/15 P, EU:C:2016:617, n.ºs 25 a 27).

no decurso da primeira investigação da medida em causa [70], essa fiscalização deve, no entanto, ser efetiva. Com efeito, importa recordar, no seguimento das considerações formuladas no âmbito do segundo fundamento, que as decisões de dar início à investigação preliminar podem ter efeitos jurídicos específicos e significativos para as partes afetadas.

138. Ora, ao limitar-se, no n.º 279 da decisão controvertida, a indicar que «as vantagens [decorrentes do regulamento de 2006] são concedidas unicamente às companhias aéreas que utilizam o aeroporto de Lübeck [e são, portanto,] seletivas na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE», a Comissão não especificou que regulamento de caráter geral pretendia o regulamento de 2006 derrogar. Assim sendo, a Comissão não definiu o quadro de referência pertinente e, por isso, cometeu um erro manifesto na sua apreciação da medida controvertida, que, em meu entender, não tem nada a ver com a existência de apreciações económicas complexas.

139. A este respeito, não se pode validamente alegar que o Tribunal Geral não deveria ter limitado o seu exame à apreciação contida no n.º 279 da decisão controvertida, mas deveria ter levado em conta a descrição do sistema de descontos que figura nos n.ºs 268 a 274 desta mesma decisão, uma vez que estes últimos números se referem à identificação de uma alegada vantagem decorrente do regulamento de 2006 e não à seletividade deste último.

140. Por conseguinte, em minha opinião, o Tribunal Geral, sem cometer um erro manifesto de apreciação, concluiu que a Comissão não tinha exposto suficientemente os motivos pelos quais não pôde indicar, na fase de investigação preliminar, as razões por que o regulamento de 2006 era seletivo, de modo que tinha de, ou, pelo menos, podia, dar início ao procedimento formal de investigação.

V – **Conclusão**

141. Tendo em conta todas as considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça negue provimento ao presente recurso e condene a Comissão Europeia nas suas despesas e nas despesas da Hansestadt Lübeck. A República Federal da Alemanha e o Reino de Espanha suportarão as suas próprias despesas.

70 — V., nomeadamente, acórdão de 21 de julho de 2011 Alcoa Trasformazioni/Comissão (C-194/09 P, EU:C:2011:497, n.º 61).