

**Avaliação das opções estratégicas para o
aumento da capacidade aeroportuária da região de Lisboa**

Parecer A + Anexo com esclarecimentos

**Análise legal do modelo de financiamento face aos
regulamentos europeus, na vertente da concorrência e auxílios
de estado e obrigações de notificação à União Europeia**



PT 6 – Jurídico

Coordenação: Raquel Carvalho

Março de 2024

PARECER

“ANÁLISE LEGAL DO MODELO DE FINANCIAMENTO FACE AOS
REGULAMENTOS EUROPEUS, NOMEADAMENTE NA VERTENTE DA
CONCORRÊNCIA E AUXÍLIO DE ESTADO E OBRIGAÇÕES DE
NOTIFICAÇÃO À COMUNIDADE EUROPEIA, NO ÂMBITO DO
PACOTE DE TRABALHO 6”

Manuel Fontaine Campos

Professor Associado

Escola do Porto da Faculdade de Direito

Universidade Católica Portuguesa

Índice

Introdução	3
1. O enquadramento de Direito da União Europeia.....	3
2. O regime de controlo dos auxílios de Estado.....	6
3. O conceito de auxílio de Estado	9
4. Enquadramento histórico.....	11
5. Os aeroportos como empresas.....	14
6. Atividades excluídas: exercício de prerrogativas de poder público.....	16
7. Seletividade dos auxílios	18
8. Origem pública dos auxílios.....	20
9. Concessão de uma vantagem.....	21
10. Ausência de vantagem: serviços de interesse económico geral	25
11. Afetação da concorrência e do comércio entre Estados-membros	28
12. Conclusão intermédia: a caracterização como auxílio de Estado do financiamento público do aeroporto de Lisboa.....	30
13. Auxílios isentos da obrigação de notificação à Comissão Europeia.....	31
14. Hipóteses de compatibilidade com o mercado interno de auxílios de Estado ao novo aeroporto de Lisboa	33
15. Compatibilidade dos auxílios ao funcionamento para aeroportos.....	34
16. Compatibilidade dos auxílios ao investimento para aeroportos.....	36
17. Conclusão final: a obrigação de notificação do financiamento público do aeroporto de Lisboa e a avaliação da compatibilidade com o mercado interno.....	44

Introdução

A Comissão Técnica Independente, nomeada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 89/2022 (doravante, RCM) “para avaliar as opções estratégicas para aumentar a capacidade aeroportuária da região de Lisboa e coordenar e realizar a avaliação ambiental estratégica (AAE)”, em cujo âmbito lhe cabe realizar um “Estudo do enquadramento contratual e legal, a que corresponde o «Pacote de Trabalho 6 (PT/WP 6)», encarrega-nos da elaboração de um parecer/estudo contendo a “Análise legal do modelo de financiamento face aos regulamentos europeus, nomeadamente na vertente da concorrência e auxílios de estado e obrigações de notificação à Comunidade Europeia”, análise de realização prevista no ponto 2.2.6 da referida RCM.

Não existindo um modelo de financiamento definido à data da realização deste estudo, teremos de nos pronunciar em abstrato, considerando o enquadramento jurídico europeu vigente, sem deixar de ter em conta, não obstante, as concretizações que possam ser encontradas, a este propósito, na RCM. Naturalmente, teremos ainda em conta eventuais questões que a Comissão Técnica Independente, ou a equipa encarregada da realização do “Desenvolvimento de um modelo financeiro e económico e análise de custo-benefício, a que corresponde o «Pacote de Trabalho 5 (PT/WP 5)”, possam colocar, tendo em conta o desenvolvimento dos respetivos trabalhos.

1. O enquadramento de Direito da União Europeia

O primeiro aspeto a esclarecer tem que ver com a identificação das normas de Direito da União Europeia (doravante, “UE”) que possam regular a escolha do modelo de financiamento de um aeroporto.

A RCM refere-se a “regulamentos europeus, nomeadamente na vertente da concorrência e auxílios de estado e obrigações de notificação à Comunidade Europeia”. Naturalmente, interpretou-se a expressão “regulamentos europeus” num sentido amplo, abrangendo o enquadramento jurídico relevante de Direito da União Europeia, qualquer que fosse a sua fonte, sob pena de uma análise legal muito incompleta. Ao mesmo tempo, entendeu-se que o foco deveria ser o das regras de concorrência e auxílios de Estado, tal com expressamente previsto na RCM¹.

Da análise realizada resulta que as normas de Direito da UE mais relevantes, relativas ao direito da concorrência e auxílios de Estado (incluindo *hard law* e *soft law*), são as que constam das seguintes fontes:

- Artigos 106.º a 109.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, TFUE);
- Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 17 de junho de 2014, que declara certas categorias de auxílio compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado (doravante, “Regulamento Geral de Isenção por Categoria”);
- Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho, de 13 de julho de 2015, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do TFUE (doravante, “Regulamento Procedimental”);
- Regulamento (CE) n.º 794/2004 da Comissão, de 21 de abril de 2004, relativo à aplicação do Regulamento (UE) n.º 2015/1589 (doravante, “Regulamento de Aplicação”);

¹ Finalmente, interpretou-se corretivamente a expressão “obrigações de notificação à Comunidade Europeia” por “obrigações de notificação à União Europeia” que, como é sabido, sucedeu à primeira em 2009.

- Comunicação da Comissão “Orientações relativas aos auxílios estatais a aeroportos e companhias aéreas” (doravante, “Comunicação de 2014”)²;

Esclareça-se, e uma vez que nos referiremos a diversas “comunicações” da Comissão europeia, que as mesmas não são, enquanto tal, vinculativas para os Estados e outros sujeitos de Direito da União. Expressam como a Comissão pretende aplicar, neste domínio, as regras dos Tratados e da legislação secundária relativas a auxílios de Estado, tendo em conta a jurisprudência europeia e a prática passada da Comissão. Em qualquer caso, na medida em que se refiram a essas regras e a essa jurisprudência, esclarecem conteúdos normativos vinculativos. Adicionalmente, porque há um compromisso assumido pela Comissão, e em homenagem aos princípios da igualdade de tratamento e da proteção da confiança legítima, as comunicações limitam e vinculam a própria Comissão³.

A RCM pretende promover uma “análise de natureza estratégica e multidisciplinar destinada a garantir o aumento da capacidade aeroportuária da região de Lisboa” e, para esse efeito, colocou 5 “opções estratégicas” alternativas. Não obstante, garantiu à Comissão Técnica Independente a possibilidade “de serem estudadas e avaliadas outras opções estratégicas [...]”, desde que tecnicamente fundamentadas”.

Em qualquer circunstância, as opções que estão a ser ponderadas envolvem a construção de uma nova infraestrutura aeroportuária e, eventualmente, a

² Comunicação da Comissão 2014/C 99/03, JO C 99 de 4 de maio de 2014, pp. 3 e ss..

³ Neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de junho de 2005, *Dansk Rørindustri A/S*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408, n.º 211, acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de março de 2016, *República Helénica contra Comissão Europeia*, C-431/14 P, ECLI:EU:C:2016:145, n.º 69 e acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de setembro de 2020, *República da Áustria contra Comissão Europeia*, C-594/18 P, ECLI:EU:C:2020:742, n.º 24. Sobre esta questão, cf., ainda, o nosso estudo: MANUEL FONTAINE CAMPOS, “A evolução do enquadramento normativo dos auxílios de Estado na União Europeia e os fundamentos históricos do seu controlo”, in *XX – Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 227-229.

remodelação das infraestruturas atuais do Aeroporto Humberto Delgado. Qualquer modelo de financiamento terá de, assim, assegurar a cobertura dos custos envolvidos nos referidos investimentos. E, naturalmente, dos custos de funcionamento dessa(s) infraestrutura(s), ao longo dos 50 anos previstos na RCM.

2. O regime de controlo dos auxílios de Estado

A questão que se coloca, no essencial, é a de saber se a participação pública no financiamento do investimento e do funcionamento das referidas infraestruturas aeroportuárias está sujeita ao regime de controlo dos auxílios de Estado, consagrado no Direito da UE.

Este regime, vigente desde 1958, resulta dos artigos 107.º a 109.º do TFUE e do direito derivado da UE, entretanto adotado. Nos termos dessas normas, quando um Estado pretender apoiar uma empresa, e preenchidos que estejam os requisitos do conceito de “auxílio de Estado” (artigo 107.º, n.º 1), deverá, por regra, notificar esse projeto de auxílio à Comissão Europeia. Só depois da autorização desta instituição, se a mesma considerar o auxílio compatível com o mercado interno, poderá o mesmo ser efetivamente concedido (artigo 108.º, n.º 3)⁴.

⁴ No caso vertente, não tem de se explicar os procedimentos sucessivos de controlo, que incidem sobre auxílios existentes, isto é, já concedidos pelos Estados. Basta referir que, para além de outras hipóteses, se um Estado conceder um auxílio sem a devida autorização da Comissão Europeia, esse auxílio passa a ser qualificado como “auxílio ilegal” (artigo 1.º, f), do Regulamento Procedimental). Nesses casos, qualquer interessado poderá pedir a um tribunal nacional que verifique a ilegalidade da concessão do auxílio e que imponha a restituição do mesmo, com o pagamento dos juros devidos – cf. Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais (2009/C 85/01). Sobre a intervenção dos tribunais nacionais em matéria de auxílios de Estado, cf. RICARDO QUINTAS, “A Incongruência Judicativa de uma Deliberação Positiva de Compatibilidade de um Auxílio de Estado Não Notificado”, Revista de Concorrência e Regulação, ano VII, n.ºs 27-28, julho-dezembro, 2016, pp. 265-289. A própria Comissão Europeia poderá, naturalmente, iniciar um inquérito de avaliação da compatibilidade do auxílio com o mercado interno e, entretanto, dirigir ao Estado uma injunção de recuperação provisória do auxílio ilegal (artigo 13.º do Regulamento Procedimental). Sobre a

A Comissão, no exercício de um poder (usualmente) discricionário, avalia se os benefícios do auxílio, em termos de resolução de falhas de mercado ou da prossecução de outros interesses identificados no artigo 107.º, n.º 3 (e, eventualmente, no n.º 2), superam as desvantagens inerentes de afetação da concorrência e do comércio entre Estados-membros. A Comissão não tem de se ficar por uma decisão positiva ou negativa. Pode estipular condições que transformem um projeto onde o referido balanço conduzia, à partida, a uma decisão negativa, por incompatibilidade com o mercado interno, para um projeto modificado que, pelo contrário, permita a autorização da Comissão Europeia (artigo 9.º, n.º 4, do Regulamento Procedimental)⁵.

As razões para a existência deste regime de controlo dos auxílios de Estado são diversas e têm sido extensamente debatidas⁶. De forma sumariíssima, pode dizer-

recuperação dos auxílios de Estado, cf. ANA PRISCILA CARVALHO, “A Recuperação de Auxílios de Estado no Direito da União Europeia. Universidade Católica Portuguesa, 2015. <http://hdl.handle.net/10400.14/18932>.

⁵ Para uma apresentação sucinta dos procedimentos europeus preventivos e sucessivos e dos processos jurisdicionais nacionais de controlo dos auxílios, cf. o nosso estudo: MANUEL FONTAINE CAMPOS, “Os auxílios de Estado, a obrigação de restituição e os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima”, in Pais, Sofia Oliveira; Bagnoli, Vicente (Eds.), *Temas Atuais de Direito da Concorrência: Economia digital, direitos fundamentais e outros desafios*, Universidade Católica Editora, Porto, 2020, pp. 127-134; para uma análise mais aprofundada, cf. JOÃO JOSÉ NOGUEIRA DE ALMEIDA, *A restituição das ajudas de Estado concedidas em violação do direito comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

⁶ Cf. MANUEL FONTAINE CAMPOS, *O Controlo da Concessão de Ajudas Públicas na União Europeia e na Organização Mundial do Comércio – Fundamentos, Regimes e Resolução de Desconformidades*, Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de doutor em Direito – Ciências Jurídico-Comunitárias, Universidade Católica Portuguesa, Porto (policopiado), 2011, pp. 15-182; JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia - Conteúdo, sentido e limites da análise económica na avaliação da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra (policopiado), 2012, pp. 59-317; MANUEL FONTAINE CAMPOS, “A concessão de ajudas públicas até à II.ª Guerra Mundial - Fundamentos históricos da sua regulamentação internacional”, *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 56, 2013, pp. 213-244; “Fundamento económico da concessão de ajudas públicas no mercado nacional”, *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 57, n.º 1, 2014, pp. 943-974; “Fundamentos económicos da regulamentação internacional da concessão de ajudas públicas”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 431-465; “A evolução do enquadramento normativo dos auxílios de Estado na União Europeia e os fundamentos históricos do seu controlo”, *cit.*.

se que esse regime se explica para “evitar as hesitações dos Estados quanto à participação em espaços amplos de promoção do comércio livre” (espaços como o da União Europeia, onde a utilização de subvenções e outros auxílios poderia ser vista como um modo de defraudar as expectativas associadas à abertura comercial acordada, afetando as trocas comerciais de forma desleal), “tendo em vista evitar [...] guerras de subvenções” (em que os Estados procuram conferir uma vantagem concorrencial às empresas nacionais, mas que acabam por prejudicar todos os Estados envolvidos), e “evitar a captura dos decisores políticos pelos grupos de pressão e garantir que as subvenções, quando são atribuídas, o são por servirem interesses públicos”⁷. Estes fundamentos refletem-se, na própria letra do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, ao condicionar a incompatibilidade dos auxílios com o mercado interno à afetação “das trocas comerciais entre os Estados-membros” e a que os mesmos “falseiem ou ameacem falsear a concorrência”, e nos sistema supranacional de controlo consagrado no artigo 108.º do TFUE, conjugado com os n.ºs 2 e 3 do artigo 107.º, que atribuem a uma entidade supranacional independente a tarefa de distinguir entre os auxílios que prosseguem interesses públicos e aqueles em que tal não sucede (ou não sucede de modo suficiente).

Em qualquer caso, a sujeição do financiamento público das infraestruturas aeroportuárias ao regime de controlo mencionado, e a uma exigência de notificação da Comissão Europeia, depende da sua qualificação como “auxílio de Estado”.

Tal apenas não sucederia, isto é, não seria necessária essa notificação, se estivesse em causa um auxílio “*de minimis*”, isto é, que não excedesse 200.000€ a uma única empresa, durante um período de três exercícios financeiros⁸, hipótese que não

⁷ Cf. MANUEL FONTAINE CAMPOS, “Os auxílios de Estado, a obrigação de restituição...”, *cit.*, pp. 122-126.

⁸ Cf. artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão de 18 de dezembro de 2013, “relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios de minimis”. Sobre os auxílios *de minimis*, cf. RICARDO PEDRO, “Auxílios de minimis 2014-2010: Notas à luz do Regulamento (UE) N.º 1407/2013”, *Revista de Concorrência*

nos parece de considerar; se estivesse em causa um auxílio atribuído no âmbito de um regime nacional de auxílios autorizado pela Comissão Europeia, cuja existência não logramos identificar, neste domínio⁹; ou se estivesse em causa alguma das hipóteses previstas no Regulamento Geral de Isenção por Categoria.

Este regulamento prevê que certas categorias de auxílios sejam automaticamente consideradas compatíveis com o mercado interno e isentas da obrigação de notificação à Comissão Europeia, desde que cumpram um conjunto de requisitos.

Ora, sucede que neste regulamento se prevê uma categoria de auxílios que poderá ser relevante: a dos auxílios a aeroportos regionais (artigo 1.º, n.º 1, al. m) e artigo 56.º-A do RGIC). De qualquer modo, como também a aplicação do Regulamento Geral de Isenção por Categoria depende da qualificação do apoio público como “auxílio de Estado”, procuraremos primeiro compreender esse conceito, e em que medida poderá verificar-se no modelo de financiamento da(s) infraestrutura(s) aeroportuária(s), para, depois, nos concentrarmos nos regimes jurídicos que lhe poderão ser aplicados.

3. O conceito de auxílio de Estado

A noção de auxílio de Estado implica o preenchimento dos seguintes requisitos cumulativos: “a existência de uma empresa, a imputabilidade da medida ao Estado, o seu financiamento através de recursos estatais, a concessão de uma

e Regulação, ano V, n.º 17, janeiro-março 2014, pp. 65-95; e, ainda, FILIPA MOREIRA DE AZEVEDO, “Auxílios de estado e auxílios *de minimis* no panorama concorrencial”, Julgar Online, Maio, 2018; JOÃO ZENHA MARTINS, “Auxílios de Estado, o caso específico dos auxílios à formação e dos auxílios *de minimis*”, Revista Jurídica da AAFDL, n.º 25, 2002, pp. 381-409.

⁹ É de referir, não obstante, a decisão da Comissão Europeia relativa à privatização da ANA - Aeroportos de Portugal, S.A., por venda à empresa francesa Vinci Concessions S.A.S., que declarou não estar envolvido qualquer auxílio de Estado – cf. Decisão da Comissão Europeia de 19 de junho de 2013, C(2013) 3546 final.

vantagem, a seletividade da medida e os seus efeitos sobre a concorrência e as trocas comerciais entre Estados-Membros”^{10 11}.

Note-se que as formas que estes auxílios assumem podem ser muito diversas: “subvenções diretas, empréstimos, garantias, investimentos diretos no capital de empresas e prestações em espécie, [...] isenções ou reduções de impostos ou de contribuições para a segurança social [...], isenções da obrigação de pagar coimas ou outras sanções pecuniárias, [...fornecimento] de bens ou serviços, [...] concessão de acesso ao domínio público ou a recursos naturais, ou a concessão de direitos especiais ou exclusivos”¹².

Mas estes diversos instrumentos apenas serão considerados auxílios se forem concedidos a empresas, de forma seletiva, se tiverem origem pública, se concederem uma vantagem e se afetarem a concorrência e o comércio entre Estados-membros. Atente-se que, tratando-se de requisitos cumulativos, a sua falta determina a não classificação da medida como auxílio de Estado e, em consequência, a não aplicação do respetivo regime de controlo. Por isso, é importante verificar em que medida o

¹⁰ Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”, C/2016/2946, JO C 262 de 19.7.2016, pp. 1-50, n.º 5.

¹¹ Para uma análise aprofundada dos requisitos do conceito de auxílio de Estado, comparando-os com os requisitos do conceito de subvenção, de Direito da OMC, cf. MANUEL FONTAINE CAMPOS, *O Controlo da Concessão de Ajudas Públicas na União Europeia e na Organização Mundial do Comércio*, cit., pp. 334-446. Cf., ainda, MANUEL MARTINS, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, Principia, 2002, pp. 47-150; ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, 2003, pp. 170-226; LUÍS MORAIS, *O Mercado Comum e os Auxílios Públicos – Novas Perspetivas*, Almedina, 1993, pp. 67-85.

¹² Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal...”, cit., n.ºs 51-53. Sobre a participação pública no capital das empresas como forma de auxílio de Estado, cf. LUÍS MORAIS, *O Mercado Comum e os Auxílios Públicos*, cit., pp. 95-175. Sobre os “auxílios tributários”, cf. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, cit., pp. 311 e ss., em especial, pp. 376-452; e MARIANA MEDEIROS ESTEVES, “Os auxílios de estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia”, *Revista de Concorrência e Regulação*, ano VII, n.ºs 27-28, julho-dezembro, 2016, pp. 239-264. Sobre a aquisição de bens e serviços e a venda de bens, cf. ALEXANDRA AMARO, “Auxílios de Estado e Contratos Públicos: Os Limites do Concurso”, *Revista de Concorrência e Regulação*, ano III, n.ºs 11-12, julho-dezembro, 2012, pp. 25-53.

financiamento do investimento e do funcionamento de uma infraestrutura aeroportuária preencherá os referidos requisitos.

4. Enquadramento histórico

Poderia questionar-se porque é que o Direito da União Europeia, e mais especificamente o Direito da Concorrência e dos Auxílios de Estado, seriam relevantes quando está em causa o financiamento de infraestruturas públicas, designadamente através do uso de recursos públicos¹³.

E, na verdade, quando publicou, em 1994, a sua primeira comunicação sobre a “Aplicação dos artigos 92.º e 93.º do tratado CE [atuais 107.º e 108.º do TFUE] e do artigo 61º do Acordo EEE aos auxílios de Estado no sector da aviação” (doravante, “Comunicação de 1994”), a Comissão europeia foi muito clara ao afirmar que:

“A construção ou expansão de projectos de infra-estruturas (tais como aeroportos, auto-estradas, pontes, etc.) representa uma medida geral de política económica que não pode ser controlada pela Comissão ao abrigo das regras do Tratado em matéria de auxílios de Estado. As decisões relativas ao desenvolvimento de infra-estruturas não cabem no âmbito de aplicação da presente comunicação, na medida em que têm por objectivo dar resposta a necessidades de planeamento ou implementar políticas nacionais no domínio do ambiente e dos transportes”¹⁴.

¹³ Com uma análise crítica à extensão do Direito da Concorrência e dos Auxílios de Estado ao financiamento de infraestruturas públicas, cf. HOLDGAARD/ØLIKKE/NIELSEN, “Public Authority or Economic Activity in the Context of Public Infrastructures - An Assessment of the European Commission's Policy after Leipzig-Halle”, *European State Aid Law Quarterly (ESTAL)*, 18(3), 2019, pp. 274-292.

¹⁴ Comunicação 94/C 350/ 07, JOCE n.º C 350/5, de 10/12/1994, n.º 12, itálico nosso. Esta interpretação da Comissão Europeia remontava, pelo menos, a 1967, como revela nota de rodapé da comunicação e resultava, em grande medida, da circunstância de considerar que o financiamento de infraestruturas não preenchia o requisito da seletividade, do favorecimento de “certas empresas ou certas produções” (artigo 107.º, n.º 1, TFUE), um dos requisitos do conceito de auxílio de Estado. Neste sentido, cf. CHRISTIAN KOENIG/ANDREAS HARATSCH, “The Logic

No entanto, em Comunicação publicada em 2005 (doravante, “Comunicação de 2005”), já significativamente intitulada “Orientações comunitárias *sobre o financiamento dos aeroportos* e os auxílios estatais ao arranque das companhias aéreas que operam a partir de aeroportos regionais” (itálico nosso) a Comissão revelava pretender indicar “as modalidades de aplicação das regras de concorrência aos diversos modos de financiamento dos aeroportos”¹⁵.

As razões invocadas permitem-nos perceber, em parte, o porquê desta mudança de posição. A Comissão fala de “evoluções significativas no mercado europeu dos transportes aéreos”, iniciadas com a liberalização de 1997 do transporte aéreo no espaço da União. Uma dessas evoluções prender-se-ia com “os aeroportos que, nos últimos anos, se revelaram especialmente activos na conquista de novas ligações aéreas” (n.º 5). O facto de “inúmeros aeroportos te[rem entretanto] passado da tutela do Estado para a das regiões ou mesmo de empresas públicas ou te[rem] sido transferidos para o sector privado” não terá sido alheio a essa evolução, estando ambas as circunstâncias associadas a “uma maior diversificação e complexidade das funções asseguradas pelos aeroportos” (n.º 6-7)¹⁶.

Esta evolução é acentuada na Comunicação de 2014, contendo as “Orientações relativas aos auxílios estatais a aeroportos e companhias aéreas”, que

of Infrastructure Funding under EC State Aid Control”, *European State Aid Law Quarterly*, vol. 3, n.º 3, 2004, pp. 393-394.

Este princípio, portanto, valia apenas para o financiamento de infraestruturas, não para o seu uso privilegiado por certas empresas: “Este princípio geral apenas é válido para a construção de infraestruturas pelos Estados-membros, sem prejuízo da avaliação de possíveis elementos de auxílio resultantes do tratamento preferencial de companhias específicas no que diz respeito à respectiva utilização da infra-estrutura. Consequentemente, a Comissão pode avaliar actividades desenvolvidas nos aeroportos que possam beneficiar companhias aéreas directa ou indirectamente” – Comunicação de 1994, n.º 12. Mas aqui o foco já era o das companhias aéreas auxiliadas e não de possíveis auxílios ao aeroporto propriamente dito.

¹⁵ Comunicação 2005/C 312/01, JOCE n.º C 312/1, de 9/12/2005, n.º 19.

¹⁶ CHRISTIAN KOENIG e ANDREAS HARATSCH, *cit.*, p. 393, referem ainda o facto de os Estados-membros terem passado a recorrer, cada vez mais, a parcerias público-privadas na operação de infraestruturas e de, em geral, no que respeita à intervenção na economia, terem passado de um papel de fornecedor directo para um de organizador, regulador ou controlador.

substituiu as comunicações de 1994 e de 2005 e que se encontra em vigor, onde se refere “um envolvimento crescente de empresas privadas” nos aeroportos da União e a criação de “novos mercados através da privatização parcial de certos aeroportos, bem como através da concorrência para a gestão de aeroportos públicos” (n.º 4). A Comissão acrescenta entender justificar-se “indubitavelmente, uma transição gradual para uma abordagem orientada pelo mercado; exceto em casos devidamente justificados e limitados, os aeroportos devem poder cobrir os seus custos de funcionamento” e que “devem ser evitadas as distorções de concorrência entre aeroportos”¹⁷.

Assim, o que se pretende, de algum modo, dizer é que os aeroportos assumiram uma feição empresarial que, embora sempre tivesse existido, era no passado menos evidente, num contexto de mercado aéreo não liberalizado, onde o exercício de funções de serviço público assumia maior protagonismo¹⁸. Os aeroportos passaram a concorrer na atração de tráfego aéreo, podendo os auxílios de Estado a determinados aeroportos afetar o comércio entre os Estados-membros, desviando tráfego de uns Estados para outros (pense-se, sobretudo, no tráfego em trânsito para outros destinos), e afetar, portanto, a posição competitiva dos aeroportos concorrentes¹⁹.

A Comunicação de 2014 acrescenta ainda um outro argumento, de índole diferente: o de que a sujeição dos aeroportos às regras de direito da concorrência decorre de uma exigência de *sustentabilidade*. Na verdade, de acordo com a Comissão “a internalização das externalidades, a eliminação das subvenções injustificadas e

¹⁷ Comunicação de 2014, n.º 19.

¹⁸ Como refere RITA SOUSA UVA, *European Community State Aid Policy for Public Airports: Reality versus Law?*, Almedina, 2008, p. 40, para além dos referidos movimentos de liberalização do transporte aéreo e de privatização de companhias aéreas e de (alguns) aeroportos, também a clarificação jurisprudencial de que o regime dos auxílios de Estado se aplicava ao transporte aéreo (e, designadamente, aos auxílios a companhias aéreas) contribuiu para esta alteração de paradigma.

¹⁹ Neste sentido, cf. Decisão 2008/948/CE da Comissão Europeia, de 23 de julho de 2008, “relativa às medidas de auxílio concedidas pela Alemanha a favor de DHL e Aeroporto de Leipzig/Halle”, JO L 346 de 23.12.2008, p. 1-36, n.º 171.

uma concorrência livre e sem distorções são uma parte essencial do esforço para sintonizar as escolhas de mercado com os imperativos de sustentabilidade”²⁰.

Mas a mudança de posição da Comissão não resultou apenas dessas tomadas de consciência. Foram os tribunais europeus, no caso *Aéroports de Paris*, que, embora a propósito da aplicação de outras normas de direito da concorrência, vieram assumir pela primeira vez que um aeroporto, ainda que sendo uma entidade pública “sob a tutela do ministro encarregado da aviação civil e [assegurando] a gestão de instalações relevantes do domínio público *não poderá excluir, só por si, que ela possa, no caso em apreço, ser considerada como uma empresa*”²¹. E, sendo uma empresa, estar sujeita às regras de concorrência.

5. Os aeroportos como empresas

Recorrendo-se à definição clássica do direito da concorrência, uma empresa é uma entidade que desenvolve uma atividade económica, isto é, que oferece bens e/ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e ainda que não tenha fins lucrativos²². Ora, a “colocação à disposição das companhias aéreas e dos diferentes prestadores de serviços, mediante o pagamento

²⁰ Comunicação de 2014, n.º 2.

²¹ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 12 de Dezembro de 2000, *Aéroports de Paris contra Comissão das Comunidades Europeias*, T-128/98, ECLI:EU:T:2000:290, n.º 109, itálico nosso. Cf. ainda, acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de outubro de 2002, *Aéroports de Paris contra Comissão das Comunidades Europeias*, C-82/01 P, ECLI:EU:C:2002:617.

²² Sobre a noção de empresa, cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de abril de 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser contra Macroton GmbH*, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, n.º 21. Sobre a noção de atividade económica, cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de junho de 1998, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana*, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, n.º 36. Sobre a pertinência do seu carácter lucrativo para a qualificação da atividade como económica, cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de março de 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA contra Comissão das Comunidades Europeias e Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, n.º 116 e ss..

de uma taxa cujo nível é fixado livremente pela ADP, de instalações aeroportuárias deve ser considerada como uma actividade de natureza económica”²³.

Mais tarde, esclareceu-se, com particular interesse para este estudo, que não é apenas a gestão de uma infraestrutura aeroportuária que constitui uma atividade económica²⁴. No caso *Aeroporto Leipzig Halle*, o Tribunal Geral da UE esclareceu que a atividade económica de um aeroporto inclui a construção das infraestruturas aeroportuárias necessárias à sua exploração²⁵. Deste modo, se a atividade de exploração da infraestrutura aeroportuária for considerada uma atividade económica, também o será a atividade de construção da infraestrutura.

Deste modo, o financiamento público da construção de uma nova infraestrutura aeroportuária, como a que se pretende para a região de Lisboa, e a eventual remodelação da infraestrutura já existente (o Aeroporto Humberto Delgado) estará sujeito ao regime dos auxílios de Estado, na medida em que, em qualquer dos casos, estiver (como estará) em causa a exploração económica dessas infraestruturas, designadamente através da “prestação de serviços aeroportuários a

²³ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, *Aéroports de Paris*, *cit.*, n.º 121. Sobre a evolução subsequente do entendimento do conceito de empresa, na sua ligação à construção de infraestruturas, cf. LENA SANDBERG e PILAR PEREZ-D’OCON, “The Fehmarn Fixed Link”, *European State Aid Law Quarterly*, vol. 20, n.º 1, 2021, pp. 103-105.

²⁴ No que respeita à gestão de infraestruturas aeroportuárias, cf. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, *Aéroports de Paris*, *cit.*, n.º 121 e ss., e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 2008, *Ryanair Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias*, T-196/04, ECLI:EU:T:2008:585, n.º 88.

²⁵ Cf. Acórdão do Tribunal Geral de 24 de março de 2011, *Freistaat Sachsen e Land Sachsen-Anhalt (T-443/08) e Mitteldutsche Flughafen AG e Flughafen Leipzig-Halle GmbH (T-455/08) contra Comissão Europeia*, T-443/08 e T-455/08, ECLI:EU:T:2011:117, n.ºs 94-100. A justificação dada foi a de que “o carácter económico desta actividade [de construção] não pode ser examinado separadamente do da actividade de exploração da infra-estrutura”. O Tribunal de Justiça, concordando que o investimento em infraestrutura aeroportuária era, no caso vertente, uma atividade económica, pareceu considerar esse argumento do TG simplista, parecendo exigir uma análise mais aprofundada do carácter económico da referida atividade, cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de dezembro de 2012, *Mitteldutsche Flughafen AG e Flughafen Leipzig-Halle GmbH contra Comissão Europeia*, C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821, n.º 47.

companhias aéreas e a diferentes prestadores de serviços”²⁶, desde que, naturalmente, estejam preenchidos os restantes requisitos do conceito de auxílio de Estado.

6. Atividades excluídas: exercício de prerrogativas de poder público

Note-se que, não obstante, a jurisprudência europeia sempre salvaguardou que algumas atividades devem ser consideradas, para este efeito, de natureza não económica, designadamente por corresponderem “ao exercício da autoridade pública”²⁷, ao exercício de “prerrogativas de poder público”²⁸. E que, para esse efeito, não é relevante se essa atividade é exercida “directamente por intermédio de um organismo que faça parte da administração do Estado”²⁹ ou, ao invés, “através de uma entidade que investiu de direitos especiais ou exclusivos”³⁰, bastando examinar a natureza ou categoria das atividades exercidas pela empresa³¹.

²⁶ Cf. Comunicação de 2014, n.º 27. A Comunicação define serviços aeroportuários (n.º 25, 8) como “serviços prestados às companhias aéreas pelo aeroporto ou qualquer das suas filiais, para assegurar a assistência em escala a aeronaves, desde a aterragem à descolagem, bem como a passageiros e carga, para permitir às companhias aéreas prestar os serviços de transporte aéreo, incluindo a prestação de serviços de assistência em escala e a disponibilização de infraestruturas de assistência em escala centralizadas”.

²⁷ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de junho de 1987, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana*, 118/85, ECLI:EU:C:1987:283, n.º 7 que, para este efeito, distinguiu as referidas atividades daquelas atividades económicas do Estado “de carácter industrial ou comercial, que se traduzem na oferta de bens ou serviços no mercado”.

²⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de janeiro de 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH contra Eurocontrol*, C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7, n.º 30. No caso, as prerrogativas de poder público em causa referiam-se “ao controlo e ao policiamento do espaço aéreo”.

²⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana*, *cit.*, n.º 8.

³⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de março de 1997, *Diego Cali & Figli Srl contra Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160, n.º 17.

³¹ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana*, *cit.*, n.º 7. Para este efeito, o Tribunal de Justiça examina frequentemente a natureza e o objeto da atividade e, ainda, o regime a que está sujeita – cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de janeiro de 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH contra Eurocontrol*, *cit.*, n.º 30.

A Comunicação de 2005 afasta, em conformidade, “a segurança, o controlo do tráfego aéreo, a polícia, as alfândegas” e outras atividades praticadas no exercício da autoridade pública da aplicação das regras de controlo dos auxílios de Estado³². A Comunicação de 2014 acrescenta as atividades “de combate a incêndios e as atividades necessárias para proteger a aviação civil de atos de interferência ilícita”³³.

Assim, o financiamento destas atividades, que envolvem o exercício de prerrogativas públicas, incluindo das despesas de funcionamento e das despesas de investimento em “infraestruturas e [...] equipamento necessários”³⁴ não é considerado auxílio estatal³⁵ e, conseqüentemente, não estará sujeito ao regime de controlo dos auxílios de Estado.

Existem, não obstante, alguns requisitos que devem ser cumpridos para o efeito:

- a) Em primeiro lugar, “o financiamento destas actividades deve permanecer estritamente limitado à compensação dos custos por elas gerados e não poderá ser desviado em benefício de outras actividades de natureza económica” – qualquer sobrecompensação poderá constituir auxílio de Estado³⁶.
- b) Em segundo lugar, se for a mesma entidade, o aeroporto, a realizar atividades económicas, sujeitas ao regime dos auxílios de Estado, e atividades não económicas, não sujeitas a esse regime, exige-se uma

³² Comunicação de 2005, *cit.*, n.º 33.

³³ Comunicação de 2014, *cit.*, n.º 35. A Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal...”, *cit.*, n.º 214, acrescenta ainda as atividades de “socorro”. Também na *Infrastructure Analytical Grid for Airport Infrastructure* de 2017 ([notion of aid grid airports en.pdf \(europa.eu\)](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1100_en.pdf)), a Comissão indica como exemplos “equipment to screen luggage or passengers, Closed Circuit Television and fences preventing access to the airport’s reserved area” (n.º 4).

³⁴ Como, por exemplo, a construção de uma torre de controlo do tráfego aéreo – cf. Decisão da Comissão Europeia de 25 de julho de 2012, n.º SA.34586 (2012/N) – Greece – Chania Airport Modernisation, par. 21.

³⁵ Cf. Comunicação de 2014, *cit.*, n.ºs 35-36

³⁶ Comunicação de 2005, *cit.*, n.º 33. Cf. Comunicação de 2014, *cit.*, n.º 36.

contabilidade separada dos custos correspondentes a umas e outras, para evitar que o financiamento público das atividades não económicas seja utilizado para custear as atividades económicas³⁷, escapando desse modo ao controlo devido dos auxílios.

- c) Em terceiro lugar, se, num determinado Estado, tiver sido imposta aos aeroportos a cobertura dos custos decorrentes de atividades não económicas, todos os aeroportos devem, na sequência de uma decisão adotada nesse sentido, beneficiar de forma não discriminatória do financiamento público dessas atividades, sob pena de os aeroportos beneficiados com esse financiamento obterem uma vantagem face aos outros e, portanto, um auxílio de Estado³⁸.

Note-se, finalmente, quanto a esta questão, e com especial interesse para as opções que estão a ser ponderadas, que a Comissão Europeia, no “caso de uma infraestrutura originalmente utilizada para atividades não económicas ser posteriormente reafetada a uma utilização económica (por exemplo, se um aeroporto militar for convertido para utilização civil), apenas os custos incorridos na conversão da infraestrutura para utilização económica serão tidos em conta para a apreciação realizada nos termos das regras em matéria de auxílios estatais”³⁹.

7. Seletividade dos auxílios

Como referido, do conceito de auxílio de estado consta o requisito de que a sua atribuição a empresas seja “seletiva”⁴⁰. Estando em causa a avaliação do modelo

³⁷ Cf. Comunicação de 2014, *cit.*, n.º 36.

³⁸ Cf. Comunicação de 2014, *cit.*, n.º 37. Ficamos com algumas dúvidas quanto à fundamentação desta última condição, uma vez que parece emergir sobretudo da prática da Comissão sem ter uma base clara nos tratados, no direito derivado ou na jurisprudência.

³⁹ Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal...”, *cit.*, n.º 204.

⁴⁰ Sobre a seletividade dos auxílios de Estado, para além das referências bibliográficas supracitadas, relativas ao conceito de auxílio de Estado, cf. JOÃO ZENHA MARTINS, “Auxílios de Estado:

de financiamento do(s) aeroporto(s) de Lisboa, é evidente que qualquer medida que tenha apenas este destinatário será, necessariamente, um auxílio seletivo, no sentido de se dirigir a “*certas* empresas ou *certas* produções” (artigo 107.º, n.º 1, do TFUE).

Questão diferente é a de o(s) aeroporto(s) de Lisboa beneficiar(em) de auxílios concedidos em aplicação de regras que não tenham destinatários individualizados, de regras que sejam gerais⁴¹. Na verdade, a disciplina dos auxílios de Estado não visa impedir a adoção de medidas de política económica geral, de que possam beneficiar a globalidade das empresas de um Estado-membro. Por exemplo, uma descida generalizada das taxas de IRC aplicáveis, beneficiando a empresa concessionária do aeroporto de Lisboa, não tem carácter seletivo, pelo que não constitui auxílio de Estado.

No entanto, a disciplina dos auxílios volta a aplicar-se se se verificar que esse regime jurídico, formalmente geral, se aplicou apenas a um número limitado de empresas (selectividade *de facto*)⁴². Ou se esse regime atribui um poder discricionário a autoridades administrativas na concessão do benefício em causa, por exemplo, no que respeita à escolha dos beneficiários ou do montante ou condições do mesmo⁴³.

Situação diferente é a das medidas fiscais que, ainda que beneficiando apenas algumas empresas, podem ser justificadas pela “natureza ou economia geral do sistema em que se inserem”, apenas se exigindo um igual tratamento (vantagem) para

pressupostos e novas leituras em torno do conceito de selectividade”, Revista de Direito Público, n.º 12, 2014, pp. 37-88; GIL VALENTE MAIA, “O regime europeu de auxílios de Estado: algumas reflexões”, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 79, n.os 1-2, Jan.-Jun., 2019, pp. 117-126; BEATRIZ RIBEIRO FERNANDES, “Fiat, Starbucks, Apple e Amazon e a Aferição da Seletividade do Auxílio: Oportunidade Desperdiçada?”, Revista de Concorrência e Regulação, agosto, 2023, pp. 35-65 (divulgação antecipada).

⁴¹ Cf. Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal...”, *cit.*, n.ºs 117-118.

⁴² Cf. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de setembro de 2000, *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) contra Comissão das Comunidades Europeias*, T-55/99, ECLI:EU:T:2000:223, n.ºs 47-48, e Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal...”, *cit.*, n.º 122.

⁴³ Cf. acórdão do Tribunal de 26 de setembro de 1996, *República Francesa contra Comissão das Comunidades Europeias*, C-241/94, ECLI:EU:C:1996:353, n.ºs 23-24, e Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal...”, *cit.*, n.ºs 123-125.

“empresas que se encontrem numa situação factual e jurídica comparável à luz do objectivo prosseguido pela medida em causa”⁴⁴.

Não estando ainda definidas as eventuais medidas de financiamento público em que se apoiará o futuro modelo financeiro do aeroporto de Lisboa, não é possível avançar mais quanto a estas questões. De qualquer modo, se estiver em causa uma medida de financiamento público que tenha em vista, de forma individualizada, o aeroporto de Lisboa, fica cumprido o requisito da seletividade.

8. Origem pública dos auxílios

O regime dos auxílios apenas se aplica a “auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais” (artigo 107.º, n.º 1, do TFUE).

Os auxílios, nalguma das múltiplas formas suprarreferidas (cf. secção 3), apenas estarão sujeitos a esse regime desde que tenham sido concedidos pelo Estado ou por qualquer outra entidade pública, não relevando se a mesma atua a nível nacional, regional ou local. O mesmo sucede se o auxílio tiver sido concedido por entidades privadas, desde que controladas pelo Estado ou por outras entidades públicas. Se o auxílio for concedido por uma empresa pública, no entanto, há requisitos adicionais de imputabilidade que terão de ser verificados⁴⁵.

Para além disso, exige-se, cumulativamente (ao contrário do que a letra da norma parece sugerir), que sejam usados recursos públicos (ou de entidades privadas, desde que controlados por entidades públicas). É de salientar o caso especial de recursos provenientes da União Europeia – os mesmos serão considerados recursos

⁴⁴ Sobre a análise de “três fases” que deve ser seguida nesses casos, cf. Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal...”, *cit.*, n.ºs 126 e ss..

⁴⁵ Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal...”, *cit.*, n.ºs 40-43.

de Estado e, portanto, sujeitos ao regime dos auxílios de Estado se “as autoridades nacionais dispuserem de poderes discricionários na respetiva afetação”⁴⁶.

Não conhecendo os tipos de auxílios que serão utilizados, é em qualquer caso evidente que subvenções, benefícios fiscais ou contributivos, empréstimos, garantias, investimentos no capital, atribuídos pelo Estado ou por outras entidades públicas serão sempre considerados imputáveis ao Estado e provenientes de recursos estatais. O mesmo sucederá, note-se, com a disponibilização de propriedades, a concessão de acesso ao domínio público ou com o fornecimento de bens ou serviços. Já auxílios concedidos por empresas públicas, como empréstimos ou garantias, por exemplo, terão de ser avaliados de acordo com as regras de imputabilidade referidas, antes de se concluir terem origem pública e, portanto, poderem ser auxílios de Estado. Finalmente, fundos de origem europeia não serão considerados auxílios de Estado se o Estado português ou outra entidade pública portuguesa não exercerem poderes discricionários na sua afetação ao aeroporto.

9. Concessão de uma vantagem

O artigo 107.º, n.º 1, do Tratado regula os auxílios *que favoreçam* certas empresas ou certas produções. O favorecimento, a vantagem que assim se atribui é um elemento essencial do conceito de auxílio, é aquele onde se exprime, no fundo, o âmago da ideia de “auxílio”. De acordo com o Tribunal Geral, “a noção de vantagem implica que a intervenção do Estado deve ter por consequência uma

⁴⁶ Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal...”, *cit.*, n.ºs 60. Em “contrapartida, se tais recursos forem concedidos diretamente pela União, pelo Banco Europeu de Investimento ou pelo Fundo Europeu de Investimento, sem qualquer poder discricionário das autoridades nacionais, não constituem recursos estatais [por exemplo, o financiamento concedido em gestão direta no âmbito do programa-quadro Horizonte 2020 [...] ou dos fundos da Rede Transeuropeia de Transportes (RTE-T)].”

melhoria da posição económica e/ou financeira ou mesmo um enriquecimento do beneficiário”⁴⁷.

Sempre que está em causa uma subvenção direta ou um benefício fiscal, é evidente que é conferida uma vantagem. Mas se o auxílio consiste, por exemplo, na venda de um bem (v. g., um imóvel), na concessão de um empréstimo ou na entrada no capital da empresa, já não é tão claro que tenha sido concedida uma vantagem, porque se trata aí de comportamentos que poderiam ser adotados por um operador económico privado. Para determinar se esse é o caso, é necessário estabelecer um padrão de comparação, a situação considerada “normal”. Ora, esse padrão é disponibilizado pelo mercado.

A prática da Comissão e a jurisprudência europeia evoluíram, deste modo, no sentido de considerar não há favorecimento quando a medida estatal ocorra nas condições normais de mercado, quando possa ser vista como uma transação comercial normal e quando o Estado aja como um operador económico normal⁴⁸. O critério do “operador numa economia de mercado” (OEM) é, assim, usado para comparar a medida adotada pelo Estado com a atuação que seria adotada por um agente privado nas mesmas circunstâncias. Se se puder concluir que esse “operador numa economia de mercado” teria agido da mesma forma, deve concluir-se não estar a existir qualquer favorecimento e, portanto, não existir auxílio de Estado⁴⁹.

⁴⁷ Acórdão do Tribunal Geral de 21 de maio de 2010, *República Francesa, France Télécom SA, Bouygues SA e Bouygues Télécom SA e Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORS Télécom) contra Comissão Europeia*, T-425/04, T-444/04, T-450/04 e T-456/04, ECLI:EU:T:2010:216, n.º 231.

⁴⁸ Assim, “os Tribunais da União desenvolveram o «princípio do investidor numa economia de mercado» para identificar a presença de auxílios estatais em casos de investimento público, [...] o «critério do credor privado», a fim de examinar se as renegociações de dívidas por credores públicos implicam auxílios estatais [...] e o «critério do vendedor privado», a fim de apreciar se a venda realizada por um organismo público implica um auxílio estatal” – Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal...”, *cit.*, n.º 74.

⁴⁹ Sobre o uso do teste do OEM no setor da aviação, cf. NICOLE ROBINS/LAURA PUGLISI, “The Application of the Market Economy Operator Principle in the Aviation Sector,” *European State Aid Law Quarterly (ESTAL)* 20, n.º 1, 2021, pp. 74-86.

No que respeita ao financiamento público de aeroportos, a Comissão comprometeu-se a verificar “se, em idênticas circunstâncias, um operador privado, baseando-se nas possibilidades de rentabilidade previsíveis, com exclusão de qualquer reflexão de caráter social ou de política regional ou setorial, teria concedido o mesmo financiamento”. Embora admitindo que teria em conta o modelo do “investidor orientado por perspectivas de rentabilidade a mais longo prazo, ao longo do período de vida do investimento”, exige, em qualquer caso, “sólidas perspectivas de rentabilidade *ex ante* para a entidade que concede o financiamento” e que as “previsões de tráfego utilizadas para esse efeito devem ser realistas e sujeitas a uma análise de sensibilidade razoável”. Acrescenta que a “ausência de um plano de negócios constitui uma indicação de que o teste OEM pode não ser cumprido”^{50 51}.

Deste modo, se no financiamento público do aeroporto estiver prevista a concessão de subvenções ou de benefícios fiscais, não levanta grandes dúvidas o cumprimento do requisito da vantagem. Se, pelo contrário, forem utilizados instrumentos que são também usados por agentes privados em operações de mercado, a identificação de uma vantagem dependerá da deteção de uma diferença positiva face ao *benchmark* do mercado.

Foi colocada, entretanto, a questão de saber se a análise que se está a desenvolver é alterada pela consideração de um cenário em que a atividade aeroportuária, incluindo a sua construção e operacionalização, está sujeita à concorrência.

⁵⁰ Comunicação de 2014, *cit.*, n.ºs 49-51.

⁵¹ As duas últimas decisões, das três que a Comissão Europeia adotou, relativamente ao Aeroporto de Berlin-Brandemburgo, inaugurado em 2020, constituem aplicação da doutrina do “investidor em economia de mercado”. Sobre estas decisões, cf. ANTIGONI LYKOTRAFITI, “The White Elephant in the Room”, *European State Aid Law Quarterly (ESTAL)*, 16, n.º 2, 2017, pp. 299-309. Propondo uma alternativa ao critério OEM no caso de “megaprojetos” de infraestruturas, cf. BERNHARD VON WENDLAND, “The Responsible Public Investor and Public Mega-Projects”, *European State Aid Law Quarterly (ESTAL)*, 16, n.º 2, 2017, pp. 276-284.

Trata-se de uma hipótese que, na verdade, se prende justamente com o requisito da vantagem atribuída pelo auxílio, e foi expressamente prevista na Comunicação sobre a noção de auxílio⁵², que põe a hipótese de a operação em causa⁵³ ter sido efetuada “na sequência de um procedimento de concurso competitivo, transparente, não discriminatório e incondicional, em sintonia com os princípios do TFUE em matéria de contratação pública”. Nesse caso, diz a Comissão, “pode presumir-se que essas operações estão em sintonia com as condições de mercado, desde que tenham sido utilizados os critérios adequados para selecionar o comprador ou o vendedor”⁵⁴, caso em que se considerará não existir vantagem e, portanto, não estar em causa um auxílio de Estado.

Todavia, esta situação é diferente daquela em que se conclui que uma determinada atividade, para poder ser desenvolvida por uma empresa, tem de envolver um apoio estatal, mas em que o Estado “põe a concurso, por exemplo, o montante de financiamento concedido”. Numa situação assim descrita, o “concurso apenas pode minimizar o montante concedido, mas não pode excluir uma vantagem”. Assim, se se concluir que a construção do novo aeroporto de Lisboa, ainda que objeto de concurso público, exige algum tipo de apoio estatal, o concurso não chega para excluir a sua qualificação como auxílio de Estado.

Por outro lado, o facto de não existir um concurso de concessão do novo aeroporto de Lisboa não implica, necessariamente, que se tenha de classificar a operação como auxílio de Estado. Nessa hipótese, a conformidade com as condições de mercado pode ainda ser verificada através de uma avaliação comparativa com outras operações de mercado, descrita e detalhada nos n.ºs 98 e ss. da Comunicação sobre a noção de auxílio de Estado, ou até por recurso a outros métodos de avaliação

⁵² Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal...”, *cit.*, n.ºs 89.

⁵³ Um dos exemplos apresentados (nota 145) é o da “atribuição de concessões para a exploração comercial de recursos naturais”, que é próxima da que aqui se coloca.

⁵⁴ Esses critérios vêm referidos nos n.ºs 95 e 96 da Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal...”, *cit.*.

(como, no caso de investimentos, a determinação da TIR ou do VAL), descritos nos n.ºs 101 e ss..

10. Ausência de vantagem: serviços de interesse económico geral

O critério do “operador numa economia de mercado”, no entanto, não se mostra sempre adequado a identificar situações de vantagem. Um desses casos ocorre quando o financiamento é atribuído em contrapartida da prestação de um “serviço de interesse económico geral” (SIEG). Não existe uma definição de Direito da UE do que seja um SIEG, até porque se concede a cada Estado-membro margem de apreciação “quanto à natureza dos serviços suscetíveis de serem qualificados” como SIEG⁵⁵.

Em qualquer caso, estará em causa uma atividade económica – envolvendo, portanto, a oferta de um bem ou serviço no mercado⁵⁶. Mas trata-se de uma atividade em que à(s) empresa(s) envolvida(s) são impostas, por entidades públicas e por estar em causa um interesse público relevante, um conjunto de obrigações de serviço público⁵⁷. E é esta imposição que justifica, por seu lado, a atribuição de “compensações”, que equilibrem os encargos adicionais suportados pelas empresas para cumprimento das obrigações de serviço público. De acordo com a

⁵⁵ Decisão da Comissão 2012/21/UE de 20 de dezembro de 2011, relativa à aplicação do artigo 106.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, JO L 7 de 11.1.2012, p. 3-10, considerando n.º 8. Essa margem encontra limite, no entanto, na verificação de “erros manifestos” na definição de serviços de interesse económico geral.

⁵⁶ Isso explica, aliás, porque é que o artigo 106.º, n.º 2, do TFUE prescreve que as empresas encarregadas da gestão dos SIEG “ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência”.

⁵⁷ Sobre a questão da definição de SIEG, cf. JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, 2008, pp. 220 e ss., e NUNO ALBUQUERQUE MATOS, *Auxílios de Estado – Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, Instituto Jurídico da FDUC, 2015, pp. 50 e ss. e GRITH SKOVGAARD ØLYKKE/PETER MØLLGAARD, “What is a service of general economic interest?”, *Eur J Law Econ* (2016), vol. 41, pp. 205-241.

jurisprudência *Altmark*, cumpridas quatro condições, tais compensações não serão consideradas auxílios de Estado e, portanto, não estarão sujeitas ao seu regime de controlo⁵⁸.

Isto dito, existirão situações em que o financiamento público de aeroportos possa ser considerado uma compensação de um serviço de interesse económico geral?

A Comunicação de 2005 não excluía a possibilidade de “a gestão de um aeroporto no seu conjunto poder ser considerada um serviço de interesse económico geral”. No entanto, remetia essa possibilidade para “casos excepcionais”, e dava como exemplo um aeroporto “situado por exemplo numa região isolada”⁵⁹.

A Comunicação de 2014 confirma essa hipótese, mas desenvolve-a um pouco mais. Desde logo, afasta dos interesses públicos que podem ser prosseguidos por esta via o simples “desenvolvimento de determinadas atividades ou regiões económicas”, devendo a atividade “apresentar características especiais”⁶⁰. Assim,

⁵⁸ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de julho de 2003, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, e Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, n.ºs 89 a 93:

“Em primeiro lugar, a empresa beneficiária deve efectivamente ser incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e essas obrigações devem estar claramente definidas”.

“Em segundo lugar, os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente, a fim de evitar que aquela implique uma vantagem económica susceptível de favorecer a empresa beneficiária em relação a empresas concorrentes”.

“Em terceiro lugar, a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável pela execução destas obrigações”.

“Em quarto lugar, quando a escolha da empresa a encarregar do cumprimento de obrigações de serviço público, num caso concreto, não seja efectuada através de um processo de concurso público que permita seleccionar o candidato capaz de fornecer esses serviços ao menor custo para a colectividade, o nível da compensação necessária deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios de transporte para poder satisfazer as exigências de serviço público requeridas, teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respectivas receitas assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações”.

⁵⁹ Comunicação de 2005, cit., n.º 34

⁶⁰ Comunicação de 2014, cit., n.º 69.

concretizando no caso dos aeroportos, apenas admite que a sua gestão seja considerada um SIEG “se parte da área potencialmente servida pelo aeroporto ficasse, sem o aeroporto, isolada do resto da União, de uma forma que prejudicasse o seu desenvolvimento económico e social”, devendo ter-se em conta nessa apreciação “outros modos de transporte e, em especial, os serviços de comboios de alta velocidade ou as ligações marítimas servidas por *ferries*”. Nestes casos, a imposição da obrigação de serviço público serviria para “assegurar que o aeroporto continua aberto ao tráfego comercial”.

Os exemplos dados permitem perceber melhor a hipótese descrita: “certos aeroportos desempenham um papel importante em termos de conectividade regional de *regiões isoladas, remotas ou periféricas da União* [...] em especial, no caso das regiões ultraperiféricas, bem como das ilhas ou outras regiões da União”⁶¹. Tais exemplos permitem, ao mesmo tempo, antecipar que tal hipótese dificilmente se aplicará ao financiamento público do aeroporto de Lisboa⁶².

Por outro lado, é claro que, de acordo com as regras gerais, ainda que o financiamento seja considerado auxílio de Estado, poderá, após avaliação da Comissão, vira a ser considerado compatível com o mercado interno, por aplicação dos critérios próprios do artigo 106.º, n.º 2, do TFUE. No entanto, a Comissão tornou claro que, para esse efeito, terá em consideração os princípios suprarreferidos.

⁶¹ Comunicação de 2014, *cit.*, n.º 72.

⁶² Questão diferente é, naturalmente, a comparticipação pública no financiamento de certas rotas a partir do aeroporto de Lisboa, mas aí já não está em causa, pelo menos diretamente, o financiamento do aeroporto, mas de companhias aéreas. Quanto à fixação de obrigações de serviço público em certas rotas, cf. artigos 16.º e ss. do Regulamento (CE) N.º 1008/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de setembro de 2008, “relativo a regras comuns de exploração dos serviços aéreos na Comunidade”, JO L 293 de 31.10.2008, p. 3.

Deste modo, não parece fácil justificar o (ou parte do) financiamento público do aeroporto de Lisboa com o carácter de “serviço de interesse económico geral” que lhe possa eventualmente ser atribuído.

11. Afetação da concorrência e do comércio entre Estados-membros

Resta apreciar os requisitos de que os auxílios “afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros” e de “que falseiem ou ameacem falsear a concorrência”. Os mesmos foram interpretados pelo Tribunal de Justiça de um tal modo que, por regra, quando os restantes requisitos do conceito de auxílio forem preenchidos, se presumirá que a concorrência e o comércio entre Estados-membros são afetados⁶³.

Apenas nas situações excecionais em que “(1) a empresa auxiliada opere num mercado não liberalizado; ou (2) não existem concorrentes estabelecidos na União Europeia; ou (3) o auxílio é *de minimis*; ou (4) a atividade da empresa auxiliada é puramente local”⁶⁴ não haverá afetação da concorrência ou do comércio entre Estados-membros.

Coloca-se a questão de saber, no que respeita ao aeroporto de Lisboa, que mercado(s) está(ão) em causa, onde a concorrência poderá ser afetada. Na sua comunicação de 2014, a Comissão identifica 4 mercados: o da captação de companhias aéreas (em que o nível de taxas praticado será especialmente relevante); o da gestão de infraestruturas aeroportuárias; o mercado de transporte aéreo; e o mercado de transporte intermodal⁶⁵. É evidente que pelo menos alguns destes

⁶³ MANUEL FONTAINE CAMPOS, «The evolution of the "effects on trade" and "distortion of competition" requirements under the EU State aid regime», in Sofia Oliveira Pais (Ed.), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, P. I. E. Peter Lang, Bruxelas, pp. 207: “Apenas nos casos em que a empresa auxiliada atua num mercado onde é *impossível* que existam concorrentes de outros Estados-membros, e é *impossível* que a empresa auxiliada venha a atuar num mercado com concorrentes, não haverá efeitos no comércio e distorção da concorrência” (tradução nossa).

⁶⁴ MANUEL FONTAINE CAMPOS, «The evolution of the "effects on trade" and "distortion of competition" requirements under the EU State aid regime», *cit.*, pp. 211-212.

⁶⁵ Cf. Comunicação de 2014, *cit.*, n.ºs 43-44.

mercados foram liberalizados e que existem concorrentes ativos nesses mercados, designadamente aeroportos de outros Estados-membros. É ainda claro que os auxílios que poderão estar em causa nunca serão *de minimis* e que a atividade do aeroporto de Lisboa não será nunca (tenha uma só ou duas infraestruturas aeroportuárias) puramente local.

Assim, nenhuma dessas situações excecionais se verifica no caso vertente. A Comissão, parecendo na Comunicação de 2014 considerar que o financiamento público de aeroportos afetaria sempre as trocas comerciais entre Estados-membros⁶⁶, admitiu mais tarde que tal pudesse não suceder, mas apenas no caso de “pequenos aeroportos [...] que servem predominantemente utilizadores locais, limitando assim a concorrência para os serviços oferecidos a nível local, e cujo impacto sobre o investimento transfronteiriço é verdadeiramente apenas marginal”⁶⁷. Em qualquer caso, “os aeroportos concorrem frequentemente entre si, [pelo que] o financiamento das infraestruturas portuárias também é suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros”⁶⁸.

Assim, qualquer auxílio ao investimento e ao funcionamento do(s) aeroporto(s) de Lisboa que preencha os restantes requisitos do conceito de auxílio de Estado será necessariamente considerado como afetando a concorrência e o comércio entre Estados-membros.

⁶⁶ Cf. Comunicação de 2014, *cit.*, n.ºs 45.

⁶⁷ Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal...”, *cit.*, n.ºs 197, g). Cf., ainda, n.º 210. Também neste sentido, cf. *Infrastructure Analytical Grid for Airport Infrastructure*, *cit.*, n.º 11: “the public funding of small airports that due to their characteristics can only serve very short local domestic flights, is unlikely to affect trade”; e Decisão da Comissão de 7 de maio de 2014, C/2014/2626/2, caso n.º SA.38441 (2014/N) – United Kingdom – Isles of Scilly Air links, n.ºs 26-38.

⁶⁸ Comunicação da Comissão “sobre a noção de auxílio estatal...”, *cit.*, n.º 214.

12. Conclusão intermédia: a caracterização como auxílio de Estado do financiamento público do aeroporto de Lisboa

Sabendo que os aeroportos são considerados empresas, que um financiamento público que tenha como destinatário direto o investimento nas infraestruturas e equipamentos e/ou o funcionamento do aeroporto Humberto Delgado e do novo aeroporto de Lisboa será seletivo, que, se o mesmo for proveniente do Estado ou de outra entidade pública, terá origem pública, que, se assumir a forma de subvenção ou benefício fiscal, concederá claramente uma vantagem (mas o mesmo sucederá ainda se, assumindo outras formas, não se mostrar compatível com o padrão do “operador numa economia de mercado”), que dificilmente se poderá sustentar que esse financiamento constitui compensação por serviços de interesse económico geral, e que, cumpridos todos os restantes requisitos do conceito de auxílio de Estado, se terá de concluir pela afetação das trocas comerciais entre os Estados-membros e pelo falseamento ou ameaça de falseamento da concorrência, nestas condições, esse financiamento estará submetido ao regime dos auxílios de Estado.

Tal não sucederá, no entanto, no que respeita ao financiamento do investimento em infraestruturas e equipamentos e ao financiamento da operação corrente de atividades que envolvem o exercício de prerrogativas públicas, como a segurança, o controlo do tráfego aéreo, a polícia, as alfândegas, o socorro, o combate a incêndios e as atividades necessárias para proteger a aviação civil de atos de interferência ilícita, que não estão, cumpridos requisitos mencionados *supra*, sujeitos à aplicação das regras de controlo dos auxílios de Estado.

13. Auxílios isentos da obrigação de notificação à Comissão Europeia

A sujeição do financiamento público ao regime dos auxílios de Estado implica, como referido inicialmente, a obrigação de notificação do projeto de auxílio à Comissão Europeia, nos termos do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE e do Regulamento Procedimental.

No entanto, como também já esclarecido, o direito derivado da União prevê, hoje, a possibilidade de determinadas categorias de auxílio, desde que cumpram certos requisitos, serem isentas da obrigação de notificação, por serem consideradas compatíveis com o mercado comum.

É o que sucede com o Regulamento Geral de Isenção por Categoria, que considera automaticamente compatíveis e isentas da obrigação de notificação certas categorias de auxílios, que identifica, desde que cumpram “um conjunto importante de condições relativas à intensidade do auxílio, à sua transparência, à não ultrapassagem de certos limiares, à cumulação com outros auxílios, à existência de um efeito de incentivo, para além das condições específicas de cada uma das categorias referidas”⁶⁹.

E, como referido, prevê-se neste regulamento uma categoria de auxílios que poderia ser relevante: a dos auxílios a aeroportos regionais (artigo 1.º, n.º 1, al. m) e artigo 56.º-A do RGIC). No entanto, de acordo com as definições contidas no RGIC (artigo 2.º, al. 153), um aeroporto regional é “um aeroporto com um volume de tráfego anual até 3 milhões de passageiros”⁷⁰, o que, como é sabido, fica muito

⁶⁹ MANUEL FONTAINE CAMPOS, "A evolução do enquadramento normativo dos auxílios de Estado na União Europeia e os fundamentos históricos do seu controlo", *cit.*, p. 230. Cf. artigos 3.º a 9.º do Regulamento Geral de Isenção por Categoria.

⁷⁰ Sendo que o “tráfego médio anual de passageiros” é determinado “com base no tráfego de chegada e de partida de passageiros durante os dois exercícios financeiros anteriores àquele em que o auxílio é concedido” (artigo 2.º, al. 148) do RGIC).

aquém do volume de tráfego atual do aeroporto de Lisboa. Assim, qualquer financiamento de investimento ou ao funcionamento do aeroporto Humberto Delgado não é coberto por esta hipótese.

Poderia colocar-se a possibilidade, não obstante, de o financiamento da nova infraestrutura aeroportuária, ainda a construir, se enquadrar nesta categoria de “aeroporto regional”, uma vez que, nos “dois exercícios financeiros anteriores” à concessão do auxílio, não haveria tráfego de passageiros. Todavia, o artigo 56.º, n.º 4, do RGIC afasta liminarmente essa hipótese, ao prescrever que “[n]ão devem ser concedidos auxílios para a relocalização de aeroportos existentes nem para a criação de novos aeroportos de passageiros, incluindo a conversão de um campo de aviação existente num aeroporto de passageiros”⁷¹.

Outro instrumento de direito derivado que prevê que “os auxílios estatais sob a forma de compensações de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral são compatíveis com o mercado comum e isentos da obrigação de notificação” é a Decisão 2012/21/UE.

Este instrumento, no seu artigo 2.º, n.º 1, al. e), estende a qualificação de compatibilidade e a isenção de notificação às “[c]ompensações pela prestação de serviços de interesse económico geral no que se refere a aeroportos [...] que tenham registado um tráfego médio anual inferior a 200.000 passageiros”. Ora, por maioria de

⁷¹ O mesmo resultado se teria, aliás, de extrair da aplicação do n.º 6 do artigo 56.º, que determina que “[n]ão pode ser concedido um auxílio ao investimento a favor de um aeroporto situado a uma distância inferior a 100 quilómetros ou a um tempo de viagem inferior a 60 minutos em automóvel, autocarro, comboio ou comboio de alta velocidade relativamente a um aeroporto existente a partir do qual operam serviços aéreos regulares” (o que sucederia quanto à nova infraestrutura aeroportuária, relativamente ao aeroporto Humberto Delgado); e ainda, eventualmente, da aplicação do n.º 9 do artigo 56.º, que estipula que “[o] auxílio ao investimento não deve levar a que o volume de tráfego anual médio do aeroporto aumente para um valor superior a três milhões de passageiros nos dois exercícios financeiros a seguir à concessão do auxílio”.

razão face ao concluído *supra*, esta disposição não poderá aplicar-se ao financiamento público do aeroporto de Lisboa.

14. Hipóteses de compatibilidade com o mercado interno de auxílios de Estado ao novo aeroporto de Lisboa

Na hipótese em que o financiamento público do novo aeroporto de Lisboa, nas diversas possibilidades que estão a ser estudadas, constituir um auxílio de Estado, e não havendo isenção de notificação à Comissão Europeia, a autorização da concessão do auxílio por esta instituição, depois da respetiva notificação, depende de um juízo favorável dessa instituição, de “compatibilidade com o mercado interno”.

Em que condições seria expectável que pudesse registar-se esse juízo favorável? Em geral, a Comissão, no exercício do seu poder discricionário de avaliação, averigua se o auxílio promove a resolução de uma falha de mercado ou a prossecução de um interesse comum da União, de tal forma que mais do que compensa o efeito negativo sobre a concorrência e as trocas comerciais entre os Estados-membros⁷². Se concluir que é o caso, declara o auxílio compatível com o mercado interno. Caso contrário, adota uma decisão negativa⁷³.

A Comunicação de 2014 explicita as condições para o referido juízo favorável, começando por relembrar as que têm de ser preenchidas, em geral e para o efeito, por qualquer projeto de auxílio. Assim, relembra-se a exigência de preenchimento cumulativo de diversas condições. Em primeiro lugar, a medida de auxílio estatal

⁷² Sobre a avaliação da compatibilidade dos auxílios com o mercado interno pela Comissão Europeia, cf. JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia...*, *cit.*, pp. 316 e ss.. Sobre a latitude do poder discricionário da Comissão, cf. MANUEL PORTO/JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, “Controlo Negativo, Controlo Positivo ou Ambos?”, *Revista de Concorrência e Regulação*, ano I, n.º 3, julho-setembro, 2010, pp. 173-207.

⁷³ Cf. artigo 9.º, n.ºs 3 e 5, do Regulamento Procedimental.

deve contribuir para um objetivo de interesse comum bem definido, de acordo com o artigo 107.º, n.º 3. Em segundo lugar, a medida deve mostrar-se necessária, traduzindo-se “numa melhoria significativa que o mercado, por si só, não poderá criar, por exemplo, solucionar uma deficiência do mercado ou eliminar um problema de equidade ou coesão”. Em terceiro lugar, a medida deve mostrar-se a mais adequada para atingir o objetivo de interesse comum. Em quarto lugar, deve ter um efeito de incentivo, no sentido de levar a uma alteração da atuação das empresas beneficiárias que, de outro modo, não teriam realizado essas atividades ou o teriam feito de forma diferente. Em quinto lugar, os auxílios devem ser proporcionais, no sentido de se limitarem ao mínimo necessário para induzir essa alteração de atuação. Em sexto lugar, considerando os efeitos negativos sobre a concorrência e as trocas comerciais, deve concluir-se que o “equilíbrio global da medida” é positivo. Em sétimo e último lugar, exige-se transparência dos auxílios, garantindo o acesso de todos a toda a informação relevante⁷⁴.

A Comissão aplica depois estas diretrizes gerais à matéria específica dos auxílios estatais no setor da aviação e, em particular, dos auxílios a aeroportos, distinguindo os auxílios ao investimento dos auxílios ao funcionamento.

15. Compatibilidade dos auxílios ao funcionamento para aeroportos

Começando pelos auxílios ao funcionamento⁷⁵, a Comissão é muito clara ao:

⁷⁴ Cf. Comunicação de 2014, n.º 79. Refletindo sobre a prática da Comissão, de avaliação da compatibilidade dos auxílios, designadamente através da aplicação destas condições, à luz de recente jurisprudência do Tribunal de Justiça, cf. PHEDON NICOLAIDES, “Shedding Light into the 'Black Box' of State Aid: The Impact of Hinkley Point C on the Assessment of the Compatibility of State Aid”, *European State Aid Law Quarterly (ESTAL)*, 20, n.º 1, 2021, pp. 4-14.

⁷⁵ Os auxílios ao funcionamento são definidos como aqueles destinados “a cobrir o «défice de financiamento de funcionamento», ou sob a forma de pagamento à cabeça ou sob a forma de prestações periódicas para cobrir os custos de funcionamento esperados (pagamentos periódicos de montantes fixos)”. Por sua vez, o “défice de financiamento de funcionamento” cobre “as perdas

- considerar que os mesmos “são, em princípio, uma forma de auxílio que distorce gravemente a concorrência e só podem ser autorizados em circunstâncias excepcionais”⁷⁶;

- admitir continuar a permitir a sua concessão apenas durante um período de transição (de 10 anos, mas recentemente alargado a 13 anos)⁷⁷;

- verificar que as necessidades de financiamento não cobertas são maiores nos aeroportos mais pequenos e que estes poderão ter dificuldades em cobrir os seus custos de funcionamento⁷⁸;

- verificar ainda que os “aeroportos com um tráfego anual superior a 3 milhões de passageiros são, geralmente, lucrativos e devem ser capazes de cobrir os seus custos de funcionamento”⁷⁹.

A conclusão que a Comissão retira é absolutamente liminar: “considera que, **para ser elegível para um auxílio ao funcionamento, o tráfego anual do aeroporto não deve exceder 3 milhões de passageiros**”⁸⁰. E esclarece que, “[n]o caso de um aeroporto de passageiros recém-criado, deve ser considerado o tráfego anual médio previsto de passageiros durante os dois exercícios após o início da exploração do tráfego aéreo comercial de passageiros”⁸¹.

operacionais do aeroporto durante o período pertinente, atualizadas para o seu valor atual, utilizando o custo de capital, ou seja, a diferença (em termos de valor atual líquido) entre as receitas aeroportuárias e os custos de funcionamento do aeroporto”. Finalmente, estes “custos de funcionamento” englobam os “custos subjacentes à prestação de serviços aeroportuários, incluindo categorias de custos como custos de pessoal, serviços contratados, comunicações, resíduos, energia, manutenção, aluguer e administração, mas excluindo custos de capital, apoio a marketing ou quaisquer outros incentivos concedidos às companhias aéreas pelo aeroporto, bem como custos correspondentes a atribuições de serviço público” – Comunicação de 2014, n.º 25, als. 21), 22) e 23).

⁷⁶ Comunicação de 2014, n.º 13.

⁷⁷ Comunicação de 2014, n.º 13, 14 e 17, d).

⁷⁸ Comunicação de 2014, n.º 13 e 118.

⁷⁹ Comunicação de 2014, n.º 118, al. e).

⁸⁰ Comunicação de 2014, n.º 119.

⁸¹ Comunicação de 2014, nota 91.

Deste modo, quer esteja em causa o atual aeroporto Humberto Delgado, que claramente excede o tráfego referido, quer esteja em causa uma nova infraestrutura aeroportuária que o substitua, que há de ter um tráfego aproximado ao daquele, se não superior, é claro que a Comissão considerará que um qualquer auxílio de Estado ao funcionamento não cumprirá o requisito da necessidade da intervenção do Estado e, portanto, não o considerará compatível com o mercado interno.

Na hipótese em que se mantenha o atual aeroporto Humberto Delgado e se construa uma segunda infraestrutura aeroportuária, tudo dependerá do tráfego que esse segundo aeroporto vier a ter. Se, de facto, não exceder os 3 milhões de passageiros/ano, não se aplica o compromisso liminar suprarreferido, devendo então procurar cumprir-se as restantes condições estipuladas nos n.ºs 113 e ss. da Comunicação de 2014. Note-se, no entanto, que a intenção da Comissão é de apenas permitir a atribuição dos auxílios ao funcionamento durante um período de transição que, se bem que estendido por mais três anos, se prevê prolongar-se apenas até 2027⁸², data previsivelmente aquém ou muito próxima da entrada em funcionamento do novo aeroporto secundário.

16. Compatibilidade dos auxílios ao investimento para aeroportos

Os auxílios ao investimento⁸³ também têm de cumprir, naturalmente, todas as condições fixadas, em geral, pela Comissão Europeia, para a avaliação da compatibilidade dos auxílios.

⁸² Cf. Comunicação da Comissão “que prorroga o período de transição previsto nas Orientações relativas aos auxílios estatais a aeroportos e companhias aéreas respeitantes aos aeroportos regionais” (2023/C 244/01), JO C244/1 de 11/7/2023.

⁸³ Os auxílios ao investimento são definidos como aqueles destinados a “financiar ativos de capital fixo, especificamente para cobrir o «défice de financiamento dos custos de capital»”; o défice de financiamento dos custos de capital, por sua vez, consiste no “valor atual líquido da diferença entre os fluxos de caixa positivos e negativos, incluindo os custos de investimento, durante o período de vida do investimento em ativos de capital fixo”; os custos de capital envolvem a “amortização

No que se refere à condição da contribuição para a realização de um objetivo de interesse comum bem definido⁸⁴, é preciso começar por referir que a Comissão, na sua Comunicação de 2014, apenas se refere à alínea c) do n.º 3 do artigo 107.º, do TFUE (que se refere aos “auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões económicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum”), quando considera as hipóteses em que um auxílio poderá ser considerado compatível com o mercado interno⁸⁵. Nesse âmbito, o projeto de auxílio deverá visar um ou vários dos seguintes objetivos:

dos custos de investimento elegíveis em infraestruturas e equipamentos aeroportuários, incluindo os custos de financiamento subjacentes”; os custos de investimento elegíveis, por sua vez, englobam “os custos relacionados com investimentos em infraestruturas aeroportuárias, incluindo os custos de planeamento, mas excluindo os custos de investimento em atividades não aeronáuticas, os custos de investimento referentes a equipamento de assistência em escala, os custos de manutenção ordinários e os custos das tarefas correspondentes a atribuições de serviço público”; finalmente, as infraestruturas aeroportuárias são “infraestruturas e equipamentos para a prestação de serviços aeroportuários pelo aeroporto às companhias aéreas e aos vários prestadores de serviços, incluindo pistas, terminais, plataformas de estacionamento, caminhos de circulação, infraestruturas centralizadas de assistência em escala, bem como quaisquer outras instalações que apoiem diretamente os serviços aeroportuários, excluindo infraestruturas e equipamentos que, em primeira linha, são necessários para a prossecução de atividades não aeronáuticas, tais como parques de estacionamento, lojas e restaurantes” – Comunicação de 2014, n.º 25, als. 5), 10), 11), 15) e 18).

⁸⁴ Discutindo cada uma das condições postuladas na Comunicação de 2014 e a respetiva aplicação nos casos até então decididos pela Comissão, cf. MICHELE GIANNINO/FEDERICH ROMBY, “Operating Aid to Airports: A Review of the Commission's Decision on the Application of the 2014 Guidelines”, *European State Aid Law Quarterly (ESTAL)*, 16, n.º 4, 2017, pp. 567-581.

⁸⁵ Na Comunicação de 2005 (n.º 27), no entanto, a Comissão admitia ainda a possibilidade de invocação da alínea a) da mesma norma (“auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo 349.º, tendo em conta a sua situação estrutural, económica e social”), designadamente para “declarar compatíveis os auxílios ao funcionamento concedidos aos aeroportos [...] em regiões desfavorecidas da Europa, nomeadamente as regiões que beneficiam da derrogação prevista no n.º 3, alínea a), do artigo 87.º do Tratado CE, as regiões ultraperiféricas e as regiões com uma baixa densidade de população”, embora “apenas a título excepcional e em condições muito restritas”. Tendo em conta as suas características e estas ressalvas, não seria aplicável ao aeroporto de Lisboa. A Comunicação de 2005 admitia, ainda (n.º 28), a invocação da alínea b) do artigo 107.º, n.º 3 (“auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro”), em especial

- “a) Aumentar a mobilidade dos cidadãos da União Europeia e a conectividade das regiões estabelecendo pontos de acesso para voos intra-União Europeia; ou
- b) Combater o congestionamento do tráfego aéreo nos principais aeroportos da União Europeia que funcionam como plataformas de correspondência; ou
- c) Facilitar o desenvolvimento regional”⁸⁶.

Não parece difícil perspetivar que um investimento no aeroporto Humberto Delgado ou no novo aeroporto de Lisboa vise alguns ou vários destes objetivos.

Por outro lado, estando em causa a criação de “uma nova capacidade aeroportuária”, deve evitar-se a “duplicação de aeroportos não rentáveis ou a criação de capacidades adicionais não utilizadas”. Como o atual aeroporto Humberto Delgado já funciona “à capacidade máxima”⁸⁷, não parece difícil demonstrar que a nova capacidade evitará os referidos efeitos indesejáveis, em especial, mas não apenas, se estiver em causa a substituição do atual aeroporto. Em qualquer caso, é indispensável que exista um plano de negócios prévio que incorpore “previsões sólidas do tráfego de passageiros e de carga” e que identifique “o efeito provável do investimento na utilização de infraestruturas já existentes”, incluindo, não apenas outros aeroportos, mas também “outros modos de transporte, nomeadamente as ligações por comboios de alta velocidade”⁸⁸.

No que respeita às condições relativas à “necessidade de intervenção do Estado” e “proporcionalidade do montante do auxílio”, as mesmas são aferidas com métricas relativas ao tráfego médio de passageiros do aeroporto. Ora, na verdade, estando em causa um eventual investimento no atual aeroporto Humberto Delgado, parece difícil sustentar, à luz dessas métricas, que essas condições serão cumpridas.

quanto a “projectos no âmbito das redes transeuropeias, que podem incluir projectos de aeroportos”. Essa referência já não é feita na Comunicação de 2014.

⁸⁶ Comunicação de 2014, n.º 84.

⁸⁷ Comunicação de 2014, n.ºs 85 e 86.

⁸⁸ Comunicação de 2014, n.º 86.

Assim, no que respeita à condição da necessidade de intervenção do Estado, que se baseia no pressuposto de que essa intervenção só é justificada caso o mercado não resolva o problema em causa (isto é, de que se conseguirá atrair investimento privado), a Comunicação de 2014 é muito clara, ao partir do pressuposto de que, quanto maior o aeroporto (em termos de tráfego de passageiros), menor é a necessidade de recorrer a investimento público, e ao considerar que “[o]s aeroportos com um tráfego anual superior a 5 milhões de passageiros são geralmente lucrativos e capazes de cobrir todos os seus custos, a não ser em circunstâncias muito excecionais devidamente justificadas”⁸⁹. E, uma vez que o tráfego do aeroporto Humberto Delgado terá excedido, em 2022, os 28 milhões de passageiros, afigura-se mais difícil elaborar essa justificação. Os lucros recorde obtidos em 2022 pelo grupo ANA, gestor dos aeroportos nacionais, não facilitarão a tarefa.

Por outro lado, no respeitante à proporcionalidade do montante do auxílio, a Comunicação esclarece que apenas são elegíveis os custos relacionados com os investimentos em infraestruturas aeroportuárias, mas não os “custos de investimento relacionados com atividades não aeronáuticas (em especial, parques de estacionamento, hotéis, restaurantes e escritórios)”, nem os “custos de investimento relacionados com a prestação de serviços de assistência em escala (tais como autocarros, veículos, etc.), na medida em que não sejam parte da utilização das infraestruturas de assistência em escala, pelo próprio aeroporto”⁹⁰. A Comunicação explicita que “o montante máximo permitido de auxílios estatais é expresso em percentagem (%) dos custos elegíveis (a intensidade máxima de auxílio)”. Ora, mais uma vez, a intensidade máxima do auxílio é inversamente proporcional à dimensão do aeroporto, atingindo um mínimo de 25% para os aeroportos com um tráfego médio de passageiros entre 3 e 5 milhões por ano, nem se prevendo na tabela inserta

⁸⁹ Comunicação de 2014, n.º 89, al. e).

⁹⁰ O que não significa que não possam ser objeto de auxílios de Estado, mas apenas que não se lhes aplica a Comunicação de 2014 – cf. notas 86 e 87 desta comunicação.

na Comunicação a hipótese de aeroportos de dimensão superior⁹¹. É verdade, não obstante, que a Comissão admite que “em circunstâncias *muito excepcionais*, caracterizadas por uma *clara deficiência* do mercado e tendo em conta a *magnitude* do investimento, a *impossibilidade* de financiar o investimento nos mercados de capital, um nível *muito elevado de externalidades* positivas e as distorções da concorrência, os aeroportos com uma média de tráfego de 5 milhões de passageiros por ano podem receber um auxílio para financiar as infraestruturas aeroportuárias”⁹². Mais uma vez, é dificultada a tarefa de justificar uma intensidade máxima de auxílio superior a 0%, no que respeita ao aeroporto Humberto Delgado.

Aliás, na introdução da Comunicação, já se antecipava que, “no que respeita aos grandes aeroportos com um volume de passageiros superior a 5 milhões por ano, os auxílios ao investimento não podem, em princípio, ser declarados compatíveis com o mercado interno, nos termos do artigo 107.º, n.º 3, alínea c) do Tratado”⁹³. Deste modo, e uma vez que as condições que temos vindo a abordar são cumulativas, parece difícil sustentar com sucesso junto da Comissão Europeia um auxílio ao investimento na remodelação do aeroporto Humberto Delgado. Em qualquer caso, estão indicados os critérios que poderão guiar tal exercício.

Diferente é o caso, no entanto, da nova infraestrutura. É que a Comunicação de 2014 excepciona claramente da regra acima mencionada as hipóteses de “relocalização de um aeroporto existente”⁹⁴. Não é totalmente claro, mas essa relocalização parece implicar necessariamente a “cessação das atividades aeroportuárias num sítio existente”. Tal resulta quer da própria palavra usada

⁹¹ Cf. Comunicação de 2014, n.º 101.

⁹² Cf. Comunicação de 2014, n.º 105, itálicos nossos. Parece-nos que a Comissão terá querido dizer “média de tráfego *superior a 5 milhões de passageiros por ano*”. A Comissão acrescenta que, nessa hipótese “efetuará sempre uma apreciação em profundidade, em especial, em matéria de proporcionalidade, necessidade e intensidade máxima do auxílio estatal concedido com base na análise do défice de financiamento e no cenário contrafactual de cada caso específico, independentemente do tráfego médio de passageiros desse aeroporto”.

⁹³ Cf. Comunicação de 2014, n.º 17, al. b).

⁹⁴ Cf. Comunicação de 2014, n.ºs 17, al. b), e 104.

(“re-localização”) quer da associação que o n.º 104 da Comunicação faz entre a realocação e a cessação das atividades quer da hipótese alternativa prevista na alínea e) do n.º 111 da Comunicação. Em qualquer caso, a Comissão assume de modo assertivo que, na hipótese de realocação “a intervenção estatal é caracterizada por uma clara deficiência do mercado” e que, tendo em conta “[estas] circunstâncias excepcionais, a magnitude [elevada] do investimento e as limitadas distorções da concorrência [resultantes]”, poderá considerar que o auxílio respeita as condições da necessidade e proporcionalidade “independentemente do tráfego médio de passageiros desse aeroporto”, baseando-se apenas “na análise do défice de financiamento ou no cenário contrafactual de cada caso específico”⁹⁵.

Deste modo, e parecendo poder ser cumpridas, no que respeita à nova infraestrutura aeroportuária (sob provável condição de a mesma substituir o aeroporto Humberto Delgado), as condições da contribuição para um objetivo de interesse comum, de necessidade de intervenção do Estado e da proporcionalidade do montante do auxílio (neste último caso, com base em demonstrado défice de financiamento), resta referir as restantes condições que devem ser cumpridas.

A adequação do auxílio de Estado tem em vista compará-lo com “outros instrumentos políticos ou de auxílio” que falseiem menos a concorrência e permitam alcançar o mesmo objetivo⁹⁶. Neste caso, exige-se do Estado que tenha comparado a forma de auxílio escolhida com outras opções. A Comunicação de 2014 considera que “empréstimos, garantias ou adiantamentos reembolsáveis” são formas de auxílio que falseiam menos a concorrência do que “subvenções diretas”⁹⁷. Mas não está excluído que o Estado demonstre que as primeiras não permitem alcançar o mesmo objetivo.

⁹⁵ Cf. Comunicação de 2014, n.º 104.

⁹⁶ Cf. Comunicação de 2014, n.º 90.

⁹⁷ Cf. Comunicação de 2014, n.º 91.

Exige-se ainda que o auxílio produza um “efeito de incentivo”. A ideia é evitar ajudas inúteis, porque a empresa auxiliada desenvolveria exatamente a mesma atividade, ainda que o auxílio não tivesse sido concedido. Por regra, exige-se que seja realizada uma “análise contrafactual, comparando os níveis da atividade prevista, com e sem a concessão de auxílios estatais”⁹⁸. No entanto, se os trabalhos começarem antes do pedido de auxílio, trata-se de um indício indubitável de que o auxílio não produz qualquer efeito de incentivo, pelo que não será nunca considerado compatível com o mercado interno⁹⁹.

Finalmente, tem de cumprir-se a condição da “prevenção de efeitos negativos indesejados sobre a concorrência e as trocas comerciais”. Exige-se que se evite, “em especial, a duplicação de aeroportos não rentáveis ou a criação de capacidades adicionais não utilizadas na zona de influência da infraestrutura existente”¹⁰⁰. A zona de influência de um aeroporto, refere-se à “fronteira geográfica de mercado” e, embora possa depender do seu modelo de negócios, da sua localização e dos destinos servidos, encontra-se “normalmente fixada em cerca de 100 quilómetros ou cerca de 60 minutos de tempo de viagem de automóvel, autocarro, comboio ou comboio de alta velocidade”¹⁰¹. Assim, a Comissão terá dúvidas quanto à compatibilidade do auxílio se, existindo outro aeroporto na área de influência, o mesmo “não funcione à capacidade máxima, ou quase”¹⁰². Ora, tendo em conta a clara exaustão da capacidade máxima do aeroporto Humberto Delgado e a rentabilidade clara da empresa gestora dos aeroportos nacionais, não parece ser

⁹⁸ Cf. Comunicação de 2014, n.º 95. Noutra hipótese (n.º 96), se “não for conhecido nenhum cenário contrafactual específico, pode pressupor-se o efeito de incentivo quando houver um défice de financiamento («défice de financiamento dos custos de capital»), ou seja, quando, com base num plano de negócios ex ante, puder ser demonstrado que existe uma diferença entre os fluxos de caixa positivos e negativos (incluindo os custos de investimento em ativos de capital fixo) durante o período de vida do investimento em termos de valor atual líquido”.

⁹⁹ Neste sentido, cf. Comunicação de 2014, n.º 93.

¹⁰⁰ Comunicação de 2014, n.º 106.

¹⁰¹ Comunicação de 2014, n.º 25, al. 12).

¹⁰² Comunicação de 2014, n.º 106.

difícil sustentar que uma nova infraestrutura aeroportuária na região de Lisboa cumprirá esta condição, mesmo que não substitua aquele aeroporto. Se a nova infraestrutura substituir o aeroporto Humberto Delgado, não haverá duplicação de aeroportos, caso em que não haverá dúvidas do cumprimento daquela condição (sobretudo se a capacidade do novo aeroporto estiver alinhada com previsões credíveis de incremento do tráfego).

O projeto de auxílio a conceder à nova infraestrutura aeroportuária, quer se refira a uma que duplique a já existente quer a uma que a substitua, deverá ser objeto de uma notificação individual à Comissão Europeia, dado que a primeira hipótese se enquadra nas alíneas a), e) e f) do n.º 111 e a segunda se enquadra na alínea c) do mesmo número.

Note-se, finalmente, que o cumprimento das restantes regras de Direito da União Europeia, designadamente a legislação ambiental, é lembrado na Comunicação de 2014¹⁰³, até porque “os transportes terão de ser menos energívoros e mais ecológicos, tirar maior partido de uma infraestrutura moderna e diminuir o seu impacto negativo no clima e no ambiente e, em especial, em bens naturais fundamentais, como a água, o solo e os ecossistemas”¹⁰⁴, o que, aliás, alinha ambos os ramos normativos (da concorrência e do ambiente) numa preocupação comum de sustentabilidade, que já se viu ter sido expressa pela Comissão nesta Comunicação.

¹⁰³ Comunicação de 2014, n.º 20.

¹⁰⁴ Comunicação de 2014, n.º 2.

17. Conclusão final: a obrigação de notificação do financiamento público do aeroporto de Lisboa e a avaliação da compatibilidade com o mercado interno

Parte-se da conclusão intermédia de que o financiamento público do investimento em infraestruturas e equipamentos e do funcionamento do aeroporto Humberto Delgado e do novo aeroporto de Lisboa estará, cumpridos os requisitos então referidos, sujeito ao regime dos auxílios de Estado.

O financiamento público mencionado, enquanto auxílio de Estado, não está isento da obrigação de notificação à Comissão Europeia, por não ser considerado automaticamente compatível com o mercado interno, nem nos termos do Regulamento Geral de Isenção por Categoria, nem nos da Decisão 2012/21/EU, devendo ser objeto de notificação individual.

Devendo ser notificado, enquanto auxílio de Estado, apenas será autorizado pela Comissão Europeia desde que esta conclua que é compatível com o mercado interno, juízo onde se exprime um poder discricionário e se avalia se a medida de auxílio promove a resolução de uma falha de mercado ou a prossecução de um interesse comum da União, que mais do que compensem o efeito negativo sobre a concorrência e as trocas comerciais entre os Estados-membros. Para o efeito, a Comissão sujeita a medida a um conjunto de condições.

Qualquer financiamento público do funcionamento do aeroporto Humberto Delgado ou do novo aeroporto de Lisboa, que se enquadre nos requisitos de auxílio de Estado, será provavelmente considerado incompatível com o mercado interno, já que, para ser elegível para um auxílio ao funcionamento, o tráfego anual do aeroporto não deve exceder 3 milhões de passageiros, e porque os auxílios ao funcionamento de aeroportos apenas são autorizados por um período transitório que, previsivelmente, se esgotará em 2027.

O financiamento público do investimento em infraestruturas e equipamento do aeroporto Humberto Delgado dificilmente será considerado compatível com o mercado interno, por não respeitar condições relativas à necessidade de intervenção do Estado e à proporcionalidade do montante do auxílio. De facto, a Comissão assume que não são necessários auxílios ao investimento para aeroportos com um tráfego anual superior a 5 milhões de passageiros e não prevê sequer intensidades de auxílio para aeroportos com esse tráfego. No entanto, abre a possibilidade excepcional de concessão de auxílios, cumpridos um conjunto de requisitos muito exigentes, que se julga difícil serem respeitados no caso do aeroporto Humberto Delgado.

Diferente é o caso do financiamento público do investimento em infraestruturas e equipamento do novo aeroporto de Lisboa, que poderá ser considerado compatível com o mercado interno, em especial se substituir o aeroporto Humberto Delgado. De facto, a Comissão assume a necessidade de um auxílio estatal em caso de realocização de um aeroporto existente e a proporcionalidade da cobertura do défice de financiamento calculado. Sendo plausível o cumprimento dos restantes requisitos, desde a contribuição para a realização de um objetivo de interesse comum (aumentar a mobilidade dos cidadãos da União Europeia e a conectividade das regiões estabelecendo pontos de acesso para voos intra-União Europeia; combater o congestionamento do tráfego aéreo nos principais aeroportos da União Europeia que funcionam como plataformas de correspondência; ou facilitar o desenvolvimento regional), passando pela adequação (desde que o Estado compare a medida de auxílio escolhida com outros instrumentos políticos e outras medidas de auxílio e consiga sustentar que não atingem os mesmos objetivos com menor afetação da concorrência), e pela produção de um efeito de incentivo (desde que realizada uma análise contrafactual que o comprove), até à prevenção de efeitos negativos sobre a concorrência e as trocas comerciais (não se prevendo a duplicação de aeroportos não rentáveis ou a criação de capacidades adicionais não utilizadas na zona de influência da infraestrutura

existente), o cumprimento cumulativo desses requisitos conduzirá a um juízo positivo de compatibilidade pela Comissão Europeia.

Porto, 30 de setembro de 2023

Manuel Fontaine Campos

Professor Associado

Escola do Porto da Faculdade de Direito

Universidade Católica Portuguesa

Prestação de esclarecimentos

Na sequência da apresentação, em 30 de setembro de 2023, do parecer relativo à “Análise legal do modelo de financiamento face aos regulamentos europeus, nomeadamente na vertente da concorrência e auxílios de estado e obrigações de notificação à Comunidade Europeia” (doravante, “Parecer”), a Comissão Independente, designadamente através da equipa do PT6, apresentou, em 11 de outubro de 2023 os seguintes pedidos de esclarecimento:

“1. Na página 18, alínea c): não se alcança completamente o exposto; parece-nos – com o devido respeito claro, que é muito, e provavelmente por falha nossa - algo contraditório; seria possível obter uma pequena explicação?”

2. Na página 23, último parágrafo: seria possível concretizá-lo um pouco? O que significa o “estar sujeito à concorrência”, aqui? Significa, num sentido restrito, estar fora do Contrato de Concessão? E não estão todas – as nove - possibilidades sujeitas à concorrência (pelo menos no sentido amplo)?

3. Na página 36, segundo parágrafo, nas suas duas primeiras frases, perguntamos se há comentários à seguinte nota: “deve ter-se em consideração, se for o caso, que o AHD vai provavelmente desaparecer, acabando por ficar um único aeroporto; não se sabe como este facto se conjuga com o dito em texto, considerando que nas opções duals um eventual fecho do AHD não será a breve trecho.”

Em 23 de outubro de 2023, foi apresentado outro pedido de esclarecimentos:

“PONTO 1 - a solução parece ser a mesma – impossibilidade de financiamento - para qualquer das nove opções no que toca aos auxílios ao funcionamento (quer do AHD quer do NAL);

PONTO 2 - a solução parece ser a mesma – impossibilidade de financiamento - para qualquer das nove opções no que toca aos auxílios ao investimento relativamente ao AHD.

PONTO 3 - a solução parece ser a mesma – eventual possibilidade de financiamento - para qualquer das nove opções no que toca aos auxílios ao investimento relativamente ao NAL, ficando a probabilidade reforçada se se substituir o AHD.

Isto levanta uma questão importante: como conjugar a Portela e o AHD relativamente a esta matéria?

É que, conforme temos visto, o AHD irá, em teoria, sempre fechar; não sabemos, todavia, em termos de direito da concorrência, se a manutenção de aeroporto que já não é juridicamente o AHD, mas que poderá ser factualmente o mesmo aeroporto ou um aeroporto semelhante, conta como substituição ou não. Isto é essencial especialmente para o ponto 3 (perceber em que situa este reforço de probabilidade de permissão de auxílio face à “substituição do AHD”), mas também para o Ponto 2 – impossibilidade provável de auxílio a soluções dual (ou pelo menos à parte Portela/AHD dessas soluções).

Sintetizando:

Se o AHD, na sua terminologia, incluir todas as infraestruturas que estejam naquele lugar, sejam parte de que conjugação forem, temos a seguinte situação: Auxílios ao funcionamento - proibidos; Auxílios ao investimento no AHD em sentido amplo - proibidos; Auxílios ao investimento em aeroporto novo - possíveis, se cumpridos certos requisitos, mas menos prováveis numa solução dual (que inclua o AHD em sentido amplo) do que numa solução uni. Resta ainda saber se, numa solução dual, a probabilidade de auxílio é a mesma mas aplicável apenas à parte não-AHD, ou se é menor na sua totalidade. Isto é importante porque pode haver motivos para preferir uma solução Uni ao nível do financiamento.”

Responderemos a cada uma das questões sequencialmente, não sem antes fazer um enquadramento relevante: as questões formuladas referem-se, em grande medida, a pontos contidos no Parecer que, por sua vez, resultam de uma análise das comunicações da Comissão Europeia. Ora, estas comunicações, como referido a páginas 5 do Parecer “não são, enquanto tal, vinculativas para os Estados e outros sujeitos de Direito da União. Expressam como a Comissão pretende aplicar, neste domínio, as regras dos Tratados e da legislação secundária relativas a auxílios de Estado, tendo em conta a jurisprudência europeia e a prática passada da Comissão. Em qualquer caso, na medida em que se refiram a essas regras e a essa jurisprudência, esclarecem conteúdos normativos vinculativos. Adicionalmente, porque há um compromisso assumido pela Comissão, e em homenagem aos princípios da igualdade de tratamento e da proteção da confiança legítima, as comunicações limitam e vinculam a própria Comissão”.

Significa isto que, na medida em que a Comissão Europeia tenha assumido, no exercício do seu poder discricionário, critérios de aplicação do Direito da UE relativo aos auxílios de Estado que extravasem o que resulta diretamente dessas normas ou da jurisprudência europeia, tais critérios podem ser postos em causa, designadamente perante as instâncias jurisdicionais europeias.

Por outro lado, são diversas as situações em que a Comissão admite que “excepcionalmente” pode admitir soluções diversas daquelas a que se comprometeu, pelo que caberá depois ao Estado-membro notificante, no nosso caso, ao Estado português, demonstrar à Comissão, com argumentos persuasivos, que o auxílio de Estado proposto encaixa nas referidas situações excecionais.

1.^a questão:

“Na página 18, alínea c): não se alcança completamente o exposto; parece-nos – com o devido respeito claro, que é muito, e provavelmente por falha nossa - algo contraditório; seria possível obter uma pequena explicação?”

Refere-se esta questão às atividades que devem ser consideradas de natureza não económica, designadamente por corresponderem “ao exercício da autoridade pública”, a “prerrogativas de poder público”, e cujo financiamento, em consequência, não é considerado auxílio estatal e, portanto, não estará sujeito ao regime de controlo dos auxílios de Estado. Tal não sujeição depende, não obstante, do cumprimento de certos requisitos, o terceiro dos quais suscita a questão colocada pela equipa PT6. Trata-se do seguinte requisito:

“c) Em terceiro lugar, se, num determinado Estado, tiver sido imposta aos aeroportos a cobertura dos custos decorrentes de atividades não económicas, todos os aeroportos devem, na sequência de uma decisão adotada nesse sentido, beneficiar de forma não discriminatória do financiamento público dessas atividades, sob pena de os aeroportos beneficiados com esse financiamento obterem uma vantagem face aos outros e, portanto, um auxílio de Estado”.

Respondendo à questão formulada, note-se que a afirmação da existência deste requisito resulta diretamente da Comunicação da Comissão de 2014¹, designadamente do seu n.º 37. Tal já resultava, aliás, da nota de rodapé n.º 38 do nosso Parecer onde, diga-se, expressámos “algumas dúvidas quanto à fundamentação desta última condição, uma vez que parece emergir sobretudo da

¹ Comunicação da Comissão “Orientações relativas aos auxílios estatais a aeroportos e companhias aéreas”, 2014/C 99/03, JO C 99 de 4 de maio de 2014.

prática da Comissão sem ter uma base clara nos tratados, no direito derivado ou na jurisprudência”.

De algum modo, a nossa dúvida emerge da mesma perplexidade contida na questão colocada pela equipa PT6, e que, se bem a interpretamos, poderá exprimir-se da seguinte forma: se as atividades que correspondem a prerrogativas de interesse público devem ser consideradas atividades de natureza não económica, e se apenas o financiamento de atividades económicas pode ser considerado um auxílio de Estado, como se compreende, então, que o financiamento das primeiras atividades, desde que discriminatório, possa afinal ser considerado um auxílio de Estado?

Na verdade, como dissemos a páginas 9 e 14 do Parecer, a noção de auxílio de Estado implica o preenchimento de diversos requisitos, um dos quais é o da existência de uma empresa; e, por sua vez, uma empresa é uma entidade que desenvolve uma atividade económica. Uma entidade que não desenvolve uma atividade económica não é, portanto, uma empresa e, logo, o respetivo financiamento não pode ser considerado auxílio de Estado.

Por isso se compreende que na Comunicação de 2014 da Comissão, e, antes disso, na jurisprudência do Tribunal de Justiça, se afirme esta exceção: se uma entidade é incumbida de atividades como a manutenção da segurança, o controlo do tráfego aéreo, o policiamento, o controlo alfandegário, o socorro e o combate a incêndios e outras atividades necessárias para proteger a aviação civil de atos de interferência ilícita, o financiamento dessas atividades (e, antes disso, do investimento nas infraestruturas e equipamentos necessários para o desempenho dessas atividades) não será considerado auxílio de Estado.

No entanto, voltando ao silogismo *supra*, que dizer de uma entidade que desenvolve, simultaneamente, atividades de natureza económica e atividades de natureza não económica? Desenvolvendo essa entidade uma atividade económica, terá de ser qualificada como empresa. Mas apenas no que diz respeito a essa atividade

(podendo apenas o financiamento público dessa atividade ser qualificado como auxílio de Estado)? Ou deverá ser considerada empresa para todos os efeitos, incluindo as atividades não económicas?

A resposta dada pela jurisprudência europeia e, em sequência, pela Comissão, é a primeira. Mas não sem estipular algumas condições – justamente as indicadas no Parecer, a páginas 17 e 18, alíneas a) e b) – para garantir que o financiamento público das atividades não económicas não seja desviado para as atividades de carácter económico.

Mas, no que respeita à hipótese aqui questionada, aquela em que, “no âmbito de uma dada ordem jurídica, for normal que os aeroportos civis tenham de suportar certos custos inerentes à sua exploração”, designadamente os respeitantes a atividades de natureza não económica, a Comissão parece dar a segunda resposta – as entidades operadoras dos aeroportos serão consideradas empresas para todos os efeitos, incluindo as atividades não económicas. Parece existir, assim, uma certa incongruência analítica da parte da Comissão.

A justificação apresentada na Comunicação de 2014 (n.º 37) é a de que “existe uma vantagem quando as autoridades públicas aliviam as empresas dos custos inerentes às suas atividades económicas [...] independentemente de esses custos estarem ou não relacionados com uma atividade, que, em geral, é considerada de natureza não económica”. Todavia, a jurisprudência citada na Comunicação é genérica, referindo-se a impostos e não à imposição de custos relativos a atividades não económicas. Mas não se pode afastar que venha a aplicar-se a este tipo de hipóteses

Por outro lado, a Comissão parece pretender evitar o falseamento da concorrência - neste caso, entre os operadores dos diversos aeroportos nacionais – que, é, de facto, um dos objetivos prosseguidos pelo direito dos auxílios de Estado.

Assim, não se pode afastar a hipótese de esta condição, que, repita-se, resulta da Comunicação de 2014, vir a ser aceite pelos tribunais europeus.

2.ª questão:

“Na página 23, último parágrafo: seria possível concretizá-lo um pouco? O que significa o “estar sujeito à concorrência”, aqui? Significa, num sentido restrito, estar fora do Contrato de Concessão? E não estão todas – as nove - possibilidades sujeitas à concorrência (pelo menos no sentido amplo)?”

No referido parágrafo do Parecer referiu-se que: “Foi colocada, entretanto, a questão de saber se a análise que se está a desenvolver é alterada pela consideração de um cenário em que a atividade aeroportuária, incluindo a sua construção e operacionalização, está sujeita à concorrência”.

Na verdade, quando se referiu, “foi colocada a questão”, referíamos-nos a uma questão colocada anteriormente (a 11/9/2023) pela própria equipa PT6, e que agora reproduzimos:

“vinha solicitar que a análise de V,^a Ex.^a não deixasse de considerar dois cenários:

- a) o cenário em que a atividade aeroportuária, incluindo a sua construção e operacionalização, está sujeita à concorrência
- b) o cenário em que não está, e
- c) em cada cenário, se tal circunstância altera a análise que está a desenvolver e em que medida.”

A interpretação dada no Parecer a esta questão da equipa PT6 foi a de que “estar sujeito a concorrência” significa que a escolha da entidade que procederá à construção e, eventualmente, futura operacionalização do novo aeroporto de Lisboa, ocorrerá “na sequência de um procedimento de concurso competitivo, transparente, não discriminatório e incondicional, em sintonia com os princípios do TFUE em matéria de contratação pública”.

Desse ponto de vista, e se o “Contrato de Concessão” a que se refere a questão *supra* é aquele celebrado com a ANA - Aeroportos de Portugal, S.A., estar sujeito a concorrência significa que a construção e operacionalização do novo aeroporto de Lisboa não serão atribuídos a esta empresa sem um “prévio procedimento de concurso competitivo, transparente, não discriminatório e incondicional”.

Coloca depois a equipa PT6 a questão de saber se “não estão todas – as nove – possibilidades sujeitas à concorrência”. Partimos do pressuposto de que as “nove – possibilidades” se referem às nove opções estratégicas de localização do sistema aeroportuário de Lisboa (quer esteja em causa um único aeroporto, quer uma combinação do atual aeroporto Humberto Delgado com um novo aeroporto). A resposta à questão é a mesma já referida: qualquer que seja a opção estratégica finalmente escolhida, a atividade aeroportuária, incluindo a sua construção e operacionalização, estará sujeita à concorrência desde que a escolha da entidade encarregada dessa construção e operacionalização resulte de procedimento de concurso competitivo, transparente, não discriminatório e incondicional. Admite-se, no entanto, que possam existir dificuldades na implementação desse procedimento como decorrência do contrato de concessão entretanto celebrado com a ANA - Aeroportos de Portugal, S.A., mas essa é questão que já não nos cabe avaliar.

Note-se, finalmente, que, tal como referido e explicado no Parecer (pp. 24 e 25), “o facto de não existir um concurso de concessão do novo aeroporto de Lisboa não implica, necessariamente, que se tenha de classificar a operação como auxílio de Estado”.

3.ª questão

“Na página 36, segundo parágrafo, nas suas duas primeiras frases, perguntamos se há comentários à seguinte nota: “deve ter-se em consideração, se for o caso, que o AHD vai provavelmente desaparecer, acabando por ficar um único aeroporto; não se sabe como este facto se conjuga com o dito em texto, considerando que nas opções duais um eventual fecho do AHD não será a breve trecho.”

A questão refere-se às hipóteses em que a Comissão admite, depois de avaliar um projeto de auxílio ao funcionamento de um aeroporto, considerá-lo compatível com o mercado interno. Dizia-se no parecer, a este propósito, na referida página 36, segundo parágrafo, duas primeiras frases: “Na hipótese em que se mantenha o atual aeroporto Humberto Delgado e se construa uma segunda infraestrutura aeroportuária, tudo dependerá do tráfego que esse segundo aeroporto vier a ter. Se, de facto, não exceder os 3 milhões de passageiros/ano, não se aplica o compromisso liminar suprarreferido [de não considerar o auxílio compatível com o mercado interno], devendo então procurar cumprir-se as restantes condições estipuladas nos n.ºs 113 e ss. da Comunicação de 2014”.

O comentário que nos é pedido e podemos dar, tendo em conta a Comunicação de 2014, é o de que, em primeiro lugar, o aspeto relevante não é o de saber se existirão um, dois ou mais aeroportos, sobretudo se a capacidade do atualmente existente se encontrar esgotada. A questão relevante é a do tamanho do aeroporto, medido pelo tráfego anual de passageiros. O que se assumiu é que, se viesse a existir um único aeroporto na região de Lisboa, o mesmo ultrapassaria necessariamente o limiar dos três milhões de passageiros/ano. Enquanto, nas opções duais, tal poderia não suceder imediatamente.

Assim, nas opções duais, enquanto o aeroporto Humberto Delgado não fechar, e enquanto o novo aeroporto não exceder os 3 milhões de passageiros, o

mesmo poderá receber auxílios de Estado ao funcionamento, desde que cumpra as condições adicionais mencionadas nos n.ºs 113 a 134 da Comunicação de 2014 da Comissão. A partir do momento em que o Aeroporto Humberto Delgado encerre, e como tal implicará a transferência do tráfego desta infraestrutura aeroportuária para a nova infraestrutura, esta ultrapassará então o limiar dos três milhões, pelo que deixará de poder receber os auxílios que, eventualmente, tenham sido autorizados pela Comissão Europeia.

Note-se, no entanto, que, como referido a páginas 36 do Parecer, “a intenção da Comissão é de apenas permitir a atribuição dos auxílios ao funcionamento durante um período de transição que, se bem que estendido por mais três anos, se prevê prolongar-se apenas até 2027, data previsivelmente aquém ou muito próxima da entrada em funcionamento do novo aeroporto secundário”.

4.^a questão

“PONTO 1 - a solução parece ser a mesma – impossibilidade de financiamento – para qualquer das nove opções no que toca aos auxílios ao funcionamento (quer do AHD quer do NAL);

PONTO 2 - a solução parece ser a mesma – impossibilidade de financiamento – para qualquer das nove opções no que toca aos auxílios ao investimento relativamente ao AHD.

PONTO 3 - a solução parece ser a mesma – eventual possibilidade de financiamento – para qualquer das nove opções no que toca aos auxílios ao investimento relativamente ao NAL, ficando a probabilidade reforçada se se substituir o AHD.

Isto levanta uma questão importante: como conjugar a Portela e o AHD relativamente a esta matéria?

É que, conforme temos visto, o AHD irá, em teoria, sempre fechar; não sabemos, todavia, em termos de direito da concorrência, se a manutenção de aeroporto que já não é juridicamente o AHD, mas que poderá ser factualmente o mesmo aeroporto ou um aeroporto semelhante, conta como substituição ou não. Isto é essencial especialmente para o ponto 3 (perceber em que situa este reforço de probabilidade de permissão de auxílio face à “substituição do AHD”), mas também para o Ponto 2 – impossibilidade provável de auxílio a soluções dual (ou pelo menos à parte Portela/AHD dessas soluções).

Sintetizando:

Se o AHD, na sua terminologia, incluir todas as infraestruturas que estejam naquele lugar, sejam parte de que conjugação forem, temos a seguinte situação: Auxílios ao funcionamento - proibidos; Auxílios ao investimento no AHD em sentido amplo - proibidos; Auxílios ao investimento em aeroporto novo - possíveis, se cumpridos certos requisitos, mas menos prováveis numa solução dual (que inclua o AHD em sentido amplo) do que numa solução uni. Resta ainda saber se, numa solução dual,

a probabilidade de auxílio é a mesma mas aplicável apenas à parte não-AHD, ou se é menor na sua totalidade. Isto é importante porque pode haver motivos para preferir uma solução Uni ao nível do financiamento.”

No que respeita ao Ponto 1 da questão, tal como referido na resposta à questão 3, existe uma possibilidade de, numa solução dual, o NAL poder receber auxílios ao funcionamento, embora o grau de probabilidade seja baixo, em virtude do compromisso assumido pela Comissão Europeia, nas suas Comunicações, de não prolongar tais auxílios para lá do ano de 2027. No que respeita aos Pontos 2 e 3, espelha bem os resultados a que chegámos no Parecer, e o mesmo se diga da argumentação que se segue.

Resta, então, a questão final, de saber se, “numa solução dual, a probabilidade de auxílio é a mesma mas aplicável apenas à parte não-AHD, ou se é menor na sua totalidade”.

Como referimos no Parecer, a Comissão admite considerar compatível um auxílio ao investimento na relocalização de um aeroporto e, embora não seja totalmente claro, parece que essa relocalização (a construção do NAL) implica necessariamente a cessação das atividades aeroportuárias anteriores (o AHD). Como referimos, tal resulta, por um lado, da própria palavra usada (“relocalização”). Resulta, ainda, da associação que o n.º 104 da Comunicação faz entre a relocalização e a cessação das atividades: “no que respeita a uma relocalização de um aeroporto existente e à cessação das atividades aeroportuárias num sítio existente” (itálico nosso). É também resultado da hipótese alternativa prevista na alínea e) do n.º 111 da Comunicação, que fala do “auxílio ao investimento destinado à criação de um novo aeroporto de passageiros”, distinguindo-o da hipótese prevista na alínea c) do mesmo n.º 111, que se refere a “auxílio ao investimento concedido para a relocalização de aeroportos”. Assim, a primeira hipótese referir-se-ia ao investimento no NAL, sem desativação do AHD, enquanto a segunda implicaria o mesmo investimento, com essa desativação. Note-se que das palavras usadas resulta

que o relevante não é o estatuto jurídico dos aeroportos, mas a existência de infraestruturas diversas, em sítios diferentes.

Finalmente, para além destes argumentos de natureza mais literal, podemos agora invocar um argumento mais substantivo, que tem que ver com as razões invocadas no ponto 17, al. b), da Comunicação de 2014: na realocização de um aeroporto existente, tendo em conta, entre outros fatores “as limitadas distorções da concorrência”, poderá excecionalmente admitir-se a concessão de auxílios ao investimento. Ora, no que respeita à distorção da concorrência, um ponto que é repetidamente invocado pela Comissão diz respeito à indesejabilidade da “duplicação de aeroportos não rentáveis ou a criação de capacidades adicionais não utilizadas na zona de influência da infraestrutura existente” (cf. n.º 106 da Comunicação de 2014). Quando está em causa a construção de um novo aeroporto que substitui o anterior, essa duplicação não se verifica e, portanto, as distorções à concorrência serão necessariamente “limitadas”.

Tudo visto, parece que, de facto, a Comissão privilegiará, na aferição da compatibilidade do auxílio ao investimento, uma situação em que o NAL substitua o AHD. Respondendo diretamente à questão colocada, numa solução dual, a probabilidade de o auxílio (embora aplicável apenas à parte não-AHD) ser considerado compatível com o mercado interno *não será* a mesma mas menor do que numa solução Uni.

Porto, 30 de outubro de 2023

Manuel Fontaine Campos

Professor Associado

Escola do Porto da Faculdade de Direito

Universidade Católica Portuguesa

Esclarecimentos adicionais

Pede a Comissão Técnica Independente uma análise de certos aspetos da pronúncia realizada pela entidade Magellan 500, no âmbito de consulta pública do relatório preliminar relativo à “Avaliação de opções estratégicas para o aumento da capacidade aeroportuária da região de Lisboa”.

1. A entidade Magellan 500, repete, a páginas 26 e 44 da sua pronúncia, textos do Relatório Ambiental (páginas 94 e 145), onde se refere (em ambos os casos):

“O: Existência de opções estratégicas em que o perímetro do aeroporto se inclui em terrenos propriedade do Estado. Acelerar os processos de desenvolvimento do projeto, da sua aprovação e do arranque da construção, tirando partido do tempo poupado nos longos e complexos processos de expropriações de terrenos em propriedade privada (OE1, OE2, OE3 e OE6)”.

A entidade Magellan 500 comenta, nas referidas páginas da sua pronúncia, que:

“A própria análise jurídica (PT6) diz que as demoras são evitadas através da DUP com carácter urgente. Todos os projetos necessitam de extensas expropriações, seja no aeroporto seja nos acessos. Por outro lado, estes solos deverão ser contabilizados como ajudas de Estados a esses projetos, sob pena de omissão de análise com impacto severo em termos financeiros e concorrenciais” e, depois, que “Faz-se notar que a afetação de terrenos propriedade do Estado às OE1, OE2, OE3 e OE6 não é automática, implica procedimentos administrativos tão ou mais complexos que um processo de expropriação, comporta riscos de litígio com terceiros, para além de consubstanciar juridicamente uma “ajuda de Estado” sujeita ao crivo das autoridades de concorrência. Mesmo para estas opções, haverá sempre expropriações para a implementação das soluções aeroportuárias e para as vias próximas de acesso.”

Apenas nos pronunciaremos sobre a questão que diz respeito aos auxílios (ou “ajudas”) de Estado, visto que foi nesse âmbito que foi pedida, desde o início, a nossa colaboração. A questão que se coloca é, então, a de saber se, incluindo-se no perímetro do aeroporto terrenos propriedade do Estado, em que condições a sua disponibilização implicará a concessão de um auxílio de Estado.

Como visto no Parecer (páginas 9 e 10), um auxílio de Estado implica “a existência de uma empresa, a imputabilidade da medida ao Estado, o seu financiamento através de recursos estatais, a concessão de uma vantagem, a seletividade da medida e os seus efeitos sobre a concorrência e as trocas comerciais entre Estados-Membros”.

Como aí se esclarece, a forma pela qual o auxílio é prestado é irrelevante. Foi também esclarecido como a construção e exploração de uma infraestrutura aeroportuária preenche o conceito de “empresa”. Naturalmente, a disponibilização a essa empresa de terrenos do Estado, pelo Estado, preenche os critérios da imputabilidade ao Estado e do seu financiamento mediante recursos estatais (o que, aliás, era já reconhecido no Parecer, a páginas 21, referindo-se à “disponibilização de propriedades”). Sendo os terrenos disponibilizados à empresa em causa, a medida é necessariamente seletiva. No que respeita aos requisitos da afetação da concorrência e das trocas comerciais, já concluímos que “qualquer auxílio ao investimento e ao funcionamento do(s) aeroporto(s) de Lisboa que preencha os restantes requisitos do conceito de auxílio de Estado será necessariamente considerado como afetando a concorrência e o comércio entre Estados-membros” (página 29 do Parecer).

Finalmente, e sobretudo, no que respeita ao requisito da “vantagem”, e como se disse no Parecer, a páginas 22, “se o auxílio consiste, por exemplo, na venda de um bem (v. g., um imóvel), [...] já não é tão claro que tenha sido concedida uma vantagem, porque se trata aí de comportamentos que poderiam ser adotados por um

operador económico privado”. Ora, “não há favorecimento quando a medida estatal ocorra nas condições normais de mercado, quando possa ser vista como uma transação comercial normal e quando o Estado aja como um operador económico normal”. O fulcral é, aqui, que a disponibilização dos terrenos propriedade do Estado ocorra como se o Estado fosse um agente privado, como se visasse a maximização do lucro, ainda que com perspectivas de rendibilidade de “longo prazo”.

Desse ponto de vista, portanto, a disponibilização gratuita dos terrenos do Estado implicará a qualificação dessa operação financeira como auxílio de Estado. Ao contrário, se a venda, o arrendamento ou outra operação alternativa se verificarem por valores de mercado, não será concedida uma vantagem e, em consequência, a operação não poderá ser qualificada como auxílio de Estado.

Dada a dúvida que pode suscitar-se quanto ao que serão, em cada caso, os “valores de mercado”, a Comissão Europeia esclareceu que, se a operação em causa for adjudicada “na sequência de um procedimento de concurso competitivo, transparente, não discriminatório e incondicional, em sintonia com os princípios do TFUE em matéria de contratação pública”, e desde que desde que “tenham sido utilizados os critérios adequados para selecionar o comprador” (páginas 24 do Parecer), se considerará que o valor contratado é o de mercado e, portanto, não existe vantagem nem, logicamente, auxílio de Estado.

Note-se que, em qualquer caso, o que foi dito apenas respeita ao financiamento de atividades de natureza económica. Assim, “o financiamento de infraestruturas que não se destinam a ser exploradas comercialmente é, em princípio, excluído do âmbito de aplicação das regras em matéria de auxílios estatais” (Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio de Estado, n.º 203). Tivemos a oportunidade de esclarecer, no Parecer (páginas 16 e ss.) quais as infraestruturas e atividades que se enquadram no exercício de prerrogativas de poder público. De todo o modo, uma eventual disponibilização de terrenos do Estado por valores inferiores aos do mercado apenas escapará à qualificação de “auxílio de estado” na

medida em que se destine exclusivamente a cobrir os custos adicionais, para a empresa, do investimento e funcionamento de infraestruturas necessárias para o exercício daquelas prerrogativas, ou apenas na proporção em que vise esse objetivo.

Em aplicação deste princípio, como já havíamos referido no Parecer (a páginas 18), entende a Comissão Europeia que, no “caso de uma infraestrutura originalmente utilizada para atividades não económicas ser posteriormente reafetada a uma utilização económica (por exemplo, se um aeroporto militar for convertido para utilização civil), apenas os custos incorridos na conversão da infraestrutura para utilização económica serão tidos em conta para a apreciação realizada nos termos das regras em matéria de auxílios estatais”. Isto é, todas as despesas realizadas antes, para financiar atividades não económicas, não serão consideradas auxílios de Estado.

2. A entidade Magellan 500, repete, a páginas 106 da sua pronúncia, texto do Relatório PT 6 (página 17), onde se refere que:

“A Comissão (Europeia) terá dúvidas quanto à compatibilidade do auxílio se, existindo outro aeroporto na área de influência [...]”.

E, depois, comenta:

“O que coloca a questão da exequibilidade de ajudas de Estado a projetos no CTA e VNO se não forem dadas em condições de equidade ao promotor de STR, já que se encontram na área de influência deste.”

Como se refere no Relatório PT6, as dúvidas formuladas pela Comissão Europeia referem-se à situação em que “*existindo* outro aeroporto na área de influência”. Chama-se a atenção para o tempo verbal, gerúndio, que se refere a uma situação existente que se prolonga no tempo. Ora, salvo informação adicional de que não dispomos, não existe qualquer aeroporto em Santarém que se possa, portanto, considerar estar na esfera de influência do futuro aeroporto de Lisboa. O que se pretende é evitar “a duplicação de aeroportos não rentáveis ou a criação de capacidades adicionais não utilizadas” (Comunicação da Comissão de 2014, ponto 106). Um aeroporto meramente em projeto não é, portanto, um aeroporto existente.

Acresce que, ainda que existisse (ou venha a existir) um aeroporto na área de influência, que não funcione “à capacidade máxima, ou quase” (Comunicação da Comissão de 2014, ponto 106), não se garantiria a “exequibilidade” (o que quer que isto signifique) de eventuais ajudas de Estado, por serem igualmente dadas à entidade gestora desse aeroporto “em condições de equidade”. Na verdade, a compatibilidade do auxílio estará sempre em causa se daí resultar, como já referido, “a duplicação de aeroportos não rentáveis ou a criação de capacidades adicionais não utilizadas”, o que não se impediria, antes pelo contrário, com a concessão de auxílios aos diversos aeroportos na zona de influência.

3. A entidade Magellan 500 repete, a páginas 104 da sua pronúncia, texto do Relatório PT 6 (página 5), onde se refere que:

“Importa, porém, esclarecer que o Prof. Manuel Fontaine não estava a analisar, nem conhecia presume-se, o contrato de concessão e a cláusula de preferência”.

De seguida, a entidade Magellan 500 comenta que:

“Esta afirmação retira toda a credibilidade ao Parecer A anexo ao Relatório PT6 porque como pode o Professor Manuel Fontaine pronunciar-se sobre as Opções, designadamente em matéria de concorrência, quando nem sequer terá lido documentação indispensável ao enquadramento jurídico das matérias que analisou (situação tão mais incompreensível quando a própria CTI não se coíbiu da reproduzir excertos do Parecer do Professor Manuel Fontaine para analisar aspetos da concorrência relacionados com o Contrato de Concessão da ANA (como faz nos dois últimos parágrafos da página 6 do Relatório PT 6)”.

A entidade Magellan 500 cita depois, no mesmo local e de novo, o texto do Relatório PT 6 (página 6), que refere, citando a Prestação de Esclarecimentos deste autor, anexa ao seu Parecer:

“qualquer que seja a opção estratégica finalmente escolhida, a atividade aeroportuária, incluindo a sua construção e operacionalização, estará sujeita à concorrência desde que a escolha da entidade encarregada dessa construção e operacionalização resulte de procedimento de concurso competitivo, transparente, não discriminatório e incondicional. Admite-se, no entanto, que possam existir dificuldades na implementação desse procedimento como decorrência do contrato de concessão entretanto celebrado com a ANA - Aeroportos de Portugal, S.A., mas essa é questão que já não nos cabe avaliar.”

E, depois, a entidade Magellan 500 volta a comentar que:

“Esta frase ilustra o desconhecimento que a CTI tem da legislação vigente em matéria de atividade aeroportuária e evidencia a insuficiência do Parecer Anexo A do Professor Manuel Fontaine, na medida em que no atual direito nacional e europeu a atividade de exploração de aeroportos está liberalizada e não depende necessariamente da abertura de qualquer procedimento de tipo concursal, como sucede com o Aeroporto de Santarém. Remete-se a este respeito para o parecer jurídico subscrito pelos Senhores Professores Sérvulo Correia e Rui Medeiros, de 27 de fevereiro de 2023, no qual se demonstra que, fora da Concessão da ANA, a legislação vigente assegura a liberalização da atividade de exploração de aeroportos. Assim, sugere-se o aditamento à frase anterior da

seguinte expressão: “No quadro do atual direito português, a atividade de exploração de aeroportos fora do âmbito do Contrato de Concessão da ANA encontra-se liberalizada, pelo que, no caso do Aeroporto de Santarém a exploração do mesmo pode ser diretamente realizada pela Magellan 500 sem necessidade de abertura de qualquer procedimento público prévio de tipo competitivo”. Se esta frase não for inscrita no Relatório PT6, o mesmo conterà um teor ilegal face ao ordenamento jurídico em vigor.”

O autor escusar-se-á à tarefa de comentar comentários sobre aquilo que o autor conheceria ou não para efeitos do parecer emitido, até pela irrelevância dessa questão, como se compreenderá de seguida.

Antes procurará esclarecer aquilo que foi dito no referido parecer, tendo em vista clarificar todas as partes envolvidas sobre o seu objeto.

Em primeiro lugar, esclareça-se que o autor foi chamado a elaborar um parecer sobre a “Análise legal do modelo de financiamento face aos regulamentos europeus, nomeadamente na vertente da concorrência e auxílios de estado e obrigações de notificação à Comunidade Europeia”. Sendo esse o âmbito em que foi chamado a pronunciar-se, pronunciou-se, naturalmente, sobre esse tema e não sobre outros. As afirmações constantes do Parecer, e bem assim na Prestação de esclarecimentos anexa ao mesmo, não podem, portanto, ser invocadas de modo descontextualizado e ser citadas como resposta a questões a que nunca pretenderam responder.

Em segundo lugar, explique-se que as observações efetuadas pela CTI, nas páginas 5 e 6 do Relatório PT 6, referem-se, originalmente, a uma primeira questão colocada pela própria CTI ao autor. Essa questão era a de saber se “o cenário em que a atividade aeroportuária, incluindo a sua construção e operacionalização, está sujeita [ou não] à concorrência [...] *altera a análise que está a desenvolver e em que medida*” (itálico nosso). Ora, a “análise que [o autor] est[ava] a desenvolver”, e efetivamente desenvolveu, era a relativo ao *modelo de financiamento* e, designadamente, *à possível*

qualificação de contribuições financeiras como auxílio de Estado. Neste âmbito, assim delimitado pela própria questão da CTI, procurou perceber-se em que condições a sujeição a concorrência poderia afetar a qualificação de uma operação financeira como auxílio de Estado. E, nesta senda, concluiu-se (cf. p. 24 do Parecer) que, efetivamente, se “a operação em causa [for] efetuada ‘na sequência de um procedimento de concurso competitivo, transparente, não discriminatório e incondicional, em sintonia com os princípios do TFUE em matéria de contratação pública’ [...] se considerará não existir vantagem e, portanto, não estar em causa um auxílio de Estado”. O parecer continua especificando hipóteses em que, não obstante, se pode concluir estar presente um auxílio de Estado, e outras hipóteses em que essa essa qualificação pode ser afastada, ainda que não se verifique um concurso público (cf. p. 24 e 25 do Parecer).

Deste modo, a questão, a que o parecer procura responder, é a de saber em que condições (de concorrência) uma operação financeira poderá ser classificada como auxílio de Estado, e não mais do que isso. Nas referidas páginas 24 e 25 do Parecer, e bem assim nas páginas 8 e 9 da Prestação de Esclarecimentos é dada resposta a essa questão, pelo que se remete para as mesmas, para mais esclarecimentos.

Uma vez que os comentários da entidade Magellan 500 se referem a questões diferentes daquela a que o autor procurou (e se comprometeu a) dar resposta, ficam com quem os formulou.

Porto, 15 de fevereiro de 2024

Manuel Fontaine Campos

Professor Associado

Escola do Porto da Faculdade de Direito

Universidade Católica Portuguesa