CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL NIILO JÄÄSKINEN apresentadas em 25 de Novembro de 2010 [1]

1. Pelo seu recurso, a Comissão das Comunidades Europeias pede a anulação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, de 10 de Dezembro de 2008, Kronoply e Kronotex/Comissão (T-388/02, a seguir «acórdão recorrido»), pelo qual este declarou admissível o recurso de anulação interposto pela Kronoply GmbH & Co. KG (a seguir «Kronoply») e pela Kronotex GmbH & Co. KG (a seguir «Kronotex») da Decisão C(2002) 2018 final da Comissão, de 19 de Junho de 2002, de não levantar objecções ao auxílio concedido pelas autoridades alemãs à Zellstoff Stendal GmbH para a construção de uma fábrica de pasta de papel (a seguir «decisão controvertida»). A Comissão pede igualmente que o recurso de anulação da referida decisão controvertida, interposto perante o Tribunal de Primeira Instância, seja declarado inadmissível.

2. No âmbito do presente processo, a Comissão convida o Tribunal de Justiça a afastar-se da jurisprudência actual, dita «Cook e Matra» [2], relativa às condições de admissibilidade dos recursos interpostos das decisões adoptadas pela Comissão no âmbito do procedimento de controlo dos auxílios de Estado nos termos do artigo 88.º, n.º 3, CE [3].

3. A este respeito, embora sendo favorável à protecção eficaz dos direitos processuais das partes interessadas, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, proponho ao Tribunal de Justiça que precise a jurisprudência Cook e Matra, com o objectivo de clarificar o processo, respondendo a um imperativo de segurança jurídica que preside à administração da justiça.

1 — Língua original: francês.

2 — Acórdãos de 19 de Maio de 1993, Cook/Comissão (C-198/91, Colect., p. I-2487); de 15 de Junho de 1993, Matra/Comissão (C-225/91, Colect., p. I-3203); e de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France (C-367/95 P, Colect., p. I-1719).

3 — Na medida em que o acórdão recorrido foi proferido em 10 de Dezembro de 2008, as referências às disposições do Tratado CE seguem a numeração aplicável antes da entrada em vigor do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

I — Factos, tramitação processual e decisão controvertida

A — *Antecedentes do litígio e decisão controvertida*

4. A Kronoply e a Kronotex, sociedades de direito alemão, fabricam materiais derivados da madeira nas suas unidades de produção localizadas em Heiligengrabe, no *Land* de Brandebourg (Alemanha).

5. Por carta de 9 de Abril de 2002, as autoridades alemãs notificaram a Comissão de um projecto de auxílios de Estado à Zellstoff Stendal GmbH (a seguir «ZSG»), destinado a financiar a construção de uma instalação de produção de pasta de papel de elevada qualidade, bem como a criação de uma empresa de abastecimento em madeira e de uma empresa de logística em Arnebourg, no *Land* de Saxe-Anhalt (Alemanha).

6. Por carta de 19 de Junho de 2002, a Comissão adoptou a decisão controvertida. Em 28 de Setembro de 2002, nos termos do artigo 26.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93° do Tratado CE (JO L 83, p. 1), a Comissão publicou no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* uma comunicação sucinta referindo a decisão controvertida [4].

7. Tendo em conta a inexistência de excesso de capacidade neste sector e o número de empregos directos (580 empregos directos na fábrica de pasta) e indirectos (cerca de 1 000 empregos indirectos na região em causa ou nas zonas vizinhas) criados, a Comissão decidiu autorizar as medidas notificadas que consistiram num empréstimo não reembolsável, num benefício fiscal ao investimento e numa caução.

B — *Quanto ao acórdão recorrido*

8. Por petição entrada na Secretaria em 23 de Dezembro de 2002, a Kronoply e a Kronotex submeteram ao Tribunal de Primeira Instância um recurso de anulação da decisão controvertida.

9. Por requerimento separado, entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 25 de Fevereiro de 2003, a Comissão suscitou uma excepção de inadmissibilidade, baseada em dois fundamentos, relativos, em primeiro lugar, ao carácter extemporâneo do recurso e, em segundo lugar, à ausência de legitimidade processual das recorrentes. Por despacho de 14 de Junho de 2005, o Tribunal decidiu apensar a excepção de inadmissibilidade ao processo.

10. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância negou provimento à excepção de inadmissibilidade relativa ao carácter extemporâneo do recurso, mas acolheu o fundamento relativo à ausência de legitimidade das sociedades recorrentes para contestar a procedência da decisão controvertida. Em

4 — JO C 232, p. 2.

contrapartida, declarou admissível o pedido das recorrentes visando salvaguardar garantias processuais, apesar de o ter julgado improcedente.

11. Em primeiro lugar, o Tribunal de Primeira Instância evidenciou, nos n.os 57 a 59 do acórdão recorrido, a distinção, no controlo da compatibilidade de um auxílio de Estado com o mercado comum pela Comissão, entre a fase preliminar de investigação e o procedimento formal de exame. Em segundo lugar, nos n.os 60 e 61 do referido acórdão, o Tribunal apoiou-se na jurisprudência segundo a qual o recurso de um interessado, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, contra a decisão da Comissão de não suscitar objecções no termo da fase preliminar, deve ser declarado admissível na medida em que visa salvaguardar garantias processuais decorrentes desta disposição.

12. Em contrapartida, tendo especificado, no n.º 62 do acórdão recorrido, que, quando se trata de pôr em causa a justeza da decisão controvertida, um recorrente deve demonstrar o seu estatuto particular na acepção da jurisprudência Plaumann/Comissão [5], o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 63 do mesmo acórdão, entendeu que, com o seu recurso, as recorrentes punham simultaneamente em causa a recusa da Comissão em dar início ao procedimento formal de exame e a justeza da decisão controvertida. Assim, procedeu à análise da legitimidade processual das recorrentes.

5 — Acórdão de 15 de Julho de 1963 (25/62, Colect. 1962-1964, p. 279).

13. No que respeita à legitimidade para contestar a justeza da decisão controvertida, o Tribunal rejeitou a legitimidade das recorrentes na medida em que estas não provaram que dispunham de um estatuto particular na acepção do acórdão Plaumann/Comissão, já referido, tendo, consequentemente, declarado inadmissível esta parte do recurso, nos n.os 64 a 69 do acórdão recorrido.

14. Quanto à legitimidade para salvaguardar garantias processuais o Tribunal de Primeira Instância considerou no n.º 77 do acórdão recorrido, que as recorrentes fizeram prova bastante de uma relação de concorrência e do risco de verem afectada a sua posição no mercado para poder considerá-las partes interessadas na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, e, consequentemente, declarou o recurso admissível na medida em que tinham como objectivo a defesa dos seus direitos processuais.

15. Com este fundamento, o Tribunal de Primeira Instância procedeu ao exame de cada fundamento invocado pelas recorrentes.

16. Tendo sublinhado, no n.º 80 do acórdão recorrido, que só o segundo fundamento incidia sobre a ausência de início do procedimento formal de exame, o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 81 a 83 do referido acórdão, entendeu que, ainda que, por força da jurisprudência, não lhe incumbisse interpretar os fundamentos exclusivamente destinados a pôr em causa a justeza da decisão como visando, na realidade, salvaguardar direitos processuais, podia verificar se argumentos quanto ao mérito não incluíam elementos em apoio de um fundamento que defendia a

existência de dificuldades sérias que deviam justificar a abertura do processo referido no artigo 88.º, n.º 2, CE. Consequentemente, declarou admissíveis o primeiro e o segundo fundamentos, e inadmissível o terceiro fundamento. Finalmente, o Tribunal de Primeira Instância considerou adequado que a Comissão não tenha dado início ao procedimento formal de investigação.

II — Quanto ao recurso principal

A — *Quanto ao recurso da Comissão*

17. Em apoio do seu recurso, a Comissão invoca três fundamentos.

18. Com o seu primeiro fundamento, relativo à violação dos artigos 88.º CE e 230.º, quarto parágrafo, CE, a Comissão acusa o Tribunal de Primeira Instância de se ter baseado numa jurisprudência contrária aos referidos artigos do Tratado. Consequentemente, o Tribunal construiu, erradamente o seu raciocínio com base no princípio apresentado no n.º 60 do acórdão recorrido, segundo o qual, quando, sem iniciar o procedimento formal de exame, a Comissão constata a compatibilidade de um auxílio numa decisão adoptada com fundamento no artigo 88.º, n.º 3, CE, as garantias processuais previstas no artigo 88.º, n.º 2, CE só são relevantes se os seus beneficiários tiverem a possibilidade de contestar esta decisão perante o juiz comunitário [6].

19. Com o seu segundo fundamento, relativo à contradição de argumentos na interpretação dos fundamentos das recorrentes, a Comissão critica a abordagem do Tribunal de Primeira Instância que, segundo ela, levou ao esbatimento da diferença entre os fundamentos relativos aos direitos processuais e os fundamentos relativos ao mérito, reservados unicamente aos interessados cujos direitos são sensivelmente afectados por uma decisão da Comissão. A interpretação efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.ºs 82 e 83 do acórdão recorrido amplia, assim, o conceito de legitimidade.

20. Com o seu terceiro fundamento, relativo a um erro de direito na interpretação do conceito de parte interessada, a Comissão acusa o Tribunal de se ter afastado da prática habitual ao considerar que devia ser reconhecido o estatuto de interessados na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE aos concorrentes do beneficiário de um auxílio no único mercado de abastecimento em matérias-primas.

6 — A Comissão refere-se à jurisprudência Cook e Matra, bem como ao acórdão Comissão/Sytraval e Brink's France, já referido, e critica o n.º 60 do acórdão recorrido.

III — Quanto à resposta da ZSG

21. No seu recurso, a Comissão é apoiada pela ZSG, que apresentou uma contestação em 23 de Fevereiro de 2009, desenvolvendo uma argumentação própria, ainda que maioritariamente coincidente com os argumentos da Comissão.

22. A ZSG pede ao Tribunal de Justiça, em primeiro lugar, que anule o acórdão recorrido na medida em que declara admissível o recurso da Kronoply e da Kronotex, e, em segundo lugar, que declare inadmissível na sua totalidade o recurso de anulação da Kronoply e da Kronotex.

23. Observo que a ZSG indica expressamente na sua resposta que se limita a emitir algumas reflexões complementares sobre os principais fundamentos invocados pela Comissão. Por conseguinte, incumbe ao Tribunal de Justiça identificar os argumentos apresentados pela ZSG susceptíveis de constituir fundamentos constitutivos de um recurso subordinado.

24. A este respeito, recordo que, segundo jurisprudência constante, decorre do artigo 56.º, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, que os intervenientes no Tribunal Geral são considerados partes nesse órgão jurisdicional. Deste modo, quando o acórdão do Tribunal Geral é objecto de recurso, o artigo 115.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça é-lhes aplicável, o que os dispensa de apresentar novo pedido de intervenção no Tribunal de Justiça nos termos dos artigos 93.º e 123.º do referido Regulamento de Processo [7].

25. Assim, o artigo 40.º, quarto parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia não se opõe a que o interveniente apresente argumentos diferentes dos da parte que apoia, desde que vise apoiar os pedidos dessa parte [8]. Com efeito, uma parte interveniente que beneficie do direito de apresentar uma resposta, nos termos do artigo 115.º do Regulamento de Processo, deve, na falta de uma limitação expressa, poder suscitar fundamentos relacionados com qualquer questão de direito que constitua o fundamento do acórdão recorrido [9].

26. Por conseguinte, nada se opõe à qualificação de certos argumentos da ZSG como fundamentos de um recurso subordinado.

IV — Observações gerais sobre a natureza do direito atribuído aos interessados ao abrigo do artigo 88.º, n.º 2, CE

27. Antes de analisar os fundamentos invocados no recurso, gostaria de recordar algumas regras pertinentes do sistema de controlo dos auxílios de Estado instituído pelo Tratado CE.

7 — Acórdão de 11 de Fevereiro de 1999, Antillean Rice Mills e o./Comissão (C-390/95 P, Colect., p. I-769, n.º 20).

8 — Acórdão de 8 de Julho de 1999, Chemie Linz/Comissão (C-245/92 P, Colect., p. I-4643).

9 — Acórdão Antillean Rice Mills e o./Comissão, já referido (n.os 21 e 22).

28. O artigo 88.º CE prevê um procedimento especial que estabelece o exame permanente e o controlo dos auxílios de Estado pela Comissão. Os novos auxílios, que os Estados-Membros tenham a intenção de instituir, estão sujeitos a um procedimento prévio sem o qual nenhum auxílio pode ser considerado regularmente instaurado. Por força do artigo 88.º, n.º 3, primeiro período, CE, os projectos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios devem ser notificados à Comissão antes da sua concretização. Esta procede então a um primeiro exame dos projectos de auxílio. Se, no termo desse exame, se lhe afigurar que um projecto não é compatível com o mercado comum, deve sem demora dar início ao procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 2, primeiro parágrafo, CE [10].

29. Tal como observou o advogado-geral P. Mengozzi no processo British Aggregates/Comissão, as decisões tomadas sem que se tenha iniciado um processo formal de investigação são actos criados no final de um exame sumário, conduzido num curto período de tempo e, para mais, no âmbito de um diálogo exclusivo entre a Comissão e o Estado-Membro interessado. Foi intenção do legislador que, através desses actos, se permita que a Comissão evite a morosidade de um processo completo nos casos em que já se manifeste *prima facie* a inexistência de um auxílio ou a sua compatibilidade com o mercado comum [11].

30. Cumpre sublinhar que, na sua apreciação, a Comissão tem o dever de respeitar as exigências relativas, em primeiro lugar, à limitação do seu poder de se pronunciar sobre a compatibilidade de um auxílio apenas às medidas que não suscitam dificuldades sérias, de modo que este critério reveste carácter exclusivo [12]. Em segundo lugar, quando se depare com dificuldades sérias, a Comissão não goza, a este respeito, de qualquer poder discricionário no que toca à decisão de dar início ao procedimento formal de exame [13]. Em terceiro lugar, o conceito de dificuldades sérias assume carácter objectivo [14].

31. Assim, segundo jurisprudência constante, a Comissão só se pode portanto limitar à fase preliminar do n.º 3 do artigo 88.º CE para adoptar uma decisão favorável a um auxílio se tiver a convicção, no termo de um primeiro exame, de que esse auxílio é compatível com o Tratado. Pelo contrário, se esse primeiro exame a tiver levado à convicção oposta, ou

10 — Acórdão Comissão/Sytraval e Brink's France, já referido (n.os 35 e 36).

11 — Conclusões do advogado-geral P. Mengozzi no processo que deu origem ao acórdão de 22 de Dezembro de 2008 (C-487/06 P, Colect., p. I-10505, n.º 74).

12 — Segundo a jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância, a Comissão não se pode recusar a dar início ao procedimento formal de exame invocando outras circunstâncias, como o interesse de terceiros, considerações de economia processual ou qualquer outra razão de conveniência administrativa (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Março de 2001, Prayon-Rupel/Comissão (T-73/98, Colect., p. II-867, n.º 44).

13 — Acórdão Prayon-Rupel/Comissão, já referido (n.os 45).

14 — V. acórdão de 2 de Abril de 2009, Bouygues e Bouygues Télécom/Comissão (C-431/07 P, Colect., p. I-2665, n.os 61 e 63).

não tiver permitido ultrapassar todas as dificuldades suscitadas pela apreciação da compatibilidade desse auxílio com o mercado comum, a Comissão tem o dever de obter todos os pareceres necessários e dar início, para o efeito, ao procedimento do artigo 88.º, n.º 2, CE [15].

32. É apenas no âmbito deste procedimento, que se destina a permitir que a Comissão tenha uma informação completa sobre todos os dados do caso, que o Tratado CE prevê a obrigação de a Comissão dar aos interessados a oportunidade de apresentarem as suas observações [16].

33. A este respeito, sublinho que a natureza do direito de apresentar observações conferido pelo artigo 88.º, n.º 2, CE não pode ser confundida com a do direito de audição, interpretado como direito da defesa propriamente dito.

34. Assim, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta») ordena, entre os elementos essenciais do princípio de boa administração, o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de, a seu respeito, ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram e a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões [17].

35. Com efeito, o direito de audição, em qualquer processo susceptível de culminar num acto que afecte uma determinada pessoa, constitui um princípio fundamental de direito comunitário que deve ser garantido, mesmo na falta de regulamentação relativa ao procedimento [18].

36. Ora, na medida em que o único destinatário da decisão da Comissão adoptada nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE é um Estado-Membro [19], o referido princípio deve ser interpretado restritivamente para efeitos da sua aplicação no âmbito do procedimento formal de investigação pela Comissão.

37. Cabe, de facto, sublinhar que, ainda que o artigo 88.º, n.º 2, CE habilite os interessados

15 — V., designadamente, acórdãos de 20 de Março de 1984, Alemanha/Comissão (84/82, Recueil, p. 1451, n.º 13); Comissão/Sytraval e Brink's France, já referido (n.º 39); de 17 de Julho de 2008, Athinaïki Techniki/Comissão (C-521/06 P, Colect., p. I-5829, n.º 34); Bouygues e Bouygues Télécom/Comissão, já referido (n.º 61); Prayon-Rupel/Comissão, já referido (n.º 42); e do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1995, SIDE/Comissão (T-49/93, Colect., p. II-2501, n.º 58).

16 — Acórdãos Cook/Comissão, já referido (n.º 22); Matra/Comissão, já referido (n.º 16); de 13 de Dezembro de 2005, Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum (C-78/03 P, Colect., p. I-10737, n.º 34); e Athinaïki Techniki/Comissão, já referido (n.ºs 34 e 35 e jurisprudência aí referida).

17 — Carta proclamada em Nice, em 7 de Dezembro de 2000 (JO C 364, p. 1). Nos termos do artigo 41.º, n.º 1, da Carta, intitulado «Direito a uma boa administração»: «Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável».

18 — Acórdãos de 24 de Outubro de 1996, Comissão/Lisrestal e o. (C-32/95 P, Colect., p. I-5373, n.º 21), e de 29 de Junho de 2010, Comissão/Alrosa (C-441/07 P, Colect., p. I-5949).

19 — A título exemplificativo, v. n.º 81 das conclusões do advogado-geral Y. Bot no processo Alemanha e o./Kronofrance (acórdão de 11 de Setembro de 2008, C-75/05 P e C-80/05 P, Colect., p. I-6619).

a apresentarem as suas observações, esta disposição é interpretada na jurisprudência no sentido de que os interessados gozam exclusivamente do direito de ser associados ao procedimento administrativo na medida adequada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto [20].

38. No presente processo, em minha opinião, é essencial sublinhar que o artigo 88.º, n.º 2, CE, abrange apenas o direito de apresentar observações e não os direitos da defesa [21].

39. Decorre claramente da jurisprudência que os interessados para além do Estado-Membro responsável pela atribuição do auxílio não podem exigir a participação num debate contraditório com a Comissão, como o que é aberto a favor do referido Estado-Membro [22]. Tal como o Tribunal de Justiça decidiu no acórdão SFEI e o., «[p]or um lado, a obrigação de notificação e a proibição prévia de execução dos projectos de auxílio previstas no artigo 93.º, n.º 3, são dirigidas ao Estado-Membro. Por outro, o Estado-Membro é também o destinatário da decisão pela qual a Comissão declara a incompatibilidade de um auxílio e o convida a suprimi-lo no prazo que fixar» [23].

40. Com efeito, há que ter em atenção que o procedimento de controlo dos auxílios de Estado é de natureza administrativa, desprovido de elementos *quasi* jurisdicionais.

V — Quanto ao primeiro fundamento do recurso

A — *Argumentação da Comissão*

41. Com o seu primeiro fundamento, a Comissão alega que o Tribunal de Primeira Instância, no âmbito da sua apreciação da legitimidade processual dos recorrentes, se baseou numa jurisprudência contrária aos artigos 88.º CE e 230.º, quarto parágrafo, CE, na medida em que dá acesso ao Tribunal de Justiça a recorrentes que, ainda que sem preencherem as condições de admissibilidade

20 — Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 25 de Junho de 1998, British Airways e o./Comissão (T-371/94 e T-394/94, Colect., p. II-2405, n.º 60); de 6 de Março de 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão (T-228/99 e T-233/99, Colect., p. II-435, n.º 125); de 12 de Setembro de 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comissão (T-68/03, Colect., p. II-2911, n.º 42); e de 26 de Junho de 2008, SIC/Comissão (T-442/03, Colect., p. II-1161, n.ºs 222 a 225).

21 — V., designadamente, acórdão Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comissão, já referido (n.º 43). Contrariamente aos interessados, no âmbito deste processo, o Estado-Membro goza de direitos da defesa plenos que lhe são próprios e cuja violação pode justificar a anulação da decisão da Comissão, se se provar que, na ausência desta irregularidade, o processo podia ter tido um resultado diferente. V. n.ºs 53 a 56 das conclusões do advogado-geral P. Mengozzi no processo Comissão/Scott (acórdão de 2 de Setembro de 2010, C-290/07 P, Colect., p. I-7763).

22 — Acórdãos Comissão/Sytraval e Brink's France, já referido (n.º 59); de 24 de Setembro de 2002, Falck e Acciaierie di Bolzano/Comissão (C-74/00 P e C-75/00 P, Colect., p. I-7869, n.º 82); e do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Julho de 2010, ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni/Comissão (T-62/08, Colect., p. II-3229, n.º 162).

23 — Acórdão de 11 de Julho de 1996 (C-39/94, Colect., p. I-3547, n.º 73).

estabelecidas pelo artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, contestam uma decisão adoptada ao abrigo do artigo 88.º CE, invocando a salvaguarda de direitos processuais alegadamente previstos no n.º 2 deste último artigo.

42. Após ter destacado a diferença entre os procedimentos previstos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 88.º CE, a Comissão especifica que as partes interessadas só têm a possibilidade de invocar os seus argumentos nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE.

43. Além disso, segundo a Comissão, à luz do Tratado, não seria, em caso algum, necessário estabelecer uma protecção jurídica especial que justificasse uma derrogação do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, para dar resposta ao princípio da legalidade da acção da Comissão e garantir uma protecção jurisdicional completa no caso de adopção de uma decisão de compatibilidade sem iniciar o procedimento formal de investigação. Com efeito, ao demonstrar o nexo de causalidade entre a omissão da Comissão (não abertura do procedimento formal de investigação) e a alegada ilegalidade da sua decisão, o controlo jurisdicional desta decisão é garantido desde que o recorrente preencha as referidas condições de admissibilidade.

44. Finalmente, na opinião da Comissão, resulta do acórdão recorrido, designadamente do seu n.º 70, que o Tribunal de Primeira Instância defende uma tese segundo a qual a legitimidade processual para salvaguardar os direitos processuais não exige que a decisão controvertida diga individual e directamente respeito ao recorrente. Para poder defender essa posição, é necessário provar que o artigo 88.º, n.º 2, CE não consagra unicamente uma obrigação jurídica da Comissão, mas cria também um direito para os interessados.

45. Ora, por um lado, o artigo 88.º, n.º 2, CE seria uma disposição administrativa que regula o procedimento específico dos auxílios de Estado e não as condições de acesso ao Tribunal de Justiça. Por outro lado, dado que o legislador comunitário fixou explicitamente as condições de admissibilidade no artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, seria absurdo considerar que pretendeu derrogá-lo implicitamente através do artigo 88.º CE.

B — *Admissibilidade dos recursos em matéria de auxílios de Estado e introdução da solução Cook e Matra*

46. A título preliminar [24], basta recordar que, em conformidade com o artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, qualquer pessoa singular ou colectiva só pode interpor um recurso contra uma decisão de que outra pessoa seja

24 — Observo que as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa não tiveram impacto na apreciação do processo em causa.

destinatária se a referida decisão lhe disser directa e individualmente respeito [25].

47. No que respeita à primeira condição assim apresentada, segundo jurisprudência constante, o facto de um particular ser directamente afectado exige que a medida comunitária em causa produza efeitos directos na situação jurídica do referido particular e que não deixe qualquer poder de apreciação aos destinatários dessa medida encarregados da sua implementação, já que esta é de carácter puramente automático e decorre apenas da regulamentação comunitária, sem aplicação de outras regras intermediárias [26].

48. Quanto à segunda condição prevista no artigo 230.º CE, o alcance do conceito «individualmente» em causa foi definido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Plaumann/Comissão [27], do qual resulta que qualquer pessoa singular ou colectiva que não o destinatário da decisão impugnada só pode ser individualmente atingida se a disposição litigiosa lhe disser respeito em razão de determinadas qualidades que lhe são particulares ou de uma situação de facto que a caracterize em relação a qualquer outra pessoa [28].

49. É facto assente que, no âmbito dos auxílios de Estado, o Tribunal de Justiça estabeleceu soluções específicas relativas à admissibilidade dos recursos de terceiros, com o intuito de responder à especificidade do procedimento aplicável neste domínio. Em geral, na matéria, as condições de admissibilidade diferem consoante a decisão impugnada for adoptada no termo da fase preliminar ou no termo da fase formal de investigação.

50. No que respeita aos recursos que visam anular a decisão da Comissão de não iniciar o procedimento formal de investigação, a abordagem do Tribunal de Justiça, qualificada pela doutrina como liberal, centra-se na protecção dos direitos processuais das partes interessadas na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, ou seja, as partes que tinham a possibilidade de apresentar observações no âmbito do processo iniciado nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE mas que foram privadas desta possibilidade em razão da decisão definitiva adoptada pela Comissão nos termos do artigo 88.º, n.º 3, CE.

51. No acórdão Cook/Comissão [29], segundo a proposta do advogado-geral G. Tesauro [30], em

25 — Acórdão de 17 de Setembro de 2009, Comissão/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07 P, Colect., p. I-8495, n.os 47 a 54).

26 — Acórdãos de 5 de Maio de 1998, Dreyfus/Comissão (C-386/96 P, Colect., p. I-2309, n.º 43 e jurisprudência aí referida), e Comissão/Koninklijke FrieslandCampina, já referido (n.os 47 a 54).

27 — Acórdão já referido, confirmado depois por jurisprudência constante. V. acórdãos de 19 de Outubro de 2000, Italie e Sardegna Lines/Comissão (C-15/98 e C-105/99, Colect., p. I-8855, n.º 33 e jurisprudência aí referida), e Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, já referido (n.º 33).

28 — Acórdão de 22 de Junho de 2006, Bélgica e Forum 187/Comissão (C-182/03 e C-217/03, Colect., p. I-5479, n.º 59).

29 — Acórdão já referido.

30 — Conclusões do advogado-geral G. Tesauro neste processo Cook/Comissão.

lugar de recorrer aos critérios estabelecidos no acórdão Cofaz e o./Comissão [31], o Tribunal de Justiça declarou admissível o recurso de um concorrente, ao elevar o conceito de terceiro interessado na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE ao nível de regra jurisprudencial aplicável no contexto da decisão adoptada nos termos do artigo 88.º, n.º 3, CE, e reafirmou esta posição um mês depois, no acórdão Matra/Comissão [32].

52. Em virtude da jurisprudência Cook e Matra, sempre que, sem iniciar o procedimento do n.º 2 do artigo 93.º, do Tratado CEE (actual artigo 88.º, n.º 2, CE), a Comissão conclui, com base no n.º 3 do mesmo artigo, que a medida notificada não constitui um auxílio de Estado ou um auxílio incompatível com o mercado comum, as pessoas, empresas ou associações eventualmente afectadas nos seus interesses pela concessão do auxílio, nomeadamente as empresas concorrentes e as organizações profissionais, que, enquanto partes interessadas, são beneficiários de garantias processuais quando é iniciado o procedimento do artigo 88.º, n.º 2, CE, devem ter legitimidade para intentar um recurso de anulação da decisão que procede a essa declaração.

53. A admissibilidade do recurso, de acordo com a doutrina Cook e Matra, depende, assim, da natureza dos fundamentos, por um lado, e da qualidade do recorrente, por outro. As condições de admissibilidade estão reunidas quando se estabelece uma distinção entre as partes que contestam o mérito da decisão da Comissão e as partes que invocam a protecção dos seus direitos processuais. Na sequência do acórdão Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, esta distinção muita clara determina o controlo aplicável [33].

54. A solução adoptada pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos, já referidos, Cook/Comissão e Matra/Comissão não é unânime na doutrina e é útil recordar aqui os principais elementos do debate que suscita [34].

55. Alguns referem que, no acórdão Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, já referido, o Tribunal de Justiça vai além das sugestões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Unión de Pequeños Agricultores/Conselho [35] para facilitar as condições de acesso das pessoas singulares e colectivas ao Tribunal de Justiça [36].

31 — Controlo que estabelece o critério, em relação a uma parte, «ser substancialmente afectada» pela medida. V. acórdão de 28 de Janeiro de 1986 (169/84, Recueil, p. 391).

32 — Acórdão já referido.

33 — Acórdão já referido, no qual o Tribunal de Justiça procurou explicitar a solução Cook e Matra.

34 — Para um comentário geral, v. Winter, J., «The rights of complainants in State aid cases: judicial review of Commission decisions adopted under article 88 (ex 93) EC», *Common Market Law Review*, 1999, n.º 36.

35 — Acórdão de 25 de Julho de 2002 (C-50/00 P, Colect., p. I-6677).

36 — V. Honoré, M., «The standing of third parties in State aid cases: the lessons to be drawn from the judgement case C-78/03 P, Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum v. Commission», *European state aid law quarterly*, EStAL, vol. 5 (2006), n.º 2, pp. 269 a 284, em particular, p. 274.

56. Com efeito, na sequência dos acórdãos Cook/Comissão e Matra/Comissão, já referidos, o conjunto das pessoas com legitimidade para impugnar a decisão da Comissão é mais vasto do que o das com legitimidade para contestar o acto em causa ao abrigo do artigo 88.º, n.º 2, CE. Assim, todas as partes interessadas na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE são consideradas como «individualmente afectadas» pela decisão da Comissão de não iniciar o procedimento formal de exame [37]. O Tribunal de Primeira Instância afirmou mesmo claramente que o próprio facto de as partes terem tido a possibilidade de invocar os seus argumentos logo durante o procedimento preliminar de exame, ao abrigo do artigo 88.º, n.º 3, CE, não as deve privar do direito ao respeito da garantia processual que lhes é expressamente conferido pelo artigo 88.º, n.º 2, CE [38].

57. Ora, é facto assente que, no âmbito da decisão adoptada nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE, o simples facto de as recorrentes poderem ser consideradas partes «interessadas» não pode bastar para admitir a admissibilidade do recurso porque isso, por si só, não lhes confere legitimidade. Em contrapartida, uma vez que contestam a decisão da Comissão que conclui o procedimento de exame, as partes devem dispor de um estatuto particular em conformidade com a jurisprudência Plaumann/Comissão, já referida, incluindo designadamente a prova da afectação substancial da sua posição concorrencial por um auxílio autorizado na decisão da Comissão.

58. Daqui decorre que, na fase actual da jurisprudência, as recorrentes têm legitimidade processual na medida em que visem obter o respeito dos direitos processuais decorrentes do artigo 88.º, n.º 2, CE, não tendo que demonstrar que a sua posição no mercado em causa seria substancialmente afectada pela adopção da decisão controvertida [39].

59. Diversos advogados-gerais já emitiram sérias críticas quanto às consequências da jurisprudência Cook e Matra.

60. Assim, o advogado-geral F. G. Jacobs qualificou a jurisprudência resultante dos acórdãos, já referidos, Cook/Comissão e Matra/Comissão insatisfatória, complexa e como sendo aparentemente ilógica e incoerente [40]. Sublinhando a confusão que consiste em equiparar o critério da legitimidade do artigo 88°, n.º 2, CE, ao do artigo 88°, n.º 3, CE,

37 — V., a título exemplificativo, acórdãos já referidos, Comissão/Sytraval e Brink's France (n.º 41); Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum (n.º 35); e British Aggregates/Comissão (n.º 28). V. acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Março de 2001, Hamburger Hafen- und Lagerhaus e o./Comissão (T-69/96, Colect., p. II-1037, n.º 37), e de 13 de Janeiro de 2004, Thermenhotel Stoiser Franz e o./Comissão (T-158/99, Colect., p. II-1, n.º 73).

38 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Fevereiro de 2008, BUPA e o./Comissão (T-289/03, Colect., p. II-81, n.º 76).

39 — V. acórdão Alemanha e o./Kronofrance, já referido (n.º 44).

40 — Conclusões no processo Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, já referido (n.º 138).

também pôs em causa a própria existência da derrogação ao artigo 230°, quarto parágrafo, CE. Consequentemente, propôs que se aplique, em todos os casos em que o recorrente impugna uma decisão tomada ao abrigo do artigo 88°, n.º 3, CE, o critério do interesse directo e individual, independentemente dos fundamentos em que assenta o recurso, interpretando o critério do interesse individual menos restritamente do que no acórdão Plaumann/Comissão, já referido [41].

61. Tendo em conta a natureza dos actos adoptados nos termos do artigo 88°, n.º 3, CE, o advogado-geral P. Mengozzi [42] por sua vez, perguntou-se se não seria mais oportuno que a fiscalização desses actos por parte do juiz comunitário fosse limitada em cada situação, e isto independentemente do fundamento da legitimidade processual, à verificação do preenchimento das condições que legitimam a não abertura do processo formal de investigação, ou seja, à constatação da inexistência de dúvidas sérias sobre o facto de que a medida não constitui um auxílio ou sobre o facto de que ela é compatível com o mercado comum. A pronúncia sobre «questões de mérito» seria remetida, em caso de anulação, para o exame do recurso eventualmente interposto da decisão definitiva da Comissão no final do procedimento referido.

62. A distinção efectuada pelo juiz comunitário no que respeita às condições de admissibilidade dos recursos interpostos contra uma decisão adoptada com fundamento no artigo 88.º, n.º 3, CE levou também o advogado-geral Y. Bot a emitir críticas [43]. Segundo este último, a jurisprudência Cook e Matra conduz, em última instância, a limitar os direitos reconhecidos às partes interessadas, no âmbito do procedimento de fiscalização dos auxílios de Estado. Tendo sublinhado o carácter artificial da construção jurisprudencial em vigor, o advogado-geral Y. Bot salientou que o objectivo que o recorrente prossegue é idêntico quer alegue a salvaguarda dos seus direitos processuais quer conteste a justeza da decisão de apreciação do auxílio, visto que pretende que seja dado início à fase do procedimento formal. Em consequência, pediu ao Tribunal de Justiça que admita que, quando uma pessoa contesta a justeza da decisão que a Comissão adoptou no final do exame preliminar, essa mesma pessoa põe necessariamente em causa a não abertura do procedimento formal de investigação e visa, por conseguinte, obter a defesa dos seus direitos processuais [44].

63. Finalmente, o processo 3F/Comissão [45] suscitou por parte da advogada-geral E. Sharpston comentários de recusa de uma abordagem formalista que penalizaria um recorrente que tivesse colocado

41 — *Ibidem* (n.os 139 e 141).

42 — V. conclusões no processo British Aggregates/Comissão, já referidas (n.º 75).

43 — Conclusões no processo Alemanha e o./Kronofrance, já referido (n.os 106 e 109).

44 — *Ibidem* (n.os 104 e segs.).

45 — Conclusões da advogada-geral E. Sharpston neste processo (acórdão de 9 de Julho de 2009, C-319/07 P, Colect., p. I-5963, n.os 39 a 43).

observações auxiliares sobre o teor das medidas contestadas.

C — *Quanto à validade da jurisprudência Cook e Matra*

64. Em primeiro lugar, em minha opinião, cumpre partir de uma premissa segundo a qual o Tratado atribui claramente às partes interessadas o direito de apresentar observações no âmbito do procedimento formal de investigação.

65. A parte interessada deve poder manifestar utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos e das circunstâncias que constituem o objecto da análise da Comissão desde que lhe pareça que a Comissão adoptou a sua decisão de não suscitar objecções nos termos do artigo 88.º, n.º 3, CE sem ter tido pleno conhecimento de todos os dados susceptíveis de criar dificuldades na apreciação da medida em questão.

66. Em minha opinião, trata-se, pois, de um direito processual autónomo que requer uma protecção jurisdicional específica e que não deveria ser anulado pela ausência de legitimidade processual para contestar a justeza da decisão.

67. Esta legitimidade processual não pode, todavia, bastar para pôr em causa a justeza da decisão enquanto tal. Para esse efeito, há que dispor do estatuto específico definido no acórdão Plaumann/Comissão, já referido.

68. Em segundo lugar, nas conclusões que apresentou no processo British Aggregates/Comissão, já referido, o advogado-geral P. Mengozzi sublinhou que a jurisprudência Cook e Matra, especialmente complexa e sobretudo formalista, se deve à exigência de que, se o recurso for interposto por uma pessoa que invoque apenas a sua qualidade de interessado na acepção do artigo 88°, n.º 2, CE, o controlo exercido pelo juiz comunitário da decisão recorrida não exceda o necessário para garantir o cumprimento das garantias processuais reconhecidas por essa disposição [46].

69. Certamente que, em minha opinião, é primordial ter presente a natureza administrativa do procedimento conduzido pela Comissão, com o fim de distinguir a questão do *locus standi* para contestar a legalidade de um

46 — Segundo o advogado-geral P. Mengozzi, tal sucederia se o juiz não se limitasse a verificar o preenchimento das condições que legitimam a não abertura do procedimento formal de investigação – ou seja, a inexistência de dificuldades sérias na qualificação da medida como auxílio e/ou na avaliação da sua compatibilidade com o mercado comum – mas constatasse a existência de um auxílio (ou dos simples elementos constitutivos de um auxílio que a Comissão considerou não estarem reunidos), ou seja, a inexistência das condições invocadas pela Comissão para declarar a respectiva compatibilidade com o Tratado. Nesse caso, na realidade, o recorrente obteria também como resultado, para além da eventual abertura do procedimento formal de investigação, a vinculação da Comissão às constatações do juiz comunitário e a predeterminação, pelo menos parcial, do conteúdo da decisão que virá a ser tomada no final desse processo, ou seja, de um acto que ele, na sua mera qualidade de interessado, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, não teria legitimidade para impugnar (n.º 71 das conclusões).

acto de direito da União da questão do benefício dos direitos processuais perante uma autoridade administrativa.

70. Observo, com efeito, que o artigo 88.º, n.º 2, CE estabelece uma regra do procedimento administrativo europeu enquanto o artigo 230.º CE enuncia uma regra do contencioso administrativo europeu.

71. A este respeito, cabe sublinhar a pertinência do princípio de boa administração. Este princípio de origem judicial, recentemente consagrado no artigo 41.º da Carta-Proclamada em Nice, em 7 de Dezembro de 2000 (JO C 364, p. 1)., é um princípio geral do direito comunitário [47]C-141/02 P, Colect., p. I-1283, n.º 72). V., igualmente, acórdãos de 19 de Outubro de 1983, Lucchini Siderurgica/Comissão (179/82, Colect., p. 3083, n.º 27), e de 31 de Março de 1992, Burban/Parlamento (C-255/90 P, Colect., p. I-2253)..

72. Uma vez que o referido princípio exige um exame diligente e imparcial [48], considero que o direito de poder exigir a abertura do procedimento referido no artigo 88.º, n.º 2, CE para salvaguardar as suas prerrogativas processuais resulta da obrigação que incumbe à Comissão de adoptar a sua decisão nos termos do artigo 88.º, n.º 3, CE, em caso de ausência de dificuldades sérias.

73. Recentemente, o Tribunal de Justiça decidiu que a participação no processo de decisão em matéria ambiental, nas condições previstas na Directiva 85/337/CEE [49], é distinta e tem um objectivo diferente do recurso jurisdicional que pode eventualmente ser interposto da decisão tomada no final desse processo. A participação no processo é, assim, irrelevante quanto às condições de exercício do direito de recurso [50]. Sem pretender aproximar o direito de estar associado ao procedimento nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE e o direito de participar num procedimento administrativo em matéria de ambiente, gostaria de realçar que este último é definido de forma mais lata do que o direito de acção quanto ao mérito.

74. Em terceiro lugar, observo que a aplicação da jurisprudência Matra/Comissão, já referida, não corre o risco de ampliar os direitos processuais que o Tratado e o direito derivado conferem aos interessados no âmbito de procedimentos de controlo dos auxílios de Estado.

75. Trata-se, pelo contrário, da afirmação de um direito expressamente conferido pelo Tratado no âmbito do procedimento no qual o conceito de parte interessada tem plena aplicação. Assim, o objectivo da jurisprudência Matra/Comissão, já referida, consiste na

47 — V. texto das explicações relativas ao texto completo da Carta no sítio: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_fr.pdf. V. conclusões no processo Comissão/Scott, já referidas (n.º 60 e jurisprudência aí referida), e acórdão de 22 de Fevereiro de 2005, Comissão/max.mobil (

48 — Acórdãos Comissão/Sytraval e Brink's France, já referido (n.º 62), e do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Janeiro de 2002, max.mobil/Comissão (T-54/99, Colect., p. II-313, n.º 48).

49 — Directiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente (JO L 175, p. 40; EE 15 F6 p. 9), conforme alterada pela Directiva 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio de 2003 (JO L 156, p. 17).

50 — Acórdão de 15 de Outubro de 2009, Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening (C-263/08, Colect., p. I-9967, n.º 38).

confirmação de um direito reconhecido no âmbito do procedimento formal de exame e não num reconhecimento de um novo direito no âmbito do procedimento preliminar.

76. Por outro lado, tal como resulta da jurisprudência já referida, a natureza do direito resultante do artigo 88.º, n.º 2, CE está circunscrita ao facto de estar associada ao procedimento de exame e não confere, de modo algum, aos interessados uma qualidade susceptível de comprometer as condições do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE.

77. Em quarto lugar, tendo em conta as críticas da doutrina, bem como os convites de diversos advogados-gerais, inclino-me para considerar que chegou o momento de o Tribunal de Justiça, embora preservando a ideia condutora da protecção jurisdicional dos direitos dos interessados no âmbito do procedimento formal de exame, clarificar definitivamente as normas reguladoras da admissibilidade dos recursos de decisões da Comissão adoptadas nos termos do artigo 88.º, n.º 3, CE.

78. É, agora, facto assente que as normas que regulam a legitimidade processual das pessoas singulares e colectivas e têm por objectivo contestar as decisões adoptadas pela Comissão nos termos do artigo 88.º, n.º 3, CE, são actualmente enganadoras e confusas. Com efeito, parece-me que, presentemente, é impossível, tanto para as partes como para o Tribunal Geral, identificar claramente, numa amálgama de fundamentos, os que visam preservar os direitos processuais e os relativos ao mérito.

79. Diversos elementos retirados da jurisprudência testemunham que há uma incerteza quanto ao resultado do exame e quanto ao tratamento [51]. Além disso, os últimos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância, como os proferidos nos processos Kronoply [52], Deutsche Post e DHL International/Comissão [53] e Scheucher Fleisch e o./Comissão [54], suscitaram na doutrina dúvidas relativas ao respeito da segurança jurídica, uma vez que o Tribunal Geral tende a escolher entre os argumentos respeitantes ao mérito, os argumentos que, na sua perspectiva, são relativos aos fundamentos que visam a protecção dos direitos processuais [55]. Por outro lado, no seu recurso, a Comissão alega que essa perspectiva acaba por afectar os seus direitos da defesa e o princípio da igualdade dos meios.

80. A este respeito, observo que, segundo a jurisprudência recordada nos n.os 30 e 31 das

51 — V., em Honoré, M., *op. cit.*, análise comparativa dos processos (pp. 275 e segs.).

52 — Acórdão recorrido.

53 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Fevereiro de 2009 (T-388/03, Colect., p. II-199), objecto de recurso no processo Bélgica/Deutsche Post e o. (C-148/09 P), pendente no Tribunal de Justiça.

54 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Novembro de 2009 (T-375/04, Colect., p. II-4155).

55 — Maitrepierre, A., «Aides d'État – Qualité et intérêt à agir: Le TPICE admet la recevabilité d'un recours mixte contre une décision de la Commission de ne pas soulever d'objections à l'encontre d'une prétendue mesure d'aide d'État, dès lors que les requérantes ont la qualité de concurrentes directes du bénéficiaire de cette mesure (Deutsche Post AG – DHL)», Concurrences, n.º 2-2009, n.º 25983, pp. 154 e 155; Peytz, H., e Mygind, T., «Direct Action in State Aid Cases – Tightropes and Legal Protection», EStAL, 2/2010, n.os 331 e segs.

presentes conclusões, a Comissão só pode considerar um auxílio como compatível se não tiver qualquer dúvida sobre esta compatibilidade. O recorrente deve, assim, preocupar-se em demonstrar que a Comissão se defrontou com dificuldades sérias na apreciação das medidas em questão. Ora, o objectivo de um recorrente que impugna a decisão da Comissão adoptada no termo do procedimento preliminar de exame é a abertura da fase formal nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE. Mesmo que o objectivo prosseguido pelo recorrente pudesse consistir na anulação, quanto ao mérito, da decisão da Comissão, segundo a lógica processual o recorrente visa obrigar a Comissão a que ela se empenhe num exame mais aprofundado susceptível de implicar uma modificação da sua apreciação.

81. Admito que o conceito de dificuldades sérias é complexa, ou mesmo artificial na sua aplicação, porque a verdadeira questão consiste em saber se a Comissão teria adoptado uma decisão diferente com base no procedimento formal de exame. No entanto, é facto assente que a economia geral das disposições que regem o controlo dos auxílios de Estado é incontestavelmente caracterizada por um certo formalismo. Este formalismo, que suscitou críticas na doutrina [56] e que se reflecte na jurisprudência Cook e Matra, pode paradoxalmente contribuir para clarificar as regras aplicáveis e para reforçar a segurança jurídica dos sujeitos de direito na formulação de argumentos perante o órgão jurisdicional da União.

82. Em minha opinião, o fundamento suscitado perante o Tribunal de Primeira Instância ao abrigo da salvaguarda de prerrogativas processuais deve ser explicitamente processual, ou seja, que o procedimento nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE devia ter sido iniciado, mas os argumentos aduzidos em seu apoio podem ser relativos aos factos ou aos indícios que deviam ter levado a Comissão a sentir dúvidas sérias. Estes elementos são necessariamente de natureza material visto que constituem o fundo do procedimento administrativo. O critério estabelecido no acórdão Plaumann/Comissão, já referido, é plenamente aplicado desde que o recorrente requeira a anulação da decisão com fundamento no facto de a medida constituir um auxílio ilegal ou um auxílio incompatível com o mercado comum.

83. O Tribunal de Justiça orientou-se no sentido desta opção no acórdão 3F/Comissão [57]. Com efeito, declarou que «[é] certo que, como resulta do artigo 4.º, n.º 3, do Regulamento n.º 659/1999, uma decisão da Comissão de não levantar objecções é por esta tomada quando conclui que a medida notificada não suscita dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum. Quando um recorrente pede a anulação de tal decisão,

56 — V. conclusões no processo Comissão/Scott, já referidas (n.º 55).

57 — Acórdão já referido (n.º 35). A este respeito, v. Haasbeek, L., «A Step in the Right Direction», EStAL, 1/2010, p. 147.

põe essencialmente em causa o facto de a decisão relativa ao auxílio ter sido adoptada sem que a Comissão tenha iniciado o procedimento formal de investigação, violando assim os seus direitos processuais. Para que o seu recurso prospere, é possível que o recorrente tenha que procurar demonstrar que a compatibilidade da medida em causa deveria ter suscitado dúvidas. Porém, o recurso a tais argumentos não poderá ter como consequência transformar o objecto do recurso nem alterar as condições da sua admissibilidade».

84. Finalmente, do ponto de vista constitucional, considero que, uma vez que um tribunal supremo faculta uma via de protecção jurisdicional aos particulares para além da letra da lei, esta protecção de origem jurisprudencial não pode ser definitivamente recusada senão pelo próprio legislador. O Tribunal de Justiça deveria, pois, esforçar-se por explicitar as regras de execução do direito atribuído na sua jurisprudência mas não pode ele mesmo condenar essa via. Incumbe apenas ao poder constitutivo da União fechar a porta aberta pela jurisprudência Cook e Matra.

85. Tendo em conta tudo o que antecede, o Tribunal de Justiça tem diversas opções que permitam adaptar a referida jurisprudência Cook e Matra.

86. No que respeita ao critério de admissibilidade a aplicar, o Tribunal de Justiça pode considerar explicitamente que, independentemente da natureza do fundamento, seja exigida uma única condição, a escolher entre uma estrita fórmula retirada da jurisprudência Plaumann/Comissão, já referida, e o critério muito mais flexível da parte interessada [58]. A aplicação da jurisprudência Plaumann levava a invalidar pura e simplesmente a solução que permite às partes interessadas, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, gozarem de legitimidade processual contra as decisões da Comissão adoptadas nos termos do n.º 3 do mesmo artigo.

87. No que respeita à natureza dos fundamentos a invocar, o Tribunal de Justiça poderia abandonar a distinção entre fundamentos processuais e fundamentos relativos ao mérito.

88. Quanto ao círculo dos potenciais recorrentes, o Tribunal de Justiça pode limitar o conceito de parte interessada de tal modo que fique excluído qualquer risco de proliferação dos litígios com origem no artigo 88.º, n.º 3, CE.

D — *Quanto ao acórdão recorrido*

89. No caso em apreço, depois de, nos n.os 57 a 59 do acórdão recorrido, ter evidenciado a distinção entre a fase preliminar de exame e o procedimento formal de exame que

58 — Buendia Sierra, J.-L., «Standing before the Community Courts in the context of State aid litigation», EStAL, Novembro 2007, p. 11.

caracteriza o controlo, pela Comissão, da compatibilidade de um auxílio de Estado com o mercado comum, o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 60 deste mesmo acórdão, sublinhou que o recurso de anulação de um interessado, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, da decisão da Comissão de não colocar objecções no termo da fase preliminar deve ser declarado admissível na medida em que, através deste recurso, este visa salvaguardar os direitos processuais que lhe advêm desta disposição.

90. Tendo especificado, no n.º 62 do acórdão recorrido, que a qualidade de parte interessada só podia, no entanto, fundamentar a legitimidade processual num recurso limitado à protecção de direitos processuais, devendo a legitimidade de um recorrente contra a justeza de uma decisão cumprir as condições da jurisprudência Plaumann/Comissão, já referida, o Tribunal observou que, com os seus fundamentos, os recorrentes põem em causa, no vertente caso, tanto a recusa da Comissão em dar início ao procedimento formal de exame como a justeza da decisão controvertida.

91. Na medida em que defendo a legalidade da solução adoptada pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Cook/Comissão e Matra/Comissão no que respeita ao reconhecimento da protecção de direitos processuais, proponho ao Tribunal de Justiça que julgue improcedente o primeiro fundamento da Comissão, uma vez que o raciocínio do Tribunal constitui uma aplicação correcta da referida jurisprudência. Em contrapartida, é evidente que, se o Tribunal de Justiça optar por se afastar da jurisprudência em questão, o raciocínio do Tribunal de Primeira Instância ficará viciado por um erro de direito.

92. Finalmente, o segundo e terceiro fundamentos do recurso só devem ser analisados se a jurisprudência Cook e Matra for mantida. Inversamente, se o primeiro fundamento for acolhido, o acórdão recorrido deve ser anulado e o Tribunal de Justiça poderá pronunciar-se sobre a admissibilidade do recurso da Kronoply e da Kronotex.

VI — Quanto ao segundo fundamento

A — *Argumentação da Comissão*

93. A Comissão, apoiada pela ZSG, acusa o Tribunal de Primeira Instância de, apesar do facto de este ter referido no n.º 81 do acórdão recorrido que não lhe incumbe interpretar os fundamentos dos recorrentes para determinar em que medida põem em causa a justeza da decisão controvertida ou visam salvaguardar os seus direitos processuais, ter precisamente efectuado essa interpretação no n.º 82 do acórdão recorrido.

94. A este respeito, a Comissão invoca o acórdão Stadtwerke Schwäbisch Hall e o./

Comissão [59], do qual resulta claramente que o Tribunal não estava habilitado a requalificar, como fez, no n.º 51 do acórdão recorrido, o objecto do recurso. Ora, ao fazer isto, por um lado, o Tribunal excedeu as suas competências, na medida em que está vinculado pelo recurso tal como este resulta das alegações que lhe foram submetidas. Por outro lado, esta posição levava a privilegiar os recorrentes e, portanto, a violar o princípio da igualdade de meios das partes no processo perante o Tribunal de Primeira Instância.

95. A Comissão realça, em especial, que, tendo em conta o n.º 83 do acórdão recorrido, o Tribunal tencionava tomar em consideração todos os fundamentos, apagando assim a diferença existente entre a invocação de direitos processuais e a invocação de fundamentos quanto ao mérito.

96. A ZSG acrescenta que, ao proceder deste modo, o Tribunal de Primeira Instância antecipa, erradamente, o exame que faria de uma decisão da Comissão adoptada no termo de um procedimento formal de exame.

B — *Quanto ao acórdão recorrido e à problemática de uma requalificação do recurso inicial em primeira instância*

97. A título preliminar, tal como recordou o advogado-geral P. Mengozzi nas conclusões que apresentou no processo British Aggregates/Comissão, há que sublinhar que o Tribunal de Justiça exclui qualquer possibilidade de sanar a falta de fundamentos baseados na violação das garantias processuais reconhecidas pelo artigo 88.º, n.º 2, CE ou na violação do dever da Comissão de iniciar o procedimento formal de exame. O Tribunal de Justiça exclui aliás praticamente qualquer possibilidade de sanar a falta de invocação dos referidos motivos através de uma requalificação daqueles que foram expressamente invocados [60].

98. Assim, o Tribunal de Justiça considerou como constitutivo de um erro de direito, apesar de os pedidos apresentados perante o Tribunal de Primeira Instância e todos os meios invocados em apoio destes visarem a anulação da decisão controvertida quanto ao mérito, a requalificação, pelo Tribunal de Primeira Instância, do próprio objecto do recurso que lhe foi submetido e que o levou a considerar, erradamente, que os recorrentes pretendiam salvaguardar garantias processuais de que deviam ter beneficiado [61].

99. Essa reinterpretação do recurso, que equivale a requalificar o objecto do mesmo, foi criticada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum. Com efeito, o Tribunal de Justiça considerou que não têm qualquer fundamento objectivo as considerações do Tribunal de Primeira Instância segundo as quais, mesmo na falta de um fundamento expressamente assente em violação pela Comissão do dever de dar início ao procedimento previsto no

59 — Acórdão de 29 de Novembro de 2007 (C-176/06 P).

60 — Conclusões já referidas (n.º 70).

61 — Acórdão Stadtwerke Schwäbisch Hall e o./Comissão, já referido (n.º 25).

artigo 88.º, n.º 2, CE, o recurso deve, tendo em conta os fundamentos de anulação invocados em seu apoio, ser interpretado no sentido de que censura a Comissão por, apesar das sérias dificuldades na apreciação da compatibilidade dos auxílios em causa, não ter aberto o procedimento formal de exame previsto e no sentido de que, em última análise, se destina a salvaguardar os direitos processuais por ela conferidos [62].

100. No vertente caso, após ter adequadamente recordado a jurisprudência que regula o exame de um recurso pelo Tribunal de Primeira Instância, considerou, no n.º 82 do acórdão recorrido, que essa limitação ao poder de interpretação dos fundamentos pelo Tribunal de Primeira Instância não tem por efeito impedi-lo de analisar os argumentos quanto ao mérito aduzidos por um recorrente com o objectivo de verificar se incluem também elementos em apoio de um fundamento, igualmente apresentado pelo recorrente, defendendo expressamente a existência de dificuldades sérias que teriam justificado o início do procedimento referido no artigo 88.º, n.º 2, CE.

101. Acresce que, no n.º 83 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância decidiu que, para se pronunciar sobre a admissibilidade do segundo fundamento, é necessário analisar todos os outros fundamentos invocados pelos recorrentes contra a decisão controvertida, com o objectivo de apreciar se os argumentos apresentados no âmbito do primeiro e terceiro fundamentos podem ser associados ao fundamento relativo ao incumprimento das garantias processuais, na medida em que visavam identificar uma dificuldade séria face à qual a Comissão tinha o dever de iniciar o procedimento formal de exame.

102. Ora, é evidente que, deste modo, o Tribunal de Primeira Instância procurou em todos os outros fundamentos invocados perante ele que punham em causa a justeza da decisão controvertida, elementos susceptíveis de basear um fundamento relativo ao incumprimento das garantias processuais.

103. Embora a medida em causa não seja idêntica à referida pela jurisprudência Stadtwerke Schwäbisch Hall e o./Comissão, já referida, parece-me criticável e, na minha opinião, pode constituir um erro de direito face à referida jurisprudência [63].

104. A este respeito, observo que, segundo a jurisprudência clássica, o órgão jurisdicional comunitário deve interpretar os fundamentos mais pela sua substância do que pela sua qualificação [64], e que o Tribunal de Primeira Instância já adoptou esta posição para verificar

62 — Acórdão já referido (n.os 44 e 45).

63 — A violação da jurisprudência Stadtwerke Schwäbisch Hall e o./Comissão, por um lado, e da jurisprudência Cook e Matra, por outro.

64 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1961, Fives Lille Cail e o./Alta Autoridade (19/60, 21/60, 2/61 e 3/61, Recueil, p. 561, Colect. 1954-1961, p. 637).

se o recorrente faculta igualmente elementos em apoio de um fundamento alegando a existência de dificuldades sérias que justificassem o início do procedimento referido no artigo 88.º, n.º 2, CE [65].

105. É facto assente que o Tribunal de Primeira Instância tem o dever de aplicar o adágio «dá-me o facto que te darei o direito» [66]. No entanto, pergunto-me se, após ter invocado a sua qualidade de interessado bem como o desrespeito dos seus direitos processuais, uma parte pode limitar-se a apresentar uma descrição sumária das constatações de facto alegadamente erradas da Comissão, sem, no entanto, explicar por que razão e em que medida estas constatações eram susceptíveis de justificar, para além de decisão controvertida, a existência de dificuldades sérias na acepção de uma jurisprudência constante. No presente caso, o Tribunal de Primeira Instância analisou se os argumentos apresentados no terceiro fundamento do pedido podem ser associados ao fundamento relativo ao incumprimento das garantias processuais ainda que o conteúdo do segundo fundamento não possa ser interpretado como reportando-se, para além do primeiro fundamento, também ao terceiro fundamento do pedido apresentado ao Tribunal de Primeira Instância.

106. Gostaria de realçar que, no âmbito da aplicação da jurisprudência Cook e Matra, há que fazer uma distinção clara entre, por um lado, o reconhecimento de um direito aos interessados, ou seja, a possibilidade de invocar um fundamento que tem por objectivo a salvaguarda dos direitos processuais e, por outro, a protecção judiciária *ex officio*, isto é, a obrigação que incumbe ao Tribunal Geral de se esforçar para procurar, entre argumentos de facto que visam pôr em causa a justeza da decisão controvertida, elementos também podem justificar o fundamento relativo a um direito processual reconhecido pela jurisprudência. Parece-me evidente que o Tribunal de Justiça não atribuiu um instrumento de protecção jurisdicional concebido dessa forma aos interessados na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE.

107. Assim, neste caso, o juiz só devia pronunciar-se sobre o pedido das partes, às quais incumbe delimitar o âmbito do litígio, e identificar claramente a argumentação factual que visa demonstrar a existência de dificuldades sérias no âmbito da aplicação do artigo 88.º, n.º 3, CE, que justifiquem a abertura do procedimento formal de exame pela Comissão. Não incumbe ao Tribunal Geral substituir-se às partes para procurar, no pedido, elementos susceptíveis de basear o fundamento relativo à violação de direitos processuais.

65 — Acórdãos Thermenhotel Stoiser Franz e o./Comissão, já referido (n.os 148, 155, 161 e 167), e do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Setembro de 2007, Fachvereinigung Mineralfaserindustrie/Comissão (T-254/05, p. II-124).

66 — Adágio «Da mihi factum, dabo tibi ius», segundo o qual o juiz deve aplicar as normas jurídicas apropriadas aos factos, tal como eles são apresentados pelas partes. Este adágio decorre do princípio geral «*jura novit curia*», consagrado pelo direito continental. V. n.º 33 das conclusões do advogado-geral F. Jacobs no processo van Schijndel e van Veen (acórdão de 14 de Dezembro de 1995, C-430/93 e C-431/93, Colect., p. I-4705).

108. Consequentemente, considero que incumbe ao recorrente enunciar claramente um fundamento «processual», que explicite a natureza das dificuldades sérias que podiam justificar a abertura do procedimento formal de exame pela Comissão e apresentando assim factos que constituam elementos relativos ao mérito.

109. Finalmente, importa sublinhar que o Tribunal de Primeira Instância reiterou os fundamentos em diversos processos. Isso exige uma resposta clara do Tribunal de Justiça quanto à legalidade de tal posição [67].

110. Tendo em conta o que precede, há que observar que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito e, portanto, acolher o segundo fundamento da Comissão.

VII — Quanto ao terceiro fundamento

A — *Argumentação da Comissão*

111. Com este fundamento, relativo a um erro de direito na interpretação do conceito de interessado, a Comissão acusa o Tribunal de Primeira Instância de se ter afastado dos usos, uma vez que entendeu que devia ser reconhecido o estatuto de interessados na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, a concorrentes do beneficiário de um auxílio no único mercado do abastecimento em matérias-primas.

112. A interpretação preconizada pelo acórdão recorrido equivaleria, segundo a Comissão, a autorizar, por meio do conceito de parte interessada, uma forma de acção popular contra as decisões em matéria de auxílios de Estado. A Comissão sublinha que o facto de atribuir um direito de recurso a alegados concorrentes em mercados distintos daqueles em que opera a empresa beneficiária do auxílio conduz a um risco de explosão do contencioso comunitário.

113. A ZSG esclareceu, a este respeito, que a sua actividade necessita principalmente da pasta de madeira mas que utiliza outros componentes na produção. Uma vez que seria igualmente necessário considerar consumidores de água ou de electricidade como interessados, o acórdão recorrido tinha como consequência alargar desmesuradamente o círculo das empresas susceptíveis de contestar uma decisão em matéria de auxílios de Estado. Portanto, este conceito devia ser limitado aos concorrentes directos do beneficiário de um auxílio de Estado, que o operam no mesmo mercado que o referido beneficiário.

67 — Acórdãos, já referidos, Scheucher-Fleisch e o./Comissão, e Deutsche Post e DHL International/Comissão.

B — *Apreciação*

1. Quanto ao conceito de «interessado»

114. O conceito de «interessado» [68] é objecto de interpretações que evoluem na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Em especial, no domínio da concorrência, foram atribuídas às partes interessadas possibilidades muito grandes de contestar as decisões da Comissão [69].

115. Antes de mais, há que evocar o acórdão Eridania e o./Comissão [70], no qual o Tribunal de Justiça entendeu que a mera circunstância de um acto ser susceptível de influenciar as relações de concorrência existentes no mercado em causa não pode bastar para que qualquer operador económico que se encontre numa qualquer situação de concorrência com o destinatário do acto, possa ser considerado como se este último lhe dissesse directa e individualmente respeito. Assim, só a existência de circunstâncias específicas pode habilitar um sujeito de direito, que afirma que o acto se repercute sobre a sua posição no mercado, a interpor recurso nos termos do artigo 173.º do Tratado CEE (que passou, após alteração, a artigo 230.º CE).

116. O conceito de «interessado» na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, foi especificado no acórdão Intermills/Comissão [71]. Actualmente, é ponto assente que os interessados, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, que podem, assim, em conformidade com o artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, interpor recursos de anulação por violação dos seus direitos processuais, são as pessoas, empresas ou associações eventualmente afectadas nos seus interesses pela concessão de um auxílio, isto é, designadamente, as empresas concorrentes dos beneficiários desse auxílio e as organizações profissionais [72].

117. O referido conceito, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, foi, pois, estabelecido de forma muito lata pelo Tribunal de Justiça. Consequentemente, qualquer empresa que invoque uma relação de concorrência, mesmo potencial, pode ver reconhecida a qualidade de «interessado», na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, e, a esse título, dispor de

68 — Sobre a função das partes interessadas no âmbito do procedimento administrativo iniciado nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE, v. artigo 20.º do Regulamento n.º 659/1999 e acórdãos de 12 de Julho de 1973, Comissão/Alemanha (70/72, Colect., p. 309, n.º 19); Alemanha/Comissão, já referido (n.º 13); Comissão/Sytraval e Brink's France, já referido (n.º 59); e de 6 de Outubro de 2005, Scott/Comissão (C-276/03 P, Colect., p. I-8437, n.º 34).

69 — Sobre os desenvolvimentos relativos aos artigos 81.º CE e 82.º CE, v. Kapteyn & VerLoren van Themaat, *The Law of the European Union and the European Communities*, Kluwer, 2008, p. 462.

70 — Acórdão de 10 de Dezembro de 1969 (10/68 e 18/68, Colect. 1969-1970, p. 171, n.º 7).

71 — Acórdão de 14 de Novembro de 1984 (323/82, Recueil, p. 3809).

72 — Acórdãos, já referidos, Comissão/Sytraval e Brink's France (n.º 41), assim como Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum (n.º 36).

garantias processuais que lhe permitam apresentar observações [73].

118. A jurisprudência oriunda do acórdão Intermills/Comissão, já referido, foi consagrada no artigo 1.º, alínea h), do Regulamento (CE) n.º 659/1999 [74].

119. Cumpre especificar que a jurisprudência especifica alguns limites ao conceito de interessado, no sentido de que uma pessoa singular ou colectiva, para lhe ser reconhecida a qualidade de interessado na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE [75], deve poder demonstrar um interesse legítimo em que as medidas de auxílio em causa sejam ou não executadas, ou sejam mantidas, quando já foram atribuídas. Tratando-se de uma empresa, esse interesse legítimo pode, designadamente, consistir na protecção da sua posição concorrencial no mercado, na medida em que esta seja afectada por medidas de auxílio [76].

120. Na opinião do Tribunal de Primeira Instância, reconhecer a qualidade de interessada na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE a qualquer pessoa que tenha, em relação às medidas estaduais postas em causa, um interesse puramente geral ou indirecto constituiria uma interpretação manifestamente incompatível com o disposto no artigo 88.º, n.º 2, CE e teria por consequência privar de todo e qualquer significado jurídico o conceito de «pessoa [a que diga] individualmente respeito», na acepção do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, nos recursos de anulação dirigidos contra decisões adoptadas com base no artigo 88.º, n.º 3, CE [77], transformando este meio de recurso numa espécie de *actio popularis*.

121. No entanto, observe-se que o acórdão Waterleiding Maatschappij/Comissão, já referido, implicitamente confirmado pelo processo BP Chemicals/Comissão [78], defende uma interpretação ampla do conceito de interessado, por oposição à da jurisprudência Kahn Scheepvaart/Comissão [79], que implicava a inadmissibilidade de um recurso em razão do alcance geral da medida aprovada pela Comissão. Assim, este alcance geral deixa de constituir obstáculo a que operadores interessados, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, tenham legitimidade para recorrer de uma decisão da Comissão que, sem ter dado

73 — V. conclusões no processo Alemanha e o./Kronofrance, já referidas (n.º 89).

74 — Este regulamento dispõe que o conceito de partes interessadas abrange «qualquer Estado-Membro ou qualquer pessoa, empresa ou associação de empresas cujos interesses possam ser afectados pela concessão de um auxílio, em especial o beneficiário do auxílio, as empresas concorrentes e as associações sectoriais».

75 — Acórdãos, já referidos, Cook/Comissão (n.º 23); Matra/Comissão (n.º 17); e Comissão/Sytraval e Brink's France (n.º 47); bem como acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Setembro de 1998, Gestevisión Telecinco/Comissão (T-95/96, Colect., p. II-3407, n.º 64).

76 — V., neste sentido, acórdãos, já referidos, Cook/Comissão (n.º 25); Matra/Comissão (n.º 19); e Gestevisión Telecinco/Comissão (n.º 66).

77 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Setembro de 1998 Waterleiding Maatschappij/Comissão (T-188/95, Colect., p. II-3713, n.º 68), e despacho do Tribunal de Primeira Instância de 25 de Junho de 2003, Pérez Escolar/Comissão (T-41/01, Colect., p. II-2157, n.º 36).

78 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Setembro de 2000 (T-184/97, Colect., p. II-3145, n.ºs 33 a 40).

79 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 5 de Junho de 1996 (T-398/94, Colect., p. II-477).

início ao procedimento formal de investigação, aprova medidas de auxílio que figurem numa regulamentação nacional.

122. Quanto aos desenvolvimentos mais recentes, o Tribunal de Primeira Instância considerou que não é necessário que o recorrente prove a existência de uma relação de concorrência concreta e directa com cada hospital beneficiário dos auxílios denunciados para ser considerado como interessado na acepção do artigo 88°, n.º 2, CE. Com efeito, basta que demonstre a existência desta relação de concorrência com os beneficiários do auxílio [80]. Assim, um concorrente, mesmo futuro ou ainda simplesmente potencial do beneficiário do auxílio denunciado deve ser considerado parte interessada na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE [81].

123. Finalmente, no que respeita à jurisprudência do Tribunal de Justiça, a mesma admitiu, no acórdão 3F/Comissão, que organismos que representam os trabalhadores das empresas beneficiárias de um auxílio possam ser considerados interessados na acepção do artigo 88°, n.º 2, CE [82].

80 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Julho de 2007, Asklepios Kliniken/Comissão (T-167/04, Colect., p. II-2379, n.º 55).

81 — *Ibidem* (n.º 50).

82 — Acórdão já referido (n.º 70).

2. Quanto ao acórdão recorrido

124. Antes de mais, sublinho que a resposta a este fundamento depende da resposta dada ao primeiro fundamento.

125. Assim, se o Tribunal de Justiça se manifestar a favor da opinião segundo a qual a jurisprudência Cook e Matra não deve ser validada – posição a que não adiro – isso levará automaticamente à adopção da definição mais restritiva da parte com legitimidade processual. A concepção que submete os interessados aos critérios clássicos da jurisprudência Plaumann/Comissão, já referida, de acordo com as exigências do artigo 230.º CE para poderem defender os seus direitos processuais, reduzirá significativamente o círculo dos recorrentes cujos recursos são admissíveis.

126. Caso contrário, não considero que a análise do Tribunal de Primeira Instância esteja em contradição com a linha jurisprudencial adoptada pelo Tribunal de Justiça quanto ao conceito de parte interessada. Parece-me, antes, que o raciocínio do Tribunal constitui um desenvolvimento, de certo modo natural e lógico, da abordagem muito ampla defendida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e, como demonstra a sua leitura, parece lógico do ponto de vista das realidades económicas.

127. Tendo sublinhado, no n.º 74 do acórdão recorrido, que os efeitos não despiciendos

sobre a concorrência podem ocorrer em mercados situados a montante ou a jusante, e que, assim sendo, a posição das empresas que operam nesses mercados pode ser afectada, o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 75 e 76 deste mesmo acórdão, expôs elementos de facto que o levaram a considerar a existência da afectação potencial da posição da Kronoply e da Kronotex no mercado. Consequentemente, entendeu que a situação das recorrentes se enquadra no conceito de parte interessada e que o seu recurso, que tem por objecto a protecção de interesses processuais, é admissível.

128. Embora seja notório que o Tribunal de Justiça foi muito longe na definição do conceito de parte interessada, o facto de o Tribunal de Primeira Instância ter tido em conta no presente caso o mercado a montante não me parece, à partida, desprovido de pertinência.

129. Com efeito, a lógica subjacente a esta posição baseia-se no conceito de «ser eventualmente afectado». Por conseguinte, não se pode excluir que o mercado das matérias-primas possa desempenhar um papel no âmbito dessa análise nos sectores económicos em que a rentabilidade da actividade depende do abastecimento contínuo à distância. No que respeita ao sector florestal, um produtor de pasta opera em diversos mercados tanto a montante como a jusante. Neste sector, o abastecimento em madeira depende de forma determinante das distâncias, bem como do acesso a fontes de energia estáveis e a preços interessantes.

130. Parece-me que a justificação da posição adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância consta do n.º 75 do acórdão recorrido do qual decorre que, as recorrentes e a beneficiária do auxílio, na realidade, não são, actual ou potencialmente, concorrentes nos mesmos mercados de produtos mas utilizam nos seus processos de produção as mesmas matérias-primas, que não estão disponíveis de maneira ilimitada na região abrangida pelo projecto de investimento em causa. Uma vez que esta disponibilidade deve ser apreciada em função das respectivas zonas de abastecimento dos diferentes operadores estabelecidos nesta região, bem como em função dos custos de transporte destas matérias-primas, há que considerar que existe uma relação entre as posições respectivas das recorrentes e da ZSG no mercado.

131. Gostaria, contudo, de fazer algumas observações sobre as consequências desta apreciação pelo Tribunal de Primeira Instância.

132. Tendo considerado que as recorrentes e a beneficiária do auxílio não eram actual ou potencialmente concorrentes nos mesmos mercados de produtos, o Tribunal de Primeira Instância, apesar de tudo, reconheceu a existência de uma relação de concorrência não na venda de produtos mas na sua compra.

133. Esta ampliação da relação de concorrência eventual leva, no entanto, ao alargamento da legitimidade processual nos termos

do artigo 88.º, n.º 3, CE. A questão consiste, pois, em definir o alcance do conceito de concorrência na jurisprudência relativa ao interessado na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, ou seja, se se trata de uma concorrência directa ou indirecta e se só a concorrência no mercado afectado pela medida pode ser tida em conta.

134. A jurisprudência dá poucos esclarecimentos sobre a questão apresentada. Daí decorre que o Tribunal não está obrigado a exigir que a parte que invoca o seu estatuto de interessada no mercado em causa demonstre que foi substancialmente afectada pela adopção da decisão controvertida [83]. Além disso, a jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância inclina-se para uma concorrência potencial [84].

135. Basta indicar, de maneira geral, que a concorrência directa mostra que as empresas actuam no mesmo mercado e que os produtos vendidos são concorrentes [85]. No entanto, pode também existir uma relação de concorrência directa entre os compradores, o que explica a existência de cartéis de compra [86]. A concorrência indirecta provém de empresas que actuam em mercados distintos ainda que próximos [87]. Além disso, a tomada em consideração da situação concorrencial mais global justificava-se igualmente uma vez que a Comissão pode ser levada, para apreciar a posição concorrencial ocupada por uma empresa, a ter em conta o «efeito de carteira» [88].

136. No entanto, para efeitos da análise do conceito de «interessado», parece-me que os mercados da venda e os mercados da compra não apresentam diferenças fundamentais do ponto de vista da concorrência [89]. Pode existir concorrência no mercado da compra

83 — Acórdão Alemanha e o./Kronofrance, já referido (n.º 44), em que o Tribunal de Justiça considerou que o Tribunal de Primeira Instância não tinha qualquer obrigação, tendo designadamente em conta os acórdãos, já referidos, Cook/Comissão e Matra/Comissão, de exigir também a prova de que a posição da Kronofrance no mercado em causa era afectada substancialmente pela adopção da decisão controvertida. V. Quigley, C., *European State Aid Law and Policy,* Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 522.

84 — Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Maio de 2006, Air One/Comissão (T-395/04, Colect., p. II-1343), e Asklepios Kliniken/Comissão, já referido.

85 — V., sobre a relação de concorrência no âmbito da decisão nos termos do artigo 88.º, n.º 2, CE, as conclusões da advogada-geral J. Kokott, no processo Sniace/Comissão (acórdão de 22 de Novembro de 2007, C-260/05 P, Colect., p. I-10005, n.os 34 e segs.).

86 — Com efeito, «os preços de compra ou de venda» são mencionados como os objectos das restrições de concorrência nos artigos 81.º, n.º 1, CE e 82.º, n.º 2, CE.

87 — V. conclusões do advogado-geral A. Tizzano no processo Comissão/Tetra Laval (acórdão de 15 de Fevereiro de 2005, C-12/03 P, Colect., p. I-987, n.º 152).

88 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 3 de Abril de 2003, BaByliss/Comissão (T-114/02, Colect., p. II-1279, n.º 343), segundo o qual «a Comissão pode ser levada, para apreciar a posição concorrencial ocupada por uma empresa, a ter em conta a carteira de marcas por ela detida ou a circunstância de deter quotas de mercado importantes em vários mercados de produtos em causa (a seguir "efeito de carteira")».

89 — Por exemplo, o abuso de posição dominante no mercado de matérias-primas, ou seja, um «upstream monopoly», foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça dos anos 1970. V. acórdão de 6 de Março de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Comissão (6/73 e 7/73, Colect., p. 119), segundo o qual «[u]m abuso de posição dominante no mercado das matérias-primas pode ter repercussões e restringir a concorrência no mercado onde se escoam os produtos derivados a tomar em consideração, na apreciação dos efeitos da infracção, ainda que o mercado dos derivados não constitua um mercado em si».

de produtos (compradores concorrentes no mercado a montante) [90]. Designadamente no mercado da madeira, encontram-se exemplos no direito da concorrência americano e finlandês [91].

137. Com efeito, a relação de concorrência directa constitui uma problemática distinta do efeito directo da medida susceptível de constituir um auxílio de Estado. Os compradores são os concorrentes directos dos outros compradores e os vendedores são os concorrentes directos dos outros vendedores. Compradores ou vendedores do produto A podem ser concorrentes indirectos dos compradores/vendedores do produto B se A e B forem fungíveis.

90 — V. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Outubro de 2002, M6/Comissão (T-185/00, T-216/00, T-299/00 e T-300/00, Colect., p. II-3805, n.º 63) que refere que «[q]uanto aos efeitos do sistema Eurovisão sobre a concorrência, como resulta da decisão impugnada (considerandos 71 a 80), este comporta dois tipos de restrições. Por um lado, a aquisição conjunta dos direitos televisivos para acontecimentos desportivos, a sua partilha e o intercâmbio do sinal da Eurovisão restringem ou eliminam mesmo a concorrência entre os membros da UER que são concorrentes tanto no mercado a montante, o da aquisição dos direitos, como no mercado a jusante, o da transmissão televisiva de acontecimentos desportivos. Por outro lado, este sistema dá origem a restrições de concorrência em relação a terceiros pelo facto de estes direitos, conforme exposto no considerando 75 da decisão impugnada, serem geralmente vendidos em condições de exclusividade, o que implica que os não membros da UER, em princípio, a eles não tenham acesso».

91 — No que respeita à República da Finlândia, v. acórdão do Korkein hallinto-oikeus (Supremo Tribunal Administrativo), de 20 de Dezembro de 2001 (KHO 20.12.2001/3179), relativo a um cartel de compra de madeira entre as três grandes empresas da indústria florestal. O cartel do mesmo tipo foi objecto de análise pelo markkinaoikeus (tribunal da concorrência), de 3 de Dezembro de 2009 (MAO: 614/09). No que respeita ao direito americano, v. acórdão do Tribunal supremo (U. S. Supreme Court), de 20 de Fevereiro de 2007, Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., n.º 05-381. Comentário no sítio do Tribunal supremo: http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2006/2006_05_381 e http://www.calt.iastate.edu/predatorybuying.html.

138. À luz da jurisprudência referida, cabe sublinhar que o conceito de interessado referido no artigo 88.º, n.º 2, CE não está restringida aos concorrentes, sendo susceptível de abranger igualmente um conjunto de organizações ou de colectividades públicas susceptíveis de serem interessadas na acepção do procedimento administrativo, ainda que não tenham legitimidade processual quanto ao mérito.

139. Assim, no estado da jurisprudência actual, na minha opinião, o fundamento da Comissão só poderia ser acolhido se o Tribunal de Justiça optasse por uma interpretação mais restritiva do conceito de interessado.

140. Tendo em conta tudo o que antecede, e uma vez que a Comissão não acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter desvirtuado os factos para demonstrar a relação de concorrência entre as recorrentes e a sociedade beneficiária do auxílio, proponho ao Tribunal de Justiça que julgue improcedente o terceiro fundamento.

VIII — Quanto à resposta da ZSG

141. Na sua resposta, para além de várias observações de ordem geral, a ZSG aduziu, em apoio da Comissão, argumentos que podem ser qualificados fundamentos autónomos que, no entanto, me parecem, em parte, inadmissíveis e, em parte, abranger a mesma problemática que a Comissão invocou.

142. A este propósito, segundo jurisprudência constante, resulta dos artigos 225.º CE, 58.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, e 112.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo que um recurso deve indicar de modo preciso os elementos contestados do acórdão cuja anulação é pedida, bem como os argumentos jurídicos em que se apoia especificamente esse pedido [92].

143. Não respeita as exigências de fundamentação resultantes dessas disposições um recurso que se limita a repetir ou a reproduzir textualmente os fundamentos e os argumentos já alegados no Tribunal de Primeira Instância. Tal recurso constitui, na realidade, um pedido de simples reanálise da petição apresentada no Tribunal de Primeira Instância, o que está fora da competência do Tribunal de Justiça [93].

144. Contudo, quando um recorrente contesta a interpretação ou a aplicação do direito comunitário feita pelo Tribunal de Primeira Instância, as questões de direito examinadas em primeira instância podem ser de novo discutidas em sede de recurso. Se um recorrente não pudesse basear o seu recurso em fundamentos e em argumentos já invocados no Tribunal de Primeira Instância, o recurso das decisões do Tribunal de Primeira Instância ficaria privado de uma parte do seu sentido [94].

92 — V., designadamente, acórdão de 19 de Janeiro de 2006, Comunità montana della Valnerina/Comissão (C-240/03 P, Colect., p. I-731, n.º 105).

93 — *Ibidem* (n.º 106).

94 — Acórdão British Aggregates/Comissão, já referido (n.ºs 121 e segs.).

145. Assim, em primeiro lugar, no que respeita aos argumentos relativos à falta de legitimidade processual das recorrentes, na medida em que não eram individualmente afectadas, na acepção do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, observo que a referida problemática foi objecto de uma excepção de inadmissibilidade suscitada pela Comissão, apoiada pela ZSG. Resulta designadamente do n.º 37 do acórdão recorrido que estas partes, em conjunto, invocaram o benefício dos critérios resultantes da jurisprudência Plaumann/Comissão, já referida, questão a que o Tribunal de Primeira Instância respondeu claramente, ao declarar, no n.º 69 do acórdão recorrido, o recurso da Kronoply e da Kronotex inadmissível quanto ao mérito. Deve-se, assim, também, considerar inadmissível a argumentação relativa à legitimidade.

146. No que respeita à interpretação extensiva do conceito de concorrentes para efeitos da determinação do conceito de interessado na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, não há que analisá-la tendo em conta os desenvolvimentos relativos ao terceiro fundamento da Comissão.

147. Em segundo lugar, embora assinalando que o Tribunal de Primeira Instância não se limitou a apreciar direitos processuais, a ZSG acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter requalificado um recurso que punha em causa a justeza da decisão controvertida em recurso visando salvaguardar direitos processuais. Finalmente, refere que a jurisprudência Cook e Matra requer uma interpretação restritiva.

148. A este respeito, considero que, tendo em conta a resposta dada a esta problemática no âmbito da análise do segundo fundamento que conduziu ao reconhecimento de um erro de direito do Tribunal de Primeira Instância, este não deve ser analisado de forma autónoma.

IX — Quanto às despesas

149. Nas conclusões de recurso, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que condene a Kronoply e a Kronotex nas despesas. Por sua vez, a ZSG pede que a Kronoply e a Kronotex sejam solidariamente condenadas nas despesas.

150. Gostaria, pois, de fazer uma observação relativa ao pagamento das despesas num recurso interposto por um recorrente institucional que já obteve satisfação quanto ao mérito, em primeira instância, e dirigido exclusivamente contra a parte do acórdão recorrido relativa à admissibilidade do recurso. Com efeito, nestas circunstâncias particulares, questiono-me sobre o nível de protecção jurídica perante o Tribunal de Justiça, de uma parte vencida nos seus pedidos quanto ao mérito em primeira instância e que não pretende participar no processo de recurso.

151. Neste caso, em conformidade com a parte dispositiva do acórdão recorrido, a Kronoply e a Kronotex foram condenadas a suportar, para além das suas próprias despesas, as da Comissão e as das outras duas partes no processo.

152. Ora, na sequência do recurso da Comissão, a Kronoply e a Kronotex ficam, oficiosamente envolvidas num processo perante o Tribunal de Justiça, cujo resultado visa apenas clarificar ou modificar a jurisprudência relativa à admissibilidade dos recursos em matéria de auxílios de Estado, e não contestar a parte dispositiva do acórdão recorrido.

153. Por conseguinte, na hipótese de, como no presente caso, a Comissão actuar «no interesse da lei», parece-me razoável que o Tribunal de Justiça dispense a parte que não tomou a iniciativa de interpor recurso ou de apresentar observações no âmbito do mesmo, das despesas da Comissão e das outras partes no recurso, independentemente do resultado do mesmo.

154. Em minha opinião, tal solução, que se pode deduzir da redacção do artigo 69.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, será a que melhor respeita as exigências do direito a um processo equitativo.

X — Conclusão

155. Tendo em conta tudo o que precede e uma vez que proponho ao Tribunal de Justiça da União Europeia que confirme a jurisprudência resultante dos acórdãos de 19 de Maio de 1993, Cook/Comissão (C-198/91) e de 15 de Junho de 1993, Matra Comissão (C-225/91):

«Proponho que o primeiro e o terceiro fundamentos do recurso principal da Comissão das Comunidades Europeias sejam julgados improcedentes.

Contudo, proponho ao Tribunal de Justiça da União Europeia que acolha o segundo fundamento do recurso principal e que anule o acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 10 de Dezembro de 2008, Kronoply e Kronotex/Comissão (T-388/02), na parte em que declarou admissível o segundo fundamento que tem por objecto a protecção das garantias processuais das recorrentes quando elas não indicaram claramente e em conformidade com a jurisprudência assente as razões pelas quais a Comissão das Comunidades Europeias devia ter dado início ao procedimento formal de investigação na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE. Uma vez que se pode admitir que as recorrentes não interpuseram um recurso susceptível de ser admissível ao abrigo da defesa dos seus direitos processuais, parece-me que o Tribunal de Justiça tem o direito de se decidir definitivamente o litígio e, por razões de economia processual, proponho que o recurso inicial em primeira instância seja declarado inadmissível, sem devolução do processo ao Tribunal Geral da União Europeia.

Proponho que a Comissão Europeia e a Zellstoff Stendal GmbH suportem as suas próprias despesas».