



COMISSÃO EUROPEIA

Bruxelas, 10.02.2012
swd(2012)14

DOCUMENTO DE TRABALHO DOS SERVIÇOS DA COMISSÃO

Documento de orientação sobre o financiamento, a reestruturação e a privatização de empresas públicas, em conformidade com as regras dos auxílios estatais

DOCUMENTO DE TRABALHO DOS SERVIÇOS DA COMISSÃO

Documento de orientação sobre o financiamento, a reestruturação e a privatização de empresas públicas, em conformidade com as regras dos auxílios estatais

ÍNDICE

1.	Introdução	4
2.	Princípios básicos.....	4
3.	Financiamento das EP	7
4.	Reestruturação das EP	9
5.	Privatização das EP	11
6.	CONCLUSÕES.....	16

1. INTRODUÇÃO

No contexto da atual crise económica e financeira, tornou-se evidente que determinadas empresas públicas (a seguir designadas «EP») são deficitárias e/ou acumularam dívidas importantes, o que torna a sua viabilidade económica duvidosa. A fim de resolver os problemas encontrados pelas EP, vários Estados-Membros estão a tomar medidas sob a forma de financiamento (injeções de capital, anulação das dívidas, por exemplo), de reestruturação e/ou de privatização, que podem envolver eventuais auxílios estatais. Uma medida que constitua um auxílio estatal não deve ser aplicada antes de ter sido aprovada pela Comissão. É necessário apreciar a compatibilidade dos auxílios estatais com base no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («TFUE»).

O atual documento de orientação visa sensibilizar os responsáveis de todos os Estados-Membros para as regras da UE em matéria de auxílios estatais, que devem ser respeitadas em todos os financiamentos, reestruturações e/ou privatizações das EP e prestar esclarecimentos sobre a forma como a Comissão aplica os principais princípios desta política. O presente documento de orientação refere-se exclusivamente às regras existentes, sendo os casos individuais avaliados com base nas respetivas circunstâncias.

O presente documento visa também clarificar o impacto que as regras em matéria de auxílios estatais poderão ter nas políticas e nas decisões dos Estados-Membros que seguem programas de ajustamento económico, os quais se comprometeram a reduzir a pressão sobre as finanças públicas, nomeadamente através da reestruturação e/ou privatização das EP. Muito em especial, a Comissão encoraja os Estados-Membros que se encontram a implementar importantes programas de privatização a colaborar estreitamente com ela, a fim de garantir que os eventuais problemas respeitantes aos auxílios estatais, suscetíveis de aparecer durante a execução do programa, sejam resolvidos de maneira adequada e em tempo útil. Tal contribuirá para garantir a máxima segurança jurídica e evitará muito provavelmente litígios suscetíveis de prejudicar o processo de privatização.

O presente documento de orientação é um documento de trabalho dos serviços da Comissão para efeitos de informação. Não representa nem antecipa qualquer posição oficial da Comissão nesta matéria. Não pretende ser doutrina jurídica e não prejudica a interpretação das disposições do Tratado, relativas aos auxílios, do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Geral da União Europeia. Salvo menção em contrário, os princípios abordados neste documento de orientação são aplicáveis não só às empresas, total ou parcialmente detidas pelo Estado, mas, de um modo mais geral, a qualquer participação de uma autoridade pública numa empresa, independentemente do facto de aquela exercer ou não efetivamente um controlo sobre a referida empresa.

2. PRINCÍPIOS BÁSICOS

Quando é que uma medida constitui um auxílio estatal?

O artigo 107.º, n.º 1, do TFUE fornece uma definição geral de auxílios estatais que é constituída por quatro elementos cumulativos a seguir enunciados:

- (1) A medida deve ser concedida pelo Estado-Membro ou através de **recursos estatais**.

Segundo as regras em matéria de auxílios estatais, o Estado integra não só a administração central, mas também todos os níveis da administração pública (por exemplo, regiões, municípios, etc.). Convém prestar uma atenção especial às empresas públicas, tendo em conta que as suas ações podem, em muitos casos, ser consideradas imputáveis ao Estado, e podem envolver recursos estatais.

A medida pode assumir a forma de uma transferência positiva de recursos estatais (por exemplo, um empréstimo ou uma subvenção), mas também de uma transferência negativa, quando o Estado renuncia às receitas que normalmente teria recebido (por exemplo, através de uma isenção fiscal ou de uma remissão de dívida).

- (2) Deve existir uma **vantagem seletiva** (a ajuda deve favorecer certas empresas, a produção de certos produtos ou a prestação de determinados serviços).

O beneficiário da medida deve ser uma empresa. No âmbito das regras em matéria de auxílios estatais, este critério é funcional: o que importa é o carácter económico da atividade e o facto de o beneficiário fornecer um produto ou um serviço no mercado, e não tanto a sua forma jurídica ou o facto de visar ou não fins lucrativos.

O artigo 107.º do TFUE e seguintes relativos aos auxílios estatais aplicam-se indiferentemente às empresas públicas e privadas. Tal facto decorre do artigo 345.º do TFUE, que consagra o princípio da neutralidade no que refere ao regime de propriedade, bem como da jurisprudência dos tribunais da UE, que reconheceram igualmente o princípio da igualdade entre as empresas públicas e privadas.

Uma medida confere uma vantagem à empresa beneficiária se oferecer benefícios financeiros ou comerciais que esta empresa não teria sido capaz de obter no mercado (normalmente porque o Estado proporciona benefícios, gratuitamente ou contra uma remuneração insuficiente). O critério aplicado para avaliar todos os tipos de transações económicas realizadas pelas autoridades públicas é o comportamento normal de mercado. A fim de identificar o que constitui um comportamento normal de mercado, a Comissão aplica o teste do «princípio do investidor numa economia de mercado», explicado em pormenor na Secção 5.

A vantagem deve igualmente ser seletiva, isto é, deve favorecer certas empresas, regiões e/ou atividades económicas em detrimento de outras empresas, regiões ou atividades económicas. É de notar que uma medida que é formalmente neutra (ou seja teoricamente aberta a todos) pode, de facto, na prática, ser seletiva se se aplicar unicamente a determinadas empresas.

- (3) Deve existir uma (potencial de) distorção **da concorrência**.

A concorrência é considerada falseada quando uma medida prevista pelo Estado reforça (ou é suscetível de reforçar) a situação concorrencial da empresa beneficiária relativamente à dos seus concorrentes. Segundo o TFUE, que estabelece que a medida deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência, não é necessário que ocorra qualquer distorção da concorrência efetiva.

- (4) Deve **afetar as trocas comerciais** entre os Estados-Membros.

Este critério foi também objeto de numerosas interpretações por parte dos tribunais da UE. Com efeito, é suficiente que a empresa beneficiária venda um produto ou um serviço que pode ser objeto de trocas comerciais entre os Estados-Membros. Nesta aceção, uma medida

pode igualmente afetar as trocas comerciais mesmo se a empresa beneficiária não participar no comércio intracomunitário.

Logo que uma medida satisfaça os quatro critérios cumulativos, constitui um auxílio estatal, que é, em princípio, proibido pelo artigo 107.º, n.º 1, do TFUE. Todavia, o artigo 107.º, n.ºs 2 e 3 do TFUE, estabelece uma série de condições por força das quais um auxílio estatal é ou pode ser considerado compatível com o mercado interno, podendo, portanto, ser autorizado pela Comissão (que tem competência exclusiva para declarar um auxílio estatal compatível com o mercado interno). Com base nestas disposições, a Comissão publicou instrumentos pormenorizados e documentos de orientação, no intuito de clarificar os critérios aplicados na avaliação da compatibilidade dos auxílios estatais¹.

Elementos importantes dos procedimentos em matéria de auxílio estatais perante a Comissão

- Todas as medidas de auxílios estatais (medidas individuais e regimes de auxílio) devem ser notificadas à Comissão para aprovação, e não podem ser executadas antes da sua autorização através de uma decisão da Comissão (obrigação de «suspensão»)². Qualquer auxílio concedido antes da aprovação da Comissão é considerado ilegal pelo que poderá ser exigido ao beneficiário o reembolso do mesmo e os respetivos juros.
- Uma vez que uma medida é notificada, a Comissão dispõe de dois meses para tomar uma decisão. Este prazo começa a contar a partir do momento em que a notificação esteja completa e que a Comissão disponha de todas as informações necessárias.
- Quando a notificação estiver completa, a Comissão pode decidir i) que a medida não constitui um auxílio, ii), que se trata de um auxílio compatível com o mercado interno (que é, portanto, autorizado), ou iii) que tem dúvidas quanto à compatibilidade do auxílio com o mercado interno e decide iniciar um procedimento formal de investigação.
- Se a Comissão decidir iniciar um procedimento formal de investigação, procederá a uma avaliação aprofundada da medida e dos eventuais fundamentos para a sua compatibilidade. A abertura do procedimento formal de investigação não prejudica a decisão final da Comissão. Não existe um prazo vinculativo para o procedimento formal de investigação, embora a Comissão se esforce, na medida do possível, por adotar uma decisão no prazo de 18 meses a contar da data de início do procedimento³.
- Um procedimento formal de investigação é encerrado através de uma decisão final da Comissão que estabelece i) que a medida constitui um auxílio estatal e, em caso

¹ Todas as regras podem ser consultadas no seguinte endereço :
http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/legislation.html.

² Existem, contudo, algumas exceções à obrigação de notificação prévia. Ver, por exemplo, o Regulamento (CE) n.º 994/98, de 7 de maio de 1998, relativo à aplicação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais (JO L 142 de 14.5.1998, p. 1), e o Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão de 6 de agosto de 2008, que declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado (Regulamento geral de isenção por categoria (JO L 214 de 9.8.2008, p. 3).

³ Ver artigo 7.º, n.º 6, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE (JO L 83 de 27.3.1999, p. 1). Este prazo poderá ser alargado por comum acordo entre a Comissão e o Estado-Membro em causa.

afirmativo, ii) que é compatível com o mercado interno e pode ser executada em segurança, ou iii) que a medida é incompatível com o mercado interno e não pode ser executada (se já aplicada, a Comissão exigirá normalmente ao Estado-Membro que recupere o auxílio junto do beneficiário).

Além disso, a Comissão examina as denúncias apresentadas pelos concorrentes, cidadãos, etc., sobre eventuais questões de auxílios estatais e pode igualmente dar início a um inquérito por sua própria iniciativa. Assim, se uma medida de apoio não for notificada à Comissão, para aprovação, antes de ser concedida, existe um risco evidente de litígio e potenciais problemas na execução da medida, dado que poderá constituir um auxílio estatal ilegal. Deve igualmente salientar-se que uma medida pode ser anulada ou suspensa por um tribunal nacional, acionado (por um concorrente, por exemplo) para avaliar se uma medida constitui ou não um auxílio estatal, podendo também ordenar a recuperação do auxílio⁴.

A Comissão pôs igualmente em vigor um **procedimento específico de notificação prévia**, que visa ajudar, de modo informal, os Estados-Membros a prepararem as suas notificações. Os Estados-Membros podem igualmente utilizar este procedimento para consulta sobre se uma medida deve ser, ou não, considerada como um auxílio estatal. São realizadas **informalmente** notificações prévias, embora respeitando a **confidencialidade**.

3. FINANCIAMENTO DAS EP

Uma autoridade pública pode decidir conceder um financiamento a uma EP no contexto de um processo de reestruturação/privatização. Nesta eventualidade, as medidas previstas segundo as condições de mercado e contra uma remuneração que seria satisfatória para um proprietário/investidor privado no mesmo setor de atividade não constituem auxílios estatais e não têm de ser notificadas. Tal não será o caso se houver uma entrada de capital novo em circunstâncias que não seriam aceitáveis para um investidor privado que opera segundo as condições de mercado prevalecentes. Tal é o caso, por exemplo, i) quando a situação financeira da empresa e, nomeadamente, a estrutura e o volume de endividamento é tal que não é de prever um rendimento normal (em dividendos ou mais-valias) dos capitais investidos num prazo razoável; ii) quando, a empresa, em virtude da insuficiência dos seus fluxos de tesouraria, não está em condições de mobilizar no mercado os meios financeiros necessários para efetuar um programa de investimentos; iii) quando, a aquisição da participação é feita numa perspetiva de curto prazo, sendo a duração e o preço de cessão previamente fixados, de tal forma que o rendimento dela resultante para o fornecedor dos capitais seja sensivelmente inferior ao rendimento que seria de esperar de um investimento por prazo idêntico no mercado de capitais; ou iv) quando, a tomada de participação pelas autoridades públicas corresponde à aquisição de controlo ou à continuação total ou parcial de uma atividade não viável de uma empresa em dificuldade por intermédio da criação de uma nova entidade jurídica.

⁴

Ver a Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais, JO C 85 de 9.4.2009, p.1. Este texto fornece orientações sobre as vias de recurso possíveis contra as violações da obrigação de «suspensão», tais como o reembolso dos auxílios ilegais, pedidos de indemnização por danos, medidas provisórias ou pagamentos de juros. Estabelece igualmente dois mecanismos de consulta para os tribunais nacionais, que podem solicitar à Comissão informações na sua posse e/ou um parecer sobre a aplicação das regras em matéria de auxílios estatais.

Relativamente às medidas de apoio que preencham as condições necessárias para serem qualificadas de auxílio estatal, existe um certo número de critérios com base nos quais o auxílio pode ser considerado compatível com o mercado interno. Não é do âmbito do presente documento de orientação resumir os numerosos motivos de compatibilidade, embora os critérios seguintes pareçam ser potencialmente válidos no âmbito dos programas de ajustamento económico: auxílios de emergência e à reestruturação⁵, auxílios com finalidade regional⁶, auxílios à formação⁷, auxílios à investigação, ao desenvolvimento e à inovação⁸, etc. Caso os critérios de compatibilidade não sejam respeitados, o financiamento das EP representará, em princípio um auxílio estatal incompatível.

São aplicadas regras específicas em matéria de financiamento dos serviços públicos, identificados nos tratados como serviços de interesse económico geral («SIEG»). Os serviços de interesse económico geral (SIEG) designam as atividades económicas que as autoridades públicas consideram como sendo de particular importância para os cidadãos e que não seriam asseguradas (ou seriam asseguradas em condições diferentes) na ausência de intervenção pública⁹. No acórdão *Altmark*, o Tribunal de Justiça descreveu em pormenor as condições cumulativas em virtude das quais a remuneração de uma prestação dos SIEG não constitui um auxílio de Estado¹⁰. O novo pacote SIEG, adotado pela Comissão, em 20 de dezembro de 2011, clarifica as condições em que os auxílios estatais sob a forma de uma compensação por um serviço público podem ser considerados compatíveis com as regras da UE¹¹.

⁵ Ver orientações comunitárias dos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas em dificuldade, JO C 244 de 1.10.2004, p. 2.

⁶ Ver, nomeadamente, orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional para o período 2007-2013 (JO C 54 de 4.3.2006, p. 13).

⁷ Ver Comunicação da Comissão sobre critérios de análise da compatibilidade de auxílios estatais à formação sujeitos a notificação individual (JO C 188 de 11.8.2009, p 1).

⁸ Ver enquadramento comunitário dos auxílios estatais à investigação e desenvolvimento e à inovação, JO C 323 de 30.12.2006, p. 1.

⁹ Os SIEG vão desde os grandes serviços comerciais (setores de rede como os serviços postais, o fornecimento de energia, os serviços de comunicação eletrónica ou os serviços de transportes públicos) até uma vasta gama de serviços de saúde e sociais (por exemplo, prestação de cuidados a pessoas idosas ou com deficiência).

¹⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 24.7.2003 no processo C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Coletânea 2003, p. I-7747. A compensação pela prestação de um SIEG não representa um auxílio estatal, devido à ausência de vantagens – e, por conseguinte, não está sujeita a notificação prévia e à aprovação pela Comissão – desde que as quatro condições cumulativas seguintes sejam respeitadas: i) o beneficiário deve ser incumbido de uma missão de serviço público claramente definida; ii) os parâmetros subjacentes ao cálculo da compensação devem ser previamente estabelecidos de um modo objetivo e transparente; iii) A compensação não deve exceder as despesas incorridas no cumprimento do serviço público, menos as receitas com a prestação do referido serviço, acrescido de um lucro razoável; e iv) o beneficiário é selecionado em concurso público ou a compensação é calculada com base nos custos de uma empresa bem gerida e que disponha de meios adequados para prestar o serviço público.

¹¹ Ver a Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia para as compensações concedidas para a prestação de serviços de interesse económico geral, JO C 8 de 11.1.2012., p. 4; A Decisão da Comissão relativa à aplicação do artigo 106.º, n.º 2, do TFUE 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; e a comunicação da Comissão – Quadro da União Europeia aplicável aos auxílios estatais sob a forma de compensações de serviço público, JO C 8 de 11.1.2012, p. 15.

A fim de estabelecer a presença ou a ausência de uma sobrecompensação, a diretiva sobre a transparência¹² prevê que as empresas que recebem uma compensação e que operam, tanto nos serviços públicos como noutros mercados, devem manter uma contabilidade separada das suas diferentes atividades. No caso de empresas públicas – definidas pela diretiva sobre a transparência como as empresas em relação às quais os poderes públicos podem exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante - os Estados-Membros devem assegurar a transparência dos fundos públicos postos à disposição dessas empresas e a utilização efetiva destes recursos públicos. Esta exigência de transparência aplica-se, em particular, à compensação das perdas de exploração, às entradas de capital, às subvenções a fundo perdido ou aos empréstimos em condições privilegiadas, à renúncia a uma remuneração normal dos recursos públicos utilizados e à compensação de encargos financeiros impostos pelos poderes públicos.

4. REESTRUTURAÇÃO DAS EP

Em determinados casos, os Estados-Membros podem procurar maximizar as receitas provenientes da privatização, procedendo previamente a uma reestruturação da empresa-alvo, a fim de suscitar o interesse de potenciais compradores. Por conseguinte, um breve resumo das principais regras aplicáveis aos auxílios à reestruturação torna-se útil no contexto da privatização das EP.

Em princípio, a existência de auxílios estatais pode ser excluída no âmbito de uma reestruturação, se as medidas em causa forem executadas no respeito das condições de mercado, ou seja, se as medidas forem racionais, do ponto de vista comercial, para os proprietários privados/credores da empresa em circunstâncias semelhantes. Se a existência de auxílios estatais não puder ser claramente excluída, estas medidas devem ser notificadas para aprovação prévia da Comissão antes de se poder proceder à reestruturação. A Comissão avalia a compatibilidade da medida com base nas Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação de empresas em dificuldade («Orientações E&R»)¹³.

Para poder beneficiar de um auxílio à reestruturação, a empresa beneficiária deve ser uma «**empresa em dificuldade**» na aceção dos pontos 9 a 13 das Orientações E&R. Em resumo, uma empresa que se encontra em dificuldade é uma empresa incapaz, com base nos seus próprios recursos financeiros ou nos recursos que os seus proprietários/acionistas e credores estão dispostos a conceder-lhe, de estancar os prejuízos, que a condenariam, na ausência de uma intervenção externa dos poderes públicos, ao desaparecimento quase certo a curto ou médio prazo.

O auxílio deve ser subordinado à aplicação de um plano de reestruturação com vista a **restabelecer a viabilidade a longo prazo** do beneficiário, com base em hipóteses realistas e dentro de um prazo razoável. A empresa beneficiária deve abandonar as atividades que, mesmo após a reestruturação, continuariam a ser estruturalmente deficitárias. O plano de reestruturação deve ser autorizado pela Comissão antes da sua execução.

¹² Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro de 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas (JO L 318 de 17.11.2006, p. 17).

¹³ Cf. Apesar de ser igualmente possível, segundo as Orientações E&R, conceder às EP auxílios de emergência (sob a forma de uma assistência de caráter temporário e reversível), parece pouco provável que tais medidas sejam particularmente indicadas no caso destas empresas.

O auxílio deverá igualmente ser **restringido ao mínimo** necessário. O beneficiário deve contribuir de forma significativa para a reestruturação, fazendo uso dos seus próprios recursos ou através de um financiamento externo obtido em condições de mercado. Esta contribuição deve ser real, ou seja, efetiva, com exclusão de todos os potenciais lucros, tais como os fluxos de tesouraria, e deve ser tão elevada quanto possível. A contribuição própria das grandes empresas deve, em princípio, representar um montante equivalente a, pelo menos, 50 % dos custos de reestruturação¹⁴.

Convém salientar que serão igualmente solicitadas **medidas compensatórias** a fim de limitar tanto quanto possível as distorções da concorrência imputáveis ao facto de o auxílio permitir à empresa prosseguir com as suas atividades. Estas medidas podem incluir a alienação de ativos, a redução da capacidade ou da presença no mercado e a redução de barreiras à entrada no mercado, etc.¹⁵, em função de cada caso específico em apreço e das distorções da concorrência identificadas. Contudo, este requisito não se aplica normalmente às pequenas empresas, uma vez que pode presumir-se que um auxílio *ad hoc* concedido a pequenas empresas não falseia em geral a concorrência numa medida contrária ao interesse comum¹⁶. Os abatimentos ao ativo e o encerramento de atividades deficitárias que serão necessários de qualquer forma para restaurar a viabilidade, não serão considerados medidas compensatórias.

Por último, o princípio do «**auxílio único**» deve ser respeitado: o auxílio à reestruturação não pode ser concedido a uma empresa que tenha beneficiado de auxílios à reestruturação nos últimos 10 anos.

A venda de uma EP pode contribuir para tornar um auxílio à reestruturação compatível, desde que a parte adquirente proporcione novos financiamentos à empresa. Um tal financiamento pode demonstrar a confiança do mercado quanto ao restabelecimento da viabilidade a longo prazo da empresa, podendo normalmente ser considerado uma «contribuição real» na aceção do ponto 43 das Orientações E&R.

Embora os princípios gerais dos auxílios à reestruturação sejam aplicáveis a todos os setores da economia, aplicam-se regras e condições especiais à reestruturação das empresas dos setores agrícola¹⁷, das pescas¹⁸, financeiro¹⁹ e dos transportes²⁰.

¹⁴ Deve ser de, pelo menos, 25 % para as pequenas empresas e de, pelo menos, 40 % para as médias empresas. Para todos os tipos de empresas, a Comissão pode, em circunstâncias excecionais e em situações de especial dificuldade que devem ser demonstradas pelo Estado-Membro, aceitar uma contribuição menos elevada.

¹⁵ Em zonas elegíveis para auxílios com finalidade regional nos termos do artigo 107.º, n.º 3, alíneas a) e c), do TFUE, as condições para a autorização de auxílios podem ser menos rigorosas no que diz respeito à aplicação de medidas compensatórias e ao nível da contribuição do beneficiário. Ver pontos 55 e 56 das Orientações E&R.

¹⁶ Ver o ponto 41 das Orientações E&R.

¹⁷ Ver, em particular, o capítulo 5 das Orientações E&R, bem como as Orientações comunitárias para os auxílios estatais no setor agrícola e florestal no período 2007 - 2013, JO C 319 de 27.12.2006, p. 1.

¹⁸ Diretrizes para o exame dos auxílios estatais no setor das pescas e da aquicultura (JO C 84 de 3.4.2008, p. 10).

¹⁹ Ver, nomeadamente, a Comunicação da Comissão sobre o regresso à viabilidade e avaliação, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, das medidas de reestruturação tomadas no setor financeiro no contexto da atual crise (JO C 195 de 19.8.2009, p. 9). De notar que esta comunicação, bem como as outras comunicações adotadas para o setor financeiro em resposta à crise

5. PRIVATIZAÇÃO DAS EP

Tal como acima explicado, o comportamento normal de mercado é o parâmetro de referência utilizado para avaliar a ação das autoridades públicas quando realizam operações económicas. Este princípio geral aplica-se igualmente às privatizações: para que uma privatização não implique qualquer auxílio estatal, as autoridades públicas devem assegurar-se de que a privatização é realizada em condições de mercado e que não é conferida qualquer vantagem (normalmente sob a forma de uma diminuição das receitas) ao comprador e/ou à empresa vendida. Tal é o caso, em particular, de empresas altamente endividadas, cuja liquidação pode ser uma opção plausível.

A fim de identificar ou excluir a presença de auxílios estatais, a Comissão baseia-se no chamado princípio do investidor numa economia de mercado. A fim de determinar se e em que medida uma vantagem foi conferida, é útil comparar a ação das autoridades públicas com o comportamento que teria adotado, nas mesmas circunstâncias, um operador normal de mercado²¹. Para fins da avaliação com base no princípio do investidor numa economia de mercado, apenas serão tidos em consideração os custos que teriam sido suportados por um operador privado na mesma situação e não os custos ou os prejuízos que o Estado teria de suportar, enquanto autoridade pública²².

Se a aplicação do critério revelar que um operador normal de mercado teria agido como o Estado, a existência de uma vantagem pode, então, ser excluída e, nesse caso, não estará envolvido qualquer auxílio estatal. O facto de o Estado investir numa empresa em conjunto (em simultâneo) com um investidor privado em circunstâncias comparáveis e nas mesmas condições, mostra claramente que o critério do investidor numa economia de mercado está satisfeito. É, contudo, necessário que o investimento do operador privado seja significativo e que o comportamento deste operador não seja influenciado pelo comportamento do Estado.

No contexto das privatizações, o princípio do investidor numa economia de mercado traduz-se no princípio do vendedor numa economia de mercado, ou seja, no pressuposto de que um vendedor privado, que tenciona vender a sua empresa fá-lo-ia pelo preço mais elevado possível e sem impor condições que seriam suscetíveis de diminuir o preço da venda. Quando vende (os ativos de) uma empresa pública, o Estado-Membro, a fim de excluir a presença de auxílios estatais, deve, em princípio, comportar-se como um vendedor numa economia de mercado, procurando maximizar as receitas (ou minimizar as perdas) da venda. Se o

económica e financeira, constituem regras temporárias e têm uma base jurídica diferente das Orientações E&R, nomeadamente o artigo 107.º, n.º 3, alínea b), do TFUE.

²⁰ Ver, por exemplo, as Orientações comunitárias sobre os auxílios estatais às empresas de transporte ferroviário, JO C 184 de 22.7.2008, p. 13, ou as Orientações relativas à aplicação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado CE e artigo 61.º do Acordo EEE sobre os auxílios estatais no setor da aviação, JO C 350 de 10.12.1994, p. 5.

²¹ É de notar que a presença ou ausência de um mercado com disfuncionamentos ou de uma falha do mercado (como, por exemplo, uma diminuição temporária dos preços, devido a externalidades negativas e a uma aversão excessiva ao risco) é irrelevante para determinar a presença ou a ausência de um auxílio. No entanto, podem ser tidas em conta as falhas do mercado ou outros elementos suscetíveis de justificar um auxílio aquando da tomada de uma decisão sobre a compatibilidade do auxílio.

²² As externabilidades positivas potenciais da medida não são pertinentes para a apreciação da existência de auxílio (a qual incide sobre a presença de uma vantagem seletiva a favor da empresa). Podem, no entanto, ser considerados no âmbito da avaliação da compatibilidade do auxílio que será efetuada posteriormente.

Estado-Membro atua de forma diferente, a privatização pode implicar uma renúncia aos recursos estatais em benefício do adquirente ou da empresa privatizada, o que, provavelmente, constitui um auxílio estatal.

Medidas preparatórias para facilitar a privatização subsequente das EP

De forma a tornar a empresa mais atraente para os potenciais compradores, os Estados-Membros podem decidir «sanear» ou reestruturar o ativo e/ou o passivo do balanço da empresa. Estas medidas preparatórias para a privatização das EP implicarão, em muitos casos, auxílios estatais, eventualmente sob a forma de auxílio à reestruturação (ver secção 4) ou de medidas puramente financeiras sem quaisquer alterações concomitantes nas atividades da empresa ou no seu modelo comercial ou de governação (ver secção 3). A remissão de dívidas públicas, a conversão da dívida para capitais próprios/ativos e os aumentos de capital antes da privatização constituirão, nomeadamente, auxílios estatais se não respeitarem o princípio do investidor numa economia de mercado tal como acima explicado.

Não se pode, no entanto, excluir à partida que as autoridades públicas prestam apoio em condições de mercado, excluindo-se assim qualquer auxílio estatal, se estiver satisfeito o princípio do investidor numa economia de mercado. Assim, no caso de uma privatização com base na oferta pública inicial («OPI»), ou na venda de ações numa bolsa de valores, as dívidas podem ser anuladas ou reduzidas sem que se trate de um auxílio estatal neste caso específico, desde que o produto da emissão seja superior à redução da dívida.

A decisão da Comissão sobre as medidas aplicadas pela Polónia a favor da PZL Hydral (C 40/2008) constitui um exemplo de pagamento de dívidas e de privatização.

As medidas incluíram uma liquidação de dívidas antigas por credores públicos, sob condição da venda gradual dos ativos da PZL Hydral, em que a Comissão teve de aplicar *a posteriori* o princípio do credor numa economia de mercado²³. Após ter examinado o cenário contrafactual de um processo de falência ordinário, tendo em conta a posição e as garantias dos credores públicos, a Comissão concluiu que *«cada credor público [...] ficaria mais favorecido em caso de venda da totalidade dos ativos da PZL Hydral, isto é, cada um deles recuperaria uma proporção maior da dívida pendente, do que em caso de falência e subsequente liquidação»*.

Além disso, a PZL Wroclaw, uma empresa associada, obteve empréstimos junto do seu proprietário público. Tendo em conta as dificuldades encontradas pela empresa que tornavam o reembolso incerto, o proprietário/credor decidiu converter o empréstimo numa participação, com o objetivo de privatizar a empresa e recuperar uma parte da dívida. Tendo em conta o preço obtido pela venda da empresa, a Comissão concluiu que o credor *«não poderia razoavelmente esperar recuperar uma proporção maior da dívida numa situação de falência»*. Por conseguinte, a conversão da dívida em capitais próprios foi considerada como uma operação em conformidade com as condições de mercado.

²³

O princípio do investidor numa economia de mercado deve igualmente ser aplicado no caso de o Estado agir na qualidade de um credor; este critério é então designado por princípio do credor numa economia de mercado.

Processo de venda para as entidades, ações, direitos, bens imobiliários e terrenos

O XXIII Relatório da Comissão sobre a Política da Concorrência²⁴ fornece orientações sobre a forma como a Comissão interpreta as condições com base nas quais o Estado pode ser considerado como atuando como um vendedor numa economia de mercado num contexto de privatizações.

Quando a privatização é efetuada através de uma OPI ou da **venda de ações numa bolsa de valores** presume-se, de modo geral, que está em conformidade com as condições de mercado (o preço será o preço de mercado) e não inclui quaisquer auxílios estatais. Por conseguinte, não existe qualquer obrigação de notificar previamente a operação à Comissão. No entanto, este método nem sempre é aplicável em todos os casos e, num contexto de crise económica e financeira como o atual, poderá conduzir a uma subvalorização da empresa a privatizar.

Quando uma empresa é privatizada através de uma **venda comercial**, ou seja, a venda da empresa como um todo ou em parte a outras empresas **fora do mercado da bolsa**, devem ser cumulativamente respeitadas as condições enunciadas seguidamente, de modo a excluir, sem posterior apreciação, a existência de auxílios estatais não sendo, por conseguinte, necessária uma notificação prévia à Comissão:

- deve ser realizado um concurso transparente, aberto a todos os interessados e não sujeito a quaisquer restrições, tais como a aquisição de outros ativos que não os objeto do concurso ou a prossecução de determinadas atividades;
- a empresa/os ativos da empresa devem ser vendidos segundo a melhor oferta; e
- os proponentes devem dispor do tempo e da informação necessária para proceder a uma avaliação adequada dos ativos, a fim de disporem de uma base para formular a sua proposta.

Se as condições acima indicadas não forem satisfeitas, as privatizações realizadas através de vendas comerciais devem ser notificadas à Comissão. Tal será o caso, nomeadamente, de i) vendas após negociação com um único adquirente potencial ou com vários candidatos selecionados; ii) vendas precedidas de um processo de anulação de dívidas pelo Estado, por empresas públicas ou qualquer outro organismo público, e vendas precedidas de uma conversão da dívida em capitais próprios ou de um aumento de capital (ver a secção supra sobre medidas preparatórias); e (iii) vendas efetuadas em condições que não são habitualmente utilizadas em operações comparáveis, concluídas entre entidades privadas.

Em todos os casos, não deve haver qualquer discriminação com base na nacionalidade dos compradores potenciais das ações ou ativos em causa.

A fim de minimizar o risco da presença de auxílios estatais, as privatizações devem ser realizadas, sempre que possível, por **venda de ações no mercado da bolsa**. Em alternativa, o método privilegiado consiste num **concurso aberto, transparente e**

²⁴ Disponível em: http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=CM8294650.

não sujeito a quaisquer restrições, no âmbito do qual os ativos/a empresa são vendidos ao interessado com a oferta mais elevada.

O concurso deve ser **suficientemente publicitado**, ou seja, deve ser publicitado durante um período razoável, na imprensa nacional, em publicações especializadas e/ou outras publicações adequadas. Se a privatização for suscetível de suscitar o interesse dos investidores que operam a nível europeu ou internacional, o concurso deve ser anunciado em publicações periódicas a nível internacional. Paralelamente, essas ofertas de venda devem também ser divulgadas por agentes que operem a nível europeu ou internacional.

A proposta será considerada **incondicional** quando um comprador, independentemente de exercer ou não uma atividade económica e da natureza da mesma, pode adquirir ativos ou uma empresa e utilizá-los para os seus próprios fins. Segundo a prática estabelecida pela Comissão e confirmada pela jurisprudência²⁵, o estabelecimento de condições de venda de uma empresa em condições que um operador de mercado não imporaria justifica uma presunção de que podem estar implicados auxílios estatais. Um vendedor agindo de acordo com os princípios de um vendedor numa economia de mercado teria, normalmente, vendido a sua empresa a preços mais elevados, sem impor condições que poderiam depreciar o preço. Terá de ser demonstrado caso a caso que as condições impostas ao adquirente não consubstanciam auxílios estatais.

Por exemplo, podem ser impostas condições para evitar ofertas puramente especulativas ou para assegurar um pagamento rápido e seguro. A existência de tais condições é irrelevante de uma perspetiva de auxílios estatais e não faz com que um concurso seja condicional. Além disso, as condições para evitar perturbações para o público ou por razões de proteção ambiental não transformam o concurso num concurso condicional se se limitarem a exigir o cumprimento de obrigações já previstas na lei.

Por outro lado, a proposta será considerada condicional (podendo, por conseguinte, implicar auxílios estatais) se divergir das melhores práticas ao restringir artificialmente o número de potenciais compradores, orientando as vendas a favor de qualquer deles ou exercendo uma discriminação entre as diferentes estratégias empresariais. Por exemplo, uma proposta que inclua uma condição que torna praticamente impossível para um investidor potencial, que procura seguir uma estratégia industrial diferente, de ganhar esse concurso através da oferta a um preço mais elevado será considerada condicional. A Comissão não deve apenas avaliar as exigências expressamente referidos na proposta, mas também as exigências de facto.

A fim de evitar quaisquer implicações em termos de auxílios estatais, as exigências (expressas ou de facto) relativas à privatização devem ser tais que **todos os potenciais compradores estejam em condições de as poder respeitar e não devem ser suscetíveis de conduzir a um preço de venda inferior**.

²⁵

Ver Decisão da Comissão de 25.3.1992 no processo C 29/1990 (ex NN 88/1989), *Intelhorse SA/Espanha*— JO L 176 de 30.6.1992, p. 57; Decisão da Comissão no processo C 38/1992, *Alumix/Itália*, JO C 288 de 1.10.1996, p. 4, e Decisão da Comissão de 8.9.1999 no processo C 73/1997, *Stardust Marine/França*, JO L 206 de 15.8.2000, p. 6. O Tribunal de Justiça subscreveu este princípio nos processos apensos C-278/92, C-279/92 e C-280/92, *Espanha/Comissão*, Col. 1994 I-4103, n.º 28.

No processo *Automobile Craiova* (Decisão C 46/2007 da Comissão), a Roménia subordinou a privatização da empresa a condições sob a forma de critérios de adjudicação, tais como respeitar um certo nível de integração da produção e atingir um certo nível de produção. Após o início do procedimento formal de investigação, a Comissão concluiu que «*as condições inerentes à privatização [...] contribuíram para a redução do preço de venda e dissuadiram outros potenciais candidatos de apresentar uma proposta. Como consequência direta de tal decisão, o Estado renunciou às receitas da privatização*».

Por outro lado, na sua Decisão 1999/720/CE, relativa a um auxílio estatal concedido pela Alemanha à *Gröditzer Stahlwerke*, a Comissão concluiu que o processo de privatização da empresa não foi incondicional. As partes interessadas foram convidados a apresentar um projeto empresarial no qual deveriam especificar em pormenor os seus compromissos em matéria de criação e manutenção de postos de trabalho, de futuros investimentos e de financiamento. A Comissão constatou na sua decisão que os compromissos assumidos influenciaram o preço de compra negociado entre as partes. Como resultado, a Comissão concluiu que estavam envolvidos auxílios estatais incompatíveis e ordenou a sua recuperação.

Em contrapartida, a Comissão considerou, na sua decisão sobre a privatização da *Tractorul* (C 41/2007), que as condições incluídas no concurso eram cláusulas de natureza indicativa, com um carácter não vinculativo, e não suscetíveis de desencorajar candidatos potenciais, nem de diminuir o preço.

A conformidade com as normas e os princípios em matéria de auxílios estatais nos processos de privatização, nomeadamente a realização de concursos públicos abertos a todos os participantes, e que sejam transparentes e incondicionais, garantirão a inexistência de qualquer auxílio e uma abordagem de maximização das receitas decorrentes das privatizações.

No caso especial de uma venda **caracterizada por um preço negativo** (por exemplo, sempre que, para preparar a venda da empresa, o Estado-Membro investe montantes mais importantes que o produto da privatização), importa notar que um concurso aberto, transparente e incondicional não é, por si só, suficiente para excluir a inexistência de auxílios estatais. Nesse caso, o preço negativo deve sempre ser comparado ao resultado que uma liquidação (ou uma falência) da EP teria representado, a fim de garantir que o Estado escolheu a opção mais racional do ponto de vista económico e reduziu ao mínimo as suas perdas.

Relativamente à venda de terrenos e de imóveis públicos, quando as autoridades públicas não têm a intenção de realizar um concurso público incondicional, existe igualmente a possibilidade de estabelecer o valor de mercado dos ativos vendidos através de uma avaliação efetuada por um ou mais peritos-avaliadores independentes, previamente às negociações de venda, com base em indicadores de mercado e de critérios de avaliação de aceitação geral²⁶.

Não se pode excluir que um procedimento diferente de uma venda de ações no mercado da bolsa ou de um concurso aberto, transparente e incondicional possa garantir o respeito do

²⁶

Ver a comunicação da Comissão no que respeita a elementos de auxílios estatais no âmbito da venda de terrenos e imóveis pelas autoridades públicas, JO C 209 de 10.7.1997, p. 3.

princípio do vendedor em economia de mercado e assegurar a ausência de qualquer vantagem. Neste caso, a Comissão concluirá que não existe qualquer auxílio estatal. A fim de garantir que não é concedido qualquer auxílio ao comprador e/ou à empresa, o Estado-Membro deve certificar-se de que é adotada a melhor opção jurídica com vista a maximizar o lucro e que as outras soluções fiquem aquém de uma solução ótima.

6. CONCLUSÕES

- A fim de salvaguardar o mercado interno, é essencial **assegurar o respeito das regras em matéria de auxílios estatais** em todas as circunstâncias²⁷. Trata-se de uma obrigação imposta pelo TFUE a todos os Estados-Membros.
- Os Estados-Membros são vivamente encorajados a utilizar **o procedimento de notificação prévia** para todos os auxílios estatais que tencionam conceder às EP.

Este procedimento pode igualmente ser utilizado para obter aconselhamento com vista a determinar se uma dada medida contém ou não auxílios estatais.

- Se a notificação for necessária, os Estados-Membros são convidados **a apresentar as notificações tão completas e pormenorizadas quanto possível**. Não deve ser executado qualquer auxílio estatal enquanto a Comissão não tiver tomado uma decisão que autorize a sua execução (**obrigação de suspensão**).
- Para todos os tipos de privatizações, incluindo a venda de terrenos e imóveis, a Comissão encoraja vivamente os Estados-Membros a recorrerem a **concursos** e, sempre que possível, às melhores prática de OPI ou venda de ações no mercado da bolsa. Tal garantirá uma abordagem que lhes permite maximizar na medida do possível as receitas decorrentes de privatizações, bem como a segurança jurídica.
- Se os Estados-Membros tencionarem realizar privatizações em larga escala, são fortemente incentivados a criar rapidamente uma **estratégia global para as EP** (a privatizar ou não, a reestruturar ou não), associando todos os níveis necessários da administração pública. Tal permitirá também identificar uma fase precoce os casos potencialmente problemáticos do ponto de vista dos auxílios estatais. Os Estados-Membros devem também considerar a criação de um **ponto de contacto central** para os auxílios estatais e para as questões relativas às EP, a fim de facilitar a comunicação com a Comissão e uma gestão eficaz dos auxílios estatais.

²⁷

O respeito das regras em matéria de auxílios estatais não prejudica a obrigação de conformidade com outras regras relevantes da UE, incluindo as regras do mercado interno.