CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PAOLO MENGOZZI
apresentadas em 16 de Novembro de 2006 [1]

I — Introdução

1. Em 5 de Novembro de 2002, o Tribunal de Justiça proferiu oito acórdãos em processos intentados pela Comissão ao abrigo do artigo 169.º do Tratado CE (actual artigo 226.º CE), contra a Áustria [2], a Bélgica [3], a Dinamarca [4], a Finlândia [5], a Alemanha [6], o Luxemburgo [7], o Reino Unido [8] e a Suécia [9], nos quais declarou que, ao celebrarem, aplicarem e/ou manterem em vigor determinados acordos internacionais com os Estados Unidos da América em matéria de transportes aéreos, os referidos Estados-Membros não cumpriram as obrigações que lhes incumbem por força do artigo 5.º do Tratado CE (actual artigo 10.º CE) e do artigo 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE), bem como dos Regulamentos n.º 2409/92 do Conselho, de 23 de Julho de 1992, sobre tarifas aéreas de passageiros e de carga [10],e n.º 2299/89 do Conselho, de 24 de Julho de 1989, relativo a um código de conduta para os sistemas informatizados de reserva [11], alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 3089/93 do Conselho, de 29 de Outubro de 1993 [12] (a seguir «acórdãos de 5 de Novembro de 2002») [13].

2. Com a presente acção, a Comissão visa obter uma condenação semelhante dos Países Baixos pelo Tribunal de Justiça.

1 — Língua original: italiano.
2 — Processo C-475/98 (Colect., p. I-9797).
3 — Processo C-471/98 (Colect., p. I-9681).
4 — Processo C-467/98 (Colect., p. I-9519).
5 — Processo C-469/98 (Colect., p. I-9627).
6 — Processo C-476/98 (Colect., p. I-9855).
7 — Processo C-472/98 (Colect., p. I-9741).
8 — Processo C-466/98 (Colect., p. I-9427).
9 — Processo C-468/98 (Colect., p. I-9575).
10 — JO L 240, p. 15.
11 — JO L 220, p. 1.
12 — JO L 83, p. 1.
13 — No processo C-466/98, Comissão/Reino Unido, a acção estava limitada à violação do artigo 52.º do Tratado CE.

II — Enquadramento legal relevante

3. As acusações formuladas pela Comissão contra os Países Baixos limitam-se às violações verificadas pelo Tribunal de Justiça nos referidos acórdãos de 5 de Novembro de 2002.

4. Além da violação dos artigos 5.° e 52.° do Tratado CE, a Comissão acusa os Países Baixos de incumprimento das obrigações que a esse Estado-Membro incumbem por força de alguns regulamentos do Conselho adoptados no sector dos transportes aéreos. Há que recordar com brevidade o enquadramento legal em que esses actos se inserem.

5. A fim de concretizar gradualmente o mercado interno dos transportes aéreos, o Conselho adoptou, em 1987, 1990 e 1992, com base no artigo 84.°, n.° 2, do Tratado CE (actual artigo 80.°, n.° 2, CE) [14], três «pacotes» legislativos destinados a assegurar, por um lado, a livre prestação dos serviços de transportes aéreos e, por outro, a aplicação nesse sector das disposições comunitárias em matéria de concorrência.

6. Adoptado no âmbito do «terceiro pacote» e destinado a realizar uma liberalização completa dos transportes aéreos intracomunitários [15], o Regulamento n.° 2409/92 estabelece os critérios e os procedimentos a seguir na determinação das tarifas aéreas de passageiros e de carga relativas aos serviços de transporte aéreo integralmente efectuados no interior da Comunidade (artigo 1.°, n.° 1).

7. Por força do seu artigo 1.°, n.° 2, alínea a), o regulamento não é aplicável às tarifas aéreas de passageiros e de carga cobradas por transportadoras aéreas não comunitárias, com excepção do disposto no artigo 1.°, n.° 3, que prevê que «[só] as transportadoras aéreas comunitárias estão autorizadas a introduzir novos produtos ou tarifas inferiores às aplicadas a produtos idênticos». Como veremos melhor em seguida, nos acórdãos de 5 de Novembro de 2002, o Tribunal de

14 — Como se sabe, o artigo 80.°, n.° 1, CE, prevê que as disposições do Título V do Tratado, relativo aos transportes, se aplicam apenas aos transportes por caminho-de-ferro, por estrada e por via navegável. A navegação marítima e aérea são objecto de regulamentação especial. Nos termos do artigo 80.°, n.° 2, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode decidir se, em que medida, e por que processo, podem ser adoptadas, para esses sectores, disposições adequadas.

15 — Além do Regulamento n.° 2409/92, o terceiro pacote incluía o Regulamento (CEE) n.° 2407/92 do Conselho, de 23 de Julho de 1992, relativo à concessão de licenças às transportadoras aéreas (JO L 240, p. 1), e o Regulamento (CEE) n.° 2408/92 do Conselho, de 23 de Julho de 1992, relativo ao acesso das transportadoras aéreas comunitárias às rotas aéreas intracomunitárias (JO L 240, p. 8).

Justiça considerou, com base numa leitura conjugada dessas disposições, que o Regulamento n.º 2409/92 proibiu, de maneira indirecta mas indubitável, as transportadoras aéreas de países terceiros a operar na Comunidade de introduzirem novos produtos ou tarifas inferiores às aplicadas a produtos idênticos. Com este procedimento, o legislador comunitário limitou a liberdade tarifária destas transportadoras quando asseguram rotas intracomunitárias por força dos direitos de quinta liberdade de que dispõem. Por conseguinte, segundo o Tribunal de Justiça, dentro dos limites estabelecidos no artigo 1.º, n.º 3, do Regulamento n.º 2409/92, a Comunidade adquiriu a competência exclusiva para assumir com os países terceiros os compromissos relativos àquela limitação da liberdade tarifária das transportadoras não comunitárias [16].

8. Por força do seu artigo 12.º, o Regulamento n.º 2409/92 entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1993.

9. Além dos actos contidos nos «pacotes» legislativos referidos, o legislador comunitário adoptou diversos regulamentos destinados a regular aspectos específicos no sector dos transportes aéreos.

10. Em especial, o Regulamento n.º 2299/89 instaura um código de conduta para os sistemas informatizados de reserva. Em conformidade com o seu artigo 1.º, este regulamento é aplicável a sistemas informatizados de reserva (a seguir «SIR») quando fornecidos para a utilização e/ou utilizados no território da Comunidade para a distribuição e venda de produtos de transporte aéreo, independentemente do estatuto ou nacionalidade do vendedor dos sistemas, da fonte de informações utilizada ou da localização da unidade central de tratamento de dados relevante e da localização geográfica dos aeroportos entre os quais é efectuado o transporte aéreo.

11. Nos acórdãos de 5 de Novembro de 2002, como veremos em seguida, o Tribunal de Justiça considerou que resulta dos artigos 1.º e 7.º do Regulamento n.º 2299/89 que, sob reserva de reciprocidade, este regulamento é igualmente aplicável aos nacionais de países terceiros, quando propõem ou utilizam um SIR no território da Comunidade e que, por efeito deste regulamento, a Comunidade adquiriu, assim, a competência exclusiva para contrair com os países terceiros as obrigações relativas aos SIR propostos ou utilizados no seu território [17].

16 — V., por exemplo, acórdão Comissão/Alemanha, já referido, n.º 124.

17 — V., por exemplo, acórdão Comissão/Alemanha, já referido, n.ºs 128 e 129.

III — Antecedentes e contexto factual da acção

A — *O acordo bilateral entre os Países Baixos e os Estados Unidos da América*

12. As relações entre os Países Baixos e os Estados Unidos da América em matéria de transportes aéreos regem-se por um acordo bilateral assinado em 3 de Abril de 1957 (a seguir «acordo de 1957»). Esse acordo foi posteriormente alterado e integrado, em primeiro lugar, por uma troca de cartas em 25 de Novembro de 1969 e, em seguida, por três diferentes protocolos em 1978, 1987 e 1991.

13. Resulta dos autos que, em 1992, os Estados Unidos da América decidiram propor a vários Estados europeus a celebração, com os mesmos, de um acordo bilateral de tipo «open sky». Um acordo deste tipo devia, por um lado, facilitar as alianças entre as transportadoras dos Estados Unidos e as europeias, e, por outro, respeitar vários critérios definidos pelo Governo dos Estados Unidos, como o livre acesso a todas as rotas, a concessão de direitos ilimitados de rotas e de tráfego, a fixação dos preços com base num sistema dito de «dupla desaprovação» para as rotas aéreas entre as partes contratantes e a possibilidade de «code-sharing».

14. Em 14 de Outubro de 1992, os Países Baixos e os Estados Unidos da América procediam a uma troca de notas relativa às consultas efectuadas em Washington entre 1 e 4 de Setembro de 1992 (a seguir «troca de notas de 1992»), durante as quais se chegou a consenso quanto às alterações a introduzir no texto do acordo de 1957 e no protocolo de 1978.

15. Em 1993 e 1994, os Estados Unidos da América intensificaram os seus esforços para celebrar acordos bilaterais em matéria de transportes aéreos, segundo a política dita de «open sky», com o maior número possível de Estados europeus.

16. Numa carta de 17 de Novembro de 1994, enviada aos Estados-Membros, a Comissão chamava a atenção destes últimos para os efeitos negativos que esses acordos bilaterais podiam ter para a Comunidade e tomava posição, declarando que este tipo de acordos podia afectar a política interna da Comunidade. Acrescentava que a negociação desses acordos apenas podia ser conduzida de modo eficaz e legalmente válido a nível comunitário.

B — *Os acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2002*

17. Há que recordar resumidamente os princípios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos de 5 de Novembro de 2002, pois trata-se do precedente jurisprudencial em que a Comissão funda a sua acção.

18. Com oito acções distintas, apresentadas ao mesmo tempo em 18 de Dezembro de 1998, a Comissão demandou no Tribunal de Justiça o Reino Unido, a Dinamarca, a Suécia, a Finlândia, a Bélgica, o Luxemburgo, a Áustria e a Alemanha. Nessas acções, intentadas ao abrigo do artigo 169.º do Tratado CE, alegavam-se diversas violações ao direito comunitário resultantes da celebração, por esses Estados, de acordos bilaterais com os Estados Unidos da América em matéria de transportes aéreos. Em especial, os Estados demandados eram acusados, com excepção do Reino Unido:

— de terem concluído, entre 1995 e 1996, com os Estados Unidos da América acordos particularmente liberais em matéria de transportes aéreos (acordos ditos de «open sky») em violação dos princípios relativos à repartição das competências externas entre a Comunidade e os Estados-Membros;

— a título subsidiário, de terem violado, conforme os casos, o artigo 234.º, n.º 2, do Tratado CE (actual artigo 307, n.º 2, CE) ou o artigo 5.º do Tratado CE, por não terem feito o possível para tornar inteiramente conformes ao direito comunitário os acordos celebrados com os EUA antes da entrada em vigor do Tratado CE ou da adopção da legislação comunitária em matéria de transportes aéreos, e em especial do chamado terceiro «pacote» legislativo.

19. Além disso, todos os Estados demandados eram acusados de:

— terem violado o artigo 52.º do Tratado CE, ao terem inserido ou mantido nos acordos bilaterais com os Estados Unidos da América uma chamada «cláusula de nacionalidade» que permitia na prática a cada parte recusar os direitos previstos pelos mesmos acordos a transportadoras aéreas designadas pelo outro Estado contratante mas que não fossem propriedade nem controlados por pessoas desse Estado.

20. Há que recordar que os Países Baixos intervieram nessas oito acções.

21. Quanto à primeira acusação que a Comissão efectua contra sete dos oito Estados-Membros demandados, relativa à violação da competência externa da Comunidade, o Tribunal de Justiça observou, em primeiro lugar, que se o artigo 80.°, n.° 2, CE, pode ser utilizado como fundamento jurídico pelo Conselho para reconhecer à Comunidade o poder de celebrar um acordo internacional em matéria de transportes aéreos num determinado caso, não se pode, em contrapartida, considerar que estabelece por si só uma competência comunitária externa em matéria de transportes aéreos [18].

22. O Tribunal de Justiça recordou, em segundo lugar, que havia decidido, no seu parecer 1/76 [19], que a competência para obrigar a Comunidade perante Estados terceiros pode decorrer, de forma implícita, das disposições do Tratado que estabelecem a competência interna, na medida em que a participação da Comunidade no acordo internacional seja necessária para a realização de um dos objectivos da Comunidade. No seu parecer 1/94 [20], o Tribunal de Justiça precisou que a situação visada é aquela em que a competência interna só pode ser utilmente exercida ao mesmo tempo que a competência externa, sendo, assim, a celebração de um acordo internacional necessária à realização de objectivos do Tratado que não podem ser alcançados pelo estabelecimento de regras autónomas. O Tribunal de Justiça excluiu, todavia que fosse esta a situação no caso em apreço [21].

23. O Tribunal de Justiça analisou, em terceiro lugar, a possibilidade da existência de uma competência da Comunidade para celebrar acordos com países terceiros no sector da navegação aérea em aplicação dos princípios estabelecidos no acórdão AETR [22].

24. Como se sabe, nesse acórdão o Tribunal de Justiça afirmou que, sempre que, para a execução duma política comum prevista pelo Tratado, a Comunidade tome disposições que instituem, sob qualquer forma, regras comuns, os Estados-Membros — quer agindo individual quer colectivamente — deixam de ter o direito de contrair para com Estados terceiros obrigações que afectem estas regras ou alterem o seu alcance; e que, com efeito, à medida que se instituem estas regras comuns, só a Comunidade está em condições de assumir e executar — com efeitos em todo o domínio de aplicação da

18 — V., por exemplo, acórdão Comissão/Alemanha, já referido, n.° 81.

19 — Parecer do Tribunal de Justiça de 26 de Abril de 1977 (Colect., p. 253, n.os 3 e 4).

20 — Parecer do Tribunal de Justiça de 15 de Novembro de 1994 (Colect., p. I-5267, n.° 89).

21 — V., por exemplo, acórdão Comissão/Alemanha, já referido, n.os 82 e 83.

22 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1971, Comissão/Conselho (22/70, Colect., p. 263).

ordem jurídica comunitária — os compromissos assumidos em relação a Estados terceiros [23]. Ora, segundo o Tribunal de Justiça, esses princípios também devem ser aplicáveis nos casos em apreço, porque se os Estados-Membros fossem livres de contrair obrigações internacionais que afectem as regras comuns adoptadas com base no artigo 80.°, n.° 2, CE, ficaria comprometida a realização do objectivo prosseguido por estas regras, o que impediria, por isso, a Comunidade de cumprir a sua missão na defesa do interesse comum [24].

25. O Tribunal de Justiça passou, portanto, a analisar se os compromissos internacionais assumidos pelos Estados-Membros demandados podiam afectar as regras comuns adoptadas em matéria de transportes aéreos e invocadas pela Comissão. No fim dessa análise, concluiu que essa interferência subsistia apenas relativamente às disposições dos Regulamentos n.° 2409/92 e n.° 2299/89 e que, a partir da entrada em vigor desses actos, os Estados-Membros já não podiam assumir ou manter em vigor, apesar da renegociação dos acordos controvertidos, compromissos internacionais relativos, por um lado, às tarifas a praticar por transportadoras de países terceiros em rotas intracomunitárias e, por outro, aos SIR propostos ou utilizados nos respectivos territórios nacionais [25].

26. Portanto, o Tribunal de Justiça declarou que, ao celebrar ou manter em vigor tais compromissos com os Estados Unidos da América, a Dinamarca, a Suécia, a Finlândia, a Bélgica, o Luxemburgo, a Áustria e a Alemanha violaram a competência externa da Comunidade.

27. Quanto à segunda acusação formulada pela Comissão contra todos os Estados-Membros demandados, relativa à alegada violação das disposições em matéria de direito de estabelecimento, o Tribunal de Justiça declarou que as cláusulas inseridas nos acordos controvertidos que reconheciam aos Estados Unidos da América o direito de revogar, suspender ou limitar os direitos de tráfego nos casos em que as companhias aéreas designadas pelos Estados-Membros demandados não fossem propriedade desses Estados-Membros ou dos seus nacionais, eram contrárias ao artigo 52.° do Tratado

23 — N.os 16 a 18 e 21.

24 — V., por exemplo, acórdão Comissão/Alemanha, já referido, n.os 105 e 106.

25 — V., por exemplo, acórdão Comissão/Alemanha, já referido, n.os 114 a 137. Quanto ao Regulamento (CEE) n.° 95/93 do Conselho, de 18 de Janeiro de 1993, relativo às normas comuns aplicáveis à atribuição de faixas horárias nos aeroportos da Comunidade (JO L 14, p. 1), aplicável, sob reserva de reciprocidade, às transportadoras aéreas de países terceiros, o Tribunal de Justiça considerou que, embora a Comunidade disponha, desde a entrada em vigor deste regulamento, de uma competência exclusiva para celebrar acordos neste domínio com países terceiros, no caso em apreço, a Comissão não identificou os compromissos internacionais assumidos pelos Estados-Membros em causa susceptíveis de afectar o referido Regulamento.

CE, na medida em que impediam as companhias aéreas comunitárias estabelecidas nesses Estados-Membros, cuja propriedade e controlo efectivo coubessem a um Estado-Membro diferente do de estabelecimento ou aos seus nacionais, de beneficiar do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento [26].

28. Portanto, o Tribunal de Justiça declarou que, ao inserir tais cláusulas nos acordos controvertidos, os oito Estados-Membros demandados não cumpriram as obrigações que lhes incumbiam por força do artigo 52.º do Tratado CE.

C — As iniciativas da Comissão e do Conselho na sequência dos acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2002

29. Em 19 de Novembro de 2002, a Comissão publicou uma comunicação sobre as consequências dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 5 de Novembro de 2002, para a política europeia de transporte aéreo [27]. Nessa comunicação, a Comissão fez o ponto da situação no que respeita às relações externas da Comunidade no sector dos transportes aéreos, expôs as conclusões que em seu entender deviam extrair-se dos referidos acórdãos e apresentou as orientações e os princípios que estão na base da política externa da Comunidade no domínio em questão. Em especial, no n.º 38 dessa comunicação, a Comissão afirmou:

«Se os outros acordos de serviços aéreos bilaterais incluírem as mesmas questões que os acordos 'de céu aberto' em questão, também não estarão em conformidade com o direito comunitário. Isto aplica-se não só aos outros acordos com os Estados Unidos que ainda não foram objecto de processos do Tribunal, mas também a todos os acordos de serviço aéreo bilaterais que contêm cláusulas de nacionalidade semelhantes ou que infringiram a competência externa exclusiva da Comunidade».

30. Resulta dos autos que, paralelamente à comunicação de 19 de Novembro de 2002, a Comissão enviou a todos os Estados-Membros uma carta convidando-os a activar as cláusulas de denúncia contidas nos seus acordos com os Estados Unidos da América. Essa carta foi enviada aos Países Baixos em 25 de Novembro de 2002. A Comissão reiterava o convite para denunciar o acordo entre os Países Baixos e os Estados Unidos da

26 — V., por exemplo, acórdão Comissão/Alemanha, já referido, n.os 147 a 156.

27 — COM(2002) 649 final.

América em duas cartas posteriores enviadas ao Governo neerlandês em 30 de Julho de 2004 e em 10 de Março de 2005.

31. Em 26 de Fevereiro de 2003, a Comissão adoptou uma nova comunicação sobre as relações entre a Comunidade e os países terceiros no domínio do transporte aéreo [28], na qual insistia na necessidade de tornar «as relações entre a Comunidade e os Estados Unidos conformes com o direito comunitário».

32. A fim de dar cumprimento aos acórdãos de 5 de Junho de 2002, no decurso da reunião de 5 e 6 de Junho de 2003, chegou-se a um acordo no Conselho sobre a adopção de um pacote de medidas relativas à política externa comunitária em matéria de aviação. Esse pacote incluía:

— uma decisão do Conselho que autoriza a Comissão a proceder às negociações com os Estados Unidos da América no sector dos transportes aéreos [29];

— uma decisão do Conselho que autoriza a Comissão a abrir negociações com países terceiros em matéria de propriedade e controlo das transportadoras aéreas e sobre outras questões da competência exclusiva da Comunidade;

— uma «posição geral» sobre uma proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à negociação e à aplicação de acordos em matéria de serviços aéreos entre Estados-Membros e países terceiros.

33. Esta última medida foi seguida da adopção do Regulamento (CE) n.º 847/2004

28 — COM(2003) 94 final.

29 — Com base no mandato que lhe foi conferido pelo Conselho, a Comissão iniciou em Junho de 2003 as negociações para a celebração de um acordo em matéria de transportes aéreos entre a Comunidade Europeia e os Estados que a integram, por um lado, e os Estados Unidos da América, por outro. O texto do acordo foi ultimado pela Comissão em 18 de Novembro de 2005 e discutido nas reuniões do Conselho de 5 de Dezembro de 2005, 27 de Março e 6 de Junho de 2006. Embora afirmando a sua unânime satisfação pelos resultados das negociações conduzidas pela Comissão em Novembro de 2005, o Conselho subordina a celebração do acordo à condição de os Estados Unidos da América reverem as disposições em matéria de controlo das companhias aéreas dos Estados Unidos da América por estrangeiros (v. http://ec.europa.eu/transport/air_portal/international/pillars/global_-partners/us_en.htm).

do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativo à negociação e aplicação de acordos de serviços aéreos entre Estados-Membros e países terceiros [30]. Entre os objectivos prosseguidos pelo regulamento, o décimo sexto 'considerando' menciona designadamente «a coordenação das negociações com países terceiros tendo em vista a celebração de acordos de serviços aéreos, a necessidade de garantir uma abordagem harmonizada na implementação e aplicação dos acordos e a verificação da conformidade desses acordos com o direito comunitário». Para esse fim, o regulamento instaura um procedimento de cooperação entre os Estados-Membros e a Comissão que deve ter início, nos termos do artigo 1.°, n.° 1, sempre que um Estado-Membro encete negociações com um país terceiro para a celebração de um novo acordo ou a alteração de um acordo de serviço aéreo existente, seus anexos ou quaisquer outros dispositivos conexos bilaterais ou multilaterais, cuja matéria seja parcialmente da competência da Comunidade. Há que salientar que o segundo e o terceiro 'considerandos' desse regulamento referem os princípios definidos pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos de 5 de Novembro de 2002 e que o quinto 'considerando' indica que «[o] procedimento de cooperação entre os Estados-Membros e a Comissão estabelecido pelo presente regulamento não deve prejudicar a repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-Membros, de acordo com o direito comunitário, tal como interpretado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça».

30 — JO L 157, p. 7.

IV — A fase pré-contenciosa

34. Em 19 de Janeiro de 1999, a Comissão enviou ao Governo neerlandês uma notificação de incumprimento em que acusava os Países Baixos de violação da competência exclusiva da Comunidade em aplicação dos princípios definidos pelo Tribunal de Justiça no parecer 1/76, de violação do artigo 5.° do Tratado CE conjugado com as disposições de direito derivado contidas nos Regulamentos n.os 2407/92, 2408/92, 2409/92 e 2299/89 e de violação do artigo 52.° do Tratado CE. Essas violações decorriam, segundo a Comissão, da celebração, em 1992, e da posterior aplicação de um acordo de tipo «open sky» com os Estados Unidos da América.

35. Em 1 de Junho de 1999, os Países Baixos responderam à notificação suscitando dúvidas sobre a legitimidade da decisão da Comissão de iniciar um processo de incumprimento por factos ocorridos há mais de seis anos e relativamente aos quais não tinha sido entretanto levantada qualquer objecção, apesar de ter sido iniciada uma acção por incumprimento em 1995 contra outros oito Estados-Membros por factos semelhantes. Os Países Baixos contestaram igualmente a análise da Comissão sobre o alcance das alterações efectuadas no protocolo de 1992, sobre a existência de uma competência

exclusiva da Comunidade no sector do transporte aéreo, sobre a alegada violação do artigo 5.º do Tratado CE, na medida em que as alterações controvertidas foram acordadas antes da entrada em vigor dos actos normativos incluídos no terceiro «pacote», bem como sobre a alegada violação do artigo 52.º do Tratado CE.

36. Não satisfeita com as respostas obtidas, em 24 de Outubro de 2000 a Comissão adoptou um parecer fundamentado no qual confirmou as acusações feitas contra o Governo neerlandês na carta de 19 de Janeiro de 1999. Os Países Baixos enviaram as suas observações sobre o parecer fundamentado em 23 de Fevereiro de 2001, confirmando por sua vez a posição assumida na carta de 1 de Junho de 1999.

V — Tramitação processual e pedidos das partes

37. Em 20 de Janeiro de 2004, a Comissão intentou a acção objecto do presente litígio.

38. Por despacho do Presidente do Tribunal de Justiça de 6 de Junho de 2005, a República Francesa foi admitida a intervir em juízo em apoio dos pedidos dos Países Baixos.

39. A Comissão conclui pedindo ao Tribunal de Justiça que declare que, ao assumir ou ao manter em vigor, apesar da revisão do Acordo Relativo ao Transporte Aéreo de 3 de Abril de 1957 entre o Reino dos Países Baixos e os Estados Unidos da América, os compromissos internacionais

— relativos às tarifas praticadas pelas companhias aéreas designadas pelos Estados Unidos em rotas intracomunitárias e aos sistemas informatizados de reserva postos à disposição ou utilizados no território dos Países Baixos;

— que conferem aos Estados Unidos o direito de revogar, suspender ou restringir os direitos de tráfego quando as companhias aéreas designadas pelo Reino dos Países Baixos não sejam propriedade desse Estado-Membro ou de nacionais desse Estado,

o Reino dos Países Baixos não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 5.º CE e 52.º CE, bem como dos Regulamentos n.ºs 2409/92 e 2299/89.

40. Os Países Baixos pedem, a título principal, que o Tribunal de Justiça declare a acção inadmissível e, a título subsidiário, que o Tribunal de Justiça declare a acção improcedente.

41. A República Francesa pede que o Tribunal de Justiça declare a acção improcedente.

VI — Análise jurídica

A — *Quanto à admissibilidade*

1. Argumentos das partes

42. Os Países Baixos observam que passaram mais de seis anos desde a negociação dos acordos controvertidos e o início do processo ao abrigo do artigo 226.º CE com o envio da notificação, e mais de quatro anos desde a adopção do parecer fundamentado e do início da presente acção. Os Países Baixos observam igualmente que, enquanto a Comissão intentou uma acção por incumprimento contra os outros oito Estados-Membros em 1995, não foi tomada nenhuma medida contra os Países Baixos até Janeiro de 1999, quando foi enviada a notificação. Ao agir deste modo, a Comissão colocou os Países Baixos «numa situação de tal modo desfavorável que perdeu o direito de recorrer ao Tribunal de Justiça» a fim de obter a declaração da existência dos incumprimentos ora em apreço.

43. O Estado-Membro recorrido sustenta, em primeiro lugar, que a inacção prolongada da Comissão, confrontada com a circunstância de terem sido intentadas acções por incumprimento contra os outros oito Estados-Membros devido aos acordos por eles celebrados, criou uma confiança legítima nas autoridades neerlandesas relativamente à regularidade da posição dos Países Baixos, deixando entender que a Comissão considerava a sua posição diferente da dos referidos Estados-Membros. Essa convicção foi reforçada pela circunstância de após a prolação dos acórdãos de 5 de Novembro de 2002, a Comissão ter esperado mais de dois anos para intentar uma acção contra os Países Baixos.

44. Os Países Baixos invocam igualmente a confiança legítima dos operadores em ques-

tão, e a esse propósito, observam que os acordos controvertidos permitem às transportadoras neerlandesas um acesso às rotas dos Estados Unidos, acesso esse que deixa de ser garantido caso os Países Baixos sejam obrigados, na sequência do acórdão do Tribunal de Justiça, a alterar esses acordos. Ao argumento da Comissão segundo o qual esse acesso se mantém assegurado em aplicação do princípio da cortesia, os Países Baixos contrapõem a insuficiência desse princípio para garantir a estabilidade necessária do tráfego aéreo entre os dois países.

45. O Governo neerlandês sublinha, além disso, que os acordos controvertidos condicionam a concessão pelas autoridades dos Estados Unidos da imunidade anti-trust às transportadoras neerlandesas e que essa imunidade constituiu um dos pressupostos para a realização da aliança entre a KLM e a Northwest Airlines, aprovada pela Comissão no decurso da fase pré-contenciosa.

46. Os Países Baixos sustentam, em segundo lugar, que o poder discricionário reconhecido à Comissão em virtude dos artigos 211.° CE e 226.° CE não pode legitimar a Comissão para agir em violação dos princípios da boa administração e da segurança jurídica, bem como do princípio da cooperação leal consagrado no artigo 10.° CE, tal como foi interpretado pelo Tribunal de Justiça no despacho Zwartveld [31]. Em virtude desses princípios, a Comissão é obrigada a respeitar um prazo razoável.

47. Em terceiro lugar, o Governo neerlandês sustenta que a inadmissibilidade da acção se justifica, além disso, dada a circunstância de a Comissão não ter tido de modo nenhum em conta as evoluções ocorridas na sequência da prolação dos acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2002 e, designadamente, o facto de terem sido conferidos à Comissão mandatos para negociar acordos internacionais em matéria de transportes aéreos com países terceiros e com os Estados Unidos da América, o que foi decidido na referida reunião do Conselho de 5 e 6 de Junho de 2003 [32], a adopção do Regulamento n.° 847/2004 e, em geral, a definição dos objectivos comunitários no sector da navegação aérea, no prosseguimento dos quais os Países Baixos, aliás, participaram activamente.

48. O Governo neerlandês sublinha, enfim, que uma eventual pronúncia do Tribunal de Justiça no sentido da existência dos incumprimentos apontados pela Comissão colocaria os Países Baixos numa situação impossível, pois obrigava-os a negociar com os Estados Unidos da América uma revisão do acordo bilateral, violando desse modo a competência exclusiva da Comunidade e

31 — Despacho de 13 de Julho de 1990 (C-2/88, Colect., p. I-3365, n.° 17).

32 — V. n.° 32 *supra*.

arriscando-se a comprometer os objectivos das negociações em curso a nível comunitário. Respondendo ao argumento da Comissão com base no qual, a fim de se conformar com uma eventual pronúncia do Tribunal de Justiça que acolhesse a acção, seria suficiente denunciar o acordo, os Países Baixos sublinham que recorrer a essa medida criaria, na falta de um acordo a nível comunitário, um vazio legal intolerável e prejudicial para os operadores nacionais do sector.

49. A Comissão sustenta, em primeiro lugar, que, com base em jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, não é obrigada, no quadro do processo ao abrigo do artigo 226.º CE, a respeitar prazos predefinidos e que a duração eventualmente excessiva da fase pré-contenciosa pode implicar a inadmissibilidade da acção apenas na hipótese de serem violados os direitos de defesa do Estado-Membro. No caso vertente, os Países Baixos não apresentaram nenhum argumento susceptível de provar que a duração do referido procedimento afectou o exercício dos seus direitos de defesa.

50. Em segundo lugar, e a título puramente informativo, a Comissão observa, na sua réplica, que a razão pela qual em 1995 agiu contra os oito Estados-Membros e não contra os Países Baixos reside no facto de que, nessa época, a Comissão considerava um obstáculo a circunstância de, ao contrário dos outros oito casos, o acordo controvertido ter sido celebrado pelos Países Baixos antes da entrada em vigor dos actos incluídos no «terceiro pacote», embora após a sua adopção. A referida instituição decidiu-se a agir contra os Países Baixos apenas depois da prolação, em 18 de Dezembro de 1997, do acórdão do Tribunal de Justiça no processo Inter-Environment Wallonie [33]. Aliás, a Comissão só na fase de elaboração da réplica descobriu que o Parlamento neerlandês tinha ratificado o acordo em 26 de Abril de 1993, ou seja, após a entrada em vigor do «terceiro pacote».

51. Em terceiro lugar, a Comissão sustenta que o facto de ter iniciado a fase pré-contenciosa em atraso relativamente aos outros oito Estados-Membros de modo nenhum prejudicou os Países Baixos que, pelo contrário, puderam dispor de mais tempo para se conformar aos acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2002. Quanto ao período que decorreu entre o parecer fundamentado e o início da presente acção, a Comissão observa que esperou pela prolação dos acórdãos referidos e por esclarecer a sua posição na sequência dessa prolação já na sua comunicação de 19 de Novembro de 2002 e, posteriormente, nas cartas enviadas ao Governo neerlandês em 25 de Novembro de 2002, em 30 de Julho de 2004 e em 10 de Março de 2005. Além

33 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 1997 (C-129/96, Colect., p. I-7411).

disso, nessas cartas, a Comissão pediu aos Países Baixos que se conformassem aos acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2002, denunciando o acordo controvertido, o que excluía a possibilidade de uma renegociação do mesmo. Ora, em caso de denúncia, o acordo continuaria a aplicar-se por mais dois anos e mesmo que não fosse celebrado nenhum acordo a nível comunitário dentro desse prazo o tráfego aéreo com os Estados Unidos da América continuaria a ser assegurado com base no princípio da cortesia.

2. Apreciação

52. O Governo neerlandês opõe-se à admissibilidade do recurso invocando a violação dos princípios da confiança legítima e da segurança jurídica, violação essa que resulta do atraso com que a Comissão se decidiu a intentar a acção, exercendo as competências que lhe são reconhecidas em virtude do artigo 226.º CE. Além disso, ao agir de modo intempestivo, a Comissão violou o artigo 5.º do Tratado CE que, com base na interpretação que dele fez o Tribunal de Justiça no despacho Zwartveld, já referido, impõe às instituições comunitárias que actuem em conformidade com as exigências da cooperação leal com os Estados-Membros.

53. Os Países Baixos criticam igualmente a Comissão pela duração excessiva da fase pré-contenciosa. Segundo o referido Estado-Membro, a Comissão é obrigada, no exercício dos poderes que lhe são conferidos pelo artigo 226.º CE, a actuar dentro de um prazo razoável. Tal obrigação constitui um corolário do princípio da segurança jurídica, além de ser uma regra de boa administração.

54. Antes de mais, os argumentos do Governo neerlandês não são novidade. Com efeito, como se verá em seguida, desde os primeiros acórdãos proferidos no quadro de acções por incumprimento, o Tribunal de Justiça analisou acusações dos Estados-Membros demandados em apoio da inadmissibilidade da acção destinadas a contestar, por um lado, o carácter tardio da intervenção da Comissão e, por outro, a duração excessiva da fase pré-contenciosa.

55. Todavia, o caso vertente é caracterizado por aspectos que apresentam uma certa peculiaridade, designadamente, a circunstância de a Comissão ter intentado acções contra outros oito Estados-Membros por incumprimentos semelhantes, diferindo a acção contra os Países Baixos, a ocorrência das respectivas decisões do Tribunal de Justiça que declarou verificados os referidos incumprimentos, as alterações ocorridas na sequência dos referidos acórdãos, o carácter politicamente sensível dos procedimentos iniciados e levados a cabo pela Comissão e, «last but not least», a importância dos interesses económicos envolvidos. Além disso, no caso vertente, a inércia da Comis-

são foi nitidamente mais longa do que noutros casos já analisados pelo Tribunal de Justiça.

56. Considero útil, portanto, no quadro das presentes conclusões, conduzir uma reflexão mais aprofundada sobre a questão central suscitada pelo Governo neerlandês no âmbito das suas questões prévias de admissibilidade, ou seja, se se deve afirmar, no quadro das acções por incumprimento com base no artigo 226.º CE, a existência de uma obrigação da Comissão de agir dentro de um prazo razoável.

a) Jurisprudência comunitária em matéria de respeito do prazo razoável

57. Antes de mais, existe abundante jurisprudência comunitária na qual se aplica o conceito de prazo razoável.

58. Para os efeitos da presente análise, basta salientar que o respeito de um prazo razoável foi analisado pelo juiz comunitário primeiro como critério para apreciar a eventual violação de alguns princípios gerais do direito comunitário como, designadamente, o princípio da confiança legítima, o princípio da segurança jurídica, o princípio da protecção dos direitos de defesa e do direito a um processo equitativo, e como critério para apreciar a conformidade da actuação das instituições e dos órgãos comunitários com a regra da boa administração. O Tribunal de Primeira Instância, a partir do acórdão SCK e FNK/Comissão [34], e o Tribunal de justiça, no recente acórdão Tecnische Unie/Comissão [35], afirmaram que o respeito, por parte da Comissão, de um prazo razoável quando da tomada de decisões no termo dos procedimentos administrativos em matéria de política da concorrência, constitui um princípio geral de direito comunitário.

59. Independentemente da sua qualificação, princípio geral do direito comunitário ou simples componente de princípios aos quais é atribuída essa qualificação, o respeito de um prazo razoável impõe-se à administração comunitária como regra de apreciação da legalidade dos seus actos [36].

34 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Outubro de 1997 (processos T-213/95 e T-18/96, Colect., p. II-1739, n.º 56).

35 — Acórdão de 21 de Stembro de 2006 (C-113/04 P, ainda não publicado na Colectânea), n.º 40 n.º 97 e 98

36 — Com base no artigo 41.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice em 7 de Dezembro de 2000 (JO C 364, p. 1), a obrigação das instituições e dos órgãos da União de agir dentro de um prazo razoável é uma componente do direito a uma boa administração.

60. Há que esclarecer que essa regra não fornece unicamente um parâmetro de apreciação da legalidade da duração de um procedimento administrativo, mas impõe, em geral, às instituições um limite de tempo para o exercício dos poderes que lhes são atribuídos. Nesse sentido, mesmo sem invocar expressamente o conceito de prazo razoável, o Tribunal de Justiça esclareceu em diversas ocasiões, como se verá melhor em seguida, que o princípio da segurança jurídica obsta a que uma instituição possa prorrogar indefinidamente o exercício das suas competências.

61. Posto isto, passo a analisar se o respeito da referida regra também se impõe à Comissão no exercício das competências de que dispõe em virtude do artigo 226.° CE.

b) Quanto à existência de uma obrigação da Comissão de respeitar um prazo razoável no quadro dos processos ao abrigo do artigo 226.° CE

62. Ao iniciar esta análise, não se pode deixar de ter presente a natureza da acção por incumprimento. O elemento distintivo desta parece residir essencialmente no carácter discricionário dos poderes conferidos à Comissão.

63. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a Comissão é a única competente para decidir se é oportuno instaurar um processo para obter a declaração de incumprimento, e devido a que comportamento ou omissão imputável ao Estado-Membro respectivo deve o processo ser instaurado [37]. Uma vez instaurado o processo, e se o Estado-Membro em questão não se conformar dentro do prazo fixado na posição expressa pela Comissão no parecer fundamentado, compete igualmente à Comissão apreciar a oportunidade de recorrer ao Tribunal de Justiça para que este declare verificado o incumprimento alegado. O poder discricionário de que dispõe a Comissão exclui, aliás, segundo jurisprudência constante, o direito de os particulares exigirem dela a instauração de um procedimento ao abrigo do artigo 226.° CE [38]. Em obediência a esse poder discricionário, o Tribunal de Justiça, nas acções ao abrigo do artigo 226.° CE, absteve-se constantemente de apreciar a oportunidade da acção, quando essa oportunidade é contestada pelo Estado-Membro demandado [39].

64. Ao pronunciar-se sobre as acusações dos Estados-Membros demandados relativas ao carácter tardio da acção da Comissão ou à duração excessiva da fase pré-contenciosa, o Tribunal de Justiça reconheceu que a Comissão tem um poder discricionário quanto à apreciação dos prazos dentro dos

37 — V., por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Agosto de 1995, Comissão/Alemanha (C-431/92, Colect., p. I-2189, n.° 22).

38 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 1 de Março de 1966, Lütticke/Comissão (48/65, Colect. 1965-1968, p. 305), e de 14 de Fevereiro de 1989, Star Fruit Company/Comissão (247/87, Colect., p. 291, n.os 11 e 12).

39 — V., por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 1970, Comissão/França (26/69, Recueil, p. 565, n.° 10).

quais deve exercer as prerrogativas de que dispõe por força do artigo 226.º CE.

65. Já a partir da década de 70, a jurisprudência do Tribunal de Justiça salienta a discricionariedade de que goza a Comissão ao apreciar qual o momento em que deve agir contra um Estado-Membro que se considera em incumprimento. No acórdão Comissão/França [40], que tem por objecto uma acção interposta pela Comissão contra a República Francesa com base no artigo 141.º do Tratado CEEA, que tem a mesma redacção que o artigo 266.º CE, o Tribunal de Justiça, ao pronunciar-se sobre a questão prévia de admissibilidade do recurso suscitada pelo Governo francês, que acusava a Comissão de ter agido tardiamente, apesar de já há muito tempo ter conhecimento do comportamento em questão, declarou que a acção ao abrigo do artigo 141.º do Tratado CEEA «não está limitad[a] a um prazo preestabelecido, uma vez que este processo, devido à sua natureza e ao seu objectivo, dá à Comissão o poder de decidir quais os fundamentos e prazos mais apropriados para pôr fim aos eventuais incumprimentos».

66. Esse princípio é confirmado em acórdãos posteriores relativamente ao artigo 226.º CE (anterior artigo 169.º do Tratado CE). Em especial, no processo Comissão/Bélgica [41], a Comissão acusou o Reino da Bélgica de não cumprir as obrigações decorrentes da Sexta Directiva de harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios. Em conformidade com o artigo 27.º, n.º 5, dessa directiva, o Estado-Membro demandado procedeu à notificação à Comissão das disposições controvertidas em 1977. A Comissão comunicou as suas objecções acerca da compatibilidade dessas disposições com a directiva pela primeira vez em 1979 e instaurou a acção por incumprimento ao abrigo do artigo 226.º CE em 1981. Demandado perante o Tribunal de Justiça, o Governo belga suscitou a inadmissibilidade do recurso sustentando que a reacção tardia da Comissão tinha dado origem a uma situação de insegurança jurídica lesiva dos seus interesses e que, na falta de um prazo previsto pelo artigo 27.º, n.º 5, da Sexta Directiva para levantar objecções contra a legislação de um Estado-Membro regularmente notificada, a Comissão era obrigada a respeitar um prazo razoável. O Governo demandado exigia, entre outros, ao Tribunal de Justiça a aplicação ao caso em apreço do princípio afirmado no acórdão Lorenz [42] relativamente ao processo ao abrigo do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado CE (actual artigo 88.º, n.º 3, CE). O Tribunal de Justiça, depois de ter excluído a pertinência da jurisprudência Lorenz, por ser relativa a «um processo que em parte derroga expressamente o disposto no artigo [226.º CE]», declarou que esse artigo era aplicável «sem que a Comissão seja obrigada a respeitar um dado prazo» [43].

40 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1971 (7/71, Colect., p. 391).

41 — Acórdão de 10 de Abril de 1984 (Recueil, p. 1861).

42 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 1973 (120/73, Colect., p. 553).

43 — N.º 12.

67. No processo Comissão/Países Baixos [44], o Governo neerlandês acusava a Comissão de uma série de atrasos na fase pré-contenciosa. Em especial, o Governo demandado observou que as primeiras acusações formuladas pela Comissão relativamente à matéria de facto controvertida remontavam a 1984, embora a acção só tenha sido intentada perante o Tribunal de Justiça cinco anos depois. A negligência da Comissão tinha comportado, segundo o Governo neerlandês, uma violação dos direitos de defesa e tinha implicado consequências financeiras inaceitáveis. Invocando o acórdão Comissão/Bélgica, o Tribunal de Justiça confirmou que «as disposições do artigo [226.º CE] [...] se aplicam sem que a Comissão deva respeitar um prazo predeterminado» [45].

68. Posto isto, há que perguntar se a natureza discricionária dos poderes conferidos à Comissão pelo artigo 226.º CE, por um lado, e a falta de prazos previamente fixados dentro dos quais esta é obrigada a agir, por outro, constituem realmente um obstáculo à afirmação da existência de uma obrigação para a Comissão de respeitar um prazo razoável mesmo no exercício das competências de que dispõe em virtude desse artigo.

69. No que respeita, em primeiro lugar, à natureza discricionária das competências da Comissão, o facto de lhe ser reconhecida uma margem mais ou menos ampla de discricionariedade, no quadro de processos distintos da acção por incumprimento, não impediu o juiz comunitário de entender que a Comissão é obrigada, de qualquer modo, a agir dentro de um limite de tempo razoável em virtude de uma regra de boa administração [46] ou então de afirmar a proibição de a Comissão adiar indefinidamente o exercício das suas competências em violação do princípio da segurança jurídica [47].

70. É certo que a acção por incumprimento ao abrigo do artigo 226.º CE tem indubitavelmente uma natureza peculiar. Esta acção visa a verificação objectiva do incumprimento de um Estado-Membro com vista à sua cessação e não a adopção de medidas de carácter sancionatório [48]. Além disso, mesmo em função dos objectivos que a acção persegue e das considerações mesmo de carácter político que podem entrar em jogo em cada fase do seu desenvolvimento, trata-se de um instrumento ao qual é oportuno reconhecer uma certa flexibilidade.

44 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Maio de 1991 (Colect., p. I-2461).

45 — Acórdão referido na nota 39, n.º 15.

46 — V., entre outros, acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Março de 1997, Guérin automobiles/Comissão (C-282/95, Colect., p. I-1503, n.º 37), acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Setembro de 1999, UPS Europe SA/Comissão (T-127/98, Colect., p. II-2633, n.º 37), relativamente à análise das denúncias por violação das regras da concorrência; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 3 de Junho de 1999, TF1/Comissão (T-17/96, Colect., p. II-3757), relativamente à análise de denúncias por violação das regras em matéria de auxílios de Estado.

47 — V., entre outros, acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, Geigy/Comissão (52/69, Recueil, p. 787, n.º 21, Colect., p. 293) e de 24 de Setembro de 2002, Falck e Acciaierie di Bolzano/Comissão (C-74/00 P e C-75/00 P, Colect., p. I-7869, n.ºs 140 e 141; acórdão SCK e FNK/Comissão, já referido, n.º 55).

48 — Quanto ao processo ao abrigo do artigo 228.º, poderia eventualmente seguir-se um raciocínio diferente, mas fora do contexto do presente processo.

71. Entendo, todavia, que essas considerações e a ampla discricionariedade reconhecida à Comissão no quadro do referido processo não obstam à possibilidade de um controlo sobre as modalidades de exercício das competências que essa instituição detém em virtude do referido artigo, designadamente, restringindo-me à problemática levantada pelo presente processo, no que se refere aos limites temporais da sua intervenção [49].

72. Em segundo lugar, mesmo a circunstância de o artigo 226.º CE não enquadrar o desenvolvimento das diversas etapas do processo dentro de prazos predefinidos, não me parece que constitua um obstáculo à afirmação de uma obrigação de princípio para a Comissão de agir no respeito de um prazo razoável no exercício das competências de que dispõe por força do referido artigo.

73. A esse propósito, há que salientar, a título preliminar, que o reconhecimento da existência dessa obrigação não prejudica a questão, que será analisada em seguida, das consequências que se prendem com a sua eventual violação. Nessa sede, basta salientar que o incumprimento de um prazo razoável não produz necessariamente as mesmas consequências que a violação de um prazo de prescrição ou de caducidade.

74. Deve notar-se, além disso, que, apesar de o artigo 226.º CE não prever expressamente nenhum prazo para a tramitação da acção por incumprimento, a jurisprudência afirmou que a Comissão deve ater-se aos critérios de razoabilidade ao fixar ao Estado-Membro em questão os prazos de resposta à notificação ou para se conformar ao parecer fundamentado e é obrigada a conceder, se for caso disso, a esse Estado-Membro um prazo razoável para preparar a sua defesa [50]. Essas obrigações são claramente justificadas, por um lado, pelo objectivo que a acção por incumprimento visa

49 — Quanto a este aspecto, pode recordar-se, aliás, que não se deixou de salientar que as competências atribuídas à Comissão em virtude do artigo 226.º CE estão numa relação instrumental relativamente ao papel fundamental de guardiã do Tratado que lhe é atribuído pelo artigo 211.º CE e que, portanto, mesmo em presença de uma margem de discricionariedade da Comissão, quanto ao momento e às condições de actuação de cada fase do processo, não se pode excluir que exista para a Comissão, em princípio, uma obrigação de agir. Nesse sentido, v. conclusões do advogado-geral Trabucchi no processo Geddo (2/73, Recueil 1973, p. 685) e, mais recentemente, as conclusões do advogado-geral Alber nos processos Comissão/Grécia (C-260/98, Colect. de 2000, p. I-6537, n.º 72) e Comissão/Irlanda (C-358/97, Colect. de 2000, p. I-6301, n.º 83).
Aliás, ao longo dos anos, a adopção pela Comissão de procedimentos internos de instrução dos casos de incumprimento permitiu assegurar uma maior transparência dos seus actos. Em 2001, sob a pressão do Provedor de Justiça Europeu, a Comissão empenhou-se em publicar de forma consolidada as normas internas de processo aplicáveis às relações com o autor de uma denúncia no quadro de uma acção por incumprimento. Essas normas constam da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Provedor de Justiça Europeu relativa às relações com o autor da denúncia em matéria de infracções ao direito comunitário (JO 2002 C 166, p. 3). Existe, portanto, a tendência para uma despolitização progressiva da acção por incumprimento e para uma processualização pelo menos no caso de a denúncia de um particular estar na origem da acção da Comissão. Enfim, deve salientar-se que o Provedor de Justiça Europeu exerceu em diversas ocasiões um controlo sobre a pertinência da fundamentação apresentada pela Comissão para o acto de arquivamento de uma denúncia (v., por exemplo, Decisão 995/98/OV).

50 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 1988, Comissão/Bélgica (293/85, Colect., p. 305, n.º 14), de 2 de Julho de 1996, Comissão/Luxemburgo (C-473/93, Colect., p. I-3207, n.º 20), de 28 de Outubro de 1999, Comissão/Áustria (C-328/96, Colect., p. I-7479, n.os 34 e 51), de 13 de Dezembro de 2001, Comissão/França (C-1/00, Colect., p. I-9989, n.os 64 e 65).

prosseguir, ou seja, a cessação da infracção em causa, e, por outro, pela exigência de permitir o exercício efectivo dos direitos de defesa pelo Estado-Membro em questão. Com a mesma intenção de protecção dos direitos da defesa, o Tribunal de Justiça, como se verá, reservou para si a competência para censurar a duração excessiva da fase pré-contenciosa.

75. Enfim, há que precisar que, sendo verdade que o juiz comunitário excluiu, em princípio, a possibilidade de introduzir prazos de prescrição por via jurisprudencial com base na premissa de que «para cumprir a sua função, um prazo de prescrição deve ser fixado previamente, sendo a sua fixação e as modalidades da sua aplicação da competência do legislador comunitário» [51], a falta de uma prescrição legal não impediu o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância de se basearem no princípio da segurança jurídica para afirmar a obrigação da Comissão de agir dentro de um prazo razoável ou de não retardar indefinidamente o exercício das suas competências [52].

76. À luz das considerações precedentes, entendo que as características específicas da acção ao abrigo do artigo 226.º CE não obstam à afirmação de uma obrigação da Comissão, no âmbito dessa acção, de conformar a sua própria actuação ao princípio do respeito de um prazo razoável.

77. Aliás, deve salientar-se que a exigência de exercer um controlo, embora limitado, sobre as modalidades de exercício do poder discricionário de que goza a Comissão no âmbito das acções por incumprimento, no que se refere designadamente à determinação dos limites temporais ao exercício desse poder, decorre, em conjugação com a afirmação da discricionariedade da Comissão, da jurisprudência do Tribunal de Justiça referida nos n.os 65 a 67 *supra*.

78. Assim, por exemplo, no acórdão Comissão/França, referido no n.º 65 *supra*, em resposta à acusação do Governo francês demandado, que acusava a Comissão de ter intentado com atraso a acção ao abrigo do artigo 141.º Tratado CEEA, mesmo tendo conhecimento do alegado incumprimento desde 1965, o Tribunal de Justiça, depois de ter sublinhado que a Comissão não era obrigada, com base no referido artigo, a agir dentro de um prazo preestabelecido, observou que o incumprimento em causa só tinha vindo a lume em 1968, e só mais recentemente, já em 1969, é que a Comissão procedeu a algumas acções prévias ao início formal da acção [53].

51 — V. Acórdãos Geigy, n.º 21, e Acciaierie di Bolzano, n.º 139, já referidos na nota 47 *supra*.

52 — V., por exemplo, acórdãos Lorenz, já referido na nota 40 *supra*, n.º 4, Geigy e Acciaierie di Bolzano, já referidos na nota 45 *supra*, respectivamente n.os 21 e 140, e os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Março de 1990, Costacurta/Comissão (T-34/89 e T-67/89, Colect., p. II-93, n.º 48), e de 10 de Fevereiro de 1994, White/Comissão (T-107/92, Colect., FP-IA-41, n.º 46).

53 — N.os 7 e 8.

79. A possibilidade de um controlo sobre o exercício do poder discricionário da Comissão foi expressamente reconhecida pelo advogado-geral Roemer [54], que, nas conclusões proferidas no processo acima referido, salientou que, no caso em apreço, diversas considerações tinham levado a Comissão a abster-se de intentar a acção por incumprimento num momento anterior e concluía que, à luz dessas circunstâncias, devia admitir-se que a Comissão tinha «exercido correctamente as suas competências» e afastar-se a tese segundo a qual «um atraso ilegítimo» tinha caracterizado o início da acção [55].

80. A exigência de justificar no caso concreto, e para além das afirmações de princípio, os tempos da acção da Comissão, resulta de modo mais explícito dos acórdãos Comissão/Bélgica, invocado no n.º 66 *supra*, e Comissão/Países Baixos, referido no n.º 67 *supra*.

81. No primeiro acórdão, depois de ter rejeitado o argumento do Governo belga, segundo o qual a Comissão era obrigada, no caso em apreço, ao respeito de um prazo razoável, confirmando portanto a discricionariedade da mesma ao decidir sobre o momento de início da acção ao abrigo do artigo 226.º CE, o Tribunal de Justiça observou que «fazendo uso do poder discricionário que lhe é atribuído pelo [artigo 226.º CE], [a Comissão] entendeu dever retardar a análise da compatibilidade dos procedimentos belgas em questão com o direito comunitário até ao momento da entrada em vigor da directiva em todos os Estados-Membros» e que, agindo desse modo, a Comissão não exerceu o referido poder discricionário de forma contrária ao Tratado».

82. No segundo acórdão, o Tribunal de Justiça precisou que na medida em que «a Comissão explicitou ter decidido esperar o acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Janeiro de 1987, Krohn [...], bem como as reacções do Governo neerlandês a esse acórdão, antes de propôr a presente acção», a Comissão «não exerceu o poder de apreciação que detém por força do artigo [226.º CE] de modo contrário ao Tratado» [56].

83. Deve sublinhar-se, além disso, que no que se refere designadamente à duração da fase pré-contenciosa do processo, o Tribunal de Justiça precisou que a duração excessiva do procedimento pré-contencioso pode consubstanciar um vício que torna inadmissível uma acção por incumprimento, esclarecendo, todavia, que, «essa conclusão só é

54 — Uma vez definida a acção por incumprimento contemplada pelo artigo 141.º do Tratado CEEA como «ultima ratio» de que dispõe a Comissão para fazer cessar o comportamento de um Estado-Membro que a Comissão considera contrário ao direito comunitário, o advogado-geral Roemer observou que a necessidade de preservar a eficácia dessa acção, bem como a consideração de que esta põe necessariamente em causa o prestígio do Estado-Membro interessado, apesar do carácter objectivo da declaração da violação, militam em favor da exclusão de um qualquer automatismo e do reconhecimento à Comissão de um poder discricionário quer quanto à oportunidade de agir contra o Estado através da acção por incumprimento quer quanto ao momento em que essa acção deve ser intentada.

55 — Tradução não oficial da versão original e alemã das Conclusões. O advogado-geral Roemer refere, designadamente, a vontade de privilegiar num primeiro momento a solução negociada, os efeitos inicialmente limitados da violação, a exigência de não agravar, com o início da acção, a crise que a Comunidade tinha atravessado em 1965 e, enfim, a circunstância de estarem para ser adoptadas novas disposições no sector em objecto.

56 — N.º 15.

aplicável aos casos em que o comportamento da Comissão torne difícil refutar os seus argumentos [contra o Estado demandado], violando desse modo os direitos de defesa» [57].

84. Há que esclarecer aqui, embora essa conclusão resulte já do conjunto das considerações precedentes, que o respeito de um prazo razoável se impõe não apenas como parâmetro de legitimidade da duração da fase pré-contenciosa da acção ao abrigo do artigo 226.º CE, mas igualmente como obstáculo ao exercício tardio das competências de que a Comissão goza em virtude dessa disposição. Por outras palavras, a obrigação de respeitar um prazo razoável, que incumbe à Comissão, implica, por um lado, que a referida Instituição não pode retardar idefinidamente, a partir do momento em que teve conhecimento do alegado incumprimento, o exercício das competências que lhe são conferidas pelo artigo 226.º CE e, por outro, que uma vez terminada a fase pré-contenciosa do processo instaurado ao abrigo dessa disposição deve conformar a sua duração a critérios de razoabilidade.

85. É claro que a apreciação em concreto do carácter razoável do prazo varia consoante essa apreciação seja efectuada relativamente ao período anterior ao início do processo com o envio da notificação ou à duração do mesmo.

86. No primeiro caso, há que ter presente que a Comissão procede normalmente a contactos informais com o Estado-Membro em questão a fim de obter as informações necessárias para esclarecer a situação de facto e de direito e para formar uma primeira ideia sobre a existência efectiva e o alcance da violação do direito comunitário, bem como sobre as medidas a tomar a fim de obter a sua cessação, incluindo, eventualmente, a abertura de um processo formal ao abrigo do artigo 226.º CE. Nesta primeira fase, relativamente à qual há que ter em conta a ampla margem de discricionariedade de que a Comissão goza no exercício das competências que lhe são conferidas com base nos artigos 211.º CE e 226.º CE, esta deve dispor de tempo suficiente para analisar a possibilidade de chegar a uma solução negociada e conduzir, em vista dessa solução, as negociações com o Estado-Membro em questão. Além disso, a Comissão deve estar em posição de agir seguindo uma ordem de prioridade que tenha em conta a natureza e a gravidade das violações, bem como a dimensão dos efeitos que delas decorrem. À luz de tais objectivos, ao apreciar o carácter razoável da duração desse período, justifica-se a aplicação de parâmetros de apreciação flexíveis.

87. No momento do início do processo, com o envio da notificação, a Comissão dispõe de

57 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 12 de Maio de 2005, Comissão/Bélgica (C-287/03, Colect., p. I-3761, n.º 14) e de 8 de Dezembro de 2005, Comissão/Luxemburgo (C-33/04, Colect., p. I-10629, n.º 76). Em termos semelhantes, v. acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Janeiro de 1999, Comissão/Bélgica (C-207/97, Colect., p. I-275, n.º 25).

todas as informações necessárias para apreciar a conduta do Estado-Membro em questão. A decisão de enviar ao Estado-Membro em causa uma notificação pressupõe que a Comissão tenha qualificado tal conduta como inadimplente e considere oportuno, a fim de obter a sua cessação, recorrer ao instrumento que lhe é oferecido pelo artigo 226.º CE. Os parâmetros de apreciação para avaliar a razoabilidade do prazo dentro do qual foram adoptados os diversos actos de que é composto o processo até à eventual decisão de recorrer ao Tribunal de Justiça, devem, por conseguinte, ser mais rígidos.

88. Uma vez afirmada a obrigação da Comissão de respeitar igualmente no quadro das acções por incumprimento um prazo razoável, entendido quer como limite ao exercício tardio das competências de que dispõe nesse âmbito quer como parâmetro para apreciar a legitimidade da duração do processo, há que perguntar quais as consequências decorrentes da eventual violação dessa obrigação.

c) Quanto às consequências do não respeito de um prazo razoável no quadro dos processos ao abrigo do artigo 226.º CE

89. Como o artigo 226.º CE constitui um instrumento destinado à verificação judicial da existência de uma violação actual do direito comunitário, deve excluir-se, em minha opinião, em princípio, que o atraso injustificado da Comissão em iniciar o processo, a partir do momento em que tomou conhecimento do alegado incumprimento, ou a duração pouco razoável desse processo, uma vez iniciado, possa ter como efeito impedir a Comissão de recorrer ao Tribunal de Justiça com vista a essa verificação [58].

90. Todavia, tal efeito não pode ser excluído *a priori* quando a intervenção tardia da Comissão ou a duração excessiva do processo tenham afectado de modo irreparável o exercício dos direitos de defesa do Estado-Membro em questão. Esta conclusão parece-me decorrer logicamente da verificação da possível interferência entre os períodos de intervenção da Comissão e o exercício dos direitos de defesa e da jurisprudência que, baseando-se nessa verificação, aceita a inadmissibilidade da acção ao abrigo do artigo 226.º CE no caso de a duração excessiva do procedimento ter afectado o exercício dos direitos de defesa do Estado-Membro demandado [59]. Quando o início de um novo processo não permita sanar esse vício, a Comissão perderá de facto o direito de recorrer ao Tribunal de Justiça para obter a declaração de incumprimento.

58 — Pode chegar-se a uma conclusão diferente no que se refere ao processo previsto pelo artigo 228.º CE.

59 — Referida no n.º 83 *supra*.

91. A exclusão, em princípio, da extinção das competências da Comissão por causa da sua intervenção tardia ou da duração excessiva do procedimento justifica-se por maioria de razão quando se considere que a fase contenciosa do processo ao abrigo do artigo 226.º CE consiste numa acção meramente declarativa.

92. Todavia, há que recordar que, embora o Tribunal de Justiça não possa, no quadro de tal acção, obrigar o Estado-Membro inadimplente a pôr termo à infracção, este não deixa de ser obrigado a conformar-se com o acórdão declarativo do Tribunal de Justiça, adoptando todas as medidas necessárias à cessação do incumprimento e à reposição de uma situação conforme às disposições do direito comunitário violadas.

93. Ora, não se pode excluir que, em casos especiais, o decurso do tempo conjugado com a inércia da Comissão possa ter como efeito limitar o seu poder de obter do Estado-Membro em questão a adopção das medidas necessárias à cessação do incumprimento, sem prejuízo da sua competência para recorrer ao Tribunal de Justiça a fim de obter a declaração desse incumprimento.

94. Um caso desse tipo apresentava-se no acórdão Comissão/Irlanda [60]. A Comissão tinha iniciado dois processos de incumprimento diferentes contra a Irlanda, tendo por objecto, por um lado, a violação das disposições da Sexta Directiva em matéria de imposto sobre o valor acrescentado, por não ter sujeito a esse imposto as portagens cobradas pela utilização de pontes e estradas, e, por outro, a violação das obrigações decorrentes da regulamentação relativa ao sistema de recursos próprios da Comunidade, por não ter colocado à disposição da Comunidade, a título de recursos próprios provenientes do imposto sobre o valor acrescentado, os montantes correspondentes ao imposto que devia ter sido cobrado sobre essas portagens, acrescidos de juros de mora.

95. Depois de ter declarado que a falta de cobrança das portagens controvertidas constituía uma violação das disposições em matéria de imposto sobre o valor acrescentado, o Tribunal de Justiça interrogou-se acerca das consequências da inacção prolongada da Comissão (mais de sete anos após a notificação do parecer fundamentado e a interposição do recurso) sobre o alcance da obrigação da Irlanda de pagar *a posteriori* os montantes devidos por força da regulamentação relativa aos recursos próprios da Comunidade. No n.º 71 do acórdão, o Tribunal de Justiça afirmou que «apesar da ausência de um prazo de prescrição relativo à cobrança do IVA tanto na Sexta Directiva [...] como na regulamentação relativa aos recursos próprios das Comunidades, a exigência fundamental da segurança jurídica pode no entanto opor-se a que a Comissão possa, no quadro de um processo por incumprimento destinado ao pagamento *a posteriori* de recursos próprios, retardar indefinidamente a decisão de dar início à fase contenciosa de tal processo». Aplicando por analogia o artigo 9.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1553/89, relativo ao regime uniforme e definitivo de cobrança dos

60 — Acórdão de 12 de Setembro de 2000 (C-358/97, Colect., p. I-6301).

recursos próprios provenientes do imposto sobre o valor acrescentado, que excluía a possibilidade de os extractos emitidos pelos Estados-Membros que continham a indicação do montante dos recursos próprios decorrentes do imposto serem rectificados uma vez decorridos quatro exercícios orçamentais, o Tribunal de Justiça excluiu a competência da Comissão para exigir o pagamento *a posteriori* dos montantes devidos pela Irlanda relativos aos exercícios orçamentais anteriores a 1994.

96. Embora a eventual violação de um prazo razoável não possa, em princípio, ter o efeito de privar a Comissão da competência de agir contra o incumprimento de um Estado-Membro e de recorrer, para esse fim, ao Tribunal de Justiça, este afirmou [61], no que se refere designadamente à duração da fase pré-contenciosa, que o carácter excessivo dessa duração constitui um vício processual que pode determinar a inadmissibilidade do recurso [62]. Todavia, o Tribunal de Justiça admitiu essa possibilidade unicamente no caso de a duração excessiva do processo ter afectado os direitos de defesa do Estado-Membro demandado.

97. Ora, parece legítimo perguntar se, independentemente da eventual violação dos direitos de defesa do Estado-Membro em questão, a inadmissibilidade do recurso não deve ser admitida, em casos especiais, quando a Comissão, após o termo do prazo imposto ao Estado-Membro para se conformar com o parecer fundamentado, não recorra ao Tribunal de Justiça num prazo razoável, a apreciar tendo em conta o conjunto das circunstâncias do caso em apreço e das justificações apresentadas pela Comissão, bem como da ampla margem de discricionariedade de que esta goza no exercício das competências que lhe são conferidas por força dos artigos 211.º CE e 226.º CE.

98. Embora essa solução possa parecer um excesso de formalismo, responderia à exigência de assegurar utilidade ao eventual futuro acórdão declarativo, evitando que o Tribunal de Justiça, que, segundo jurisprudência constante, é obrigado a analisar a situação existente no momento do termo do prazo fixado no parecer fundamentado [63], se pronuncie sobre um contexto legal e de facto desactualizado porque se alterou no decurso do tempo.

99. A esse propósito, há que recordar que o objectivo da fase pré-contenciosa não reside unicamente em fornecer ao Estado-Membro em questão a oportunidade de se defender contestando as acusações da Comissão, mas,

61 — V. n.º 87 *supra*.

62 — Deixando, portanto, em aberto a possibilidade de voltar a intentar uma nova acção quando esse vício possa ser sanado.

63 — Como se sabe, segundo jurisprudência constante, ao pronunciar-se no quadro de uma acção ao abrigo do artigo 226.º CE, o Tribunal de Justiça não pode ter em consideração as evoluções ocorridas entre o parecer fundamentado e a propositura da acção, devendo limitar-se a analisar a situação existente no momento do termo do prazo fixado no parecer fundamentado.

como afirmou várias vezes o Tribunal de Justiça, também na delimitação do objecto do futuro litígio perante o juiz comunitário. A regularidade da fase pré-contenciosa constitui, portanto, nas palavras do Tribunal de Justiça, «uma garantia essencial consagrada pelo Tratado, não apenas para a protecção dos direitos do Estado-Membro em causa, mas igualmente para assegurar que a eventual fase contenciosa tenha por objecto um litígio claramente definido» [64].

100. Quando, no período que decorre entre o termo do prazo fixado no parecer fundamentado e a propositura da acção, o quadro legal e factual do litígio, tal como definido no parecer fundamentado, tenha sofrido alterações, tornando substancialmente inútil uma pronúncia do Tribunal de Justiça que não tenha em conta tais alterações, pode-se questionar se o Tribunal de Justiça, tendo tomado conhecimento da alteração de circunstâncias e da eventual inércia injustificada da Comissão para além de um prazo razoável, não pode declarar o recurso inadmissível.

101. Impõe-se à Comissão, em tal hipótese, o ónus de emitir um novo parecer fundamentado, após cuja adopção a Comissão pode novamente recorrer ao Tribunal de Justiça. Esse ónus pode parecer adequado ao objectivo de garantir a instauração correcta da fase jurisdicional do processo ex artigo 226.º CE e de assegurar a actualidade e a utilidade do eventual futuro acórdão declarativo do Tribunal de Justiça.

102. Assinalo, a esse propósito, que o Tribunal de Justiça já se mostrou inclinado para essa solução. No acórdão proferido no processo C-177/03, já referido na nota 62 *supra*, a Comissão demandou a República Francesa no quadro de uma acção ao abrigo do artigo 226.º CE intentada dois anos e seis meses após o termo do prazo concedido no parecer fundamentado. Nesse espaço de tempo, a República Francesa tinha adoptado «muitas e substanciais medidas no domínio em causa» [65]. A discussão que teve lugar entre as partes no Tribunal de Justiça centrou-se, em substância, no alcance dessas medidas e na sua adequação para executar a directiva, cuja transposição incorrecta era contestada pelo Governo francês. Depois de ter precisado que, em virtude de jurisprudência constante, essa discussão não podia manifestamente ser tida em consideração no quadro do processo jurisdicional, o Tribunal de Justiça observou que «[quando] as disposições nacionais pertinentes são substancialmente alteradas entre a expiração do prazo fixado para o cumprimento do parecer fundamentado e a propositura da acção por incumprimento, esta evolução pode privar o acórdão a proferir de uma parte da sua utilidade. Numa situação deste tipo, poderia

64 — V. despacho do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1995, Comissão/Espanha (C-266/94, Colect., p. I-1975, n.º 17), e acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de Abril de 2003, Comissão/Portugal (C-392/99, Colect., p. I-3373, n.º 133), e de 9 de Dezembro de 2004, Comissão/França (C-177/03, Colect., p. I-1167, n.º 20).

65 — N.º 18.

ser preferível que a Comissão não intentasse uma acção, mas formulasse um novo parecer fundamentado precisando as acusações que pretendia manter dadas as alterações das circunstâncias» [66]. O Tribunal de Justiça entendeu, todavia, que as circunstâncias do caso não justificavam uma declaração de inadmissibilidade do recurso [67].

103. Aliás, há que salientar que o ónus de recorrer ao Tribunal de Justiça, dentro de um prazo razoável a contar da expiração do prazo concedido ao Estado-Membro para se conformar ao parecer fundamentado, sob pena de inadmissibilidade da acção, ónus que cabe à Comissão quando considere dever desencadear a fase jurisdicional do processo, não afecta de modo nenhum a substância do poder discricionário de que goza em virtude do artigo 226.º CE, mas constitui unicamente uma condição para o exercício correcto de tal poder.

104. Em semelhantes casos, a Comissão é obrigada, quando o considere oportuno, a iniciar um novo procedimento ou pelo menos a emitir um novo parecer fundamentado. No momento de decidir sobre o reinício da fase pré-contenciosa, a Comissão é obrigada a avaliar novamente a oportunidade de agir e eventualmente a reformular as acusações previamente dirigidas ao Estado-Membro em causa a fim de ter em conta a alteração de circunstâncias.

105. Passo agora a analisar as acusações feitas pelo Governo neerlandês no presente processo.

d) Quanto à crítica relativa à actuação alegadamente tardia da Comissão

106. No que respeita, em primeiro lugar, à acusação relativa ao carácter tardio da acção da Comissão, decorre das considerações expostas acima que, mesmo que essa acusação se justifique, a realidade dessa justificação não é susceptível de afectar, nas circunstâncias do caso em apreço, a competência da Comissão para recorrer ao Tribunal de Justiça a fim de obter a declaração do incumprimento contestado, ao contrário do que sustenta o Governo neerlandês.

107. No caso vertente, precludir a Comissão da possibilidade de agir com vista a obter a declaração do alegado incumprimento dos Países Baixos das obrigações que lhe incumbem em virtude da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-Membros relativamente à celebração e à aplicação de acordos internacionais em

66 — N.º 21.
67 — N.º 22.

matéria de transportes aéreos, como definida pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos de 5 de Novembro de 2002, permitiria apenas aos Países Baixos manter em vigor compromissos internacionais em violação de tal repartição, conferindo injustificadamente ao referido Estado-Membro uma situação privilegiada relativamente aos outros Estados-Membros, em detrimento da aplicação uniforme dos princípios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça nos referidos acórdãos.

108. Tal como se salientou acima, um efeito extintivo das competências da Comissão poderia subsistir quando se verificasse que o atraso, por hipótese injustificado, com que a Comissão deu início ao processo ao abrigo do artigo 226.° CE, afectou de modo irreparável as possibilidades de defesa do Estado-Membro demandado nesse processo. Todavia, no caso em apreço, os Países Baixos não invocaram expressamente a violação dos direitos de defesa e, mesmo que o fosse possível deduzir dos argumentos avançados pelo referido Estado, não foi feita a prova de tal violação.

109. Quanto à questão de saber se a eventual verificação de um atraso injustificado no início do processo ao abrigo do artigo 226.° CE imputável à Comissão é susceptível, em caso de acolhimento da acção, de afectar o alcance da obrigação que decorre para os Países Baixos da necessidade de se conformar ao acórdão declarativo do Tribunal de Justiça [68], há que salientar antes de mais que tal obrigação consiste em remover para o futuro os compromissos internacionais controvertidos. Ora, dada a natureza da referida obrigação, não se pode considerar que o tempo decorrido tenha tido o efeito de alterar o alcance da mesma.

110. Os Países Baixos sustentam, aliás, que, dada a competência externa da Comunidade em matéria de transportes aéreos reconhecida pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos de 5 de Novembro de 2002 e à luz das evoluções ocorridas na sequência dos referidos acórdãos, já não estariam autorizados a abrir negociações com os Estados Unidos da América a fim de alterar as cláusulas do acordo controvertido que o Tribunal de Justiça poderia considerar ilícitas. Daí resulta, segundo o referido Estado-Membro, que o atraso com que a Comissão agiu contra os Países Baixos os coloca na impossibilidade de se conformar a uma eventual decisão de acolhimento da acção.

111. Este argumento não me parece convincente. Com efeito, tal como sublinhou a Comissão, o acordo controvertido prevê a possibilidade de as partes activarem um mecanismo de denúncia do mesmo. Os Países Baixos dispõem portanto, ao contrário do que sustentaram, de um instrumento

68 — V. considerações desenvolvidas relativamente ao acórdão Comissão/Irlanda, já referido no n.° 94 *supra*.

legal que lhes permite, se for caso disso, conformar-se a uma decisão do Tribunal de Justiça que lhes seja desfavorável.

112. Quanto ao argumento dos Países Baixos, apoiados neste ponto pelo Governo francês interveniente, segundo o qual a denúncia do acordo controvertido implica um vazio jurídico nas relações com os Estados Unidos em matéria de transportes aéreos, prejudicial aos operadores nacionais do sector, basta referir que estão expostos às mesmas consequências negativas, na sequência dos acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2002, igualmente as transportadoras aéreas dos Estados-Membros contra os quais a Comissão intentou acções nove anos antes. Nesse aspecto, parece-me que o decurso do tempo jogou mais a favor das transportadoras aéreas neerlandesas do que em seu prejuízo.

113. A título incidental, há que salientar que os argumentos desenvolvidos neste ponto quer pelos Países Baixos quer pelo Governo francês visam em definitivo suscitar a questão, crucial do ponto de visto dos interesses das transportadoras comunitárias envolvidas, das medidas que os Estados-Membros que se tornaram responsáveis pelas violações do direito comunitário verificadas pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos de 5 de Novembro de 2002, e eventualmente também os Países Baixos se forem condenados no presente processo, são obrigados a adoptar para aplicar os princípios estabelecidos nos referidos acórdãos. A este propósito, é fácil compreender que a solução proposta pela Comissão nas cartas acima referidas de 25 de Novembro de 2002, 30 de Julho de 2004 e 10 de Março de 2005, que indica como única via a denúncia dos acordos que contenham cláusulas ilegais — devendo uma renegociação das mesmas a nível nacional considerar-se excluída pela existência da competência externa exclusiva da Comunidade — seja unanimemente hostilizada pelos Estados-Membros em questão. Com efeito, o vazio jurídico que o recurso a essa solução produziria, vazio que, ao contrário do que sustenta a Comissão, não pode realisticamente ser colmatado, mesmo que a título provisório, pela aplicação do princípio da cortesia, arrisca-se a ter consequências económicas significativas para as transportadoras comunitárias envolvidas, quer em termos de perda dos direitos de tráfego nas rotas de e para os Estados Unidos da América ou de insegurança sobre a manutenção no tempo de tais direitos, quer porque, como sublinharam os governos neerlandês e francês, põe em risco as alianças existentes entre transportadoras comunitárias e transportadoras dos Estados Unidos (alianças KLM/North West e Skyteam).

114. Posto isto, como já se observou [69], não compete ao Tribunal de Justiça, ao pronunciar-se sobre uma acção ao abrigo do artigo 226.º CE, definir as modalidades através das quais o Estado-Membro em questão deve conformar-se ao acórdão que

69 — V. n.º 92 *supra*.

declara o seu incumprimento [70], embora o Tribunal de Justiça possa esclarecer o alcance dessa obrigação [71]. Daí resulta que, no caso em apreço [72], uma vez que para o Estado-Membro demandado, se for acolhida a acção, não é material ou legalmente impossível conformar-se ao acórdão do Tribunal de Justiça, compete ao referido Estado-Membro e à Comissão, em virtude do princípio da cooperação leal e recíproca que preside às relações entre as instituições comunitárias e os Estados-Membros, esforçar-se por encontrar uma solução para os problemas que a execução de um eventual acórdão que acolha a presente acção possa suscitar [73].

e) Quanto à crítica relativa à duração alegadamente excessiva do processo por incumprimento

115. No que se refere à duração do procedimento, os Países Baixos invocam um atraso imputável à Comissão unicamente no que respeita ao tempo decorrido entre a adopção do parecer fundamentado e a apresentação da acção.

116. Tendo o parecer fundamentado sido adoptado em Outubro de 2000 e a acção interposta em Dezembro de 2004, o período a ter em conta para efeitos dessa análise é de quase quatro anos.

117. Resulta da jurisprudência que há que apreciar o carácter razoável da duração do procedimento administrativo em função das circunstâncias próprias de cada processo e, em especial, do seu contexto, das várias fases processuais cumpridas pela Comissão, do comportamento das partes no decurso do procedimento, da complexidade e dos interesses das partes no processo [74].

118. No caso vertente, não considero que se possa censurar a Comissão por ter esperado pela decisão do Tribunal de Justiça nas acções intentadas em 1998, que tinham, em substância, o mesmo objecto do recurso no presente processo.

70 — As eventuais divergências de opinião entre a Comissão e o Estado-Membro em questão acerca das medidas necessárias para uma transposição correcta do acórdão do Tribunal de Justiça poderão eventualmente ser tidas em consideração no quadro de um recurso ao abrigo do artigo 228.º CE.

71 — V. acórdão Comissão/Irlanda, invocado no n.º 94 *supra*.

72 — O caso vertente distingue-se dos que são objecto dos acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 1999, Comissão/Bélgica (C-170/98, Colect., p. I-5493) e de 4 de Julho de 2000, Comissão/Portugal (C-62/98, Colect., p. I-5171), em que a Comissão contestava a falta de denúncia do acordo, submetendo portanto ao Tribunal de Justiça a questão da existência de uma obrigação nesse sentido por parte dos Estados-Membros demandados.

73 — No caso de o Tribunal de Justiça decidir tomar posição quanto a esse ponto, parece-me no entanto razoável considerar que quando, como no caso vertente, se for acolhida a acção, a violação das disposições do direito comunitário diga respeito apenas a algumas das cláusulas de um acordo internacional, a denúncia do mesmo só deve considerar-se indispensável quando não seja possível atingir o resultado da supressão ou da alteração das referidas cláusulas. No caso vertente, a Comissão deve, portanto, autorizar o Estado-Membro demandado a renegociar as cláusulas controvertidas a fim de as tornar compatíveis com as disposições pertinentes do direito comunitário e apenas quando esse resultado não seja possível pode ser exigida a denúncia integral do acordo.

74 — V. acórdão SCK e FNK/Comissão, já referido no n.º 58 *supra*, n.º 57, e, de modo análogo, no que respeita à duração do processo jurisdicional, acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe/Comissão (C-185/95 P, Colect., p. I-8417, n.º 29).

119. Todavia, a Comissão esperou mais dois anos após a prolação dos acórdãos de 5 de Novembro de 2002 antes de intentar a presente acção. Portanto, há que apreciar se esse prazo pode ser qualificado ou não de razoável, tendo em conta todas as circunstâncias pertinentes do caso.

120. A esse propósito, deve observar-se, a título preliminar, que as acções intentadas pela Comissão em 1998, cujo desenlace não era de todo previsível, como aliás demonstra a circunstância de terem sido só parcialmente acolhidas pelo Tribunal de Justiça, suscitavam pela primeira vez a questão da repartição das competências externas entre a Comunidade e os Estados-Membros em matéria de transportes aéreos. Além disso, como se referiu *supra*, os acórdãos de 5 de Novembro de 2002 colocavam a questão delicada das medidas a adoptar a fim de preencher o possível vazio jurídico criado pela remoção dos acordos internacionais assumidos pelos Estados-Membros em causa em violação da competência externa exclusiva da Comunidade.

121. Assim, na sequência da prolação dos referidos acórdãos, surgiu uma discussão no seio do Conselho sobre as formas de assegurar uma aplicação correcta dos princípios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça, discussão essa que, como se recordou, conduziu à adopção, no decurso da sessão do Conselho de 5 e 6 de Junho de 2003, de um pacote legislativo destinado, entre outros, a conferir à Comissão um mandato para negociar com os Estados Unidos da América e com outros países terceiros um acordo internacional em matéria de transportes aéreos.

122. Há que recordar igualmente que, duas semanas após a prolação dos acórdãos de 5 de Novembro de 2002, a Comissão adoptou a comunicação de 19 de Novembro de 2002, referida *supra*, na qual tomava posição sobre as consequências a retirar desses acórdãos relativamente aos acordos não contemplados directamente por esses acórdãos e que, em 25 de Novembro de 2002, enviou aos Países Baixos uma carta na qual convidava o referido Estado-Membro a denunciar o acordo controvertido.

123. Nessas circunstâncias, não se pode, em meu entender, censurar a Comissão por ter esperado, antes de intentar o presente processo, pelo resultado da discussão política iniciada na sequência da prolação dos acórdãos de 5 de Novembro de 2002 nem se pode censurá-la por ter concedido aos Países Baixos o tempo necessário para se conformar aos referidos acórdãos, tendo especialmente em conta que, segundo a Comissão, isso teria implicado necessariamente a denúncia dos acordos assumidos pelo referido Estado-Membro com os Estados Unidos da América, medida que, como aliás sublinha o próprio Governo neerlandês, teria tido consequências importantes nas relações entre os dois países no sector dos transportes aéreos, designadamente para os interesses das transportadoras aéreas neerlandesas.

124. Resulta do exposto que não se pode censurar a Comissão por ter agido para além de um prazo razoável, por ter esperado quatro anos desde a adopção do parecer fundamentado antes de intentar a presente acção.

125. A crítica que nesse sentido fazem os Países Baixos deve, portanto, em meu entender, ser declarada improcedente.

3. Conclusões quanto à admissibilidade

126. À luz das considerações precedentes, entendo que a questão prévia de admissibilidade da acção suscitada pelo Governo neerlandês deve ser declarada improcedente e a acção declarada admissível.

B — *Quanto ao mérito*

1. Quanto à violação da competência externa exclusiva da Comunidade

127. Tal como se recordou no n.º 25 *supra*, nos acórdãos de 5 de Novembro de 2002, o Tribunal de Justiça afirmou que em virtude do artigo 1.º, n.º 3, do Regulamento n.º 2409/92 e dos artigos 1.º e 7.º do Regulamento n.º 2299/89, a Comunidade adquiriu competência exclusiva para assumir com países terceiros compromissos internacionais relativos, por um lado, ao exercício da liberdade tarifária das transportadoras extracomunitárias em rotas intracomunitárias e, por outro, aos SIR propostos ou utilizados no território da Comunidade.

128. Segundo afirmou o Tribunal de Justiça, a partir da entrada em vigor desses actos, os Estados-Membros já não podiam assumir ou manter em vigor, apesar da renegociação dos acordos controvertidos, esses compromissos internacionais.

129. No caso vertente, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que os compromissos internacionais assumidos pelos Países Baixos com os Estados Unidos relativamente às tarifas praticadas pelas

transportadoras dos Estados Unidos em rotas intracomunitárias e aos SIR propostos ou utilizados no território do referido Estado-Membro foram assumidos em violação da competência externa exclusiva da Comunidade.

130. Há que analisar, portanto, se, ao proceder à troca de notas de 1992 com os Estados Unidos da América, os Países Baixos violaram a competência exclusiva da Comunidade em matéria de liberdade tarifária das transportadoras de países terceiros em rotas intracomunitárias e de SIR propostos ou utilizados no território comunitário, reconhecida pelos acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2002.

a) Quanto à questão relativa à configurabilidade de um novo acordo

131. A Comissão sustenta que as alterações introduzidas pelas trocas de notas de 1992 ao texto do acordo de 1957 modificaram radicalmente a natureza deste último, transformando-o num acordo de tipo «open sky». Por outras palavras, segundo a Comissão, a troca de notas de 1992 deu origem a um novo acordo que substitui o de 1957.

132. O Governo neerlandês replica que já antes das alterações introduzidas com a troca de notas de 1992, o acordo de 1957 continha alguns elementos essenciais de um acordo de tipo «open sky» e que as alterações introduzidas em 1992 constituíam a última etapa do processo de liberalização do transporte aéreo entre os dois países, já iniciado com as alterações ao acordo de 1957 introduzidas em 1987 e em 1991. Em especial, a troca de notas de 1992 visava assegurar o pleno acesso das transportadoras neerlandesas ao mercado dos Estados Unidos, eliminando assim o desequilíbrio em favor das transportadoras dos Estados Unidos criado com as anteriores alterações ao acordo de 1957. Esse último acordo ainda está em vigor e é abrangido pelo artigo 307.º, primeiro parágrafo, CE, por força do qual «[as] disposições do [...] Tratado não prejudicam os direitos e as obrigações decorrentes de convenções concluídas antes de 1 de Janeiro de 1958 ou, em relação aos Estados que aderem à Comunidade, anteriormente à data da respectiva adesão, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro.»

133. Apesar das escassas indicações fornecidas pelas partes a esse propósito, parece-me resultar dos autos, de modo suficientemente claro, que as disposições relativas aos SIR foram introduzidas em 1991 [75] e não foram posteriormente alteradas na troca de notas de 1992.

75 — V. anexo C ao Memorandum of Consultations de 15 de Novembro de 1991, que figura em anexo à petição.

134. Do mesmo modo, as disposições em matéria tarifária, que consagram a liberdade tarifária das transportadoras de ambas as partes contratantes e instituem um sistema de dupla desaprovação, foram negociadas em 1991 [76], ao passo que na troca de notas de 1992 não aparece nenhuma disposição a esse propósito.

135. Aliás, no n.º 29 da petição, a própria Comissão reconhece que as negociações de 1992, mesmo tendo alterado radicalmente o acordo de 1957, na versão anteriormente alterada, deixaram inalteradas as disposições em matéria tarifária e de SIR [77].

136. Nessas circunstâncias — dado que não parece defensável a tese da Comissão segundo a qual as alterações introduzidas no acordo de 1957 pelas negociações ocorridas em 1992 teriam dado origem a um novo acordo, porque essa tese contraria a vontade expressa das partes contratantes, da qual resulta que não pretenderam substituir o anterior acordo mas unicamente alterar algumas das suas disposições, embora relevantes — parece legítimo perguntar se, para além do argumento defensivo fundado no artigo 307.º CE, se pode configurar, em concreto, a violação da competência exclusiva da Comunidade invocada no presente processo pela Comissão no que respeita às cláusulas em matéria tarifária, quando essa competência, fundada nas disposições do Regulamento n.º 2409/92, surgiu após a inserção das referidas cláusulas nos acordos controvertidos, que remonta, como vimos acima, a 1991.

137. Dito isto, não entendo dever aprofundar esse ponto, dado que a abordagem seguida pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos de 5 de Novembro de 2002 permite contornar o obstáculo constituído pela assunção de alguns dos compromissos internacionais controvertidos numa data anterior ao momento em que surgiu a competência externa da Comunidade alegadamente violada.

138. A esse propósito, deve recordar-se que, nos referidos acórdãos, o Tribunal de Justiça considerou que a análise do mérito do pedido apresentado a título principal pela Comissão não exigia que se tomasse posição sobre a questão, discutida entre as partes, de saber se as alterações tiveram o efeito de transformar os acordos preexistentes em novos acordos.

76 — V. anexo D ao Memorandum of Consultations de 15 de Novembro de 1991.

77 — Desse ponto de vista, o caso presente assemelha-se em muitos aspectos ao caso analisado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/Bélgica, processo C-471/98, já referido. Também naquele caso, o acordo original de 1946 entre a Bélgica e os Estados Unidos da América tinha sido alterado em diversas ocasiões com vista a realizar uma liberalização progressiva do tráfego aéreo entre os dois países. Nessa perspectiva, foi celebrado um novo acordo em 1980. Em especial, para o que aqui interessa, as disposições em matéria de liberdade tarifária das transportadoras dos Estados Unidos em rotas intracomunitárias e de SIR tinham sido introduzidas antes dos acordos de 1994 impugnados judicialmente pela Comissão. V. n.os 23 a 27 do acórdão proferido no processo C-471/98.

139. Com efeito, segundo o Tribunal de Justiça, as alterações controvertidas tiveram o efeito de liberalizar totalmente o transporte aéreo entre os Estados Unidos da América e os Estados-Membros em questão, garantindo o livre acesso a todas as rotas existentes entre os pontos situados nesses dois Estados, sem limites de capacidade e frequência, sem restrições quanto aos pontos intermédios e aos pontos situados aquém ou além («behind, between and beyond rights»), e com todas as trocas desejadas de aeronave («change of gauge»).

140. Por conseguinte, as alterações controvertidas fixaram o contexto de uma cooperação mais estreita entre os Estados Unidos da América e os Estados-Membros em questão, da qual decorriam novas e importantes obrigações internacionais para estes últimos.

141. O Tribunal de Justiça considerou, além disso, que essas alterações atestavam uma renegociação dos acordos preexistentes na sua totalidade. Daí resultava, segundo o Tribunal de Justiça, que, mesmo que algumas disposições desses acordos não tivessem sido formalmente alteradas ou tivessem sofrido apenas alterações marginais de redacção, os compromissos decorrentes dessas disposições deviam apesar de tudo considerar-se confirmados no decurso dessa renegociação. Invocando os acórdãos de 4 de Julho de 2000, Comissão/Portugal [78], o Tribunal de Justiça precisou que «em tal situação, os Estados-Membros estão impedidos não só de assumir novos compromissos internacionais mas também de os manter em vigor sempre que estes violem o direito comunitário» [79].

142. O Tribunal de Justiça entendeu que as alterações controvertidas, introduzidas nos acordos preexistentes considerados no seu conjunto, afectavam o alcance das disposições que não foram formalmente alteradas ou apenas o foram de modo limitado.

143. O Tribunal de Justiça concluiu que o conjunto dos acordos internacionais postos em causa no pedido apresentado a título principal pela Comissão deve ser apreciado tendo em conta as disposições do direito comunitário que esta invocou em apoio desse pedido [80].

144. Não considero que os autos contêm elementos que não permitem, no presente processo, adoptar a abordagem acima exposta, dado que os elementos referidos

78 — Processos C-62/98 (Colect., p. I-5171) e C-84/98 (Colect., p. I-5215).

79 — Acórdão Comissão/Bélgica (C-471/98, já referido, n.º 50).

80 — V. acórdão Comissão/Bélgica (C-471/98, já referido, n.ºs 44 a 53).

no n.º 139 *supra* se encontram igualmente reunidos no caso vertente.

145. Há que salientar, enfim, que essa abordagem torna inoperante o argumento fundado no artigo 307.º, n.º 1, CE, aduzido pelo Governo neerlandês [81].

b) Quanto à circunstância de a troca de notas de 1992 anteceder a entrada em vigor do Regulamento n.º 2409/92

146. Relativamente aos casos analisados pelo Tribunal de Justiça nos processos que deram origem aos acórdãos de 5 de Novembro de 2002, surge no presente processo uma problemática diferente e posterior.

147. Com efeito, quer as negociações entre os Países Baixos e os Estados Unidos da América que se desenrolaram em Washington de 1 a 4 de Setembro de 1992, quer a troca de notas de 14 de Outubro de 1992 que formalizou os resultados dessas negociações ocorreram antes da entrada em vigor, em 1 de Janeiro de 1993, do Regulamento n.º 2409/92, embora após a adopção do mesmo, em 23 de Julho de 1992.

148. Fundando-se nesse dado, o Governo neerlandês, apoiado pelo Governo francês interveniente, entende que não pode ser acusado de qualquer violação da competência externa da Comunidade, na medida em que esta só existiria após a entrada em vigor da legislação comunitária interna que, no caso vertente, é posterior à assunção dos compromissos internacionais controvertidos.

149. A Comissão replica citando o acórdão proferido no processo Inter-Environment-Wallonie, já referido no n.º 51 *supra*, em que, como vimos, o Tribunal de Justiça precisou que resulta da aplicação conjugada dos artigos 10.º, segundo parágrafo, e 249.º, terceiro parágrafo, do Tratado CE que os Estados-Membros, apesar de não estarem obrigados a adoptar as medidas definidas numa directiva antes de expirar o prazo para a sua transposição, devem abster-se, durante esse prazo, de adoptar disposições susceptíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito por essa directiva [82]. Segundo a Comissão, o princípio definido pelo Tribunal

81 — Deve observar-se, a esse propósito, aliás, que a protecção concedida pelo artigo 307.º, n.º 1, CE, aos acordos internacionais celebrados pelos Estados-Membros antes da entrada em vigor do Tratado não se estende às alterações introduzidas nesses acordos após a entrada em vigor do Tratado. Nesse sentido, v. acórdão de 5 de Novembro de 2002, Comissão/Alemanha, C-476/98, n.º 69.

82 — N.º 45.

de Justiça no acórdão Inter-Environnement-Wallonie é aplicável por analogia ao caso em apreço, em que o acordo controvertido foi negociado e concluído após a adopção do Regulamento n.º 2409/92 e enquanto se esperava pela sua entrada em vigor.

150. Não me parece que seja necessário, no caso vertente, apreciar a justeza dos argumentos apresentados pela Comissão, nem, por conseguinte, a sua admissibilidade, contestada tanto pelo Governo demandado como pelo Governo interveniente. Também não me parece que seja útil, para os fins da solução do presente litígio, analisar, em geral, a questão de saber se um Estado-Membro pode, sem violar o princípio da cooperação leal consagrado no artigo 10.º CE, celebrar acordos internacionais em violação de uma competência externa exclusiva da Comunidade adquirida através da adopção da legislação interna comum, apesar de essa legislação, não tendo ainda entrado em vigor, não vincular formalmente os Estados-Membros.

151. Com efeito, na réplica, a Comissão, sem ser contestada nesse ponto pelo Governo neerlandês, observa que a troca de notas de 14 de Outubro de 1992 foi ratificada pelo Parlamento neerlandês em 26 de Abril de 1993, ou seja, após a entrada em vigor, em 1 de Janeiro de 1993, do Regulamento n.º 2409/92.

152. O Governo neerlandês responde, a esse propósito, que a data de ratificação da troca de notas é irrelevante no caso vertente, porque foi-lhe dada aplicação logo a partir de 14 de Outubro de 1992.

153. Há que recordar que quando um acordo internacional, apesar de celebrado sob forma simplificada, como no caso de uma troca de notas, expressamente prevista pelo artigo 13.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados [83], for submetido a ratificação por uma das partes ou mais, o momento da formação do vínculo definitivo é constituído pela notificação recíproca (ou apenas por parte dos Estados contratantes que devem procedem a ratificação) da ratificação efectuada (ou da troca de instrumentos de ratificação). Ora, uma vez que o encontro de vontades definitivas das partes contratantes assinala a data de início da vigência do acordo, ou a sua entrada em vigor, quando seja necessária, para uma ou mais das partes contratantes, a ratificação prévia do acordo, a sua entrada em vigor fica, por conseguinte, subordinada à notificação às outras partes da ratificação efectuada.

154. O artigo 25.º da Convenção de Viena prevê, todavia, a possibilidade de as partes contratantes disporem sobre a aplicação provisória do acordo. Designadamente, esse artigo prevê que «um tratado ou uma parte

83 — Adoptada em 23 de Maio de 1969.

de um tratado aplica-se a título provisório, antes da sua entrada em vigor: a) se o próprio tratado assim o dispuser; ou b) se os Estados que tenham participado na negociação assim acordaram, de outro modo».

155. Ora, resulta dos autos que o acordo controvertido foi aplicado provisoriamente a partir da data da troca de notas de 14 de Outubro de 1992, antes do cumprimento pelos Países Baixos das formalidades necessárias à sua ratificação. O último parágrafo da nota enviada pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros neerlandês à Embaixada dos Estados Unidos da América na Haia, em 14 de Outubro de 1992, cujo texto é reproduzido no extracto do Tractatenblad junto pelo Governo demandado à tréplica, tem a seguinte redacção:

«I propose that if the foregoing proposal is acceptable to the Government of the United States of America, [...] that this note and your note in reply indicating such acceptance shall constitute an agreement between our two governments, which shall enter into force upon an exchange of diplomatic notes following completion of all necessary internal procedures of the Government of the Kingdom of the Netherlands. Pending entry into force, the terms of this agreement shall be applied provisionally from the date of your note in reply».

156. Por sua vez, o último parágrafo da nota de resposta enviada pela Embaixada dos Estados Unidos da América na Haia ao Ministério dos Negócios Estrangeiros neerlandês em 14 de Outubro de 1992 tem a seguinte redacção:

«I have the honour to inform Your Excellency, on behalf of the Government of the United States of America, that it accepts the above proposal of the Government of the Kingdom of the Netherlands and to confirm that Your Excellency's note and this reply shall constitute an agreement between our two governments, the terms of which shall be applied provisionally from the date of this note and which shall enter into force upon a subsequent exchange of notes following the completion of all necessary internal procedures of the Government of the Kingdom of the Netherlands».

157. Nessas circunstâncias, deve entender-se que o aperfeiçoamento do acordo controvertido, ou seja, o encontro das vontades definitivas das duas partes contratantes, com a sua consequente entrada em vigor, ocorreu apenas com uma troca de notas diplomáticas posterior à ratificação do acordo pelo Parlamento neerlandês, em 26 de Abril de 1993, e, portanto, numa data necessariamente posterior à entrada em vigor, em 1 de Janeiro de 1993, do Regulamento n.º 2409/92.

158. Daí resulta que, na data em que os Países Baixos assumiram definitivamente os

compromissos internacionais controvertidos, decorrentes da troca de notas de 14 de Outubro de 1992, as disposições do Regulamento n.º 2409/92 que, segundo reconheceram os acórdãos de 5 de Novembro de 2002, determinaram o surgimento da competência externa exclusiva da Comunidade em matéria de liberdade tarifária das transportadoras aéreas de países terceiros em rotas intracomunitárias, já tinham entrado em vigor.

159. O argumento do Governo neerlandês segundo o qual a competência externa exclusiva da Comunidade decorrente da adopção do Regulamento n.º 2409/92 não pode ser invocada no presente processo para demonstrar a ilegalidade dos acordos internacionais controvertidos é, portanto, destituído de fundamento na medida em que parte de uma interpretação errónea dos factos.

160. Entendo, enfim, ser útil precisar que a análise proposta, embora fundada num elemento invocado pela Comissão unicamente na réplica, não parte de pressupostos que alterem o objecto do litígio tal como é definido pelo acto que dá início à instância, nem se funda em novas acusações feitas tardiamente em desconformidade com o disposto no artigo 42.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. Com efeito, na petição, a Comissão pede que o Tribunal de Justiça declare que, ao negociar ou ao manter em vigor os acordos controvertidos, os Países Baixos não cumpriram as obrigações que lhe incumbem em virtude de determinadas disposições do direito comunitário. A relevância atribuída, no quadro da análise acima exposta, à data da ratificação dos acordos controvertidos é meramente instrumental em relação à determinação do momento em que tais compromissos devem considerar-se definitivamente vinculativos para o Estado-Membro demandado.

161. Com base no conjunto das considerações precedentes, entendo que não existem obstáculos a que se declare, no caso vertente, a existência das violações imputadas ao Estado-Membro demandado no que se refere às disposições dos Regulamentos n.os 2409/92 e 2299/89, na sequência do que já foi declarado pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos de 5 de Novembro de 2002.

2. Quanto à violação do artigo 52.º do Tratado CE

162. Como já se recordou nos n.os 27 e 28 *supra*, nos acórdãos de 5 de Novembro de 2002, o Tribunal de Justiça declarou que, ao assumir compromissos internacionais com os Estados Unidos da América destinados a reconhecer a este último o direito de revogar, suspender ou limitar os direitos de tráfego quando as companhias aéreas designadas pelos Estados-Membros demandados não pertencessem a um desses Estados-Membros ou aos seus nacionais, os referidos Estados-Membros não cumpriram

as obrigações que lhes incumbiam por força do artigo 52.º do Tratado CE.

163. A este propósito, nos acórdãos referidos, o Tribunal de Justiça precisou antes de mais que o artigo 52.º do Tratado CE se aplica em matéria de transportes aéreos e que é aplicável, designadamente, às companhias aéreas estabelecidas num Estado-Membro que prestam serviços de transporte aéreo entre um Estado-Membro e um país terceiro.

164. O Tribunal de Justiça prosseguiu recordando que, nos termos dessa disposição, a liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e ao seu exercício como a constituição e a gestão de empresas, em especial de sociedades na acepção do artigo 58, n.º 2, do Tratado CE (actual artigo 48.º, n.º 2, CE), nas condições definidas pela legislação do Estado-Membro de estabelecimento para os seus próprios cidadãos e que, portanto, os artigos 52.º e 58.º do Tratado CE garantem a aplicação do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento aos cidadãos comunitários que tenham exercido a liberdade de estabelecimento e às sociedades que lhes são equiparadas.

165. Em seguida, o Tribunal de Justiça observou que as cláusulas relativas à propriedade e ao controlo das companhias aéreas inseridas nos acordos controvertidos — que permitem, em especial, aos Estados Unidos da América revogar, suspender ou limitar as licenças de exploração ou as autorizações técnicas de uma companhia aérea designada pelos Estados-Membros em questão, da qual uma parte substancial da propriedade e o controlo efectivo não pertencem a esse Estado-Membro ou aos seus nacionais — eram susceptíveis de afectar as companhias aéreas estabelecidas no território desse Estado-Membro, das quais uma parte substancial da propriedade e o controlo efectivo pertencem a um Estado-Membro diferente do Estado de estabelecimento ou aos seus nacionais. Essas companhias aéreas podiam, portanto, ser excluídas da aplicação do acordo de transporte aéreo celebrado entre os Estados-Membros demandados e os Estados Unidos da América, ao passo que as companhias aéreas dos referidos Estados-Membros beneficiavam da aplicação do acordo.

166. O Tribunal de Justiça julgou, portanto, que as referidas cláusulas eram contrárias ao artigo 52.º do Tratado CE, porque consentiam uma discriminação entre as companhias aéreas do Estado-Membro contratante e as dos outros Estados-Membros, impedindo estas últimas, quando estabelecidas no território do Estado-Membro contratante, de beneficiar do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento [84].

167. No presente processo, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare a existên-

84 — V., por exemplo, acórdão Comissão/Alemanha, C-474/98, já referido, n.os 144 a 156.

cia do mesmo incumprimento por parte dos Países Baixos.

168. Resulta dos autos que a cláusula relativa à propriedade e ao controlo das companhias aéreas, inserida no acordo bilateral entre os Países Baixos e os Estados Unidos da América, foi alterada pela troca de notas de 1992. A Comissão sustenta que essa cláusula foi substancialmente reescrita, ao passo que o Governo neerlandês sustenta que as alterações se limitaram simplesmente à sua redacção.

169. A propósito, basta invocar o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos de 5 de Novembro de 2002, exposto *supra* nos n.os 138 a 143, com base no qual, na sequência da renegociação dos acordos preexistentes, as cláusulas não alteradas ou que tenham sofrido apenas alterações marginais de redacção devem ser considerar-se confirmadas.

170. Refiro-me neste ponto, em especial, às conclusões do advogado-geral Tizzano nos processos que deram origem aos acórdãos de 5 de Novembro de 2002, nos quais se sublinhava que mesmo que, do ponto de vista formal, as cláusulas sobre a propriedade e sobre o controlo não tivessem sido alteradas pelos acordos controvertidos, o seu conteúdo e o seu alcance foram no entanto profundamente alterados por esses acordos, tendo estes afectado necessariamente, na sequência da plena liberalização das rotas de quinta liberdade, o seu âmbito de aplicação [85].

171. Na sequência das declarações do Tribunal de Justiça nos acórdãos de 5 de Novembro de 2002, deve concluir-se, portanto, em meu entender, no sentido da existência da violação do artigo 52.º do Tratado CE alegada pela Comissão.

C — *Quanto às despesas*

172. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se isso for requerido. À luz das conclusões a que cheguei

85 — V. n.os 137 a 138.

relativamente à pretensão dos Países Baixos e tendo a Comissão pedido a sua condenação nas despesas, entendo que os Países Baixos devem ser condenados nas despesas.

173. A República Francesa, interveniente no presente processo, deve suportar as suas próprias despesas em conformidade com o n.º 4 do artigo 69.º referido.

VII — Conclusões

174. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça declare que:

— ao ter celebrado ou mantido em vigor, apesar da renegociação do acordo de transporte aéreo de 3 de Abril de 1957 entre o Reino dos Países Baixos e os Estados Unidos da América, compromissos internacionais com os Estados Unidos da América

— relativos às tarifas aéreas praticadas pelas transportadoras designadas pelos Estados Unidos da América em rotas intracomunitárias,

— relativos aos sistemas informáticos de reserva propostos ou utilizados no território neerlandês e

— destinados a reconhecer aos Estados Unidos da América o direito de proibir ou revogar o exercício dos direitos de tráfego quando as transportadoras aéreas designadas pelo Reino dos Países Baixos não sejam propriedade deste último ou de cidadãos neerlandeses,

— o Reino dos Países Baixos não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 5.° do Tratado CE (actual artigo 10.° CE) e 52.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.° CE), bem como dos Regulamentos n.° 2409/92 do Conselho, de 23 de Julho de 1992, sobre tarifas aéreas de passageiros e de carga, e n.° 2299/89 do Conselho, de 24 de Julho de 1989, relativo a um código de conduta para os sistemas informatizados de reserva, alterado pelo Regulamento (CEE) n.° 3089/93 do Conselho, de 29 de Outubro de 1993.

— O Reino dos Países Baixos é condenado nas despesas.

— A República Francesa suportará as suas próprias despesas.