CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

GEORGES COSMAS

apresentadas em 16 de Maio de 2000 [1]

Índice

I — Introdução ..... I- 388

II — Enquadramento jurídico ..... I- 388

III — Matéria de facto e decisão recorrida ..... I- 390

IV — Fundamentos de anulação ..... I- 394

A — Interpretação da base jurídica da decisão recorrida (primeiro e segundo fundamentos de anulação) ..... I- 395

a) Alegações das partes ..... I- 395

aa) Incompetência decorrente da violação do artigo 8.°, n.os 1 e 3, do Regulamento n.° 2408/92 e dos artigos 155.° (actual artigo 211.° CE) e 169.° (actual artigo 226.° CE) do Tratado CE (primeiro fundamento de anulação) ..... I- 395

ab) Violação dos artigos 3.°, n.° 1, e 8.°, n.° 1, do Regulamento n.° 2408/92 e dos artigos 59.°, 61.°, n.° 1, e 84.°, n.os 1 e 2, do Tratado, bem como dos princípios jurisprudenciais em matéria de livre prestação de serviços (segundo fundamento de anulação) ..... I- 396

b) Minha opinião ..... I- 398

B — Violação ou interpretação errónea do artigo 8.°, n.os 1 e 3, do Regulamento n.° 2408/92, devidas a uma aplicação incorrecta do princípio da proporcionalidade (terceiro fundamento de anulação) ..... I- 409

C — Violação do artigo 8.°, n.° 1, do Regulamento n.° 2408/92 à luz das normas relativas às discriminações indirectas e apreciação manifestamente errónea dos factos (quarto fundamento de anulação) ..... I- 415

V — Conclusão ..... I- 421

1 — Língua original: grego.

I — Introdução

1. Com o presente recurso, a República Italiana (a seguir «recorrente») solicita a anulação da Decisão 98/710/CE da Comissão, de 16 de Setembro de 1998, relativa a um processo de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 2408/92 do Conselho (processo VII/AMA/11/98 — Aplicação das regras italianas de repartição do tráfego aeroportuário de Milão)[2] (a seguir «decisão recorrida»), que a proíbe de aplicar as regras de repartição do tráfego aéreo no quadro do sistema aeroportuário de Milão, que tinham sido fixadas através de decretos nacionais que previam, em especial, a transferência do tráfego aéreo do aeroporto de Linate para o de Malpensa. A recorrente afirma que a decisão recorrida, baseada em supostas restrições desproporcionadas à livre prestação de serviços, excedeu os limites do Regulamento (CEE) n.º 2408/92[3], que invoca como base jurídica. Em paralelo, a recorrente sustenta que, em todo o caso, a Comissão aplicou o princípio da proporcionalidade de forma incorrecta. Finalmente, na opinião da recorrente, a Comissão fez uma apreciação errónea dos factos em que se baseou para declarar a existência de uma discriminação indirecta em favor da transportadora aérea nacional (Alitalia).

2 — JO L 337, p. 42.

3 — Regulamento do Conselho, de 23 de Julho de 1992, relativo ao acesso das transportadoras aéreas comunitárias às rotas aéreas intracomunitárias (JO L 240, p. 8).

II — Enquadramento jurídico

2. O artigo 59.º, primeiro parágrafo, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 49.º, primeiro parágrafo, CE) dispõe:

«No âmbito das disposições seguintes, as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade serão progressivamente suprimidas, durante o período de transição, em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação.»

3. O artigo 61.º, n.º 1, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 51.º, n.º 1, CE) enuncia:

«A livre prestação de serviços em matéria de transportes é regulada pelas disposições constantes do título relativo aos transportes.»

4. Para além disso, nos termos do artigo 84.º, n.º 2, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 80.º, n.º 2, CE):

«O Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode decidir se, em que medida, e por que processo, podem ser

adoptadas, para os transportes marítimos e aéreos, disposições adequadas.

São aplicáveis as disposições processuais dos n.os 1 e 3 do artigo 75.°»

5. Os dois primeiros considerandos do Regulamento n.° 2408/92 têm a seguinte redacção:

«Considerando que é importante adoptar uma política de transportes aéreos, tendo em vista a realização do mercado interno durante um período que termina em 31 de Dezembro de 1992, como previsto no artigo 8.°-A do Tratado;

Considerando que o mercado interno incluirá um espaço sem fronteiras internas no qual será assegurada a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais.»

6. O décimo nono considerando do referido regulamento tem a seguinte redacção:

«Considerando que é conveniente que todas as questões relacionadas com o acesso ao mercado sejam abrangidas pelo mesmo regulamento.»

7. Além disso, nos termos do artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 2408/92:

«Sem prejuízo do disposto no presente regulamento, as transportadoras aéreas comunitárias serão autorizadas pelo(s) Estado(s)-Membro(s) interessado(s) a exercer direitos de tráfego nas rotas do interior da Comunidade.»

8. Finalmente, nos termos do artigo 8.° do referido regulamento:

«1. O presente regulamento não afecta o direito de um Estado-Membro regular, sem discriminação baseada na nacionalidade ou na identidade da transportadora aérea, a distribuição do tráfego entre os aeroportos pertencentes a um sistema de aeroportos.

2. O exercício de direitos de tráfego está sujeito às normas operacionais comunitárias, nacionais, regionais ou locais publica-

das em matéria de segurança, protecção do ambiente e atribuição de faixas horárias.

3. A pedido de um Estado-Membro ou por sua própria iniciativa, a Comissão analisará a aplicação dos n.os 1 e 2 e, no prazo de um mês a contar da data de recepção do pedido, decidirá, após consulta ao comité referido no artigo 11.°, se o Estado-Membro em causa pode continuar a aplicar a medida. A Comissão comunicará a sua decisão ao Conselho e aos Estados-Membros.

4. Qualquer Estado-Membro pode, dentro do prazo de um mês, submeter a decisão da Comissão à apreciação do Conselho que, deliberando por maioria qualificada, poderá, em circunstâncias excepcionais, tomar uma decisão diferente no prazo de um mês...».

III — Matéria de facto e decisão recorrida

9. O sistema aeroportuário de Milão inclui os aeroportos de Linate, Malpensa e Orio al Serio (Bérgamo). O tráfego tem sido distribuído entre esses aeroportos de acordo com os critérios do mercado, tendo em conta os condicionalismos operacionais existentes. Daqui resultou uma utilização ineficaz da capacidade aeroportuária existente, verificando-se uma saturação do aeroporto de Linate e uma subutilização do aeroporto de Malpensa [4]. Além disso, nenhum dos aeroportos deste sistema conseguiu transformar-se numa grande plataforma de correspondência para voos nacionais, internacionais e intercontinentais.

10. Por esta razão, as autoridades italianas decidiram reorganizar o sistema aeroportuário de Milão, por forma fazer de Malpensa uma plataforma de correspondência e a fornecer, no futuro, as capacidades aeroportuárias necessárias. Este objectivo deveria ser alcançado através da ampliação e modernização do aeroporto de Malpensa,

4 — É no aeroporto de Linate, situado a 10 km do centro de Milão, que se concentrava a maior parte do tráfego intracomunitário internacional e doméstico. O aeroporto de Linate enfrentava sérios problemas de capacidade, tendo servido cerca de 14 milhões de passageiros em 1997, apesar de a sua capacidade máxima estar estimada em 8 milhões. O aeroporto de Malpensa, situado a 53 km do centro de Milão, concentrava todos os voos intercontinentais, uma vez que estes não podiam ser explorados a partir do aeroporto de Linate devido a condicionalismos operacionais. Eram poucos os voos intracomunitários que se realizavam a partir desse aeroporto, pois os passageiros preferiam o aeroporto de Linate, mais próximo do centro de Milão. Por conseguinte, em 1997, o aeroporto de Malpensa recebeu apenas cerca de 4 milhões de passageiros, estando a sua capacidade máxima estimada em 6 milhões. O aeroporto de Orio al Serio, situado aproximadamente a 50 km do centro de Milão e próximo de Bérgamo, era utilizado principalmente para tráfego de aviões de carga e de aviões *charter*, apesar de um número limitado de serviços regulares de transporte de passageiros ser igualmente prestado nesse aeroporto.

projecto este conhecido sob a designação de «Malpensa 2000» [5]. As disposições financeiras que estavam na base do novo aeroporto de Malpensa implicavam a concentração do tráfego nesse aeroporto, o que envolvia necessariamente uma transferência de tráfego do aeroporto de Linate para o de Malpensa.

11. Por este motivo, o ministro dos Transportes italiano adoptou, em 5 de Julho de 1996, o Decreto n.º 46-T, que fixava as regras de repartição do tráfego aéreo no interior do sistema aeroportuário de Milão. O n.º 1 do artigo 1.º previa que, a partir da data de entrada em serviço das estruturas prioritárias de «Malpensa 2000», data a fixar em decreto ulterior, todos os serviços regulares e não regulares em rotas aéreas intercontinentais e intracomunitárias (incluindo as rotas aéreas domésticas ou internacionais intracomunitárias) seriam efectuados a partir e com chegada ao aeroporto de Malpensa. O n.º 2 do artigo 1.º previa a possibilidade de os mesmos serviços poderem ser igualmente efectuados a partir e com chegada ao aeroporto de Orio al Serio. Os n.os 3 e 4 do artigo 1.º determinavam que o aeroporto de Linate só podia ser utilizado para a aviação geral e para a exploração de voos directos sem escala em rotas que servem Milão e cujo volume anual total de passageiros transportados por esses serviços tenha sido pelo menos igual a 2 milhões no ano anterior à data de entrada em serviço das estruturas prioritárias ou tenha alcançado uma média anual de 1,75 milhões no período de três anos anterior à mesma data.

12. Em 23 de Outubro de 1997, o Governo italiano adoptou o Decreto n.º 57-T, cujo n.º 1 do artigo 1.º determinava que as estruturas prioritárias mencionadas no Decreto n.º 46-T entrariam em serviço em 25 de Outubro de 1998. Decorre dos Decretos n.os 46-T e 57-T que, a partir de 25 de Outubro de 1998, todos os serviços aéreos com partida e chegada a Milão deviam ser explorados a partir do aeroporto de Malpensa ou de Orio al Serio, com excepção dos serviços gerais de aviação e de transporte aéreo que respeitem os limites de tráfego fixados no n.º 4 do artigo 1.º do Decreto n.º 46-T. Na prática, a única rota que respeitava tais limites era a rota Milão-Roma.

13. Em 16 de Fevereiro de 1998, as transportadoras aéreas British Airways, Iberia, Lufthansa, Olympic Airways, Sabena, Scandinavian Airlines System e TAP Air Portugal submeteram à Comissão um pedido conjunto para que esta declarasse que as regras de repartição do tráfego aéreo adoptadas pelas autoridades italianas para o sistema aeroportuário de Milão eram incompatíveis com a legislação comunitária, especialmente com o Regulamento

5 — Este projecto era um dos 14 projectos prioritários da rede transeuropeia de transportes nos termos da Decisão n.º 1692/96/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Julho de 1996, sobre as orientações comunitárias para o desenvolvimento da rede transeuropeia de transportes (JO L 228, p. 1). Beneficiou de um apoio financeiro comunitário, de uma ajuda do Fundo Europeu de Investimento e de um financiamento do Banco Europeu de Investimento.

n.° 2408/92, e instasse as autoridades italianas a absterem-se de aplicar tais regras e a adoptarem outras regras inteiramente compatíveis com a legislação comunitária [6]. Essas transportadoras aéreas afirmam que, na prática, as regras italianas são discriminatórias porque favorecem a Alitalia [7] e que, por outro lado, não estão de acordo com o princípio da proporcionalidade [8].

14. Após observância do procedimento previsto [9], a Comissão adoptou, em 16 de Setembro de 1998, a decisão recorrida, com base no n.° 3 do artigo 8.° do Regulamento n.° 2408/92.

15. Nos fundamentos da decisão recorrida, a Comissão, depois de ter descrito os factos e a tramitação processual, efectua uma apreciação jurídica das regras italianas controvertidas à luz do Regulamento n.° 2408/92. Segundo a Comissão, qualquer restrição aprovada ao abrigo do disposto no n.° 1 do artigo 8.° do referido regulamento deve simultaneamente ser compatível com o princípio da não discriminação, ao qual faz expressamente referência esta disposição, e com os princípios gerais que regem a livre prestação de serviços, tal como enunciados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Estes

6 — Em 15 de Abril de 1998, a Air France informou a Comissão da sua decisão de se associar às transportadoras acima mencionadas na sua acção contra as regras italianas. Em 22 de Abril de 1998, essas transportadoras aéreas submeteram à Comissão um pedido de medidas provisórias destinadas a impedir, antes de qualquer outra decisão sobre o mérito das regras italianas, que essas regras não entrem em vigor enquanto o aeroporto de Malpensa não estiver ligado a Milão por vias de comunicação adaptadas e suficientes. Em 27 de Maio de 1998, a Austrian Airlines apresentou à Comissão um pedido distinto com o mesmo objecto dos pedidos principais e suplementares das transportadoras autoras da denúncia e com base nos mesmos fundamentos.

7 — Segundo as referidas transportadoras aéreas, a aplicação das regras italianas implica que só a rota Milão-Roma seja explorada a partir de Linate, rota essa actualmente explorada por várias transportadoras aéreas comunitárias, incluindo a Alitalia. Desta forma, a Alitalia pode continuar a servir-se significativamente da sua plataforma de correspondência de Roma, que poderá servir a partir de Linate, ao passo que as transportadoras aéreas comunitárias não italianas deixarão de poder servir as respectivas plataformas de correspondência a partir de Linate, porque terão que explorar esses serviços a partir de Malpensa. Por conseguinte, a Alitalia beneficiará de uma vantagem competitiva relativamente às transportadoras comunitárias não italianas no que respeita à prestação de serviços de transporte aéreo de longo e médio curso através da sua plataforma de correspondência. Noutros termos, os passageiros dos voos de longo ou médio curso, em proveniência de Milão, com trânsito por uma plataforma de correspondência, preferirão utilizar a plataforma da Alitalia em vez das plataformas das outras transportadoras comunitárias. Além disso, as transportadoras aéreas consideram que a inexistência de vias de comunicação suficientes e adaptadas reforçará o carácter pouco prático do aeroporto de Malpensa comparativamente com o de Linate e, por conseguinte, agravará o efeito discriminatório das regras italianas.

8 — As transportadoras aéreas consideram as regras italianas desproporcionadas devido ao facto de os objectivos pretendidos poderem ser alcançados sem discriminações e através de uma utilização mais racional da capacidade aeroportuária, evitando quer a subutilização de Linate quer a saturação de Malpensa. Neste contexto, todas as transportadoras aéreas comunitárias deviam ser autorizadas a efectuar serviços a partir do aeroporto de Linate com destino às respectivas plataformas de correspondência.

9 — Para que o presente processo possa ser apreciado com inteiro conhecimento de causa, nos termos do procedimento previsto no n.° 3 do artigo 8.° do Regulamento n.° 2408/92 e para salvaguardar os direitos da defesa, a Comissão comunicou, em 3 de Março de 1998, às autoridades italianas o pedido apresentado pelas transportadoras, tendo-as convidado a apresentar as suas observações. No que respeita ao efeito discriminatório das regras italianas, as autoridades italianas consideram que não existe qualquer discriminação, uma vez que, em conformidade com as regras comunitárias aplicáveis, o acesso à rota Milão-Roma está aberto a todas as transportadoras da Comunidade. No que se refere ao princípio da proporcionalidade, as autoridades italianas consideram que as regras de distribuição de tráfego são necessárias para alcançar o objectivo de criação de uma plataforma de correspondência em Malpensa, conservando Linate como aeroporto complementar.
A Comissão informou formalmente as autoridades italianas, ao longo da correspondência que trocaram e das diversas reuniões havidas, da sua posição sobre o caso em apreço, tomando em consideração os elementos de que dispunha, fundamentando as suas dúvidas quanto à compatibilidade das regras italianas com o n.° 1 do artigo 8.° do Regulamento n.° 2408/92. As autoridades italianas reafirmaram que os critérios adoptados no Decreto n.° 46-T para efeitos da repartição do tráfego no quadro do sistema aeroportuário de Milão não envolvem qualquer discriminação em favor da Alitalia. Não obstante, para tranquilizar a Comissão a esse respeito, as autoridades italianas referiram a possibilidade de submeterem a exploração da rota Milão-Roma a partir do aeroporto de Linate a determinadas condições. No entanto, a Comissão considerou que essas condições não eram nem adequadas nem oportunas.

princípios vão para além da mera proibição de discriminação baseada na nacionalidade ou na identidade da transportadora aéreo. Com efeito, mesmo que as medidas nacionais que restringem a livre prestação de serviços se apliquem sem discriminação, não deixam, porém, de ser inaceitáveis se não se justificarem por razões imperativas de interesse geral ou se for possível alcançar um resultado idêntico através da adopção de regras menos restritivas respeitadoras do princípio da proporcionalidade.

16. No caso em apreço, no que respeita à compatibilidade das regras italianas com o princípio da não discriminação, a Comissão concluiu, tendo em conta a concorrência entre a Alitalia e as outras transportadoras aéreas comunitárias, que os critérios fixados no Decreto n.º 46-T proporcionarão uma vantagem competitiva à Alitalia, pois reservam-lhe o aeroporto de Linate para servir a sua plataforma de correspondência de Roma-Fiumicino, sendo as outras transportadoras aéreas comunitárias obrigadas a servir as respectivas plataformas de correspondência a partir do aeroporto de Malpensa. Esta vantagem existirá enquanto as infra-estruturas de acesso ao aeroporto de Malpensa forem suficientes para ultrapassar a actual situação que se caracteriza pela relutância dos consumidores em utilizarem esse aeroporto. Por conseguinte, a Comissão considerou que a aplicação dos critérios fixados no Decreto n.º 46-T a partir de 25 de Outubro de 1998, em conformidade com as disposições do Decreto n.º 57-T, terá, na prática, efeitos discriminatórios em favor da Alitalia. Consequentemente, a aplicação dos critérios a partir de 25 de Outubro de 1998, tal como previsto no Decreto n.º 57-T, é incompatível com o princípio da não discriminação devido à identidade da transportadora aérea enunciado no n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92.

17. No que se refere à compatibilidade das regras italianas com o princípio da proporcionalidade, a Comissão observou, em primeiro lugar, que o n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92 reconhece expressamente a legitimidade de uma política activa de adaptação do aeroporto de Malpensa e que o projecto «Malpensa 2000» se destina a criar uma plataforma de correspondência inteiramente operacional e viável nesse aeroporto. Em seguida, a Comissão examinou as restrições introduzidas pelas regras de distribuição do tráfego aéreo e concluiu que a viabilidade operacional do projecto «Malpensa 2000» (incluindo a exploração de todos os voos no momento oportuno e o requisito prévio da normalização do acesso dos passageiros ao aeroporto) não implica a transferência em bloco, até 25 de Outubro de 1998, do volume de tráfego prevista nas regras italianas. A viabilidade operacional da plataforma de correspondência de Malpensa implica a transferência de um volume de tráfego compatível com a capacidade das instalações aeroportuárias e das infra-estruturas de acesso. Caso contrário, o sucesso do desenvolvimento e do posicionamento futuro do aeroporto de Malpensa como plataforma de correspondência na Comunidade podiam ficar comprometidos. Adiar essa transferência ou efectuá-la gradualmente a partir de 25 de Outubro de 1998 estava mais adaptado a esse objectivo e também permitiria limitar os

efeitos negativos sobre a liberdade de prestação de serviços aéreos com partida e chegada a Milão. Por conseguinte, as regras italianas não são indispensáveis para alcançar o objectivo prosseguido pelas autoridades italianas, que pode ser alcançado através da aplicação de medidas menos restritivas no que respeita à liberdade de prestação de serviços aéreos. Além disso, a imposição de restrições que acarretam uma redução drástica e imediata das actividades em Linate, que se traduz numa diminuição de 14,2 milhões de passageiros por ano em 1997 para 2,5 milhões depois da entrada em vigor das novas medidas, não parece constituir a forma adequada de alcançar o objectivo indicado no décimo primeiro considerando do preâmbulo do Decreto n.° 46-T, nos termos do qual o aeroporto de Linate deverá, de qualquer forma, manter-se em funcionamento. Por conseguinte, a Comissão considerou que as regras de repartição do tráfego fixadas nos Decretos n.° 46-T e 57-T não eram compatíveis com o princípio da proporcionalidade.

18. Pelos fundamentos acima expostos, a Comissão decidiu que a recorrente não podia aplicar as regras de repartição do tráfego pelo sistema aeroportuário de Milão fixadas nos decretos controvertidos.

19. Nenhum Estado-Membro submeteu a decisão da Comissão à apreciação do Conselho, não fazendo assim uso da faculdade conferida pelo n.° 4 do artigo 8.° do Regulamento n.° 2408/92.

20. Em 8 de Outubro de 1998, a recorrente interpôs recurso da decisão para o Tribunal de Justiça. Com este recurso, pede ao Tribunal de Justiça que anule a decisão da Comissão, ora impugnada, e condene esta última nas despesas. Em contrapartida, a Comissão solicita que o recurso seja julgado improcedente e a recorrente condenada nas despesas.

IV — Fundamentos de anulação

21. Para garantir a coerência lógica da minha análise, examinarei em conjunto os primeiro e segundo fundamentos de anulação, uma vez que ambos dizem respeito à mesma problemática geral, isto é, à interpretação da base jurídica da decisão recorrida (A). Em seguida, apreciarei o terceiro fundamento de anulação, através do qual a recorrente alega que, de qualquer modo, a Comissão fez uma aplicação errónea do princípio da proporcionalidade (B). Por fim, analisarei o quarto fundamento, que decorre, por um lado, da violação das regras relativas às discriminações indirectas e, por outro, da apreciação manifestamente errónea dos factos a que a Comissão

procedeu nos fundamentos da decisão recorrida (C).

A — *Interpretação da base jurídica da decisão recorrida (primeiro e segundo fundamentos de anulação)*

a) Alegações das partes

aa) Incompetência decorrente da violação do artigo 8.°, n.os 1 e 3, do Regulamento n.° 2408/92 e dos artigos 155.° (actual artigo 211.° CE) e 169.° (actual artigo 226.° CE) do Tratado CE (primeiro fundamento de anulação)

22. Com o primeiro fundamento de anulação, a recorrente alega que a decisão recorrida deve ser anulada, pois, contrariamente ao verdadeiro sentido da disposição do n.° 3 do artigo 8.° do Regulamento n.° 2408/92, na qual se baseia a competência da Comissão para tomar a decisão em causa, esta instituição procedeu ao exame da compatibilidade das regras italianas com os princípios que regem a livre prestação de serviços e, mais precisamente, com o princípio da proporcionalidade, não se tendo limitado, como era seu dever, a verificar a sua compatibilidade com o princípio da não discriminação [10].

23. Para refutar os argumentos apresentados em apoio deste primeiro fundamento, a Comissão afirma que o Regulamento n.° 2408/92 aplica ao sector dos transportes aéreos todas as regras relativas à livre prestação de serviços consagrada no artigo 59.° do Tratado. Segundo uma interpretação literal, sistemática e teleológica, o n.° 1 do artigo 8.° do Regulamento n.° 2408/92 não pode ser interpretado no

10 — Mais precisamente, o Governo italiano alega que o n.° 1 do artigo 8.° do Regulamento n.° 2408/92 confere aos Estados-Membros uma competência exclusiva para regular a distribuição do tráfego entre os aeroportos, competência essa que está limitada pela obrigação de respeitar o princípio que proíbe qualquer discriminação baseada na nacionalidade ou na identidade da transportadora aérea. O n.° 3 do referido artigo atribui à Comissão uma competência que lhe permite verificar se as medidas nacionais adoptadas são compatíveis com o disposto no n.° 1. Da sua letra, bastante clara, aliás, decorre que o único objecto da fiscalização é a compatibilidade das medidas nacionais com o princípio da não discriminação, referido no n.° 1, e não, de uma forma genérica, a sua compatibilidade com o direito comunitário. Além disso, quando o legislador comunitário desejou consagrar essa fiscalização genérica, como no caso do artigo 9.°, n.os 4 e 5, do referido regulamento, previu expressamente que essa fiscalização não incidia apenas sobre a conformidade das medidas nacionais com o regulamento em causa, consistindo também em verificar se as medidas em causa «não apresentam qualquer incompatibilidade com o direito comunitário».
Segundo a recorrente, na decisão recorrida, a Comissão considerou que, por força do n.° 3 do artigo 8.° do Regulamento n.° 2408/92, era competente para fiscalizar as regras italianas do ponto de vista do direito comunitário em geral e, mais especificamente, do princípio da proporcionalidade que rege as restrições à livre prestação de serviços. Esta atitude consubstancia uma interpretação extensiva errónea da disposição que confere à Comissão um poder de decisão, uma vez que esta aplica esse preceito fora dos casos e das condições nela previstos. Esta aplicação é contrária aos princípios do Tratado relativos à organização institucional da Comunidade, designadamente ao princípio da legalidade estrita do poder de decisão da Comissão, a que se refere o artigo 155.° do Tratado. Na opinião da recorrente, o n.° 3 do artigo 8.° do Regulamento n.° 2408/92 deve, por constituir uma excepção ao artigo 169.° do Tratado, ser interpretado de forma estrita. Por conseguinte, não se pode aceitar que esse preceito signifique que a Comissão poder utilizar o seu poder de decisão para formular apreciações ou adoptar decisões vinculativas não estreitamente ligadas à aplicação do n.° 1 do referido artigo. Este número consagra a proibição de discriminações, cuja aplicação não pressupõe avaliações discricionárias.

sentido de permitir que um Estado-Membro infrinja outras disposições comunitárias em vigor, como o princípio da proporcionalidade [11].

ab) Violação dos artigos 3.°, n.° 1, e 8.°, n.° 1, do Regulamento n.° 2408/92 e dos artigos 59.°, 61.°, n.° 1, e 84.°, n.os 1 e 2, do Tratado, bem como dos princípios jurisprudenciais em matéria de livre prestação de serviços (segundo fundamento de anulação)

24. Com o segundo fundamento de anulação, subsidiário relativamente ao primeiro, a recorrente contesta o mérito jurídico da decisão recorrida, na parte em que declara os decretos italianos controvertidos violam o direito comunitário ao não respeitarem o princípio da proporcionalidade. Na primeira parte deste fundamento, a recorrente contesta a fundamentação com base na qual se declara, na decisão recorrida, que as regras nacionais de distribuição do tráfego

11 — Mais precisamente, a Comissão indica, por um lado, que o n.° 1 do artigo 8.° do Regulamento n.° 2408/92 não autoriza os Estados-Membros a distribuir o tráfego aéreo em violação do direito comunitário e, por outro, que o n.° 3 do referido artigo não limita os poderes da Comissão à verificação da compatibilidade da medida nacional com o disposto no n.° 1. Pelo contrário, o n.° 3 exige que a Comissão examine se o Estado-Membro pode continuar a aplicar a medida.
A Comissão afirma que o princípio da proporcionalidade é um princípio geral do direito comunitário que deve ser observado pelos Estados-Membros sempre que uma disposição da legislação comunitária lhes atribua o exercício de poderes bem definidos. Também recorda que, nos termos do artigo 155.° do Tratado, a Comissão «vela pela aplicação das disposições do presente Tratado bem como das medidas tomadas pelas instituições, por força deste». Assim sendo, a Comissão considera que o n.° 3 do artigo 8.° do Regulamento n.° 2408/92 não pode ser interpretado no sentido de proibir à Comissão adoptar decisões que ignorem qualquer violação grave do princípio da proporcionalidade, quando a própria Comissão está exposta aos recursos interpostos ao abrigo do artigo 173.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 230.° CE) por violação desse mesmo princípio, caso não examine o processo à luz de todos os princípios gerais do direito comunitário. O facto de as disposições dos n.os 4 e 5 do artigo 9.° do Regulamento n.° 2408/92 preverem expressamente uma fiscalização geral da legalidade das medidas nacionais não exclui que o mesmo raciocínio se aplique também ao n.° 1 do artigo 8.° Neste aspecto, para alicerçar a sua argumentação, a Comissão declara que, no acórdão de 19 de Junho de 1997, Air Inter/Comissão (T-260/94, Colect., p. II-997), o Tribunal de Primeira Instância examinou a afirmação da recorrente segundo a qual uma decisão da Comissão podia ser ilegal por violação do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado CE (actual artigo 86.°, n.° 2, CE), apesar de este artigo não ser mencionado no artigo 8.° do Regulamento n.° 2408/92.
Para além disso, a Comissão acrescenta que esta interpretação restritiva do seu poder de decisão é contrária ao princípio da boa administração, na medida em que obrigava a Comissão a aprovar uma medida com base no artigo 8.°, n.os 1 e 3, do Regulamento n.° 2408/92, para depois dar início ao processo previsto no artigo 169.° do Tratado. No entanto, esta actuação, compreendendo duas fases, uma baseada no artigo 8.°, n.os 1 e 3, do Regulamento n.° 2408/92 e outra no artigo 169.° do Tratado, não está em conformidade nem com o princípio da segurança jurídica nem com as exigências de uma solução rápida dos litígios relativos à legalidade das medidas nacionais imposta pelas necessidades do mercado dos transportes aéreos.

devem ser consideradas contrárias ao direito comunitário por não respeitarem o princípio da proporcionalidade [12]. Na segunda parte deste fundamento, a recorrente insurge-se contra o facto de a decisão recorrida, na óptica da proporcionalidade, considerar que a apreciação dos decretos nacionais relativos ao sistema aeroportuário de Milão justifica a proibição que lhe foi imposta. Mais concretamente, a recorrente alega que foi erradamente que a Comissão, no n.º 49 da decisão recorrida, apreciou a compatibilidade dos decretos italianos com as regras comunitárias tomando como critério um interesse económico, como o da viabilidade de um sistema aeroportuário [13].

25. No que respeita à primeira parte do segundo fundamento de anulação, a Comissão opõe à recorrente que o princípio da livre prestação dos serviços aéreos no seio da Comunidade está enunciado no n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 2408/92. A Comissão considera que as medidas nacionais que restringem esta liberdade devem ser compatíveis com os princípios gerais que regulam a livre prestação de serviços com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça. A este propósito, a Comissão recorda que os referidos prin-

12 — A recorrente afirma que, mesmo se se considerar que os princípios consagrados no artigo 59.º do Tratado são pertinentes quando se trate de interpretar as disposições do decreto, a Comissão invocou-os não para interpretar o artigo 8.º do regulamento, mas para completá-lo, atribuindo-lhe um sentido e um alcance que ultrapassam o teor claro desta disposição. Além disso, a Comissão não pode basear-se no artigo 59.º e na jurisprudência relativa a esta disposição fundamental do Tratado. As disposições do título IV do Tratado não se aplicam aos transportes marítimos e aéreos (artigo 84.º, n.º 1). Cabe ao Conselho regulamentar os transportes aéreos (artigo 84.º, n.º 2). O Regulamento n.º 2408/92 foi precisamente adoptado com essa base jurídica e, por conseguinte, representa a única fonte normativa no sector a que se refere a decisão recorrida.
Segundo a recorrente, a Comissão não fez uma aplicação adequada dos princípios jurisprudenciais relativos às restrições à livre prestação de serviços. Estes princípios podem aplicar-se ao sector dos transportes aéreos, a partir do momento em que o Regulamento n.º 2408/92 efectuou a harmonização das condições de acesso às linhas aéreas intracomunitárias. Além disso, como afirma a recorrente na sua réplica, o n.º 1 do artigo 8.º, que permite aos Estados-Membros regular a distribuição do tráfego aéreo desde que respeitem o princípio da não discriminação — à semelhança, aliás, de outros artigos do regulamento, nomeadamente o artigo 9.º, que menciona expressamente (n.º 2, último travessão) a necessidade de se respeitar o princípio da proporcionalidade, quando se impõem restrições às transportadoras aéreas no que toca ao exercício dos seus direitos —, inscreve-se no quadro de um poder discricionário de que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça (o Governo italiano refere-se ao acórdão de 22 de Maio de 1985, Parlamento/Conselho, 13/83, Recueil, p. 1513, n.º 65), o Conselho dispõe para efeitos da realização da liberdade de prestação de serviços no sector dos transportes aéreos. Assim, no caso vertente, os decretos italianos controvertidos devem ser submetidos à fiscalização apenas com base no disposto no n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92 e não com base nos referidos princípios jurisprudenciais.

13 — A recorrente alega que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o princípio da proporcionalidade se aplica aquando da apreciação da legalidade de restrições baseadas em imperativos de interesse geral. Por conseguinte, se a restrição não se justificar por um imperativo, não há que aplicar o princípio da proporcionalidade. A recorrente considera que, caso o n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92 admita as medidas em causa em função de requisitos economicamente válidos (e sem prejuízo do princípio da não discriminação), parece arbitrário fazer apelo aos princípios gerais para submeter as referidas medidas ao controlo da proporcionalidade.
Segundo a recorrente, a Comissão não pode, além disso, pretender suprir a ausência de referência ao princípio da proporcionalidade no n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92 criando ela própria uma nova noção de interesse geral, que incluiria exigências de ordem meramente económica, como as que estão subjacentes à instituição de um sistema aeroportuário eficaz. O Governo italiano acrescenta também que a Comissão não pode «jogar» com a noção de imperativo de interesse geral invocando disposições que não são pertinentes, como as do artigo 129.º-B do Tratado CE (actual artigo 154.º CE).
Finalmente, a recorrente alega que o programa de trabalhos destinado a melhorar a ligação com o aeroporto de Malpensa, a que a Comissão atendeu, não tem relevância para efeitos da aplicação do Regulamento n.º 2408/92, uma vez que não se vê como pode influenciar a legalidade comunitária dos decretos que distribuem o tráfego entre Malpensa e Linate, mesmo à luz das teses jurídicas, embora contestadas, em que se fundamenta a decisão recorrida.

cípios gerais, aos quais se deve sempre recorrer para interpretar o Regulamento n.º 2408/92, não se limitam a simplesmente proibir as discriminações baseadas na nacionalidade, excluindo também as medidas que, embora aplicáveis aos prestadores de serviços independentemente da sua nacionalidade, restringem essa liberdade, a menos que essas medidas se justifiquem por imperativos de interesse geral ou que o mesmo resultado possa ser alcançado através de regras menos restritivas.

26. No que diz respeito à segunda parte do segundo fundamento de anulação, baseado na alegada ausência de imperativos de interesse geral, a Comissão recorda que as razões desse tipo não podem ser objecto de uma enumeração exaustiva. Considera que o objectivo de criar uma plataforma de correspondência operacional e viável, que também podia ser descrita utilizando expressões como «gestão eficaz do tráfego» ou «necessidade de um reordenamento adequado do território», deve ser considerado um imperativo de interesse geral [14].

14 — A Comissão entende que as considerações relativas às infra-estruturas dos transportes integram a noção de interesse geral, tal como fica demonstrado pelos artigos 8.º, n.º 1, e 9.º do Regulamento n.º 2408/92. Além disso, na opinião da Comissão, se o objectivo de criar uma plataforma operacional e viável tem consequências macroeconómicas, não visa de modo algum elementos microeconómicos, cuja utilização foi julgada inadmissível pelo Tribunal de Justiça para justificar restrições à livre prestação de serviços. Em todo o caso, a jurisprudência admitiu que o facto de as medidas nacionais prosseguirem paralelamente objectivos económicos não impede que possam ser consideradas legítimas na medida em que também prosseguem imperativos de interesse geral, análise corroborada pelas disposições do artigo 129.º-C do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 155.º CE).

b) Minha opinião

27. Com estes dois primeiros fundamentos de anulação, a recorrente contesta a validade da decisão recorrida essencialmente porque a Comissão examinou os decretos italianos controvertidos não só à luz do princípio da não discriminação, mas também na óptica do princípio da proporcionalidade.

28. Esta objecção não é convincente nem pode levar à anulação da decisão recorrida. Considero que, do ponto de vista do resultado, foi correctamente que a Comissão efectuou a fiscalização das regras italianas com base nos dois referidos princípios gerais do direito comunitário. Todavia, chego a esta conclusão por razões que em parte se afastam tanto da fundamentação da decisão recorrida como dos argumentos que a Comissão apresentou ao Tribunal de Justiça.

29. Tanto a recorrente como a Comissão alicerçaram o seu raciocínio na ideia de que a escolha do princípio da proporcionalidade, enquanto base jurídica da fiscalização da legalidade comunitária dos decretos controvertidos, pressupõe ou a aplicação directa dos princípios gerais que a jurisprudência do Tribunal de Justiça retira do artigo 59.º do Tratado no que diz respeito à fiscalização das restrições à livre prestação de serviços, ou a interpretação dos n.os 1 e 3 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92 à luz dos princípios em causa. No entanto, antes de examinar se estas duas condições alternativas se encontram satisfeitas e de assim colocar a questão prévia de saber se e em que medida o

Regulamento n.º 2408/92 aplica o princípio fundamental da livre prestação de serviços ao sector dos transportes aéreos, importa verificar se a necessidade de aplicar um princípio da proporcionalidade resulta, em primeiro lugar, da própria proibição de qualquer discriminação, expressamente enunciada no n.º 1 do artigo 8.º do regulamento. Se assim for, será preciso, em seguida, examinar se as premissas subjacentes ao princípio da proporcionalidade a aplicar se identificam com as que estão na base do princípio da proporcionalidade que a Comissão aplicou na decisão recorrida. Se tal acontecer, então os dois primeiros fundamentos de anulação deverão ser sempre julgados improcedentes, independentemente do resultado a que poderia conduzir a análise da possibilidade de aplicar ou de tomar em consideração os princípios jurisprudenciais decorrentes do artigo 59.º do Tratado.

30. Em primeiro lugar, penso que a necessidade de aplicar o princípio da proporcionalidade resulta da própria proibição de qualquer discriminação, expressamente consagrada no n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92.

31. É inegável que a proibição de qualquer discriminação consagrada no n.º 1 do artigo 8.º deve ser analisada à luz tanto da doutrina geral relativa ao direito comunitário como também da jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo as quais o princípio geral da não discriminação visa as discriminações directas e indirectas [15]. Por conseguinte, é correctamente que a decisão recorrida indica que «o princípio da não discriminação definido no n.º 1 do artigo 8.º exclui qualquer medida que, mesmo que não faça referência explícita à nacionalidade ou à identidade da transportadora, produza, ainda que indirectamente, efeitos discriminatórios na prática» [16].

32. Sobre este aspecto, há que recordar que, no caso das discriminações directas, a existência da discriminação é, por definição, manifesta: tanto a aplicação de tratamento diferente a casos idênticos ou de tratamento idêntico a casos diferentes (discriminação exercida na prática) como o carácter ilegal desse tratamento (discriminação em face da lei) resultam directamente da circunstância de as medidas controvertidas utilizarem um critério proibido. Em contrapartida, para se poder concluir pela existência de uma discriminação indirecta, é preciso recorrer a um raciocínio complexo baseado, num primeiro tempo, numa análise aprofundada da situação concreta que rege a medida controvertida e na questão de saber se, tendo em conta essa situação, o critério utilizado, aparentemente neutro, não leva, na prática, a gerar uma discriminação e, num segundo tempo, na verificação do carácter discriminatório,

15 — Quanto à doutrina, v. Lenaerts, K., «L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples», in *Cahiers de droit européen*, 1991, p. 3. Quanto à jurisprudência, v., a título indicativo, o acórdão de 12 de Fevereiro de 1974, Sotgiu (152/73, Colect., p. 91, n.º 11), que lançou as bases da jurisprudência relativa à proibição das discriminações indirectas baseadas na nacionalidade. No que respeita à livre prestação de serviços, v., a título indicativo, entre os acórdãos recentes, o acórdão de 29 de Abril de 1999, Ciola (C-224/97, Colect., p. I-2517, n.ºs 13 e segs.).

16 — V. n.º 30 da decisão recorrida.

atenta a lei, da distinção feita, isto é, do seu nexo indirecto mas estreito com um critério proibido. Noutros termos, neste raciocínio é essencial verificar, em primeiro lugar, se a discriminação existente na prática é, de uma forma geral, a consequência necessária do critério utilizado ou se constitui um efeito fortuito que não se deve à regulamentação controvertida. Para falar verdade, esta verificação nem sempre é fácil e, em todo o caso, não pode pressupor a existência de uma discriminação de direito [17], quer se recorra a ensinamentos da experiência comum, quer se utilizem inquéritos estatísticos. É por isso que se torna ainda necessário fazer o percurso inverso, isto é, verificar se a regulamentação controvertida tem carácter objectivo. Este carácter objectivo deve ser logicamente avaliado graças a um raciocínio que verifique se a regulamentação em causa é proporcionada ao seu objectivo, isto é, necessária, adequada e não injustificadamente gravosa em relação à sua finalidade. Esse objectivo deve corresponder a um imperativo de interesse geral, interesse esse que deve ser concretizado de forma casuística por via de interpretação. Esse objectivo pode, com efeito, ser determinado, de um modo geral, através de norma legal, como é o caso do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92, que prevê que o objectivo das medidas controvertidas se deve inscrever no quadro da distribuição do tráfego entre os aeroportos pertencentes a um único sistema de aeroportos. Se a regulamentação controvertida for proporcionada ao seu objectivo, deve então ser considerada legítima, mesmo que na prática conduza a uma discriminação, uma vez que se torna evidente que essa discriminação não pode ser imputada à regulamentação controvertida, surgindo de forma ocasional ou devendo ser imputada aos próprios objectivos legítimos da lei, lei essa de que a regulamentação controvertida constitui a concretização óptima. Resulta pois do exposto que, sempre que se proceder à verificação da existência de uma discriminação indirecta, é preciso verificar se a regulamentação controvertida é proporcionada ao objectivo legítimo para que foi adoptada. Essa fiscalização não deve ser vista apenas como um elemento da eventual justificação da discriminação indirecta, antes devendo também ser considerada como um elemento constitutivo do raciocínio que permitiu identificar esta discriminação [18], o que distingue a lógica da

17 — Só nos casos das discriminações directas é que é possível fazer prova absoluta da discriminação. A prova directa das discriminações indirectas, à semelhança de outros casos de provas jurídicas, consiste em estabelecer uma probabilidade ou, mais exactamente, a formação de uma certeza processual quanto à probabilidade da sua existência.

18 — V., a título indicativo, os acórdãos de 23 de Maio de 1996, O'Flynn (C-237/94, Colect., p. I-2617, n.º 20: «a menos que seja objectivamente justificada e proporcionada ao objectivo prosseguido, uma disposição de direito nacional deve ser considerada indirectamente discriminatória desde que seja susceptível, pela sua própria natureza, de afectar preponderantemente os trabalhadores migrantes, em comparação com os trabalhadores nacionais, e que, em consequência, acarrete o risco de desfavorecer mais particularmente os primeiros»), e de 30 de Janeiro de 1997, Stöber e Piosa Pereira (C-4/95 e C-5/95, Colect., p. I-511, n.os 37 e segs.).
Além disso, a especificidade do caso das discriminações indirectas já ficou demonstrada na jurisprudência relativa às restrições legítimas da livre prestação de serviços (v. n.º 51 das presentes conclusões), visto que não se percebe com clareza se as discriminações indirectas cabem nas disposições restritivas com uma aplicação diferenciada ou nas disposições que são aplicadas sem distinção [v., sobre este aspecto, conclusões do advogado-geral G. Tesauro (n.os 44 e segs, especialmente n.º 50) nos processos Decker (acórdão de 28 de Abril de 1998, C-120/95, Colect., p. I-1831) e Kohll (acórdão de 28 de Abril de 1998, C-158/96, Colect., p. I-1931)], circunstância que tem influência tanto na escolha dos fundamentos que podem conduzir a uma justificação legítima dessas diferenciações como na determinação da contribuição dessa justificação para a própria identificação dessas discriminações (v., a este propósito, Whelan, A., e Schouten, A., comentário aos acórdãos Decker e Kohll, já referidos, in *Revue des affaires européennes — Law & European Affairs*, 1999, p. 90 e segs.).

discriminação indirecta da da discriminação directa [19].

33. No caso vertente, foi com razão que a Comissão considerou, por um lado, que os decretos italianos controvertidos deviam, tendo em conta a sua finalidade e o seu objecto, integrar o âmbito do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92, que diz respeito às regras de distribuição do tráfego entre os aeroportos pertencentes a um sistema de aeroportos, e, por outro, que, nos termos dessa disposição, era preciso examinar se esses decretos continham uma discriminação indirecta baseada na nacionalidade ou na identidade da transportadora aérea. Por conseguinte, face ao que precede, a Comissão devia, em primeiro lugar, analisar os resultados da aplicação dos decretos controvertidos e verificar se essa aplicação levava a um tratamento diferente das transportadoras aéreas interessadas devido à sua nacionalidade ou identidade; em segundo lugar, a Comissão devia examinar se esses decretos se justificavam por um imperativo de interesse geral coincidente com um dos diversos objectivos de interesse geral legítimos que podem ser prosseguidos por uma medida que assegura a distribuição do tráfego entre os aeroportos pertencentes a um único sistema aeroportuário; em terceiro lugar, a Comissão devia verificar se as disposições desses decretos eram proporcionadas ao referido imperativo de interesse geral.

34. A este respeito, importa sublinhar que, independentemente da base jurídica invocada e das eventuais lacunas da interpretação e da aplicação da proibição das discriminações indirectas, a Comissão procede, como devia, a todas as operações indicadas.

35. Mais concretamente, nos n.os 31 e seguintes da decisão recorrida, a Comissão, para avaliar se os critérios definidos no Decreto n.º 46-T geravam na prática efeitos discriminatórios, examinou os efeitos supostamente decorrentes da sua aplicação depois de 25 de Outubro de 1998, como previsto no Decreto n.º 57-T.

36. Da leitura conjugada dos n.os 27, 27.1, 27.2 e 53 da decisão recorrida, resulta que, na sua fundamentação e parte dispositiva, a Comissão considerou que as normas contidas nos decretos italianos controvertidos deviam satisfazer tanto o princípio da não

19 — No que diz respeito à importância do princípio da proporcionalidade no quadro da teoria das discriminações indirectas, v. Giannakopoulos, K., Στατιστικά δεδομένα και απόδειξη δυσμενών λόγω φύλου διακρίσεων στο κοινοτικό δίκαιο (Dados estatísticos e prova das discriminações em razão do sexo no direito comunitário), ed. A. N. Sakkoula, Atenas-Komotini, p. 144: «A referida aplicação do princípio da proporcionalidade tem um papel importante no controlo da existência das discriminações indirectas em razão do sexo. Em primeiro lugar, é ele que na verdade confere à justificação da discriminação indirecta o carácter objectivo que essa justificação exige, que corresponde tanto ao carácter objectivo das discriminações indirectas como ao carácter objectivo dos dados estatísticos com base nos quais se presume a existência dessas discriminações. Assim, esta justificação não se baseia nas finalidades subjectivas eventualmente pretendidas pela legislação controvertida, mas na possibilidade objectiva, com os meios previstos nessa legislação, de se alcançar a finalidade geralmente considerada legítima e com vista à qual essa legislação foi adoptada. Em segundo lugar, a aplicação do princípio da proporcionalidade representa o mecanismo de controlo adequado à uniformização (reagrupamento dos casos numa mesma categoria formal) e à esquematização (regulamentação geral e abstracta) dos juízos de valor impostos pelo carácter estrutural das discriminações indirectas. Em terceiro lugar, embora vise identificar essas diferenças significativas que justificam um tratamento diferente das categorias em comparação, ou seja, verificar se existe uma relação proporcionada entre a legislação diferenciada e a razão que a justifica, o controlo da proporcionalidade dos critérios de justificação objectiva de uma discriminação aparente confere realmente a dimensão proporcionada exigida pela igualdade — ou antes pela desigualdade — aritmética que decorre dos dados estatísticos que fazem presumir a existência dessa discriminação...».

discriminação como o da proporcionalidade.

37. No n.º 47 da decisão recorrida, a Comissão identificou o objectivo das medidas controvertidas e controlou a sua compatibilidade com os objectivos do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92. Mais precisamente, considerou que «O projecto Malpensa 2000 destina-se a criar uma plataforma de correspondência inteiramente operacional e viável nesse aeroporto através da ampliação e modernização das instalações existentes no aeroporto de Malpensa. As regras italianas contribuem para esse objectivo assegurando que será transferido do aeroporto de Linate para o aeroporto de Malpensa um volume suficiente de tráfego que garanta a viabilidade da plataforma de correspondência. O n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento (CEE) n.º 2408/92 reconhece expressamente a legitimidade de uma política activa de planeamento aeroportuário».

38. Finalmente, nos n.os 47 e seguintes da decisão recorrida, a Comissão examinou se as medidas adoptadas nos decretos italianos controvertidos são proporcionadas ao objectivo prosseguido, isto é, se são necessárias à criação de uma plataforma de correspondência operacional e economicamente viável e ao êxito do projecto das redes transeuropeias, e se o mesmo resultado podia ser obtido através de normas menos restritivas.

39. Resulta assim do que precede que a Comissão, pelo menos na perspectiva dos resultados, baseou o seu raciocínio em premissas adequadas. Isto é sobretudo válido relativamente às premissas do princípio da proporcionalidade que aplicou e que dizem respeito à determinação do imperativo de interesse geral e à análise do programa de trabalhos para a ligação com o aeroporto de Malpensa.

40. A este propósito, importa recordar que a definição do objectivo geral das medidas nacionais efectuada pelo próprio n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92 não só não proíbe, mas, pelo contrário, obriga a que se delimite sempre o objectivo mais específico da legislação controvertida e que se proceda ao controlo da compatibilidade desse objectivo com a finalidade mais geral da disposição em causa. Por conseguinte, foi correctamente que a Comissão procurou e delimitou esse objectivo mais específico, fazendo referência à criação de uma plataforma de correspondência operacional e economicamente viável. Além disso, foi correctamente que concluiu que esse objectivo constituía uma concretização legítima da finalidade geral do n.º 1 do artigo 8.º Como, aliás, a própria recorrente admitiu [20], é indubitável que as exigências decorrentes da organização funcional e económica e da gestão de um complexo aeroportuário constituem razões legítimas susceptíveis de justificar a adopção de medidas reguladoras da distri-

20 — V. n.º 15 da petição.

buição do tráfego dentro do mesmo sistema aeroportuário, como previsto no n.º 1 do artigo 8.º

41. Assim, considero improcedentes os argumentos da recorrente, nos termos dos quais a Comissão errou ao reter as razões imperiosas de natureza económica.

42. Por um lado, há que sublinhar que, no caso vertente, não se deve aplicar a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual «regulamentações nacionais, não indistintamente aplicáveis às prestações de serviços independentemente da sua origem, apenas estarão em conformidade com o direito comunitário se puderem ser abrangidas por uma disposição derrogatória expressa, como o artigo 56.º do Tratado... os objectivos de natureza económica não podem constituir razões de ordem pública no sentido deste artigo» [21].

Em primeiro lugar, o recurso à referida jurisprudência pressupõe que esteja resolvida a questão de saber se os princípios gerais dos artigos 59.º e seguintes se aplicam ao Regulamento n.º 2408/92 [22], questão cuja solução não é anterior à análise da proibição das discriminações expressamente consagrada no n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92.

Em segundo lugar, não é de modo algum óbvio que os referidos objectivos directos dos decretos italianos controvertidos se prendam com a ordem, a segurança ou a saúde públicas.

Em terceiro lugar, é de qualquer modo notório, como justamente referiu a Comissão, que as razões imperiosas dos decretos italianos controvertidos, mencionadas na decisão recorrida, têm consequências macroeconómicas de carácter organizativo e funcional, ligadas à própria existência de um sistema aeroportuário e não se destinam — pelo menos, prioritariamente — a produzir efeitos microeconómicos. Assim, com base na referida jurisprudência, não se pode considerar que as razões que levaram à adopção das medidas controvertidas sejam ilegítimas, dado que o Tribunal de Justiça declarou, no acórdão de 10 de Junho de 1984, Campus Oil e o., que «o facto de a regulamentação permitir alcançar, para além dos objectivos ligados à segurança pública, outros objectivos de natureza económica eventualmente prosseguidos pelo Estado-Membro, não exclui a aplicação do artigo 36.º» [23].

21 — V. acórdão de 25 de Julho de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Colect., p. I-4007, n.º 11).

22 — V. n.º 47 e segs. das presentes conclusões.

23 — 72/83, Recueil, p. 2727, n.º 36.

Em quarto lugar, penso que é necessário aplicar o espírito da jurisprudência Campus Oil e o., mesmo admitindo que, de um modo geral e não apenas no âmbito das restrições discriminatórias à livre prestação de serviços motivadas por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública, a jurisprudência do Tribunal de Justiça considera que razões de ordem meramente económica não podem justificar objectivamente uma discriminação [24]. Por outras palavras, importa admitir que a existência de objectivos secundários de natureza económica não impede que se considere que um objectivo corresponde a uma razão imperiosa de interesse geral.

43. Por outro lado, é essencial salientar que, uma vez que, no caso em apreço, se procede ao controlo da existência de uma discriminação indirecta no âmbito do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92, a legitimidade dos objectivos prosseguidos pelos decretos italianos controvertidos não é avaliada de modo geral e abstracto com base nos princípios jurisprudenciais relativos às razões imperiosas de interesse geral susceptíveis de justificar a adopção de medidas nacionais, mas com base na determinação do objectivo específico dos decretos italianos controvertidos e na verificação da sua compatibilidade com a finalidade geral definida nessa disposição. Mais precisamente, a partir do momento em que os objectivos dos decretos italianos controvertidos constituem razões legítimas para a adopção de medidas reguladoras da distribuição do tráfego dentro do mesmo sistema aeroportuário e são portanto compatíveis com o disposto no n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92, qualquer análise posterior ou qualquer crítica quanto ao seu conteúdo deverá incidir sobre essa disposição e não sobre as medidas nacionais destinadas à sua aplicação. A este respeito, parece que ninguém contesta que a regulamentação da distribuição do tráfego no interior de um sistema aeroportuário constituiu uma razão legítima de interesse geral que assenta nas características específicas e nas necessidades dos transportes aéreos e que, portanto, pode justificar a adopção de medidas pelo Conselho e a aplicação de eventuais restrições à livre prestação de serviços nesse sector [25].

44. Por conseguinte, foi correctamente que a Comissão definiu o imperativo de interesse geral, sob cuja perspectiva devia apreciar o carácter proporcional das disposições e dos critérios dos decretos italianos.

45. Por último, também é destituída de pertinência a alegação da recorrente de que o programa de trabalhos relativo à ligação com o aeroporto de Malpensa, tomado em consideração pela Comissão, não é relevante para efeitos de aplicação do Regulamento n.º 2408/92. Dado que, por definição, são função dos efeitos reais das medidas controvertidas, as discriminações indirectas têm um carácter dinâmico e

24 — V., por exemplo, no que diz respeito às discriminações em razão do sexo, acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Fevereiro de 1994, Roks e o. (C-343/92, Colect., p. I-571), em que o Tribunal de Justiça declarou que considerações de ordem orçamental não podem justificar uma discriminação em detrimento de um dos sexos (n.º 35).

25 — V., a propósito do poder discricionário do Conselho, o n.º 50 das presentes conclusões.

evoluem com o tempo, o que obriga a que se preveja e se acompanhe o desenvolvimento da situação real provocada pelas medidas em causa. Assim, para examinar os efeitos da aplicação prática dos decretos italianos controvertidos, e ainda para efectuar um controlo correcto da sua proporcionalidade ao objectivo prosseguido, a Comissão devia indiscutivelmente ter em conta a situação (acesso, infra-estruturas, etc.) existente no aeroporto de Malpensa e as perspectivas de evolução dessa situação para efeitos da aplicação temporal dos decretos em causa. Com efeito, a situação do aeroporto de Malpensa devia ser examinada em comparação com a do aeroporto de Linate e não por comparação com eventuais modelos europeus de organização aeroportuária. É precisamente na comparação desses dois aeroportos que se baseia, no caso vertente, a existência da discriminação indirecta e da desproporção, a ela associada, entre estas medidas e o seu objectivo. A este propósito, se se considerasse *a priori* que nem a completa realização dos trabalhos de infra-estruturas no aeroporto de Malpensa poderia compensar os seus inconvenientes relativamente ao aeroporto de Linate, isto mais não faria mais do que confirmar a argumentação da Comissão e reforçar ainda a convicção de que existe uma discriminação indirecta.

46. Tendo em conta o que precede, penso que o exame da questão de saber se há que aplicar os princípios gerais definidos na jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de livre prestação de serviços e a correlativa solução da questão de saber se o Regulamento n.º 2408/92 transpôs para o sector dos transportes aéreos a livre prestação de serviços consagrada no artigo 59.º não são tão cruciais como deixam entender as alegações das partes relativas aos dois primeiros fundamentos de anulação. Pelo contrário, até parecem inúteis, na medida em que a obrigação que cabe à Comissão de fiscalizar os decretos italianos controvertidos à luz do princípio da proporcionalidade decorre da própria proibição de discriminações e dispensa a invocação da jurisprudência relativa aos artigos 59.º e seguintes do Tratado.

47. No entanto, dado que convém examinar as referidas questões para que a análise da base jurídica da decisão impugnada fique completa, penso que a referência feita pela Comissão a essa jurisprudência está correcta.

48. Em primeiro lugar, é inegável que o Regulamento n.º 2408/92 aplicou efectivamente a livre prestação de serviços ao sector dos transportes aéreos [26]. Isto resulta claramente, em primeiro lugar, dos dois primeiros considerandos do regulamento,

26 — Como aliás se declarou no acórdão Air Inter/Comissão (já referido, n.os 1 e 2): «A fim de realizar progressivamente o mercado interno dos transportes aéreos, o legislador comunitário, nos anos de 1987, 1990 e 1992, adoptou três séries de medidas, designadas 'pacotes legislativos' por reunirem numerosos textos. O terceiro 'pacote legislativo', adoptado em 23 de Julho de 1992, é composto por cinco regulamentos que têm em vista garantir, por um lado, a livre prestação de serviços de transporte aéreo e, por outro, a aplicação das regras comunitárias da concorrência neste sector. Entre os referidos cinco regulamentos consta o Regulamento (CEE) n.º 2408/92...».

onde se refere que «é importante adoptar uma política de transportes aéreos, tendo em vista a realização do mercado interno durante um período que termina em 31 de Dezembro de 1992, como previsto no artigo 8.°-A do Tratado» e que «o mercado interno incluirá um espaço sem fronteiras internas no qual será assegurada a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais»; em segundo lugar, do décimo nono considerando, no qual se afirma que «é conveniente que todas as questões relacionadas com o acesso ao mercado sejam abrangidas pelo mesmo regulamento»; em terceiro lugar, do artigo 3.° do regulamento, nos termos do qual «sem prejuízo do disposto no presente regulamento, as transportadoras aéreas comunitárias serão autorizadas pelo(s) Estado(s)-membro(s) interessado(s) a exercer direitos de tráfego nas rotas do interior da Comunidade».

49. Como a recorrente correctamente sublinha, nos termos do artigo 61.°, n.° 1, do Tratado, conjugado com o artigo 84.°, n.° 2, os artigos 59.° e seguintes do Tratado, que consagram a livre prestação de serviços, não são directamente aplicáveis ao sector dos transportes. Estes artigos apenas podem servir de referência sempre que o Conselho pretenda dar execução ao princípio da livre prestação de serviços [27]. Por outras palavras, os artigos 59.° e seguintes, na interpretação que lhes foi dada pelo Tribunal de Justiça, constituem o quadro interpretativo das disposições específicas adoptadas pelo Conselho no Regulamento n.° 2408/92.

50. A questão que se coloca no caso vertente é a de saber se e em que medida o Conselho, quando aplica a livre prestação de serviços ao sector dos transportes aéreos, goza de um poder discricionário que lhe permite prever derrogações ao objectivo prosseguido pelos artigos 59.° e seguintes do Tratado. No acórdão Parlamento/Conselho, o Tribunal de Justiça resolveu esta questão afirmando que «o Conselho não dispõe do poder discricionário que pode invocar noutros domínios da política comum dos transportes. Uma vez que o resultado a alcançar está fixado nas disposições conjugadas dos artigos 59.°, 60.°, 61.° e 75.°, n.° 1, alíneas a) e b), apenas existe um certo poder discricionário relativamente às modalidades de concretização desse resultado, tendo em conta, nos termos do artigo 75.°, as especificidades dos transportes» [28]. Deste acórdão decorre que o poder discricionário de que goza o Conselho reveste um carácter exclusivamente técnico e limita-se a adaptar ao sector dos transportes as disposições dos artigos 59.° e seguintes e os princípios gerais pertinentes definidos na jurisprudência do Tribunal de Justiça. A este propósito, o Conselho, se se afastar das conclusões dessa jurisprudência, devia referi-lo expres-

27 — V., neste sentido, as conclusões do advogado-geral W. Van Gerven (n.os 14 e 23) no processo Corsica Ferries (acórdão de 17 de Maio de 1994, C-18/93, Colect., p. I-1783).

28 — Acórdão já referido na nota 11, n.° 65.

samente na regulamentação que adopta e justificar, de modo específico e suficiente, essa derrogação à luz das características específicas do sector dos transportes.

51. Como se sabe, a jurisprudência do Tribunal de Justiça afirma que o artigo 59.°, que passou a ser directamente aplicável após o termo do período de transição [29], exige não só a eliminação de qualquer discriminação, directa ou indirecta [30], do prestador de serviços estabelecido num outro Estado-Membro, em razão da sua nacionalidade, mas também a supressão de qualquer restrição, ainda que indistintamente aplicada a prestadores nacionais e de outros Estados-Membros, quando seja susceptível de impedir, entravar ou tornar menos atractivas as actividades do prestador estabelecido noutro Estado-Membro, onde preste legalmente serviços análogos [31]. Do mesmo modo, segundo uma jurisprudência constante, «a livre prestação de serviços, enquanto princípio fundamental do Tratado, só pode ser limitada por regulamentações justificadas por razões imperiosas de interesse geral que se apliquem a qualquer pessoa ou empresa que exerça uma actividade no território do Estado-Membro destinatário, na medida em que esse interesse não esteja salvaguardado pelas regras a que o prestador está sujeito no Estado-Membro em que está estabelecido» [32]. Por fim, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, as referidas regulamentações restritivas devem respeitar o princípio da proporcionalidade: «a aplicação das regulamentações nacionais aos prestadores estabelecidos noutros Estados-Membros deve ser destinada a garantir a realização do objectivo por elas visado e não ultrapassar o que é necessário para que o mesmo seja alcançado; noutros termos, é necessário que o mesmo resultado não possa ser obtido através de normas menos restritivas» [33].

52. Resulta do que precede que as regulamentações em matéria de livre prestação de serviços nos transportes aéreos devem, em princípio, respeitar tanto o princípio da não discriminação como os princípios gerais que regem as medidas que limitam essa liberdade e se aplicam indistintamente. Isso também não pode deixar de ser válido para o n.° 1 do artigo 8.° do Regulamento n.° 2408/92. Quanto às discriminações, o problema não se coloca, uma vez que estão expressamente proibidas no texto desse preceito. Todavia, no que toca às restrições indistintamente aplicáveis à livre prestação de serviços nos transportes, é necessário admitir que as conclusões da jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria impõe que o n.° 1 do artigo 8.° seja interpretado no sentido de que, dado que as medidas adoptadas para regular a distribuição do

29 — V., a título de exemplo, acórdão de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha (205/84, Colect., p. 3755, n.° 25).

30 — V., a título de exemplo, acórdão de 3 de Junho de 1992, Comissão/Itália (C-360/89, Colect., p. I-3401, n.° 11).

31 — V., a título de exemplo, acórdãos Collectieve Antennevoorziening Gouda (já referido na nota 21, n.os 12 e segs.), e de 12 de Dezembro de 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Colect., p. I-6511, n.° 25).

32 — V. acórdão de 9 de Agosto de 1994, Vander Elst (C-43/93, Colect., p. I-3803, n.° 16). Há que sublinhar que, contrariamente ao que se passa no caso das restrições que não são aplicadas indistintamente (v. n.° 42 das presentes conclusões), no caso vertente, não se exige que a justificação das medidas tenha por fundamento exclusivo uma disposição derrogatória expressa, como o artigo 56.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 46.° CE).

33 — V. acórdão Collectieve Antennevoorziening Gouda (já referido na nota 21, n.° 15).

tráfego aéreo dentro de um sistema aeroportuário constituem restrições à livre prestação de serviços na acepção da referida jurisprudência [34], essas medidas devem ser proporcionadas ao objectivo dessa regulamentação, previsto na própria disposição, e pode, em princípio, justificar essas restrições [35]. Qualquer eventual derrogação a essa obrigação deveria estar expressamente prevista no regulamento e ser justificada pelas especificidades dos transportes aéreos. No entanto, não está prevista qualquer derrogação e não seria lógico que tal acontecesse, uma vez que não se vê porque é que uma medida respeitante à regulamentação dos transportes aéreos podia não ser proporcionada ao objectivo para que foi adoptada.

53. Por conseguinte, foi correctamente que a Comissão, ao invocar os n.os 1 e 3 do artigo 8.°, verificou a legalidade comunitária dos decretos italianos controvertidos à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa às restrições à livre prestação de serviços [36] e que, em especial, examinou, por um lado, se as medidas adoptadas impunham restrições indistintamente aplicáveis, na acepção dessa jurisprudência, e, por outro, se essas restrições eram adequadas a garantir a realização do objectivo que visam, sem exceder o necessário ao seu alcance [37].

54. Resulta pois do que precede que, na decisão recorrida, foi correctamente que a Comissão submeteu os decretos italianos controvertidos a um controlo da legalidade comunitária à luz do princípio da proporcionalidade. Paralelamente, também foi correctamente que determinou as premissas desse controlo e, mais precisamente, a exigência de imperativo de interesse geral necessária à avaliação da natureza proporcional das disposições e critérios dos decretos em causa. Por conseguinte, quer se aceite a interpretação adoptada pela Comissão quanto à determinação da base jurídica da decisão recorrida quer se considere oportuno, de acordo com o que foi acima exposto, substituir essa interpretação por outra parcialmente diferente, os argumentos apresentados pela recorrente em apoio dos seus primeiro e segundo fundamentos devem ser julgados improcedentes.

34 — Penso que não restam dúvidas de que as disposições controvertidas constituem efectivamente restrições à livre prestação de serviços. Tal como a Comissão correctamente refere no n.° 48 da decisão recorrida, «De acordo com as regras italianas, as transportadoras aéreas deixarão de poder escolher o aeroporto de Linate para a exploração das rotas aéreas que não cumpram os limites específicos. Na prática, estas regras aplicar-se-ão a todas as rotas aéreas, à excepção da rota Milão-Roma. Consequentemente, tais regras restringirão a liberdade de prestar serviços aéreos na Comunidade com partida e destino a Milão».

35 — V. n.° 43 das presentes conclusões.

36 — V. n.° 27.2 da decisão recorrida.

37 — V. n.° 48 da decisão recorrida.

B — *Violação ou interpretação errónea do artigo 8.°, n.os 1 e 3, do Regulamento n.° 2408/92, devidas a uma aplicação incorrecta do princípio da proporcionalidade (terceiro fundamento de anulação)*

55. Com o terceiro fundamento de anulação, apresentado a título subsidiário e para o caso de o Tribunal de Justiça rejeitar as críticas formuladas nos fundamentos anteriores, a recorrente contesta a validade da aplicação do princípio da proporcionalidade efectuada no caso vertente. Em especial, o Governo italiano rejeita inteiramente a afirmação de que os decretos italianos controvertidos, que impuseram restrições à livre prestação de serviços, são contrários ao princípio da proporcionalidade, que a Comissão, em princípio, considera aplicável ao problema em causa. A recorrente põe sobretudo em causa as premissas específicas em que se baseia o princípio, isto é, a estrutura da formulação dos diversos critérios de proporcionalidade. Paralelamente, sobre determinados aspectos, contesta a correcção da apreciação de certos elementos factuais efectuada no quadro da aplicação desses critérios.

56. Penso que as acusações da recorrente não têm fundamento e isto pode ser detectado através da análise das diversas etapas do raciocínio seguido nos fundamentos da decisão recorrida.

57. Em primeiro lugar, recorde-se que a definição do objectivo prosseguido pelas disposições dos decretos italianos controvertidos não foi alvo de qualquer contestação. Com efeito, como a Comissão correctamente observa no n.° 47 da decisão recorrida, os decretos italianos contribuem para a realização do projecto Malpensa 2000 ao assegurem que será transferido do aeroporto de Linate para o aeroporto de Malpensa um volume suficiente de tráfego aéreo, que garanta a viabilidade operacional e económica da plataforma de correspondência.

58. Por conseguinte, com base nos vários critérios de aplicação do princípio da proporcionalidade, geralmente aceites, era necessário, no caso vertente, examinar: em primeiro lugar, se as disposições controvertidas eram *necessárias*, isto é, se se justificavam face ao objectivo prosseguido; em segundo lugar, se eram *adequadas*, isto é, se eram capazes de garantir a realização desse objectivo; e, em terceiro, se eram *racionais* (*proporcionadas* em sentido estrito), isto é, se impunham um tratamento diferente (caso em que o princípio da proporcionalidade se aplica para efeitos da determinação da existência de uma discriminação indirecta) ou restringiam a livre prestação de serviços (caso em que o princípio da proporcionalidade se aplica de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos artigos 59.° e seguintes do Tratado), desde que isso fosse verdadeiramente necessário à realização do referido objectivo e as vantagens daí decorrentes fossem maiores do que os inconvenientes ou, pelo menos, equivalentes.

59. Tendo em conta a definição geral dos vários critérios de proporcionalidade, deve reconhecer-se que a Comissão teve razão ao

assinalar, no n.º 48 da decisão recorrida, que era preciso examinar se as medidas adoptadas nos decretos italianos controvertidos eram proporcionadas ao objectivo prosseguido, isto é, se eram necessárias à criação de uma plataforma de correspondência operacional e economicamente viável e ao êxito do projecto das redes transeuropeias e se o mesmo resultado podia ser obtido através de normas menos restritivas.

60. A este respeito, saliente-se que a referida aplicação dos critérios de proporcionalidade não tem carácter teórico nem pode basear-se exclusivamente em considerações teleológicas abstractas. Como em qualquer fundamentação jurídica, no quadro do controlo da proporcionalidade, exige-se que a formulação da premissa maior seja tão correcta como a da premissa menor. Para o efeito, a fiscalização da proporcionalidade implica, por um lado, que se tome em consideração as especificidades da situação prática em causa, à luz da qual se vai verificar se as medidas controvertidas são necessárias, adequadas e racionais em relação ao objectivo prosseguido. Por outro lado, a finalidade desse mesmo controlo deve ser determinada pelo raciocínio jurídico mais lato em que se inscreve. No caso vertente, os vários critérios da proporcionalidade devem pois ser aplicados não de modo neutro, mas sempre em função quer do processo lógico que se destina a demonstrar a existência de uma discriminação indirecta, quer das regras que definem os limites das restrições à livre prestação de serviços indistintamente aplicáveis no sector dos transportes aéreos.

61. A definição dos critérios da proporcionalidade efectuada pela recorrente apresenta erros na própria configuração da premissa menor do seu raciocínio. Isto é notório no conjunto das críticas, enunciadas no terceiro fundamento de anulação, relativamente à fundamentação da decisão recorrida.

62. Com efeito, no que diz respeito, em primeiro lugar, à concepção geral do controlo de proporcionalidade no caso vertente, não se pode considerar que o raciocínio que deve ser seguido esteja reflectido com precisão na afirmação da recorrente de que a decisão recorrida devia avaliar a proporcionalidade, sobretudo verificando se a concentração do tráfego aéreo no aeroporto de Malpensa, imposta pelos decretos italianos controvertidos, ultrapassava o objectivo prosseguido pelo Governo italiano, que consistia em fazer do novo centro aeroportuário uma plataforma de correspondência economicamente viável [38]. Por um lado, o que importa, no caso vertente, não é a própria concentração do

38 — O Governo italiano recorda que a Comissão reconhece que as regras de distribuição de tráfego adoptadas pelas autoridades italianas são compatíveis com o objectivo que consiste em transferir um volume de tráfego suficiente para garantir a rentabilidade do investimento e que esse objectivo está em conformidade com o direito comunitário. A este propósito, a recorrente considera que a concentração de um volume de tráfego suficiente para assegurar as correspondências entre os voos provenientes de aeroportos regionais e os voos de longo curso é essencial para a criação de uma plataforma de correspondência. A sugestão da Comissão que consiste em distribuir o tráfego, atribuindo 45% a Linate e 55% a Malpensa, garantiria o funcionamento dos dois aeroportos regionais, mas não o de um aeroporto que servisse como plataforma de correspondência. Está, portanto, em contradição com o objectivo declarado do projecto.

tráfego no aeroporto de Malpensa, mas saber se a transferência de tráfego do aeroporto de Linate para o de Malpensa implica um tratamento diferente ou uma restrição à livre prestação de serviços. Por outro lado, o outro termo da comparação não pode ser, de modo geral e abstracto, o objectivo prosseguido pelo Governo italiano, que consiste em criar uma plataforma de correspondência economicamente viável. Dito de outro modo, não se pode apenas tomar em consideração a situação final da plataforma de correspondência projectada. Uma vez que a realização de um projecto tão ambicioso exige incontestavelmente um período de tempo significativo, não restam dúvidas de que a proporcionalidade das disposições controvertidas deve ser avaliada à luz da situação real existente, em função do calendário geral e do andamento dos trabalhos necessários. As características da situação real influenciam sobretudo o controlo da racionalidade das disposições controvertidas, que não são especificamente tomadas em consideração pela recorrente. Mais precisamente, como já indiquei, será necessário, com base numa avaliação das vantagens e inconvenientes das disposições controvertidas, verificar se o mesmo resultado podia ser alcançado através de normas menos restritivas. No entanto, para o efeito, não basta justificar as medidas controvertidas de um modo geral à luz dos objectivos finais do projecto, sendo manifestamente necessário analisar os dados reais existentes no momento da adopção dessas medidas.

63. Os erros que caracterizam a concepção geral da aplicação do princípio da proporcionalidade no presente processo revelam-se também nas várias críticas formuladas pela recorrente relativamente aos argumentos contidos na fundamentação da decisão recorrida.

64. Em primeiro lugar, a recorrente — quando alega que o primeiro argumento da Comissão, segundo o qual o volume do tráfego transferido não é compatível com as condições actuais das infra-estruturas de acesso ao aeroporto de Malpensa, não tem qualquer relação com o único critério relevante em matéria de proporcionalidade, isto é, a adequação da concentração dos voos no aeroporto de Malpensa ao objectivo do Governo italiano — não tem em conta o facto de a proporcionalidade das disposições controvertidas dever ser apreciada em função, ao mesmo tempo, da situação real existente, do calendário geral e do andamento dos trabalhos necessários. Em especial, a recorrente, insistindo na abordagem teleológica geral da questão da proporcionalidade das disposições controvertidas, não toma em consideração o facto de os diversos critérios de proporcionalidade (necessidade, adequação, racionalidade) deverem ser aplicados à luz das exigências concretas do projecto «Malpensa 2000» tal como se apresentavam no momento da aplicação desses critérios.

65. Em contrapartida, nos n.^{os} 49, 49.1 e 49.2 da decisão recorrida, a Comissão assinalou correctamente que era preciso

avaliar a necessidade [39] e a racionalidade [40] das disposições controvertidas em função do andamento dos trabalhos relativos ao acesso ao aeroporto de Malpensa e às suas infra-estruturas. Esta observação está em consonância total com o facto de, para efeitos do apuramento da discriminação exercida na prática a favor da Alitalia — apuramento esse que, no caso vertente, delimita teleologicamente a aplicação do princípio da proporcionalidade —, a Comissão ter também tomado em consideração o nível das infra-estruturas de acesso ao aeroporto de Malpensa [41].

66. A este propósito, importa, por outro lado, notar que o fundamento invocado pela recorrente, segundo o qual as autoridades nacionais demonstraram, em todo o caso, a compatibilidade das infra-estruturas de acesso com o volume de tráfego que seria transferido, não parece merecer acolhimento. Como resulta da conjugação dos n.os 49.1 e 39 a 43 da decisão recorrida e sem ser necessário referir elementos surgidos depois da adopção dessa decisão [42], as lacunas das infra-estruturas de acesso ao aeroporto de Malpensa, com base nas quais a Comissão apreciou tanto a existência de uma discriminação de facto como o carácter desproporcionado do tráfego transferido para esse aeroporto, foram determinadas com base nas informações concretas de que a Comissão dispunha [43] e que a recorrente não contestou com elementos precisos e adequados. A recorrente, para demonstrar que o acesso ao aeroporto de Malpensa não suscita problemas graves, limita-se a recordar estudos que mencionam só existirem problemas de circulação na auto-estrada que leva ao aeroporto de Malpensa nas horas de ponta, em certos dias feriados e durante cerca de 50% do tempo total de utilização da auto-estrada [44]. No entanto, estes elementos de facto, aliás não contestados pela Comissão [45], depõem a favor da bondade da fundamentação da decisão recorrida. No caso vertente, não interessa saber se, em geral, as infra-estruturas de acesso existentes impedem a realização dos objectivos do Governo italiano ou se já foi realizada a maior parte dos trabalhos inicialmente programados para o acesso ao aeroporto de Malpensa. Antes de mais,

39 — V. n.os 49 a 49.2 da decisão recorrida: «A este respeito, a Comissão regista que não foi provado que a criação de uma plataforma de correspondência operacional e viável e o êxito do projecto das redes transeuropeias justificam a necessidade de adoptar as regras restritivas em apreço... A viabilidade operacional da plataforma de correspondência de Malpensa implica a transferência de um volume de tráfego compatível com o nível das instalações do aeroporto e das infra-estruturas de acesso. Caso contrário, o desenvolvimento futuro e a possibilidade de o aeroporto de Malpensa se tornar uma plataforma de correspondência bem sucedida na Comunidade poderiam ser ameaçados.»

40 — V. n.° 50 da decisão recorrida: «Tendo em conta todos os elementos acima referidos, a Comissão entende que não é possível considerar que a criação de uma plataforma de correspondência inteiramente viável e operacional implica a transferência de 11,7 milhões de passageiros de 25 de Outubro de 1998 em diante. Um adiamento da transferência ou a transferência gradual desse volume a partir de 25 de Outubro de 1998 adequar-se-ia melhor a esse objectivo, diminuindo igualmente os efeitos sobre a liberdade de prestação de serviços aéreos com partida e destino a Milão. Por conseguinte, as regras italianas não são indispensáveis para assegurar o objectivo prosseguido pelas autoridades italianas que poderia ser alcançado através da aplicação de regras menos restritivas no que se refere à liberdade de prestação de serviços aéreos.»

41 — V. n.os 45 e 46 da decisão recorrida.

42 — A Comissão observa que, apesar da transferência reduzida do tráfego de passageiros, prevista no decreto italiano de 9 de Outubro de 1998, surgiram em Malpensa numerosos problemas operacionais. Estes problemas, associados ao facto de as condições de acesso à plataforma de correspondência de Malpensa não terem sido alteradas, constituem outros tantos indícios da legalidade da análise efectuada pela Comissão na decisão recorrida.

43 — A decisão recorrida contém uma referência precisa às características das infra-estruturas identificadas por ocasião da reunião do grupo Christophersen, encarregado do acompanhamento do projecto Malpensa 2000, de 27 de Outubro de 1997 (n.° 40 da decisão recorrida). Do mesmo modo, na contestação (n.° 44), a Comissão indica que a carta de ministro Burlando de 15 de Julho de 1998 refere os meses de Maio e de Julho de 1999 como datas para a entrada em funcionamento da ligação ferroviária com o aeroporto de Malpensa. Por fim, na tréplica (n.° 15), a Comissão refere-se a informações que lhe foram fornecidas pelas autoridades italianas em 1 de Abril de 1998. Estas informações foram confirmadas na reunião do comité especial dos Estados-Membros de 17 de Agosto de 1998 e referem-se a factos apurados no âmbito nos trabalhos do grupo Christophersen.

44 — V. n.° 24 da petição.

45 — V. n.° 44 da contestação.

o que importa, para efeitos da fiscalização da legalidade dos decretos italianos controvertidos, é saber se as condições de acesso a este aeroporto o tornam tão acessível quanto o aeroporto de Linate e justificam de forma cabal o volume de tráfego transferido em 25 de Outubro de 1998, não existindo pois, nesse momento, qualquer discriminação injustificada baseada na nacionalidade e/ou identidade da transportadora aérea ou restrição desproporcionada à livre prestação de serviços no sector dos transportes aéreos. Por outras palavras, visto não ser contestado que, sobretudo nas horas de ponta, existem problemas de circulação e, em geral, problemas decorrentes das infra-estruturas de acesso susceptíveis de impedir os passageiros de chegar ao aeroporto de Malpensa, de provocar atrasos na partida dos voos e, finalmente, de levar os passageiros a preferirem o aeroporto de Linate em vez do de Malpensa, é irrelevante saber se certos trabalhos de infra-estrutura estão a ser, ou já foram, realizados de acordo com um programa geral inicialmente definido.

67. Em segundo lugar, a afirmação da recorrente de que a operação financeira em que assenta o projecto «Malpensa 2000» não exigia a transferência do tráfego antes de 31 de Dezembro de 2000 também é manifestamente irrelevante, por razões análogas às expostas a propósito do fundamento precedente. Este facto, que no essencial não é contestado pela recorrente, constitui uma prova evidente de que não era necessário transferir todo o volume de tráfego em 25 de Outubro de 1998. Se, como já referi, não foram contestadas as afirmações relativas às lacunas das infra-estruturas de acesso ao aeroporto de Malpensa e se a recorrente não provou ser necessário transferir a totalidade do tráfego antes de 31 de Dezembro de 2000, fica demonstrado que as disposições adoptadas são desproporcionadas, sem que se deva atribuir relevância às considerações sobre a faculdade que tem um Estado-Membro de gerir a sua política aeroportuária de modo autónomo. E sublinhe-se novamente que o que interessa, no caso vertente, não é apenas a verificação da compatibilidade geral das medidas adoptadas com o projecto «Malpensa 2000», mas o controlo específico e correcto da necessidade, adequação e racionalidade dessas medidas face à situação de facto existente no momento em que foram adoptadas.

68. Em terceiro lugar, a circunstância de o argumento da Comissão relativo às consequências do volume de tráfego transferido no funcionamento do aeroporto de Linate[46] ser contestado não parece ser relevante para a procedência dos fundamentos da decisão recorrida e, em todo o caso, não convence. Por um lado, trata-se

46 — Na opinião da recorrente, o terceiro argumento da Comissão, segundo o qual a decisão de transferência do tráfego do aeroporto de Linate para Malpensa é contrária à vontade, explicitamente afirmada no Decreto n.º 46-T, de manter em qualquer hipótese o aeroporto de Linate em serviço, é simplesmente falacioso. Com efeito, este último continua em serviço, ainda que a sua utilização seja limitada.

de um argumento subsidiário, cuja contestação não pode pôr em causa a procedência das apreciações da Comissão relativas ao carácter proporcionado ou não das disposições controvertidas. Por outro lado, como decorre claramente do n.º 51 da decisão recorrida, o essencial não é que, depois da transferência do tráfego, o aeroporto de Linate se mantenha em funcionamento, mas sim saber que actividades serão mantidas e com que alcance e que transportadoras aéreas a ele terão acesso. Além disso, como se refere nesse parágrafo da decisão recorrida, o volume de tráfego transferido não pode ser considerado adequado à realização do objectivo que consistia em manter rotas ponto a ponto, mencionado nos considerandos dos decretos italianos controvertidos.

69. Em quarto lugar, no que toca à observação final da recorrente, segundo a qual a Comissão ultrapassou as suas competências que lhe cabem à luz do artigo 8.º, n.º 3, do Regulamento n.º 2408/92, uma vez que, em vez de focalizar o seu exame no critério jurídico da proporcionalidade, baseou a decisão recorrida numa apreciação discricionária da oportunidade da acção decidida pelo Governo italiano quanto ao aeroporto de Malpensa, penso que, uma vez mais, a crítica apresentada se baseia numa definição errada das modalidades de aplicação dos vários critérios da proporcionalidade. Mais precisamente, como já indiquei, a aplicação do terceiro critério, isto é, o da *racionalidade* das disposições controvertidas, implica saber se realmente essas disposições são necessárias. Para esse efeito, deve examinar-se se as vantagens decorrentes das disposições em causa são maiores do que os inconvenientes ou, pelo menos, equivalentes. Se se verificar que era possível realizar os objectivos em questão através de outras medidas, menos desfavoráveis ou menos restritivas, então é forçoso considerar que os decretos controvertidos devem ser qualificados de desproporcionados, *stricto sensu*, em relação ao objectivo prosseguido. É pois evidente que a avaliação da racionalidade dessas medidas pressupõe também o controlo da sua oportunidade. No entanto, esse controlo não é arbitrário, devendo antes inscrever-se no adequado quadro hermenêutico e teleológico da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Tendo em conta o que precede, resulta do n.º 50 da decisão recorrida que a Comissão aplicou correctamente os princípios que regem a avaliação da racionalidade das disposições nacionais controvertidas. Mais precisamente, uma vez que a Comissão considerou que «Um adiamento da transferência ou a transferência gradual desse volume a partir de 25 de Outubro de 1998 adequar-se-ia melhor a esse objectivo, diminuindo igualmente os efeitos sobre a liberdade de prestação de serviços aéreos com partida e destino a Milão», foi com razão que concluiu que «as regras italianas não são indispensáveis para assegurar o objectivo prosseguido pelas autoridades italianas que poderia ser alcançado através da aplicação de regras menos restritivas no que se refere à liberdade de prestação de serviços aéreos». Este raciocínio não constitui uma apreciação arbitrária da oportunidade da acção decidida pelo Governo

italiano, mas uma aplicação correcta do critério da racionalidade das disposições controvertidas, que não ultrapassa as competências da Comissão. Assim, as afirmações em sentido contrário da recorrente não têm fundamento.

71. Tendo em conta o que precede, penso que as afirmações feitas pela recorrente no seu terceiro fundamento de anulação devem ser globalmente julgadas improcedentes.

C — *Violação do artigo 8.°, n.° 1, do Regulamento n.° 2408/92 à luz das normas relativas às discriminações indirectas e apreciação manifestamente errónea dos factos (quarto fundamento de anulação)*

70. Finalmente, há que assinalar que a afirmação, constante da réplica, de que a Comissão deveria dispor de uma definição comunitária das condições-tipo relativas à localização dos aeroportos destinados ao tráfego intracomunitário e extracomunitário e às suas ligações urbanas também não tem fundamento. No caso vertente, não interessa que o acesso ao aeroporto de Malpensa seja mais ou menos complicado segundo as prescrições comuns europeias ou comparativamente com as condições de acesso a outros aeroportos da União Europeia. O que importa é examinar se o nível das infra-estruturas de acesso ao aeroporto de Malpensa compensa os inconvenientes da situação geográfica desse aeroporto comparativamente ao aeroporto de Linate. Isto significa que tanto o controlo com base no princípio da não discriminação como o controlo da proporcionalidade das medidas são efectuados a partir da comparação da situação do aeroporto de Malpensa com a do aeroporto de Linate e não exclusivamente com base na determinação objectiva da situação do primeiro. Por conseguinte, a ausência de definição comunitária das condições-tipo da localização dos aeroportos não enfraquece os fundamentos da decisão recorrida.

72. Com o quarto fundamento de anulação, a recorrente enumera três erros que põem em causa a legalidade da decisão recorrida, erros esses que figuram nos seus n.^{os} 29 a 46, nos quais a Comissão procedeu à análise dos decretos italianos controvertidos à luz do princípio da não discriminação.

73. Antes de examinar individualmente cada um deles, é oportuno recordar que os referidos números da decisão recorrida falam do processo destinado a provar a existência de uma discriminação indirecta, o que implica, por um lado, a verificação da existência de uma discriminação efectiva como consequência necessária da utilização de um critério aparentemente neutro e, por outro lado, a análise da questão de saber se a legislação controvertida tem um carácter

objectivo, análise essa que exige, paralelamente, o controlo da proporcionalidade dessa legislação face ao objectivo legítimo que prossegue [47].

74. Depois deste reparo, é necessário considerar que a primeira crítica da recorrente — segundo a qual não há discriminação indirecta no caso em apreço, uma vez que as medidas constantes dos decretos italianos controvertidos tinham uma justificação objectiva, visto destinarem-se a conferir ao aeroporto de Linate uma nova utilização, limitada aos voos susceptíveis de facilitar as deslocações profissionais e de permitir que a ligação aérea continue a ser competitiva em relação à ligação ferroviária Milão-Roma [48] — apenas diz respeito à segunda fase do processo que se destina a determinar a existência de uma discriminação indirecta, ou seja, a fase que consiste em controlar o carácter objectivo da legislação controvertida.

75. No entanto, como indiquei [49], esta segunda fase comporta essencialmente o controlo da proporcionalidade das disposições controvertidas, que demonstrou não serem essas disposições efectivamente necessárias à realização do objectivo prosseguido, ou seja, a criação de uma plataforma de correspondência operacional e viável no aeroporto de Malpensa. Por conseguinte, penso que é inútil a tentativa feita pela recorrente para justificar de forma objectiva as disposições controvertidas a partir do objectivo específico de reorganizar as actividades do aeroporto de Linate, em consequência da criação da plataforma de correspondência. Mais concretamente, se, nas condições existentes em 25 de Outubro de 1998, não era indispensável transferir a totalidade do tráfego para o aeroporto de Malpensa, então também não era indispensável limitar os voos que utilizavam o aeroporto de Linate, como foi feito pelos decretos controvertidos. Em contrapartida, se se adoptar a tese de que o disposto no Decreto n.º 46-T visava limitar a utilização do aeroporto de Linate unicamente às rotas Milão-Roma, tal facto milita então em favor da análise adoptada pela Comissão na decisão recorrida quanto aos efeitos práticos da legislação em causa. Além disso, como observa a Comissão, a afirmação da recorrente de que a legislação visava garantir a continuidade da rota Milão-Roma e não a transferência dos passageiros para o aeroporto de Roma é inútil, na medida em que o primeiro destes objectivos não exclui o segundo, e nenhum

47 — V. n.º 32 das presentes conclusões.

48 — O Governo italiano recorda que a Comissão considerou Linate como o aeroporto onde, antes da nova repartição, estava concentrado o tráfego com partida e destino para as plataformas de correspondência comunitárias e que, depois da adopção dos decretos controvertidos, Linate passou a fazer o encaminhamento para um único centro aeroportuário, o de Roma-Fiumicino, ao passo que as rotas para as outras plataformas de correspondência europeias (Francoforte, Paris, etc.) seriam transferidas para outro aeroporto, menos cómodo, o de Malpensa. Isto criava uma vantagem concorrencial para a Alitalia e uma desvantagem para as outras transportadoras comunitárias que operam a partir de plataformas de correspondência diferentes da de Roma-Fiumicino. Em especial, quem desejar deslocar-se para fora da União ou para fora da Europa preferirá partir de Linate e transitar pela plataforma de correspondência de Roma, em vez de partir de Malpensa e transitar por outras plataformas de correspondência. No entanto, a recorrente contesta esta conclusão, dizendo que os decretos italianos controvertidos tinham uma justificação objectiva, visto que se destinavam a conferir ao aeroporto de Linate uma nova utilização, limitada a uma única rota ligando Milão a Roma. O Governo italiano observa, a este respeito, que a rota Milão-Roma corresponde essencialmente a deslocações profissionais com uma maioria de carreiras quotidianas. Defende que este tipo de tráfego é, portanto, aquele que está em melhores condições para ser servido a partir de um aeroporto como o de Linate, para permitir, paralelamente, que a ligação aérea continue a ser competitiva em relação à ligação ferroviária. Segundo a recorrente, se a Comissão tivesse tido em conta estes elementos, não teria concluído pela existência de uma discriminação indirecta.

49 — V. n.º 32 das presentes conclusões.

dos elementos invocados pela recorrente dá a perceber que a alimentação da plataforma de correspondência de Roma era impossível ou proibida. Pelo contrário, dos elementos dos autos e, sobretudo, das estatísticas relativas aos passageiros em 1997[50] e das medidas propostas pelas autoridades italianas, tendo em vista uma eventual limitação das possibilidades de trânsito no aeroporto de Roma-Fiumicino[51], resulta que, no momento em que a decisão recorrida foi adoptada, esta alimentação era uma realidade e, em todo o caso, continuava a ser possível. Por conseguinte, a primeira crítica da recorrente não deve ser acolhida.

76. Com a segunda crítica, que se refere aos n.os 29 a 46 da decisão recorrida, a recorrente sustenta que a Comissão cometeu o erro de apreciar os efeitos decorrentes da transferência de tráfego para o aeroporto de Malpensa em função da situação presente e não da situação futura. No entender da recorrente, na nova situação, que se caracterizará pela entrada em serviço integral do referido aeroporto no plano intercontinental, a ligação com partida do aeroporto de Linate para a plataforma de correspondência de Roma-Fiumicino não criará, na prática, qualquer vantagem concorrencial para a Alitalia. A este propósito, o Governo italiano alega que uma disposição só pode considerar-se indirectamente discriminatória se a sua capacidade para favorecer ou prejudicar alguém estiver plenamente demonstrada.

77. Esta segunda crítica diz respeito à primeira fase do processo destinado a apurar a existência de uma discriminação indirecta, ou seja, ao exame da questão de saber se existe de facto uma discriminação indirecta e se essa discriminação é uma consequência necessária da legislação controvertida ou se é fortuita.

78. Em primeiro lugar, penso que a afirmação da recorrente de que foi por erro que a Comissão apreciou os efeitos da transferência de tráfego para o aeroporto de Malpensa em função da situação existente e não da situação futura não tem fundamento.

79. Por um lado, não restam dúvidas de que a discriminação indirecta tem um carácter dinâmico e relativo devido ao facto de, em virtude da variabilidade das condições de aplicação da legislação controvertida, ser possível os seus efeitos variarem na prática (ou surge uma discriminação que não existia, ou uma discriminação deixa de existir). Como já referi, isto exige não só que se tome em consideração os efeitos das disposições controvertidas num dado momento (exame instantâneo da discriminação indirecta), mas também que se analise as perspectivas de evolução e a estabilidade desses efeitos, por forma a

50 — Sublinhe-se que, no n.º 20 da réplica, a recorrente admite que 85% dos passageiros que apanharam um voo de correspondência em Fiumicino eram passageiros de voos internacionais.

51 — V. carta do ministro Burlando, de 15 de Julho de 1998, que constitui o anexo 5 da petição.

evitar que possam concorrer factos acidentais que não se devem no essencial a essas regras [52]. No entanto, esta análise das perspectivas de evolução e da estabilidade dos efeitos práticos das disposições controvertidas não pode levar a que se tome em consideração uma situação meramente futura, muito pouco provável, simplesmente esperada, que não tem apoio directo e certo na realidade existente no momento em que se controla a existência da discriminação indirecta. Este modo de proceder era contrário à regra segundo a qual a legalidade de um acto jurídico deve, em princípio, ser apreciada em função dos elementos de facto e de direito existentes no momento em que o acto foi adoptado [53].

80. Por outro lado, um exame atento dos fundamentos da decisão recorrida mostra que, quanto à existência das duas plataformas de correspondência da Alitalia e à comparação das acessibilidades aos aeroportos de Linate e de Malpensa, a Comissão começou, acertadamente, por examinar a situação existente, para em seguida passar às perspectivas e às probabilidades reais de essa situação se alterar [54]. Depois de efectuar esta delicada avaliação, a Comissão acabou por chegar à conclusão de que só se podia admitir a existência de uma discriminação indirecta durante um período específico [55], o que constitui, no caso em apreço, o modo correcto de tratar e de interpretar o carácter dinâmico deste tipo de discriminações.

81. Assim, o apuramento das discriminações indirectas não se baseou em simples conjecturas ou probabilidades mínimas, mas num grau de probabilidade suficiente

52 — V. n.º 45 das presentes conclusões.

53 — V., a título de exemplo, acórdão de 7 de Fevereiro de 1979, França/Comissão (15/76 e 16/76, Colect., p. 145, n.º 7).

54 — V. n.º 35 da decisão recorrida: «É verdade que o aumento da oferta de serviços directos a partir de Malpensa pode reduzir o incentivo dos passageiros a utilizarem serviços indirectos... No entanto, todos os elementos apontam no sentido de que as operações da Alitalia se repartem e continuarão a repartir entre duas plataformas de correspondência: Roma-Fiumicino e Milão-Malpensa. Esse facto constitui um dos princípios do plano de reestruturação da Alitalia, tal como notificado pelas autoridades italianas à Comissão de acordo com as regras relativas aos auxílios estatais...».
V. também n.º 44 da decisão recorrida: «Tendo em conta as diferenças existentes entre o aeroporto de Linate e o aeroporto de Malpensa relativamente às condições de acesso, a Comissão entende que esses aeroportos não serão comparáveis do ponto de vista do interesse que apresentam para os utilizadores enquanto o nível das infra-estruturas de acesso a Malpensa não compensar a desvantagem que a localização geográfica representa para esse aeroporto comparado com o de Linate.»

55 — V. n.º 45 da decisão recorrida: «Tendo em conta os elementos acima apresentados, bem como a concorrência entre a Alitalia e as outras transportadoras aéreas comunitárias, os critérios fixados no Decreto n.º 46-T proporcionarão uma vantagem competitiva à Alitalia, reservando-lhe o aeroporto de Linate para servir a sua plataforma de correspondência de Roma-Fiumicino, ao passo que as restantes transportadoras aéreas comunitárias serão obrigadas a servir as respectivas plataformas de correspondência a partir do aeroporto de Malpensa. *Esta vantagem competitiva existirá enquanto o aeroporto de Malpensa não beneficiar de um nível de infra-estruturas de acesso suficiente para melhorar a presente situação que provoca a relutância dos consumidores relativamente à utilização desse aeroporto*» (sublinhado nosso).

de acordo com as informações de que a Comissão dispunha.

82. Por um lado, nenhum dos erros presumidos relativos à apreciação dos factos [56] mencionados na réplica parece dizer respeito a elementos essenciais para efeitos da verificação da discriminação. Mais precisamente, de nenhum elemento invocado pela recorrente decorre que a Alitalia não utiliza Fiumicino como segunda plataforma de correspondência, pelo menos a título complementar. Em especial, a recorrente, apesar de falar de uma redução drástica dos voos intercontinentais assegurados exclusivamente a partir da plataforma de Roma-Fiumicino, nunca afirma, ao longo da sua argumentação, apresentando o projecto de horário dos voos em causa, que esses voos foram suprimidos. Pelo contrário, de alguns elementos dos autos, por exemplo, o plano de reestruturação [57] e as mensagens publicitárias [58] da Alitalia, sem que seja necessário recorrer a dados posteriores à decisão recorrida [59], até decorre que essa plataforma de correspondência permanece em actividade e pode ser alimentada pelo aeroporto de Malpensa. Além disso, como a Comissão correctamente indica na tréplica, o número de destinos servidos e a importância relativa de uma plataforma de correspondência em relação à outra são irrelevantes. A simples existência de uma plataforma de correspondência complementar em Fiumicino leva a concluir pela existência de uma discriminação indirecta. Finalmente, a amplitude dos efeitos desta discriminação não é verdadeiramente importante. O direito comunitário proíbe qualquer discriminação, mesmo de alcance reduzido [60].

83. Por outro lado, não se pode defender que a existência de uma discriminação indirecta deva ficar totalmente provada logo na primeira fase do processo lógico destinado a estabelecer a sua existência. Como disse, a determinação imediata de uma discriminação indirecta nem sempre é fácil e, de qualquer modo, esta primeira fase não permite concluir de modo absoluto pela existência de uma discriminação de direito, quer se recorra aos ensinamentos

56 — Na réplica, a recorrente declara que a anulação da decisão recorrida não exige um «erro manifesto»; basta demonstrar que a Comissão cometeu um erro na apreciação dos factos. Considera assim que as afirmações da Comissão constantes da sua contestação contêm erros desse tipo, sobretudo no que diz respeito à existência das duas plataformas de correspondência «gémeas» da Alitalia.

57 — V. Decisão 97/789/CE da Comissão, de 15 de Julho de 1997, relativa à recapitalização da companhia Alitalia (JO L 322, p. 44; anexo 2 da contestação).

58 — V. anexo 3 da contestação.

59 — A Comissão declara que, apesar de não terem qualquer incidência sobre a apreciação da legalidade da decisão recorrida, todas as informações ulteriores confirmam que a Alitalia continua a utilizar as duas plataformas de correspondência.

60 — V. acórdãos de 28 de Janeiro de 1986, Comissão/França (270/83, Colect., p. 273, n.° 21), e de 13 de Dezembro de 1989, Corsica Ferries France (C-49/89, Colect., p. 4441, n.° 8).

da experiência comum, quer se utilize inquéritos estatísticos. É por esta razão que, numa segunda fase, que põe termo ao processo de determinação da existência de uma discriminação indirecta, importa verificar o carácter objectivo da legislação controvertida, o que pressupõe a aplicação do princípio da proporcionalidade [61].

84. Tendo em conta o que precede, penso que a segunda crítica feita no âmbito do quarto fundamento de anulação também não merece acolhimento.

85. Finalmente, no que se refere à terceira crítica apresentada pela recorrente, segundo a qual a decisão recorrida não respeitou o princípio da proporcionalidade quanto às medidas de proibição impostas [62], a Comissão alega com razão que o n.º 3 do artigo 8.º do Regulamento n.º 2408/92 não a obriga a optar por medidas menos restritivas para as autoridades nacionais. Depois de ter informado as autoridades italianas, tal como decorre dos autos e sem que isso tenha sido contestado com argumentos sólidos [63], dos problemas criados pelos decretos controvertidos, a Comissão concertou-se com o comité consultivo competente e tomou, de um modo geral, todas as medidas (troca de correspondência, reuniões, etc.) passíveis de permitir o esclarecimento do assunto e o exercício dos direitos de defesa; a única tarefa que lhe incumbia, em seguida, era a de apreciar a legalidade dos decretos controvertidos e decidir «se o Estado-Membro em causa pode continuar a aplicar a medida» [64]. Por conseguinte, a Comissão não podia modificar as medidas nacionais, substituindo-se às autoridades nacionais. Pelo contrário, é a estas que cabe tomar a iniciativa de adoptar as medidas indispensáveis para dar cumprimento à decisão recorrida, o que fizeram ao adoptar o decreto de 9 de Outubro de 1998 [65]. Além disso, não é possível admitir que o dever de cooperação leal entre a Comissão e os Estados-Membros, consagrado no artigo 5.º do Tratado CE (actual artigo 10.º CE), possa alterar a referida repartição expressa das competências entre os Estados-Membros e a Comissão e transferir para esta última a iniciativa e a responsabilidade de adoptar as medidas adequadas.

86. Daqui resulta que o quarto fundamento também deve ser julgado improcedente.

61 — V. n.º 32 das presentes conclusões.

62 — Em concreto, a recorrente afirma que, se a Comissão tinha dúvidas e não estava segura de que a manutenção de uma ligação entre o aeroporto de Linate e o de Roma podia conferir uma vantagem concorrencial à Alitalia, então devia ter informado as autoridades italianas e, de qualquer forma, optado por medidas menos draconianas contra o Governo italiano quanto ao respeito do princípio da não discriminação enunciado no artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2408/92. A recorrente recorda que propôs medidas técnicas destinadas a gerir a situação, medidas essas que não foram aceites pela Comissão.

63 — V. n.º 16 e segs. da decisão recorrida e n.º 14 das presentes conclusões.

64 — V. artigo 8.º, n.º 3, do Regulamento n.º 2408/92.

65 — Anexo 5 da contestação.

V — Conclusão

87. Assim, proponho ao Tribunal de Justiça que:

«1) Negue provimento ao recurso.

2) Condene a República Italiana nas despesas.»