CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL ELEANOR SHARPSTON apresentadas em 1 de Julho de 2010 [1]

1. A Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que a República de Malta, tendo assinado, sem prévia abertura de um processo de concurso público, um contrato exclusivo de serviço público com a sociedade Gozo Channel Company Ldt («GCCL») com data de 16 de Abril de 2004, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Regulamento (CEE) n.º 3577/92 [2], em particular os seus artigos 1.º e 4.º

2. A principal defesa de Malta consiste no facto de, na data em questão, o referido regulamento não lhe ser aplicável. Malta aderiu à União Europeia apenas em 1 de Maio de 2004, ainda que o Tratado de Adesão [3] tenha sido assinado em 16 de Abril de 2003.

3. A convite do Tribunal de Justiça, a Comissão realçou a obrigação que recai sobre um Estado de cumprir de boa fé os termos de um tratado e de se abstrair, durante o período que precede a sua entrada em vigor, de praticar actos que o privem do seu objecto ou do seu fim – princípios de direito internacional previstos nos artigos 18.º e 26.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados [4].

1 — Língua original: inglês.

2 — De 7 de Dezembro de 1992, relativo à aplicação do princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos internos nos Estados-Membros (cabotagem marítima) (JO L 364, p. 7; a seguir «regulamento»).

3 — Tratado entre o Reino da Bélgica, o Reino da Dinamarca, a República Federal da Alemanha, a República Helénica, o Reino de Espanha, a República Francesa, a Irlanda, a República Italiana, o Grão-Ducado do Luxemburgo, o Reino dos Países Baixos, a República da Áustria, a República Portuguesa, a República da Finlândia, o Reino da Suécia, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (Estados-Membros da União Europeia) e a República Checa, a República da Estónia, a República de Chipre, a República da Letónia, a República da Lituânia, a República da Hungria, a República de Malta, a República da Polónia, a República da Eslovénia, a República Eslovaca relativo à adesão à União Europeia da República Checa, da República da Estónia, da República de Chipre, da República da Letónia, da República da Lituânia, da República da Hungria, da República de Malta, da República da Polónia, da República da Eslovénia e da República Eslovaca (JO 2003 L 236, p. 17; a seguir «Tratado de Adesão»).

4 — Concluída em Viena a 23 de Maio de 1969; entrada em vigor em 27 de Janeiro de 1980 (*United Nations Treaty Series*, vol. 1155, p. 331; «Convenção de Viena»).

Quadro jurídico

Convenção de Viena

4. A Convenção de Viena consolida, em larga medida, o direito internacional dos tratados. Aplica-se, nos termos do seu artigo 1.º, aos tratados concluídos entre Estados (incluindo, dessa forma, o Tratado de Adesão) e, nos termos do artigo 5.º, a qualquer tratado que seja acto constitutivo de uma organização internacional (incluindo, dessa forma, os diversos Tratados da Comunidade Europeia e da União) [5]. Algumas das suas disposições reflectem regras de direito internacional consuetudinário, que constituem, enquanto tal, parte integrante do ordenamento jurídico comunitário [6]. Considera-se que o artigo 18.º(que incorpora a chamada «obrigação temporária») e o artigo 26.º (que enuncia o princípio da boa fé) se incluem nessas disposições [7]. Ainda que não vinculem, enquanto tal, Malta [8], é útil expô-las como uma formulação do que Malta aceita como sendo as regras de direito internacional consuetudinário que lhe são aplicáveis.

5. O artigo 18.º, intitulado «Obrigação de não privar um tratado do seu objecto e do seu fim antes da sua entrada em vigor», dispõe o seguinte:

«Um Estado deve abster-se de actos que privem um tratado do seu objecto ou do seu fim:

a) Quando assinou o tratado ou trocou os instrumentos constitutivos do tratado sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não manifestar a sua intenção de não se tornar Parte no tratado; ou

b) Quando manifestou o seu consentimento em ficar vinculado pelo tratado, no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente adiada.»

5 — No entanto, dos actuais Estados-Membros, a França, Malta e Roménia não são signatários da Convenção de Viena e, ainda que todos os outros já a tenham ratificado, acedido ou sucedido, o Luxemburgo e Portugal apenas o fizeram entre a assinatura e a entrada em vigor do Tratado de Adesão, e a Irlanda depois desta última data (v. o site internet da United Nations Treaty Collection em http://treaties.un.org).

6 — V., mais recentemente, acórdão de 25 de Fevereiro de 2010, Brita (C-386/08, Colect., p. I-1289, n.os 40 a 42 e a jurisprudência aí referida).

7 — No entanto, nem toda a doutrina está de acordo quanto ao facto de o artigo 18.º constituir uma simples codificação, e não um desenvolvimento, do direito internacional consuetudinário: v., a título de exemplo, Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties,* Manchester University Press, 1973, p. 22; para uma descrição de algumas das formulações do direito consuetudinário, diferentes da da Convenção de Viena, v. igualmente Klabbers, J., *How to defeat a treaty's object and purpose pending entry into force: toward manifest intent,* 34 Vanderbilt Journal of Transnational Law, p. 283, Março 2001.

8 — V. nota 5 *supra*.

6. O artigo 26.º intitulado «*Pacta sunt servanda*» dispõe o seguinte:

«Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa fé.»

Tratado CE

7. O artigo 226.º CE (actual artigo 258.º TFUE) dispõe:

«Se a Comissão considerar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força [do presente Tratado/dos Tratados], formulará um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações.

Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça [da União Europeia]».

8. Nos termos do segundo parágrafo do artigo 249.º CE (actual artigo 288.º TFUE):

«O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.»

9. Nos termos do artigo 254.º, n.os 1 e 2, CE (que passou, após alteração, a artigo 297.º TFUE), os regulamentos entram em vigor na data por eles fixada ou, na falta desta, no vigésimo dia seguinte ao da publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

Tratado de Adesão e Acto de Adesão

10. Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, do Tratado de Adesão, 10 novos Estados, incluindo Malta, tornam-se «membros da União Europeia e Partes nos Tratados em que se funda a União Europeia, tal como foram alterados ou completados». O artigo 1.º, n.º 2, dispunha:

«As condições de admissão e as adaptações dos Tratados em que se funda a União, dela decorrentes, constam do Acto anexo ao presente Tratado [9]. As disposições desse Acto fazem parte integrante do presente Tratado.»

9 — Acto relativo às condições de adesão da República Checa, da República da Estónia, da República de Chipre, da República da Letónia, da República da Lituânia, da República da Hungria, da República de Malta, da República da Polónia, da República da Eslovénia e da República Eslovaca e às adaptações dos Tratados em que se funda a União Europeia (JO 2003 L 236, p. 33; "Acto de Adesão").

11. Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, o Tratado de Adesão, o qual foi assinado em Atenas em 16 de Abril de 2003, entrou em vigor no dia 1 de Maio de 2004.

12. O artigo 2.º do Acto de Adesão dispunha o seguinte:

«A partir da data da adesão, as disposições dos Tratados originários e os actos adoptados pelas Instituições e pelo Banco Central Europeu antes da adesão vinculam os novos Estados-Membros e são aplicáveis nesses Estados nos termos desses Tratados e do presente Acto.»

13. Não foram previstas condições relativamente à aplicação do regulamento a Malta.

14. Malta depositou o seu instrumento de ratificação do Tratado de Adesão junto do Governo italiano em 30 de Julho de 2003.

Regulamento n.º 3577/92

15. O regulamento foi adoptado pelo Conselho em 7 de Dezembro de 1992 e publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* em 12 de Dezembro de 1992.

16. O artigo 1.º, n.º 1, dispõe o seguinte:

«Com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1993, a liberdade de prestação de serviços de transporte marítimo dentro de um Estado-[M]embro (cabotagem marítima) aplicar-se-á aos armadores comunitários que tenham os seus navios registados num Estado-[M]embro e arvorem pavilhão desse Estado-[M]embro, desde que esses navios preencham todos os requisitos necessários à sua admissão à cabotagem nesse Estado-[M]embro, incluindo os navios registados no Euros, logo que este registo seja aprovado pelo Conselho.»

17. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, por «[s]erviços de transporte marítimo dentro de um Estado-[M]embro (cabotagem marítima)» entendem-se «os serviços normalmente prestados contra remuneração», neles se incluindo, em especial, nos termos da alínea c), segundo travessão, a «[c]abotagem insular: o transporte por mar de passageiros ou mercadorias entre […] portos situados nas ilhas de um mesmo Estado-[M]embro».

18. O artigo 2.º, n.º 4, define «[o]brigações de serviço público» como «as obrigações que, atendendo aos seus próprios interesses comerciais, o armador comunitário em questão não assumiria ou não assumiria na mesma medida ou nas mesmas condições».

19. O artigo 4.º dispõe:

«1. Um Estado-[M]embro pode celebrar contratos de fornecimento de serviços públicos ou impor obrigações de serviço público, como condição para a prestação de serviços de cabotagem, às companhias de navegação que participem em serviços regulares de, entre e para as ilhas.

Sempre que um Estado-[M]embro celebrar contrato de fornecimento de serviços públicos ou impuser obrigações de serviço público, fá-lo-á numa base não discriminatória em relação a todos os armadores comunitários.

2. Ao impor obrigações de serviço público, os Estados-[M]embros limitar-se-ão aos requisitos relativos aos portos a escalar, à regularidade, à continuidade, à frequência, à capacidade de prestação do serviço, às taxas a cobrar e à tripulação do navio.

Sempre que aplicável, qualquer compensação devida por obrigações de serviço público deve ser disponibilizada para todos os armadores comunitários.

3. Os contratos de fornecimento de serviços públicos existentes podem continuar em vigor até à data do termo do respectivo contrato.»

20. Nos termos do artigo 11.º, o regulamento entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1993. No entanto, nos termos do artigo 6.º, vários serviços de cabotagem – efectuados no Mediterrâneo, junto à costa de Espanha, Portugal e França e em relação a determinadas ilhas costeiras espanholas, portuguesas e francesas e ilhas e territórios fora da Europa – foram excluídos da implementação do regulamento até diferentes datas, compreendidas entre 1 de Janeiro de 1995 e 1 de Janeiro de 2004.

Contexto factual e processual

21. Durante as negociações que precederam a conclusão do Tratado de Adesão, foi suscitada e discutida em diversas ocasiões a questão da progressiva conformidade de Malta com o *acquis* na área, nomeadamente, do transporte marítimo.

22. Nesse contexto, uma posição comum de 26 de Outubro de 2001 [10] referia o seguinte: «… a UE observa que Malta pretende celebrar antes de 30 de Junho de 2002 contratos de serviço público com a Sea Malta Co. Ltd. e com [a GCCL] com uma duração de 5 anos cada e que após o término desses contratos aplicar-se-ão procedimentos de adjudicação

10 — Conferência sobre a adesão à União Europeia – Malta – doc. 20766/01 CONF-M 80/01.

em conformidade com o respectivo *acquis*. Na posição comum a UE referiu ainda que «nesta fase, este capítulo não exige negociações adicionais» mas realçou que, à luz da supervisão do *acquis*, poderá «voltar a este capítulo num momento apropriado».

23. No caso, o contrato com a GCCL [11], para a prestação de serviços regulares de *ferry* de alta velocidade entre as ilhas de Malta e Gozo, apenas foi assinado em 16 de Abril de 2004 (um ano após a assinatura do Tratado de Adesão e cerca de duas semanas antes da sua entrada em vigor), e foi concluído por um período não renovável de seis anos, e não cinco.

24. Não se contesta que o contrato foi adjudicado sem que tivesse sido dada aos armadores comunitários qualquer oportunidade de concorrer.

25. Seguindo um procedimento administrativo, em conformidade com o artigo 226.º CE, a Comissão pede agora ao Tribunal de Justiça que declare que a República de Malta, tendo assinado, em 16 de Abril de 2004, sem prévia abertura de concurso público, um contrato exclusivo de serviço público com a GCLL, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do regulamento, em particular os artigos 1.º e 4.º, e que condene a República de Malta nas despesas.

26. Malta pede ao Tribunal de Justiça que declare que o regulamento não era e não é aplicável ao contrato controvertido, que julgue a acção improcedente e que condene a Comissão nas despesas.

Apreciação

27. Malta defende, principalmente, que o regulamento não lhe era aplicável na altura dos factos. Em alternativa, alega que a adjudicação do referido contrato foi, no essencial, autorizada no decurso das negociações de adesão (ainda que atrasada por razões atendíveis), e/ou de todo o modo justificada por uma necessidade real, sendo proporcional aos objectivos prosseguidos.

28. Nas presentes conclusões, apenas abordarei o primeiro argumento, o qual fornece, em minha opinião, uma base suficiente para considerar improcedente o pedido da Comissão, sem que haja uma real necessidade de discutir em pormenor outros argumentos apresentados por Malta em sua defesa.

11 — Resulta dos autos que foi igualmente concluído um contrato com a Sea Malta Co. Ltd, mas que a sociedade foi posteriormente liquidada.

29. O maior obstáculo ao pedido da Comissão é simples. Uma declaração como aquela que é pedida apenas pode dizer respeito ao não cumprimento de uma obrigação prevista nos Tratados, que inclui a obrigação de cumprir um regulamento adoptado nos termos desses Tratados. Tal obrigação apenas pode surgir quando o Estado-Membro em questão está vinculado pelos Tratados e, consequentemente, por qualquer regulamento adoptado em virtude dos mesmos. No entanto, o que é pedido no presente processo é que se declare que Malta, ao dar um determinado passo antes de estar vinculada pelo Tratado CE, não cumpriu o regulamento.

30. A Comissão não ultrapassou, em minha opinião, este obstáculo.

31. Devem ser abordadas, no entanto, duas possíveis objecções a esta opinião. Pode interpretar-se a declaração pedida no sentido de se referir, não à adjudicação efectiva do contrato em 16 de Abril de 2004, mas à sua manutenção em vigor após 1 de Maio de 2004? E pode considerar-se que Malta estava vinculada pelo regulamento antes desta última data?

32. Antes de avaliar qualquer destas questões, parece útil relembrar alguns aspectos da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos processos por incumprimento.

Jurisprudência relativa a processos por incumprimento

33. Em primeiro lugar, tal como esclareceu o Tribunal de Justiça, a fase pré-contenciosa em processos por incumprimento tem por objectivo dar ao Estado-Membro a possibilidade de cumprir as obrigações decorrentes do direito da União Europeia e de se defender das acusações formuladas pela Comissão. Daqui resulta, a) que o objecto da acção é delimitado pela fase pré-contenciosa e b) que quer o parecer fundamentado quer a petição inicial devem apresentar as acusações da Comissão de forma precisa, inequívoca e detalhada, para que o Estado-Membro e o Tribunal de Justiça possam apreciar exactamente em que termos é aquele acusado de não ter cumprido uma das obrigações que lhe incumbem por força do Tratado, e para evitar que o Tribunal de Justiça decida *ultra petita* ou não se pronuncie sobre uma acusação [12].

34. Em segundo lugar, a existência do incumprimento deve ser apreciada em função da situação do Estado-Membro tal como se apresentava no termo do prazo fixado no parecer fundamentado [13].

12 — V., entre muitos outros exemplos, acórdãos de 14 de Outubro de 2004, Comissão/França (C-340/02, Colect., p. I-9845, n.os 25 a 27), de 28 de Junho de 2007, Comissão/Espanha (C-235/04, Colect., p. I-5415, n.º 48) e de 10 de Setembro de 2009, Comissão/Portugal (C-457/07, Colect., p. I-8091, n.os 67 e 68) e jurisprudência aí referida.

13 — V., por exemplo, acórdão Comissão/Espanha (C-235/04, já referido na nota 12, *supra*, n.º 52).

35. Por último, incumbe à Comissão fazer prova da existência do alegado incumprimento e fornecer ao Tribunal os elementos necessários à verificação por este da existência desse incumprimento. A Comissão não pode limitar-se a concluir, na petição, que ao praticar determinado acto, o Estado-Membro não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força de uma disposição de um regulamento, inferindo desta disposição efeitos jurídicos que não lhe estão necessariamente ligados. Para comprovar a procedência da sua tese, tem que demonstrar que as condições para aplicar essa disposição estão efectivamente reunidas no caso vertente [14].

Adjudicação do contrato ou manutenção em vigor?

36. A declaração que a Comissão pretende é, inequivocamente, a de que Malta, ao concluir um contrato particular em 16 de Abril de 2004, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do regulamento.

37. No seu parecer fundamentado de 12 de Dezembro de 2006, a Comissão utilizou uma redacção praticamente igual no que respeita à alegação de incumprimento de obrigações. Nesse documento, no entanto, também instou Malta a tomar as medidas necessárias para dar cumprimento ao parecer fundamentado no prazo da dois meses a contar da sua recepção.

38. Malta não poderia, obviamente, recuar no tempo para *não* concluir o contrato controvertido em 16 de Abril de 2004. As medidas necessárias para dar cumprimento ao parecer fundamentado apenas poderiam ser aquelas que conduziriam à rescisão do contrato, ou a um novo contrato no seguimento de um concurso não discriminatório.

39. Essa situação não é inabitual em procedimentos de infracção relativos, por exemplo, à adjudicação de determinados contratos públicos contrários às regras de contratação da União Europeia. À luz do artigo 258.º TFUE e da jurisprudência do Tribunal de Justiça, se a Comissão considerar que esse contrato foi adjudicado ilegalmente, esta deve, após ter dado ao Estado-Membro em causa a oportunidade de apresentar as suas observações, instar em primeiro lugar o Estado-Membro a sanar a ilegalidade (através de qualquer meio disponível nessa fase) dentro de um determinado prazo, podendo, em seguida, se o Estado-Membro não o tiver feito, recorrer ao Tribunal de Justiça, o qual proferirá a sua decisão tendo em conta o facto de a situação ilegal ainda perdurar ou não na data indicada pela Comissão.

14 — V. acórdão de 3 de Maio de 2001, Comissão/Bélgica (C-347/98, Colect., p. I-3327, n.os 38 e 39).

40. Esse cenário implica, assim, que o Tribunal de Justiça ou conclui que o Estado-Membro não cumpriu as suas obrigações, caso a ilegalidade não tenha sido sanada no referido prazo, ou julga improcedente a acção da Comissão caso o tenha sido [15]. No primeiro caso, no entanto, a decisão do Tribunal de Justiça estará ainda ligada à ilegalidade original da adjudicação, e não ao facto de esta não ter sido sanada [16].

41. Consequentemente, ainda que o presente processo de infracção procure no geral pôr termo a uma situação alegadamente ilegal à luz do regulamento, ou censurar Malta por não lhe ter posto termo dentro do período acordado para o efeito, o seu sucesso depende necessariamente de uma decisão segundo a qual a adjudicação do contrato era ilegal na data da sua conclusão ou, pelo menos, se tornou ilegal numa data posterior.

42. A declaração que aqui é peticionada alega o não cumprimento de obrigações previstas no regulamento, e não em qualquer outro instrumento. Consequentemente, para que a acção seja procedente, a proibição da adjudicação do contrato teria que estar prevista no regulamento – ou no dia 16 de Abril de 2004, quando foi concluído (primeira hipótese), ou no dia 1 de Maio de 2004, quando o regulamento se tornou vinculativo para Malta nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do Tratado de Adesão e do artigo 2.º do Acto de Adesão (segunda hipótese).

43. A segunda hipótese pode ser afastada de forma muito sucinta.

44. O contrato impugnado já existia antes de 1 de Maio de 2004, e o artigo 4.º, n.º 3, do regulamento autoriza expressamente os contratos de fornecimento de serviços públicos existentes a continuarem em vigor até às datas dos seus termos [17].

45. Não posso aceitar a sugestão feita pela Comissão na audiência, segundo a qual o artigo 4.º, n.º 3, diz respeito apenas a contratos que existiam no dia 1 de Janeiro de 1993, mesmo relativamente a Estados-Membros que tenham aderido à União mais de uma década depois. A disposição refere-se a «contratos existentes» e não a «contratos existentes em

15 — Um exemplo deste último tipo (ainda que relacionado com a adopção e manutenção em vigor de um despacho de aplicação mais abrangente, e não com a adjudicação de um determinado contrato) pode encontrar-se no acórdão de 27 de Outubro de 2005, Comissão/Itália (C-525/03, Colect., p. I-9405, n.º 16).

16 — Pode encontrar-se um exemplo no acórdão de 5 de Outubro de 2000, Comissão/França (C-16/98, Colect., p. I-8315, n.ºs 1, 12 a 22 e 113). Pode comparar-se a situação em processos relativos a auxílios de Estado no âmbito do artigo 88.º, n.º 2, CE (actual artigo 108.º, n.º 2, TFUE e anteriormente artigo 93.º, n.º 2, do Tratado CE), onde a única questão é a obrigação, imposta pela decisão da Comissão, de sanar as ilegalidades; v., a título de exemplo, acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, Comissão/Países Baixos (C-213/85, Colect., p. 281, n.ºs 7 e 8).

17 — Também se pode realçar que não existe no Tratado uma disposição que tenha, em relação a contratos com pessoas singulares ou colectivas, o mesmo efeito que o artigo 307.º CE (actual artigo 351.º TFUE) tem em relação a acordos internacionais. Essa disposição exige aos novos Estados-Membros a eliminação de quaisquer incompatibilidades entre os acordos internacionais concluídos antes da adesão e os Tratados.

1 de Janeiro de 1993». Para preencher os requisitos de segurança jurídica, o termos «existente» apenas pode significar aí «existente na data da entrada em vigor do regulamento» [18]. Para os Estados que aderiram à União depois de 1 de Janeiro de 1993, essa data é a data da sua adesão – um ponto com o qual a própria Comissão concorda. De facto, ao aceitar, na posição comum de 26 de Outubro de 2001, que um contrato concluído entre Junho de 2002 e Junho de 2007 seria compatível com as futuras obrigações de Malta, sem a necessidade de estabelecer quaisquer condições relativas à aplicação do regulamento a Malta, os negociadores da UE reconheceram implicitamente que o artigo 4.º, n.º 3, se aplicaria a esse contrato.

46. A afirmação da Comissão, na sua réplica, de que Malta não cumpria as suas obrigações nos termos do regulamento desde 1 de Maio de 2004 não pode, assim, ser acolhida.

47. De qualquer modo, a conclusão segundo a qual Malta não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do regulamento desde 1 de Maio de 2004 contradiria o pedido da própria Comissão – e esta não pode tentar alterar ou reinterpretar o pedido numa fase posterior, como parece ter tentado fazer na audiência.

48. Por conseguinte, passo a analisar agora a primeira hipótese. Essa hipótese implica a existência de uma obrigação que recai sobre Malta de não concluir o contrato durante o período que precede adesão.

Obrigação anterior à adesão?

49. Nada no Tratado de Adesão ou no Acto de Adesão – que Malta assinou em 16 de Abril de 2003, depositando o seu instrumento de ratificação em 30 de Julho de 2003 – tornou o regulamento explicitamente vinculativo para Malta antes da entrada em vigor daquele Tratado. Pelo contrário, parece concluir-se de forma incontornável do artigo 2.º do Acto de Adesão que o regulamento se tornou vinculativo para Malta apenas nesse dia – 1 de Maio de 2004.

50. No entanto, afigura-se que, durante a fase de negociação, Malta afirmou que tencionava concluir um contrato de cinco anos com a GCCL até 30 de Junho de 2002, e que esse contrato era aceitável por parte da UE por ser compatível com a adesão; mas que, de facto, Malta concluiu o contrato controvertido por seis anos, em 16 de Abril de 2004, uma possibilidade que não foi aceite nem sequer apresentada aos negociadores da UE.

18 — V. *infra* n.ºs 58 e segs.

51. Um primeiro ponto a referir é que a Comissão não alegou, nem na acção intentada no Tribunal de Justiça, nem na sua réplica à contestação de Malta que suscitou explicitamente a questão da aplicabilidade do regulamento a Malta na altura dos factos, que o seu processo se baseava de qualquer forma ou a qualquer nível em qualquer obrigação que pudesse aplicar-se a Malta antes da entrada em vigor do Tratado de Adesão. Pelo contrário, referiu claramente na sua réplica que «foi precisamente a partir dessa data, nomeadamente a data da adesão, que a República de Malta não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Regulamento (CEE) n.º 3577/1992 do Conselho».

52. Nessas circunstâncias, a Comissão estaria claramente a faltar ao cumprimento da sua obrigação, como demandante junto do Tribunal de Justiça, de apresentar todos os elementos necessários para fundamentar o seu pedido se se baseasse de seguida na existência de uma obrigação anterior. De facto, tal situação seria contrária ao disposto no artigo 42.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, o qual dispõe: «[é] proibido deduzir novos fundamentos no decurso da instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo» [19].

19 — V. acórdão de 17 de Novembro de 1992, Comissão/Reino Unido (C-279/89, Colect., p. I-5785, n.os 14 a 17).

53. No entanto, o próprio Tribunal de Justiça pediu observações às partes, tendo em vista a aplicabilidade *ratione temporis* do regulamento nas circunstâncias do presente processo, sobre a importância a ser atribuída à obrigação de agir de boa fé durante o período que precede a entrada em vigor de um tratado.

54. Poderá questionar-se se, caso o Tribunal de Justiça decidisse que existia um incumprimento derivado de uma obrigação não invocada pela Comissão na sua petição ou réplica, tal não equivaleria à dedução de um fundamento pelo Tribunal de Justiça oficiosamente.

55. Constitui jurisprudência assente que pedidos que envolvam questões de ordem pública podem, e até devem, ser conhecidos oficiosamente pelo Tribunal de Justiça quando não forem suscitados pelas partes. Contudo, por um lado, não parece que o Tribunal de Justiça alguma vez o tenha feito para ampliar o âmbito das alegações da Comissão no contexto de um processo por incumprimento contra um Estado-Membro e, por outro lado, as «questões de ordem pública» suscitadas pelo juiz da União nessa base dizem respeito a exigências processuais essenciais e não a argumentos de Direito substantivo [20]. Parece, de todo o modo, constituir uma nova abordagem

20 — Assim, por exemplo, a não observância da regularidade de um procedimento pré-contencioso (que constitui uma «garantia essencial» exigida pelo Tratado – v. acórdão de 10 de Abril de 2008, Comissão/Itália (C-442/06, Colect., p. I-2413, p. 22 e jurisprudência aí referida) pode ser suscitada oficiosamente pelo Tribunal de Justiça, ainda que o próprio Estado-Membro não o tenha feito expressamente. Para a distinção efectuada no âmbito de um recurso, ver acórdão de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France (C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 67).

o facto de o Tribunal de Justiça completar os argumentos da Comissão contra um Estado-Membro em processos por incumprimento. Em minha opinião, esse comportamento não seria compatível com a natureza acusatória, quase penal, desses processos.

56. Seja como for, a Comissão, em resposta à questão colocada pelo Tribunal de Justiça, expressou a sua opinião segundo a qual a) Malta, enquanto futuro Estado-Membro, estava obrigada a agir de boa fé desde a data da posição comum de 26 de Outubro de 2001; e b) estava inquestionavelmente obrigada a abster-se de comportamentos que violassem o direito da União desde a data da assinatura do Tratado de Adesão, em 16 de Abril de 2003. Não obstante, prossegue a Comissão, Malta concluiu efectivamente o contrato controvertido, em circunstâncias que evidenciam má fé. A esse respeito, considera que os requisitos de boa fé, e a sua expressão nos artigos 18.º e 26.º da Convenção de Viena, são de importância primordial.

57. No entanto, para que a declaração pretendida tenha lugar, o Tribunal de Justiça deve, em minha opinião, não apenas concluir que a obrigação que recaía sobre Malta de não concluir o contrato controvertido em 16 de Abril de 2004 resultou do seu estatuto de futuro Estado-Membro que assinou e ratificou o Tratado de Adesão, mas também – e como uma questão prévia – que o próprio regulamento poderia impor obrigações aos Estados-Membros antes da sua entrada em vigor.

58. O período que antecede a entrada em vigor de um regulamento, que faz parte do *acquis,* num Estado-Membro com a sua adesão, é comparável ao período compreendido entre a sua adopção e publicação e a sua entrada em vigor relativamente a um Estado-Membro existente. Quaisquer que sejam as obrigações que recaem sobre um futuro Estado-Membro durante o período de pré-adesão, não podem ser superiores àquelas que recaem sobre um Estado-Membro existente durante idêntico período antes da entrada em vigor ordinária. Consequentemente, apenas se pode considerar que Malta violou as suas obrigações durante o período imediatamente anterior à sua adesão como Estado-Membro, se um dos então 12 Estados-Membros tivesse violado as suas obrigações decorrentes do Tratado ao concluir um contrato equivalente entre a adopção ou a publicação do regulamento, em 7 ou 12 de Dezembro de 1992, respectivamente, e a sua entrada em vigor, em 1 de Janeiro de 1993.

59. A esse respeito, é evidente que um regulamento é vinculativo na íntegra (e em relação a todos, sejam eles Estados-Membros, instituições ou indivíduos) desde a data da sua

entrada em vigor, mas não antes – a não ser, em circunstâncias excepcionais, que as suas disposições tenham um efeito retroactivo expresso [21].

60. No presente processo, o regulamento não contém disposições retroactivas expressas. Pelo contrário, não só o artigo 11.º especifica que a data de entrada em vigor é 1 de Janeiro de 1993, como o artigo 1.º, n.º 1, refere expressamente que a liberdade de prestação de serviços de transporte marítimo se aplica *a partir de 1 de Janeiro de 1993*, referindo explicitamente o artigo 4.º, n.º 3, que os contratos de fornecimento de serviços públicos *existentes* podem continuar em vigor até à data do termo do respectivo contrato. Nesse contexto (relativamente aos então 12 Estados-Membros [22]), contratos existentes só podem ser os existentes em 1 de Janeiro de 1993 ou (possivelmente, em relação aos serviços temporariamente excluídos da implementação do regulamento, por força do disposto no artigo 6.º), na data em que terminou a exclusão temporária [23].

61. Considero, desta forma, que um Estado-Membro que pudesse ter concluído, em finais de Dezembro de 1992, um contrato de fornecimento de serviços públicos sem ser precedido de um convite à apresentação de propostas comunitário, não podia ser censurado por incumprimento das obrigações que lhe incumbem *por força dos artigos 1.º e 4.º do Regulamento.*

62. É verdade que os Estados-Membros estão também submetidos a um dever mais geral de cooperação leal, previsto actualmente no artigo 4.º, n.º 3, TUE (anteriormente, artigo 10.º CE e, antes desse, artigo 5.º do Tratado CE), o que implica adoptar todas as medidas necessárias para assegurar o total cumprimentos das obrigações decorrentes dos Tratados ou de um acto emanado das instituições, facilitando a realização das tarefas da Comunidade (ou da União) e evitando (ou abstendo-se) de adoptar qualquer medida que possa pôr em risco a realização dos objectivos do Tratado.

63. Foi na obrigação referida por último que o Tribunal de Justiça baseou o acórdão que proferiu no processo Inter-Environment

21 — V., como exemplo de circunstâncias excepcionais, acórdão de 9 de Janeiro de 1990, SAFA (C-337/88, Colect., p. I-1).

22 — V. igualmente n.º 45 *supra*.

23 — V. n.º 20 *supra*. Este ponto não foi decidido pelo Tribunal de Justiça, mas há indícios, no seu recente acórdão de 22 de Abril de 2010, Enosi Efopliston Aktoploïas e o. (C-122/09, Colect., p. I-3667, n.ºs 15 a 17) e no seu despacho de 28 de Setembro de 2006, proferido no processo Enosi Efopliston Aktoploïas e o. (C-285/05, Colect., p. I-0097, n.º 19, referido no n.º 10 do acórdão proferido no processo C-122/09), de que um Estado-Membro pode ser obrigado a abster-se de adoptar disposições susceptíveis de comprometer seriamente a aplicação do regulamento depois de terminado o período de exclusão temporária. V. igualmente n.º 63 e segs. *infra,* em especial o n.º 65 e a nota n.º 25.

Wallonie [24], segundo o qual os Estados-Membros a quem é dirigida uma directiva devem abster-se, durante o prazo de transposição, de adoptar disposições susceptíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito por essa directiva.

64. Contudo, não considero que aquela que constitui agora jurisprudência assente possa simplesmente transpor-se de directivas para regulamentos. Uma directiva especifica tipicamente a data em que entra em vigor e a data até à qual os Estados-Membros a devem transpor. É no período entre essas datas que a jurisprudência comunitária exige que os Estados-Membros se abstenham de adoptar medidas que possam comprometer seriamente o resultado pretendido. O Tribunal de Justiça nunca decidiu que essa obrigação também existe relativamente ao período anterior compreendido entre a adopção e/ou publicação da directiva e a data da sua entrada em vigor. Fazê-lo equivaleria, em minha opinião, a destituir de sentido a data de entrada em vigor.

65. No que diz respeito aos regulamentos, não existe um período transitório de transposição, apenas um período entre a adopção e/ou publicação e a entrada em vigor, a partir da qual o regulamento se torna vinculativo na íntegra. O período a que se refere o acórdão Inter-Environnement Wallonie não existe, pois, no caso dos regulamentos [25].

66. Não iria ao ponto de sugerir que nunca podem existir circunstâncias em que um Estado-Membro pode ser acusado de violar a obrigação de cooperação leal em consequência de um acto praticado numa altura em que uma directiva ou regulamento já existiam mas ainda não tinham entrado em vigor. Contudo, parece-me que, nesse caso, o critério de actos «susceptíveis de comprometer seriamente» o efeito útil da medida em questão deveria ser interpretado de forma particularmente restritiva. Possivelmente actos que não poderiam ser anulados antes da data limite de transposição da directiva, ou que impediriam de alguma forma a aplicação do regulamento de modo a atingir o seu objectivo, constituiriam um incumprimento do dever de cooperação leal nessas circunstâncias [26].

67. Ainda que seja verdade que não existe uma regra *de minimis* em relação aos

24 — Acórdão de 18 de Dezembro de 1997, Inter-Environment Wallonie (C-129/96, Colect., p. I-7411, n.º 45 e n.º 2 do dispositivo). V. igualmente conclusões do advogado-geral Jacobs em particular n.ºs 33 e 39 e segs.

25 — Aceito a possibilidade – ainda não confirmada – de que uma derrogação temporária ou isenção de aplicação de um regulamento (e, em particular, do presente regulamento) possa implicar uma obrigação equivalente à da jurisprudência Inter-Environnement Wallonie (v. n.º 60 e nota 23 *supra*), mas o presente processo respeita a uma situação em que não existia tal derrogação ou isenção quando o regulamento entrou em vigor no Estado-Membro em causa.

26 — V., igualmente, conclusões do advogado-geral Jacobs no processo Inter-Environnement Wallonie, já referido na nota 24 *supra,* n.º 42 e segs.

processos por incumprimento previstos no Tratado [27] – o Tribunal de Justiça concluirá pela existência de um incumprimento independentemente de quão pequena ou isolada for a violação – parece-me que seria adequado outro critério em casos em que se alegasse que a infracção ocorreu através de um acto praticado antes de a medida em causa ter entrado em vigor.

68. No que diz respeito ao regulamento em questão no presente processo, poderia ter sido necessário a Comissão provar, por exemplo, que o acto em causa afastou qualquer possibilidade de cumprimento das suas disposições durante um período apreciável após a sua entrada em vigor, ou continha uma série de etapas que, cumulativa e sistematicamente, enfraqueceram a sua aplicação, ou foi praticado com a intenção deliberada e/ou manifesta de violar as suas disposições.

69. Pelo contrário, a conclusão de um único contrato, por muito clara que fosse a sua proibição pelo regulamento depois da sua entrada em vigor, não deveria, em minha opinião, ser vista como suficiente – *de per se*, sem mais circunstâncias agravantes – para justificar a conclusão de que um Estado-Membro não cumpriu o seu dever de cooperação leal, *se o contrato tivesse sido concluído antes da entrada em vigor do regulamento*. Ter qualquer outra opinião equivaleria a negar não só o significado da data de entrada em vigor, mas também a disposição expressa do artigo 4.º, n.º 3.

70. Além disso, em minha opinião, a Comissão deveria ter pedido, nesse caso, em primeiro lugar e acima de tudo, uma declaração confirmando a violação do dever de cooperação leal, em vez da violação dos artigos 1.º e 4.º do regulamento, os quais não estavam em vigor quando o contrato foi concluído. É verdade que o Tribunal de Justiça tem ocasionalmente decidido que um Estado-Membro não cumpriu aquele dever geral quando essa declaração não se afigura ter sido pedida [28] mas não, tanto quanto sei, como alternativa a constatar uma violação de uma disposição mais específica que foi alegada mas não provada, ou num caso em que essa disposição já não estivesse em vigor no momento em que foi praticado o acto que esteve na origem da violação.

71. Se a opinião a que cheguei em relação a um caso hipotético em que um Estado-Membro concluiu um contrato comparável em finais de Dezembro de 1992 estiver certa, que implicações terá no caso de um Estado-Membro, como Malta, que concluiu o contrato controvertido no período não apenas anterior ao momento em que o regulamento se tornou

27 — V., a título de exemplo, acórdãos de 7 de Fevereiro de 1984, Comissão/Itália (166/82, Recueil, p. 459, n.º 24), de 15 de Junho de 2000, Comissão/Alemanha (C-348/97, Colect., p. I-4429, n.º 62) ou de 14 de Abril de 2005, Comissão/Espanha (C-157/03, Colect., p. I-2911, n.º 44).

28 — V., por exemplo, acórdão de 12 de Julho de 2007, Comissão/Áustria (C-507/04, Colect., p. I-5939).

aplicável no seu território, mas também antes de os Tratados terem entrado em vigor e de se ter tornado um Estado-Membro da União?

72. Pelo menos, não podia recair sobre Malta em Abril de 2004 nenhuma obrigação maior do que sobre um Estado-Membro hipotético em 1992. A haver algo, só pode ser inferior. A obrigação temporária nos termos da lei internacional dos tratados, ainda que não haja consenso total quanto ao seu alcance preciso, não pode exigir o cumprimento de um tratado antes da sua entrada em vigor exactamente nos memos termos que após a sua entrada em vigor – ou, mais uma vez, a data de entrada em vigor seria desprovida de sentido.

73. Ainda que, como realcei, os termos da Convenção de Viena, enquanto tal, não vinculem Malta, e ainda que a redacção da norma tenha sido fluida ao longo dos anos e tenha variado de uma autoridade para outra [29], parece claro que a obrigação temporária não impede um Estado signatário de tomar qualquer acção que tivesse sido incompatível com o tratado se já estivesse em vigor, mas antes de praticar qualquer acção colidisse de alguma maneira com um elemento chave do tratado.

74. Não afirmaria, a esse respeito, que a obrigação temporária que recai sobre um Estado que assinou e ratificou o Tratado de Adesão à União Europeia apenas se destina a evitar acções que possam frustrar no seu todo o objecto e finalidade dos Tratados UE, ou do Tratado de Adesão – qualquer acto capaz de o fazer teria de ser de facto de longo alcance – mas considero que um único exemplo de conduta não compatível na totalidade com uma das obrigações iminentes com a adesão à União não seria normalmente susceptível de permitir a sujeição do Estado a subsequentes processos por incumprimento do Tratado.

75. No presente processo, parece-me, sem que haja qualquer necessidade de analisar as justificações de Malta para explicar a discrepância entre as datas mencionadas na posição comum de 2001 e as datas de início e fim do contrato, tal como foi a final concluído [30], que

29 — Klabbers (citado na n.º 7 *supra*) refere várias fontes segundo as quais a obrigação consiste em «abster-se de praticar actos que pudessem tornar impossível ou mais difícil o cumprimento por qualquer das partes das obrigações estipuladas», «não fazer nada entre a assinatura e a ratificação que pudesse frustrar o objectivo do tratado», não «fazer nada que prejudique qualquer acção que possa ser praticada pela outra parte se e quando o tratado entrar em vigor», «abster-se, antes da ratificação, de praticar qualquer acto destinado substancialmente a prejudicar o valor do acordo tal como foi assinado», ou não praticar qualquer «acto de má fé com a intenção deliberada de privar a outra parte dos benefícios que legitimamente esperou obter do tratado e para os quais deu a devida contrapartida».

30 — Malta refere, no essencial, que i) foi obrigada a aguardar pela conclusão de uma reestruturação da GCCL e pela entrega de três novas embarcações antes de poder avaliar correctamente o nível de subsídio exigido para o itinerário e ii) ao determinar a duração do contrato seguiu as orientações da Comissão (COM(2003) 595 final), que considera que a duração apenas é desproporcionada se exceder seis anos. A esse respeito, apenas direi que essa justificação, se a questão devesse ser analisada, não poderia ser afastada.

o Tribunal de Justiça não deveria proferir a declaração pedida pela Comissão.

76. O processo envolve um único contrato. A intenção de Malta concluir esse contrato, por um período que se estende por três anos ou mais para além da data de adesão de Malta à União, foi deixada clara durante as negociações de adesão. A Comissão não se opôs na altura a essa intenção e deve-se presumir que – porquanto não foi vertida qualquer condição no Acto de Adesão relativamente à aplicação do regulamento a Malta nem voltou a esse capítulo durante as negociações – aceitou que esse contrato era compatível com o regulamento. Ao que agora a Comissão se opõe ao facto de o período do contrato tal como foi concluído ser (pouco menos de três anos) mais longo do que o previsto na posição comum de 26 de Outubro de 2001. Assim, o que está em causa, não é um acto que pode comprometer seriamente a aplicação do regulamento no seu todo em Malta a longo prazo, mas sim um que exclui um determinado serviço de cabotagem insular do seu âmbito durante um período limitado (ainda que seja um período mais longo do que foi originariamente anunciado e aceite).

77. Tal não constitui, parece-me, uma conduta que, *atento o facto de nem o regulamento nem os Tratados estarem em vigor em Malta no momento dos factos,* possa justificar que se declare que Malta não cumpriu as suas obrigações *decorrentes do regulamento,* devido a qualquer dever que possa ter tido, como futuro Estado-Membro, de não frustrar a finalidade e os objectos dos Tratados ou a aplicação futura do regulamento.

Conclusão

78. Pelos motivos expostos, considero que o Tribunal de Justiça deve julgar a acção improcedente e, tendo tal sido pedido por Malta, nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, condenar a Comissão nas despesas.