CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL SIEGBERT ALBER

apresentadas em 27 de Setembro de 2001 [1]

I — Introdução

1. O Supremo Tribunal Administrativo português pede ao Tribunal de Justiça que interprete o Regulamento (CEE) n.º 2408/92 do Conselho, de 23 de Julho de 1992, relativo ao acesso das transportadoras aéreas comunitárias às rotas aéreas intracomunitárias (a seguir «Regulamento n.º 2408/92») [2]. O pedido de decisão prejudicial é relativo, nomeadamente, à questão de saber se os poderes que o artigo 3.º, n.º 2, confere ao Estado-Membro — isto é, a possibilidade de recusar o exercício de direitos de cabotagem — foram limitados por um aviso de concurso efectuado nos termos do artigo 4.º, e se assim foi quando, na sequência de um compromisso a que estava sujeito um auxílio que a Comissão concedeu em 1994 a Portugal, tal aviso de concurso foi lançado numa data — aqui em 1995 — na qual, sem esse compromisso, não teria ainda sido necessário efectuá-lo, devido a um regime derrogatório em vigor até 1997 ou 1998. Trata-se, em concreto, das rotas aéreas de Portugal Continental para a Madeira e para os Açores.

1 — Língua original: alemão.

2 — JO L 240, p. 8.

II — Enquadramento jurídico

1) *O Regulamento n.º 2408/92*

Artigo 1.º, n.º 1:

«1. O presente regulamento diz respeito ao acesso dos serviços aéreos regulares e não regulares às rotas dentro da Comunidade.

[...]»

(Os n.os 2 e 3 são relativos à aplicação do regulamento a Gibraltar).

«4. Os aeroportos das ilhas gregas e das ilhas do Atlântico que constituem a Região Autónoma dos Açores estão excluídos do âmbito de aplicação do presente regula-

mento até 30 de Junho de 1993[3]. Salvo decisão em contrário do Conselho, sob proposta da Comissão, esta isenção vigorará por um período adicional de cinco anos, que poderá ser seguidamente prorrogado por mais cinco anos[4] ».

Artigo 3.°

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

2. Não obstante o disposto no n.° 1, nenhum Estado-Membro será obrigado, antes de 1 de Abril de 1997[5], a conceder direitos de cabotagem dentro do seu território a transportadoras aéreas comunitárias licenciadas por outro Estado-Membro, a não ser que:

i) Os direitos de tráfego sejam exercidos num serviço que constitua e esteja programado como uma extensão de um serviço com partida do Estado de registo dessas transportadoras, ou como preliminar de um serviço que se destine a esse Estado;

ii) A transportadora aérea não utilize, para o serviço de cabotagem, mais de 50% da sua capacidade sazonal no mesmo serviço de que a cabotagem constitui a extensão ou o preliminar.

[...]»

Artigo 4.°

«1. a) Após consulta de outros Estados-Membros interessados e depois de ter informado a Comissão e as transportadoras aéreas que operam na rota em questão, um Estado-Membro pode impor uma obrigação de serviço público, no que se refere aos serviços aéreos regulares, para um aeroporto que sirva uma região periférica ou em desenvolvimento do seu território ou numa rota de fraca densidade de tráfego para qualquer aeroporto regional do seu território, se a rota em

3 — Em conformidade com o artigo 16.°, o regulamento enquanto tal entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1993.

4 — Uma vez que o Conselho não tomou decisão em contrário, a isenção aplicava-se aos Açores até 30 de Junho de 1998; uma prorrogação suplementar, possível por si, não foi decidida.

5 — Esta data aplicava-se, por conseguinte, aos voos com partida e com destino à Madeira.

causa for considerada vital para o desenvolvimento económico da região em que se encontra o aeroporto, e na medida do necessário para assegurar a prestação nessa rota de serviços aéreos regulares adequados que satisfaçam normas estabelecidas de continuidade, regularidade, capacidade e fixação de preços que as transportadoras aéreas não respeitariam se atendessem apenas aos seus interesses comerciais. A Comissão anunciará a existência destas obrigações de serviço público no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*;

[...]

d) Se nenhuma transportadora aérea tiver começado ou estiver prestes a dar início à prestação de serviços aéreos regulares numa rota de acordo com as obrigações de serviço público impostas a essa mesma rota, o Estado-Membro pode limitar o acesso a essa rota a uma só transportadora aérea por um período não superior a três anos, no termo do qual a situação terá de ser revista. O direito de explorar tais serviços será conferido por concurso público, efectuado quer para uma quer para um grupo de rotas, a qualquer transportadora aérea comunitária autorizada a explorar esses serviços aéreos [...].

[...]

h) Os Estados-Membros poderão indemnizar as transportadoras aéreas seleccionadas [...] pela observância das normas impostas pela obrigação de serviço público em conformidade com o presente número; a referida indemnização terá em conta os custos e rendimentos produzidos pelo serviço.»

Artigo 5.º

«Em relação às rotas domésticas para as quais tenha sido feita uma concessão exclusiva por força de uma disposição legislativa ou contratual à data de entrada em vigor do presente regulamento, e sempre que não seja possível assegurar um serviço adequado e ininterrupto através de outras formas de transporte, a referida concessão poderá continuar a aplicar-se até ao termo do seu período de vigência ou durante três anos, expirando no termo do mais curto destes dois prazos.»

2) *A Decisão auxílios 94/698/CE*

O artigo 1.º, alíneas e) e f), da Decisão 94/698/CE da Comissão, de 6 de Julho de 1994, relativa ao aumento de capital,

garantias de crédito e isenção fiscal existente em favor da TAP [6], refere:

«O auxílio a conceder à TAP [...] é compatível com o mercado comum [...] desde que:

[...]

e) Portugal honre o seu compromisso de aplicar o artigo 4.° do Regulamento (CEE) n.° 2408/92 às Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores a partir de 1 de Janeiro de 1996, o mais tardar [7], publicando as obrigações de serviço público para as rotas individuais em questão (ver capítulo VIII, ponto 3, *supra*);

f) Portugal honre o seu compromisso de que a liberalização dos transportes não regulares entre todos os aeroportos comunitários e os Açores se refere a todos os serviços, tal como expresso no Regulamento (CEE) n.° 2408/92, incluindo os 'voos não regulares com venda exclusiva de lugares' e os 'voos não regulares num único troço'

[...]».

2. O título VIII, ponto 3, da fundamentação da decisão refere:

«[...] A Comissão regista devidamente as garantias dadas e os compromissos assumidos por Portugal em relação à implementação das regras referentes ao acesso ao mercado comum da aviação e à interpretação a dar a certas disposições. A Comissão considera que a abolição das restrições que protegem a TAP da concorrência representa uma justificação compensatória apropriada da concessão do auxílio, que serve o interesse comum nos termos do n.° 3, alínea c), do artigo 92.° do Tratado e do n.° 3, alínea c), do artigo 61.° do Acordo. Em especial, Portugal:

— confirmou que a liberalização do transporte aéreo não regular entre todos os aeroportos comunitários e o arquipélago dos Açores se refere a todos os serviços, tal como expresso no Regula-

6 — JO L 279, p. 29.

7 — A disposição derrogatória para a Madeira era aplicável até 1 de Abril de 1997 — v. artigo 3.°, n.° 2 — e a relativa aos Açores até 30 de Junho de 1998, v. artigo 1.°, n.° 4, do Regulamento n.° 2408/92 e nota 5.

mento (CEE) n.° 2408/92, incluindo os 'voos não regulares com venda exclusiva de lugares' e 'os voos não regulares num só troço'. Isto significa que estes tipos de serviços aéreos serão autorizados, apesar de os Açores estarem temporariamente excluídos do âmbito de aplicação do Regulamento (CEE) n.° 2408/92;

— reafirmou a sua determinação e intenção de abrir em 1995 um concurso público relativamente às ligações entre o Continente português e as Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores, em conformidade com o artigo 4.° do Regulamento (CEE) n.° 2408/92. Para além disso, Portugal tem a intenção de informar a Comissão durante a primeira metade de 1995 sobre o teor das obrigações relativas a estes serviços públicos, para que ele possa ser publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. A este respeito, a Comissão sublinha que o artigo 4.° do Regulamento (CEE) n.° 2408/92 implica que o teor das obrigações de serviço público seja separadamente publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Se, após a publicação, nenhuma transportadora europeia se declarar disposta a satisfazer essas obrigações de serviço público, o direito de explorar esses serviços deve ser conferido por concurso público, efectuado quer para uma rota quer para um grupo de rotas, a qualquer transportadora aérea comunitária autorizada a explorar esses serviços aéreos.

[...]».

3) *A participação no convite para apresentação de propostas*

3. O convite no âmbito do qual a TAP tinha apresentado proposta para a exploração dos serviços aéreos regulares previa, nomeadamente [8]:

«3. Participação no convite para apresentação de propostas

Podem participar todas as transportadoras aéreas titulares de uma licença de exploração válida, emitida por um Estado-Membro nos termos do Regulamento (CEE) n.° 2407/92, de 23.7.1992, relativo à concessão de licenças às transportadoras aéreas e de um certificado de transportadora aérea adequado.

Todavia, em Portugal, nos termos do disposto no n.° 2 do artigo 3.° do Regulamento (CEE) n.° 2408/92, as transportadoras titulares de uma licença de exploração emitida por um Estado-Membro distinto de Portugal não poderão utilizar, até 1.4.1997, para o serviço de cabotagem em Portugal, mais de 50% da capacidade de

8 — JO 1995, C 223, p. 16.

que dispõem durante uma época aeronáutica no mesmo serviço, de que o serviço de cabotagem deve necessariamente constituir o prolongamento ou o preliminar.

[...]

11. Validade do convite para apresentação de propostas

Nos termos do disposto no n.º 1, primeira frase, da alínea d) do artigo 4.º do Regulamento n.º 2408/92, a validade do presente convite para apresentação de propostas ficava subordinada à condição de nenhuma transportadora aérea comunitária susceptível de ser autorizada a explorar as rotas em causa apresentar antes de 1.11.1995, (tendo em conta a existência de um prazo razoável de um mês para obtenção dos direitos de tráfego e da interferência do período das festas de fim do ano bem como os imperativos de continuidade de serviços que se revestem, em relação a estas rotas, de um carácter excepcional), um pedido de autorização de exploração de uma ou de diversas rotas em questão a partir de 1.1.1996, de acordo com as obrigações de serviço público impostas, sem receber qualquer compensação financeira.

De qualquer modo, o convite para apresentação de propostas permanecerá válido apenas para as rotas em relação às quais nenhuma transportadora se tenha apresentado até 1.11.1995 nas condições acima mencionadas.

[...]».

III — Os factos

4. Pela decisão auxílios, a Comissão autorizou diversos tipos de auxílio a favor da companhia aérea estatal portuguesa Transportes Aéreos Portugueses, SA (a seguir «TAP»), no âmbito de um programa de restruturação.

5. A autorização foi dada sob certas condições, que estão enumeradas no artigo 1.º, alíneas a) a h), da decisão auxílios. De acordo com a alínea e) dessa disposição, Portugal devia comprometer-se a aplicar as disposições do artigo 4.º do Regulamento (CEE) n.º 2408/92 às Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores o mais tardar em 1 de Janeiro de 1996.

6. Em 4 de Agosto de 1995, em conformidade com o artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 2408/92, foi publicada no Jornal Oficial a comunicação da decisão que informava que Portugal tinha decidido, de acordo com a decisão auxílios, impor obrigações de serviço público relativamente a nove rotas entre o território continental português e as Regiões Autónomas dos

Açores e da Madeira bem como entre estas regiões [9].

7. Em 29 de Agosto de 1995, foi lançado, nos termos do artigo 4.°, n.° 1, alínea d), do Regulamento n.° 2408/92, um convite para apresentação de propostas para a exploração aérea dessas rotas. O objectivo do convite para apresentação de propostas era escolher uma transportadora aérea única que explorasse, de 1 de Janeiro de 1996 a 31 de Dezembro de 1998, mediante compensação financeira, o conjunto das rotas acima referidas, em conformidade com as obrigações de serviço público. A participação no convite para apresentação de propostas foi expressamente sujeita à reserva do artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 2408/92. O convite para apresentação de propostas estava sujeito à condição de nenhum proponente susceptível de ser autorizado a explorar alguns ou a totalidade dos serviços se apresentar como candidato à exploração das linhas em questão antes de 1 de Novembro de 1995 sem exigir compensação financeira. Só a TAP, que estava autorizada a explorar exclusivamente as ligações em causa até ao fim de 1995, participou na apresentação de propostas.

8. A Flightline Ltd (a seguir «Flightline»), uma companhia aérea britânica estabelecida no Reino Unido e titular de uma licença de exploração britânica, pediu em 30 de Outubro de 1995, logo, antes de expirar o prazo de apresentação de propostas, a autorização para explorar oito das nove rotas descritas, sem compensação financeira. Este pedido foi indeferido por despacho do Secretário de Estado dos Transportes e Comunicações, de 22 de Dezembro de 1995, devido ao facto de a proposta ser relativa a serviços de cabotagem e de não estarem preenchidas as condições do artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento.

9. Foi negado provimento ao recurso interposto da decisão de indeferimento. O acórdão assinalava que nem a decisão auxílios nem o artigo 4.° do Regulamento n.° 2408/92 se opõem à aplicação do artigo 3.°, n.° 2. No caso contrário, o artigo 3.°, n.° 2, perderia grande parte do seu sentido. A decisão auxílios reportava-se, sem mais, ao artigo 4.° do regulamento, deixando — de acordo com os termos do pedido de decisão prejudicial — para a economia deste diploma a sua interpretação contextual.

IV — O pedido de decisão prejudicial

10. A Flightline interpôs recurso deste acórdão para o Supremo Tribunal Administrativo português, que submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O exercício por um Estado-Membro dos direitos e faculdades previstos no artigo 4.° do Regulamento (CEE) n.° 2408/92, do Conselho, de 23 de Julho de 1992, pressupõe ou determina a renúncia necessária à faculdade prevista no n.° 2 do artigo 3.° do mesmo

9 — JO 1995, C 200, p. 3.

Regulamento de esse Estado-Membro poder limitar, até 1.04.97, a concorrência nos serviços de cabotagem dentro do seu território?

2) Num concurso público aberto, em 1995, por um Estado-Membro para acesso à prestação de serviços aéreos regulares numa rota de acordo com as obrigações de serviço público impostas a essa mesma rota, nos termos do artigo 4.° do Regulamento, não podem ser exigidas às transportadoras aéreas licenciadas por outro Estado-Membro que se candidatem, as condições previstas no artigo 3.°, n.° 2 do mesmo Regulamento?

3) O artigo 1.°, alínea d), da Decisão da Comissão n.° 94/698/CE, ao submeter a aprovação do auxílio ali previsto à condição de Portugal honrar o compromisso de aplicar o artigo 4.° do Regulamento (CEE) n.° 2408/92, às Regiões Autónomas, a partir de 1.01.96, publicando as obrigações de serviço público para as rotas em questão ('conforme capítulo VIII, ponto III'), tem o sentido de excluir Portugal de exercer a faculdade concedida aos Estados-Membros pelo artigo 3.°, n.° 2 do Regulamento?»

V — Argumentação das partes

1) *Flightline*

11. A Flightline critica o facto de as questões prejudiciais não corresponderem às que devem ser resolvidas no processo principal. Em seu entender, conviria, pelo contrário, determinar se Portugal podia rejeitar a oferta da Flightline com o fundamento de esta última não preencher as condições previstas no artigo 3.°, n.° 2.

12. Segundo a Flightline, tal não é o caso. A Comissão só autorizou as medidas de reestruturação da TAP sob certas condições. Destas últimas, consta, entre outras, o respeito da obrigação, que figura no artigo 1.°, alínea e), da decisão auxílios, de abrir um concurso público e de publicar as obrigações de serviço público no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Em contrapartida da concessão dos auxílios, a Comissão impôs a Portugal a eliminação das barreiras que protegem a TAP da concorrência. Tal exclui a possibilidade de subordinar o concurso público às condições do artigo 3.°, n.° 2, do regulamento.

13. Lidos em conjunto, os artigos 4.° do regulamento e 1.°, alínea e), da decisão

auxílios revelam que Portugal se comprometeu a não invocar o artigo 3.°, n.° 2, do regulamento. Tal decorre, por um lado, do facto de Portugal dever estar vinculado a algo que o próprio Regulamento 2408/92 não prevê e, por outro, do facto de o artigo 3.°, n.° 2, do regulamento só ser aplicável até 1 de Abril de 1997. Em contrapartida, o concurso público produzia efeitos até 31 de Dezembro de 1998. Não é imaginável que, enquanto a decisão auxílios visa uma liberalização progressiva, Portugal possa restringir a livre concorrência um ano e nove meses após ter expirado o período fixado inicialmente.

14. Segundo a Flightline, os artigos 4.° e 3.° têm campos de aplicação distintos. O artigo 4.° aplica-se às ligações aéreas para as quais não existe candidatos e, por conseguinte, relativamente às quais não existe concorrência, ao passo que o artigo 3.°, n.° 2, respeita a limitações relativas a rotas onde existe concorrência.

15. Excluir a aplicação do artigo 3.°, n.° 2, às rotas visadas pelo artigo 4.° do regulamento não afecta a possibilidade, existente até 1 de Abril de 1997, de restringir a concorrência no conjunto das linhas domésticas concorrenciais.

16. O artigo 3.°, n.° 2, não impõe qualquer obrigação ao Estado-Membro, concedendo-lhe simplesmente o direito de rejeitar um pedido de exercício de direitos de cabotagem.

17. Por último, o exercício da faculdade conferida pelo artigo 3.°, n.° 2, comporta uma discriminação em razão da nacionalidade, proibida pelo artigo 12.° CE, uma vez que, ao fim de contas, são excluídos apenas os concorrentes não portugueses.

2) *Transportes Aéreos Portugueses, SA (TAP)*

18. A título liminar, a TAP considera o pedido de decisão prejudicial inadmissível. O artigo 234.° CE não confere qualquer competência ao Tribunal de Justiça para se pronunciar sobre casos concretos. A necessidade de um reenvio prejudicial é duvidosa, à luz do teor, não equívoco, das normas de direito comunitário.

19. Quanto ao mérito, a TAP indica que se deve, no essencial, determinar se Portugal era obrigado, à luz dos artigos 3.°, n.° 2, e 4.°, n.° 1, alínea d), do Regulamento n.° 2408/92 e do concurso público publicado no Jornal Oficial, a aceitar a proposta da Flightline.

20. Segundo a TAP, não resulta nem do artigo 4.° do regulamento nem da decisão auxílios que Portugal renunciou aos direitos que o artigo 3.°, n.° 2, lhe confere. O teor e a economia dos artigos 3.°, n.° 2, e 4.° não revelam qualquer ligação entre estas disposições. Por consequência, a possibilidade de invocar os direitos que decorrem do artigo 3.° no âmbito da aplicação do artigo 4.° não está excluída.

21. Por outro lado, há que ter em conta o processo de liberalização progressiva e gradual do transporte aéreo. Este processo justifica medidas de protecção como as que figuram no artigo 3.°, n.° 2. Os Estados-Membros que impuseram obrigações de serviço público mantiveram restrições à livre circulação de serviços relativamente às linhas aéreas domésticas.

22. Além disso, a Comissão não contestou a execução da decisão auxílios e aceitou, portanto, o conteúdo do concurso público.

3) *A República Portuguesa*

23. O Governo português indica que o artigo 3.°, n.° 2 não está legalmente subordinado à imposição de obrigações de serviço público nos termos do artigo 4.° Outros Estados-Membros, por exemplo a França, que impuseram essas obrigações aplicaram igualmente o artigo 3.°, n.° 2. O processo de adopção do Regulamento n.° 2408/92 revela que este artigo 3.°, n.° 2, reflecte um equilíbrio entre a liberalização do transporte aéreo e a salvaguarda da situação específica das companhias aéreas nacionais de cada Estado-Membro.

24. Acresce que o artigo 1.°, n.° 4, do regulamento excluiu a Região Autónoma dos Açores do âmbito de aplicação deste até 30 de Junho de 1998. Aquando das negociações relativas à concessão do auxílio, Portugal propôs, a despeito do artigo 1.°, n.° 4, do regulamento, sujeitar as ligações aéreas com os Açores a regulamentações idênticas às que são aplicáveis à Madeira, a fim de garantir a transparência das contas da TAP e o controlo das transferências de dinheiro do Estado para esta última. Este compromisso de sujeitar as ligações com os Açores às disposições do artigo 4.° do regulamento não comportava a renúncia à cláusula de salvaguarda visada no artigo 3.°, n.° 2, do regulamento.

25. Aliás, tal renúncia não poderia ser senão explícita, uma vez que estão em jogo interesses públicos nacionais fundamentais. Nenhum dos negociadores de Portugal estava autorizado a renunciar a esses direitos em nome da República Portuguesa.

26. Por outro lado, Portugal remete para o título VIII da decisão auxílios. Nele se refere expressamente que o concurso público está aberto a qualquer transportadora aérea comunitária «autorizada a explorar esses serviços aéreos». «Autorizada» significa também no respeito da restrição visada pelo artigo 3.°, n.° 2.

27. Tal como a TAP, o Governo francês observa que a Comissão não contestou a execução da decisão auxílios e aceitou, portanto, o conteúdo do concurso público.

4) *A Comissão*

28. Quanto às primeira e segunda questões, a Comissão indica que a aplicação dos artigos 4.° e 5.° do Regulamento n.° 2408/92 não implica uma renúncia prévia às medidas de protecção previstas no artigo 3.°, n.° 2. Embora esta última disposição contenha uma excepção ao princípio geral, consagrado no n.° 1, de livre acesso às rotas intracomunitárias, decorre dos considerandos do regulamento que os direitos de cabotagem só devem ser introduzidos progressivamente. O artigo 5.° do regulamento demonstra igualmente a liberalização gradual do transporte aéreo no seio dos Estados-Membros.

29. Além disso, resulta do teor do artigo 4.°, n.° 1, alínea d), que, no que respeita às rotas domésticas sujeitas a obrigações de serviço público, o acesso a essas linhas estava limitado, até 1 de Abril de 1997, a qualquer transportadora aérea «autorizada a explorar esses serviços aéreos». Estava, deste modo, imposta a condição do respeito das condições fixadas pelo artigo 3.°, n.° 2.

30. A expressão utilizada no artigo 4.° («qualquer transportadora aérea comunitária autorizada a explorar esses serviços aéreos») encontra-se, com um sentido idêntico, no artigo 5.°, n.° 3, alínea c), do Regulamento (CEE) n.° 2343/90 do Conselho, de 24 de Julho de 1990, relativo ao acesso das transportadoras aéreas às rotas dos serviços aéreos regulares intracomunitários e à partilha da capacidade de transporte de passageiros entre transportadoras aéreas nos serviços aéreos regulares entre Estados-Membros [10]. O artigo 4.°, n.° 1, deve ser examinado neste contexto, em que se concede o acesso às rotas sujeitas a obrigações de serviço público a uma transportadora aérea por um período de três anos, no máximo. Em contrapartida, o artigo 4.° não está sujeito a qualquer data-limite. A única obrigação consiste no reexame periódico das obrigações de serviço público impostas.

31. Para o período compreendido entre 1 de Janeiro de 1993 e 1 de Abril de 1997, a aplicação por um Estado-Membro das possibilidades previstas no artigo 4.° tinha

10 — JO L 217, p. 8.

um efeito útil, mesmo se esse Estado-Membro exercesse os direitos que lhe são conferidos pelo artigo 3.°, n.° 2. Em primeiro lugar, a abertura de um concurso público em conformidade com o artigo 4.°, n.° 1, alínea d), permitia a concorrência entre transportadoras aéreas titulares de uma licença emitida pelo Estado-Membro em causa. Em segundo lugar, o conjunto das transportadoras aéreas comunitárias que preenchessem as condições previstas no artigo 3.°, n.° 2, do regulamento poderiam concorrer.

32. Quanto à terceira questão, a Comissão indica que não se pode deduzir nem da economia geral da decisão auxílios nem das circunstâncias em que esta foi adoptada que o compromisso assumido por Portugal de aplicar o artigo 4.° às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira deva ser entendida como excluindo o exercício da faculdade prevista no artigo 3.°, n.° 2. A expressão «autorizada a explorar esses serviços aéreos», que figura quer no regulamento quer na decisão auxílios, deve, em ambos os casos, ser interpretada de forma idêntica. A interpretação reproduzida nos pontos 3 e 11 do concurso público está correcta.

33. A decisão auxílios sujeita as ligações aéreas com destino às Regiões Autónomas ao Regulamento n.° 2408/92. Qualquer transportadora aérea titular de uma licença emitida pela República Portuguesa podia concorrer à exploração destas ligações, nomeadamente, a Portugália. As transportadoras aéreas registadas noutros Estados-Membros podiam ter concorrido com a TAP desde que preenchessem as condições impostas pelo artigo 3.°, n.° 2. Desta forma, a concorrência era encorajada, mesmo em casos de manutenção dos direitos decorrentes do artigo 3.°, n.° 2.

34. A sujeição ao Regulamento n.° 2408/92 tornava mais transparentes as compensações financeiras pagas por Portugal em contrapartida das obrigações de serviço público impostas. Evitava-se, assim, nomeadamente, que os pagamentos compensatórios fossem superiores ao défice registado nessas rotas.

35. Por fim, a Comissão observa que, aquando da adopção de outras decisões relativas à compatibilidade com o mercado comum, nunca exigiu dos Estados-Membros que renunciassem antecipadamente às faculdades conferidas pelo artigo 3.°, n.° 2, do regulamento.

VI — Apreciação

1) *Quanto à admissibilidade*

36. As objecções suscitadas contra a admissibilidade do pedido prejudicial não são

convincentes. As questões prejudiciais respeitam à interpretação dos artigos 3.° e 4.° do Regulamento n.° 2408/92. Tais questões têm uma importância geral e não se limitam ao caso vertente. O pedido de decisão prejudicial é, por conseguinte, admissível.

2) *Quanto à primeira questão*

37. A primeira questão tem por objecto a relação fundamental entre os artigos 3.°, n.° 2, e 4.°, do Regulamento n.° 2408/92. Trata-se de determinar em que medida a imposição de obrigações de serviço público para a exploração de linhas aéreas e o concurso lançado para este efeito em conformidade com o artigo 4.°, n.° 1, determinam a renúncia à faculdade de limitar a cabotagem, concedida até 1 de Abril de 1997.

a) Redacção dos artigos 3.° e 4.°

38. Nem a redacção do artigo 3.°, n.° 2, nem a do artigo 4.°, n.° 1, prevêem expressamente essa renúncia. Nenhuma das duas disposições remete para a outra.

39. A Comissão indica que, segundo o artigo 4.°, n.° 1, alínea d), o direito exclusivo que constitui objecto do concurso deve ser concedido a qualquer transportadora aérea comunitária «[...] autorizada a explorar esses serviços aéreos». Considera que apenas uma transportadora aérea que preencha as condições previstas no artigo 3.°, n.° 2, é uma transportadora «autorizada». Extrai essa conclusão da comparação com a redacção do precursor desta disposição, o artigo 5.°, n.° 3, alínea c), do Regulamento (CEE) n.° 2343/90 do Conselho, de 24 de Julho de 1990, relativo ao acesso das transportadoras aéreas às rotas dos serviços aéreos regulares intracomunitários e à partilha da capacidade de transporte de passageiros entre transportadoras aéreas nos serviços aéreos regulares entre Estados-Membros. Esta disposição remetia expressamente para o artigo 8.° do Regulamento n.° 2343/90, que continha uma regulamentação comparável à do artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 2408/92.

40. A comparação entre estas disposições só condicionalmente parece susceptível de alicerçar a solução proposta pela Comissão. O facto de o artigo 4.° não conter qualquer reenvio — pelo menos expresso — para o artigo 3.° poderia significar igualmente que o Regulamento n.° 2408/92 devia ir mais longe do que o Regulamento n.° 2343/90 na liberalização dos transportes aéreos. Como resulta dos terceiro a sétimo considerandos do Regulamento n.° 2408/92, este último constitui uma nova etapa na via da liberalização dos transportes aéreos e vai além do Regulamento n.° 2343/90. Nesta medida, a formulação do artigo 4.° do Regulamento n.° 2408/92 poderia deixar entender que a aplicação do artigo 3.°, n.° 2, está excluída.

41. A noção de autorização também não se reporta necessariamente à autorização nos termos do artigo 3.°, n.° 2. A sua leitura é igualmente possível em conjugação com o artigo 2.°, alínea b), que define o conceito de «transportadora aérea comunitária»

como «uma transportadora aérea titular de uma licença de exploração válida emitida por um Estado-Membro em conformidade com o disposto no Regulamento (CEE) n.° 2407/92 do Conselho, de 23 de Julho de 1992, relativo à concessão de licenças às transportadoras aéreas» [11]. Ser «autorizado» na acepção do artigo 4.°, n.° 1, alínea d), poderia, portanto, significar igualmente ser «titular de uma licença de exploração válida emitida por um Estado-Membro em conformidade com o disposto no Regulamento (CEE) n.° 2407/92». Neste caso, todas as transportadoras aéreas comunitárias poderiam participar no concurso sem que a restrição prevista no artigo 3.°, n.° 2, lhes pudesse ser oponível. Esta solução apresenta a vantagem de ter em conta a ideia fundamental da liberalização, consagrada no artigo 3.°, n.° 1.

42. Provisoriamente há que reconhecer que a redacção das duas disposições permite as duas interpretações. Não é possível, com base na redacção, concluir que a aplicação do artigo 3.°, n.° 2, está excluída no quadro do artigo 4.°

b) Economia geral

43. Há que indagar em que medida uma resposta à questão prejudicial pode ser extraída da economia geral do regulamento.

44. Sobre esta noção de economia geral, a Comissão remete para o artigo 5.° Esta disposição refere-se à manutenção temporária dos direitos de tráfego exclusivos. Na medida em que existiam no momento da entrada em vigor do regulamento, portanto, 1 de Janeiro de 1993 (v. artigo 16.° do regulamento), podiam subsistir até à sua extinção ou, durante o prazo máximo de três anos, isto é, até 1 de Janeiro de 1996, no máximo. Tal como o artigo 3.°, n.° 2, o artigo 5.° prevê uma excepção provisória ao princípio da livre prestação de serviços em matéria de transporte aéreo, introduzida pelo artigo 3.°, n.° 1 [12]. Segundo a Comissão, é «evidente» que a aplicação do artigo 5.° não exclui a aplicação do artigo 3.°, n.° 2. Consequentemente, o artigo 4.°, n.° 1, também não podia implicar uma renúncia à aplicação do artigo 3.°, n.° 2.

45. O artigo 5.° contém uma regra comparável à do artigo 4.°, n.° 1, alínea d). Trata-se, em ambos os casos, do reconhecimento de direitos exclusivos e, portanto, de uma excepção à livre prestação de serviços em matéria de transportes aéreos introduzida pelo artigo 3.°, n.° 1. Nos dois casos, o período máximo fixado é de três anos.

46. Todavia, existem igualmente diferenças essenciais entre os artigos 5.° e 4.° Quanto

11 — JO L 240, p. 1.

12 — Acórdão de 26 de Junho de 2001, Comissão/Portugal (C-70/99, Colect., p. I-4845, n.os 21 e 22). V. igualmente — ainda que de forma menos explícita — acórdão de 18 de Janeiro de 2001, Comissão/Itália (C-361/98, Colect., p. I-385, n.° 32).

ao conteúdo, distinguem-se na medida em que o artigo 5.° protege os direitos exclusivos concedidos antes da liberalização de 1 de Janeiro de 1993, ao passo que o artigo 4.° tem por objecto a concessão de novos direitos exclusivos posteriormente a esta data. Antigos direitos exclusivos não devem necessariamente ser tratados exactamente da mesma maneira que são tratados novos direitos concedidos depois da entrada em vigor do regulamento. Além disso, o campo de aplicação temporal das disposições é diferente. Poucas colisões se podiam produzir entre o artigo 3.°, n.° 2, e o artigo 5.° Com efeito, os direitos exclusivos só podiam ser mantidos até 1 de Janeiro de 1996. Até esta data, não existia simplesmente direito de cabotagem. As colisões podiam, portanto, quando muito, produzir-se entre 1 de Janeiro de 1996 e 1 de Abril de 1997. Em contrapartida, nos termos do artigo 4.°, as colisões podem produzir-se durante todo o período de validade do artigo 3.°, n.° 2, isto é, de 1 de Janeiro de 1993 a 1 de Abril de 1997. Tendo em conta estas diferenças, pode, assim, questionar-se em que medida é possível deduzir do artigo 5.° um argumento para a interpretação do artigo 4.°

47. A economia geral do disposto no artigo 4.°, n.° 1, alínea d), em conjugação com o disposto no artigo 3.°, n.° 1, leva a pensar que a aplicação do artigo 3.°, n.° 2 está excluída. Ainda que, indo contra a liberalização prevista, novos monopólios pudessem ser instituídos — pelo menos temporariamente pelo período máximo de três anos — a concorrência devia então, pelo menos no quadro da atribuição destes direitos exclusivos, ser aberta a todas as transportadoras aéreas comunitárias. Além disso, esta interpretação pode assentar no facto de o artigo 3.°, n.° 2, constituir uma excepção ao princípio consagrado no n.° 1. Enquanto disposição derrogatória, o artigo 3.°, n.° 2, deve ser objecto de interpretação restrita.

48. Nos termos do artigo 4.°, n.° 1, alínea a), a imposição de obrigações de serviço público é feita em termos prioritários, sem qualquer compensação para a transportadora aérea. Assim, o texto da comunicação da Comissão relativa às obrigações de serviço público a determinados serviços aéreos regulares em Portugal [13], publicada no Jornal Oficial nos termos do artigo 4.°, n.° 1, alínea a), previa explicitamente que «as transportadoras deverão candidatar-se à exploração de uma ou diversas rotas, respeitando as obrigações impostas e sem exigir qualquer compensação antes de 31 de Outubro de 1995». Por conseguinte, foi expressamente excluída qualquer compensação.

49. Isto não significa, no entanto, que não pode ser concedida nenhuma compensação em contrapartida do respeito das obrigações de serviço público. Por um lado, podem ser concedidos direitos exclusivos

13 — JO 1995, C 200, p. 3.

em conformidade com o artigo 4.°, n.° 1, alínea d). Uma posição de monopólio desse tipo garante determinados rendimentos à transportadora aérea que explora as rotas. Além disso, a transportadora aérea adjudicatária no quadro de tal concurso pode obter uma compensação em aplicação do artigo 4.°, n.° 1, alínea h). Esta compensa a diferença entre as despesas efectuadas para satisfazer as normas impostas e as receitas decorrentes da exploração das linhas aéreas [14]. Em conformidade com esta disposição, o concurso publicado no Jornal Oficial, no quadro do qual a TAP se tinha candidatado à exploração das nove rotas aéreas em questão, previa expressamente, no n.° 6, que uma compensação financeira devia ser concedida e que os concorrentes deviam, por conseguinte, mencionar explicitamente nas suas propostas o montante requerido a título compensatório [15].

50. Nos termos da comunicação 94/C 350/07 da Comissão relativa à «aplicação dos artigos 92.° e 93.° do Tratado CE e do artigo 61.° do acordo EEE aos auxílios de Estado no sector da aviação» [16], tal compensação das perdas é uma «operação comercial neutra entre o Estado relevante e a companhia aérea seleccionada». «A compensação pelo cumprimento de obrigações de serviço público não envolve auxílios, desde que a transportadora tenha sido correctamente seleccionada através de um convite à apresentação de propostas, com base na limitação do acesso à rota a uma única transportadora, e o montante máximo da compensação não exceda o montante da perda [...]» [17].

51. Como revelado pela Decisão 94/666/CEE [18], da Comissão, de 6 de Julho de 1994, para além do mecanismo de compensação nos termos do Regulamento n.° 2408/92 descrito, a concessão de um auxílio a uma transportadora aérea era igualmente de ponderar. Nessa decisão, relativa à compensação do défice incorrido pela TAP nas rotas paras as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, ou seja, nas rotas a que também se referem as questões prejudiciais, a Comissão observou que uma compensação por obrigações de serviço público, na medida em que não é paga a uma empresa escolhida no quadro de um concurso, deve ser considerada um auxílio [19]. Atenta a realização, até então limitada, da liberalização do transporte aéreo, a Comissão acabou por considerar que esses auxílios eram, enquanto auxílios regionais, compatíveis com o Tratado. Assim, embora a Comissão considere, por princípio, que os auxílios ao transporte aéreo são contrários ao Tratado, esta decisão demonstra que é em princípio possível considerar a hipótese de concessão de uma compensação sob a forma de auxílio.

52. Em caso de compensação das obrigações de serviço público, em conformidade com o artigo 4.°, n.° 1, alíneas d) e h),

14 — V. n.° 16 da comunicação 94/C 350/07 da Comissão relativa à «aplicação dos artigos 92.° e 93.° do Tratado CE e do artigo 61.° do acordo EEE aos auxílios de Estado no sector da aviação» (JO 1994, C 350, p. 5).

15 — JO 1995, C 223, p. 16.

16 — JO 1994, C 350, p. 5.

17 — N.° 18 da comunicação.

18 — Decisão relativa à compensação do défice incorrido pela TAP nas rotas para as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira (JO L 260, p. 27).

19 — Decisão 94/666, já referida na nota 18, número V, p. 30.

coloca-se a questão de saber se uma restrição da concorrência como a prevista pelo artigo 3.°, n.° 2, pode continuar a considerar-se lícita. Como o artigo 3.°, n.° 2, enquanto disposição que derroga o princípio da liberalização consagrado no n.° 1, deve ser interpretado de forma restritiva, poder-se-ia pensar que o artigo 3.°, n.° 2, não deve ser aplicado no quadro do artigo 4.°, n.° 1, alínea d). Esta questão será examinada no próximo número.

53. A análise da economia geral das disposições milita principalmente em favor da tese segundo a qual o artigo 3.°, n.° 2, deve ser considerado inaplicável no quadro do artigo 4.° Contudo, o exame da economia geral não permite responder definitivamente à questão.

c) Sentido e alcance dos artigos 3.° e 4.°

54. Importa, por último, examinar se a não aplicação do artigo 3.° no quadro do artigo 4.° decorre do sentido e alcance dessas disposições.

55. O artigo 3.°, n.° 1, introduz de um modo geral a livre prestação de serviços em matéria de transportes aéreos. O n.° 2, desta disposição suspende a aplicação desse princípio relativamente à cabotagem. A livre prestação de serviços não é autorizada de um modo geral a partir da entrada em vigor do regulamento, em 1 de Janeiro de 1993 (v. artigo 16.°); os Estados-Membros podem limitá-la até 1 de Abril de 1997, mas apenas nas condições a que se refere o artigo 3.°, n.° 2. Como o exercício desse direito decorre do artigo 3.°, n.° 2, limita portanto uma eventual concorrência do mercado.

56. O artigo 4.°, n.° 1, alínea a), rege uma situação inteiramente diferente. Esta disposição confere aos Estados-Membros a faculdade de estabelecerem condições mínimas que uma transportadora aérea deve satisfazer para poder apresentar uma proposta com vista a serem-lhe concedidos direitos de tráfego. No âmbito da concorrência aberta pelo artigo 3.°, n.° 1, exige-se dos transportadores aéreos que apresentem propostas com vista a obter autorização para explorar determinada ligação aérea, que a prestação de serviços que propõem satisfaça certas condições quanto à frequência, aos horários, à capacidade oferecida, ao preço pedido, etc. Esta regulamentação permite garantir, em certas ligações, prestações de serviço adequadas que o mercado ou não oferece ou propõe em medida insuficiente. Atentos os diferentes objectivos prosseguidos pelos artigos 3.° e 4.°, n.° 1, pode-se, portanto, dizer em princípio que as duas disposições se sobrepõem; não se excluem nem estão subordinadas uma à outra. Nesta medida, não se vislumbra qualquer razão para não se

autorizar, no quadro da aplicação do artigo 4.°, n.° 1, alínea a), a faculdade limitada no tempo de restringir a livre prestação de serviços conferida pelo artigo 3.°, n.° 2. A questão que se coloca é a de saber em que medida esta apreciação é igualmente válida caso a aplicação da alínea d), ou seja, em caso de compensação das obrigações de serviço público.

57. Como o caso em apreço ilustra, existem situações em que a aplicação do artigo 3.°, n.° 2, no quadro do artigo 4.°, n.° 1, alínea d), limita a concorrência. A Flightline solicitou autorização para explorar serviços aéreos regulares em oito das nove ligações que são objecto do concurso aberto em conformidade com o artigo 4.°, n.° 1, alínea d), sem lhe ser paga qualquer compensação. Se o seu artigo 3.°, n.° 2, fosse aplicável no quadro do artigo 4.°, n.° 1, um proponente livre que não preenchesse as condições do artigo 3.°, n.° 2, como a Flightline, seria substituído por uma futura empresa em posição de monopólio. Este resultado contraria o sentido e alcance do regulamento, que visa liberalizar o transporte aéreo e encorajar a concorrência.

58. As comunicações que, no caso em apreço, foram publicadas no Jornal Oficial revelam a que ponto a possibilidade de restringir a concorrência pode também ser interessante para o Estado-Membro adjudicante. A publicação das obrigações de serviço público no Jornal Oficial, em conformidade com o artigo 4.°, n.° 1, alínea a), não contém qualquer remissão para o artigo 3.°, n.° 2. Isto deixa supor que o Governo português não se teria necessariamente importado com a aplicação dessa disposição se a autorização de exploração das ligações tivesse sido concedida em aplicação da alínea a). A possibilidade de limitar a cabotagem ao abrigo do artigo 3.°, n.° 2, só foi utilizada no quadro do concurso iniciado em conformidade com o artigo 4.°, n.° 1, alínea d). Este comportamento revela quão pouco corresponde à ideia fundamental do Regulamento n.° 2408/92 utilizar o artigo 3.°, n.° 2, para limitar, nas rotas relativamente às quais são impostas obrigações de serviço público para garantir uma oferta suficiente, a participação no concurso para exploração dos direitos de tráfego aéreo lançado em conformidade com o artigo 4.°, n.° 1, alíneas d) e h).

59. A concessão de um direito exclusivo está em absoluta contradição com a preocupação fundamental do Regulamento n.° 2408/92, como expressa no artigo 3.°, n.° 1. A liberalização pretendida é substituída por uma nova situação de monopólio, embora isto apenas seja provisório.

60. Importa todavia atender ao facto de o artigo 3.°, n.° 2, apenas ser uma disposição transitória. Constitui uma decisão delibe-

rada do legislador de prever uma excepção ao princípio da livre prestação de serviços no transporte aéreo. Tal como resulta do décimo considerando do regulamento, os direitos de cabotagem deviam ser introduzidos progressivamente a fim de incentivar o desenvolvimento do sector dos transportes aéreos comunitários e melhorar os serviços oferecidos aos utilizadores.

61. O artigo 3.°, n.° 2, criou um equilíbrio entre a liberalização do transporte aéreo e a situação específica das companhias aéreas nacionais no domínio dos direitos de cabotagem. A necessidade específica de tal equilíbrio justifica-se pelo facto de a concessão de direitos de cabotagem constituir o grau mais elevado de abertura do mercado. Esse mercado era até então propriedade de cada Estado e das companhias aéreas nacionais respectivas. É o que demonstra o artigo 7.° da Convenção relativa à aviação civil internacional, assinada em Chicago em 7 de Dezembro de 1944 e ratificada por todos os Estados-Membros da UE. Esta disposição concede expressamente a todos os Estados contratantes o direito de recusarem aos transportadores aéreos dos outros Estados contratantes a permissão de embarcarem no seu território passageiros, correio ou mercadorias para os transportar, contra remuneração, com destino a outro ponto do seu território.

62. Em matéria de cabotagem, foi portanto conscientemente que o legislador concedeu aos Estados-Membros a possibilidade de adiarem a liberalização de 1 de Janeiro de 1993 até 1 de Abril de 1997 no máximo. Esta vontade legislativa não devia ser desprezada sem razões válidas. Pelo contrário, importava tentar levar o mais possível em linha de conta esta derrogação no quadro da aplicação das outras disposições do regulamento. Isto é tanto mais assim quanto a liberalização em sede de direito comunitário ultrapassa o que se verifica em direito internacional público. Esta reflexão incita a considerar que o artigo 3.°, n.° 2, é um princípio, também, aplicável no quadro dos concursos lançados em conformidade com o artigo 4.°, n.° 1, alínea d).

63. Se o artigo 4.°, n.° 1, alínea d), for interpretado nessa acepção, o seu âmbito de aplicação é, efectivamente, restringido de tal forma que a concorrência fica limitada aos transportadores aéreos autorizados no Estado-Membro em causa e às empresas relativamente às quais o transporte nas rotas objecto do concurso constitui serviços de rebatimento. Todavia, esta concorrência limitada continua a constituir um progresso relativamente a um mercado não liberalizado.

64. Neste contexto, importa rejeitar a opinião da Flightline, segundo a qual os artigos 3.°, n.^{os} 2 e 4, se excluem mutuamente em razão dos seus âmbitos de aplicação diversos. É efectivamente exacto que o âmbito de aplicação do artigo 3.°, n.° 2, pressupõe a existência de diversos

proponentes, pois a disposição limita a concorrência existente. Todavia, a isto não se pode contrapor que o âmbito de aplicação do artigo 4.° apenas abrangia casos em que nenhum proponente oferece as prestações de serviços em causa. A imposição de obrigações de serviço público pode decorrer da conclusão de que o mercado não oferece as prestações de serviço adequadas em número suficiente. Todavia, isto não quer dizer que não exista concorrência. Além disso, o artigo 4.°, n.° 1, alínea d), concretiza precisamente a concorrência, através do concurso lançado periodicamente o mais tardar todos os três anos, mesmo em caso de aplicação da restrição do artigo 3.°, n.° 2, do regulamento. A obrigação de lançar periodicamente um concurso garantia precisamente a concorrência e limita a indemnização eventualmente paga, ao abrigo da alínea h), ao menor défice que possa ser alcançado no mercado. Não existe qualquer razão jurídica para não atender, no âmbito do artigo 4.°, n.° 1, à decisão legislativa deliberada de liberalização progressiva que inclui a possibilidade de adiar a introdução da cabotagem. Por conseguinte, importa considerar que uma aplicação do artigo 4.°, n.° 1, não implica necessariamente a renúncia ao direito que decorre do artigo 3.°, n.° 2.

65. Como também demonstrado, designadamente, pelo n.° 11 do aviso de concurso publicado no Jornal Oficial, mesmo no quadro da aplicação da alínea d), a livre concorrência sobrepõe-se à empresa em posição de monopólio, eventualmente subvencionada. Assim, a concessão só era atribuída desde que, até 1 de Novembro de 1995, nenhuma transportadora aérea tivesse solicitado autorização para explorar uma ou diversas das ligações que são objecto do concurso. Só as ligações relativamente às quais nenhum concorrente livre se apresentou podiam ser concedidas ao abrigo da alínea d).

66. O sentido e alcance das disposições não permitem afastar a aplicação do artigo 3.°, n.° 2, no quadro do artigo 4.° Em conclusão, importa portanto seguir a decisão deliberada do legislador de liberalizar progressivamente o transporte aéreo e de só liberalizar a cabotagem a partir de 1 de Abril de 1997, e há que autorizar a aplicação do artigo 3.°, n.° 2, no quadro do artigo 4.°

67. Por último, importa ainda assinalar que esta solução não viola a proibição de discriminação do artigo 12.° CE. As regras relativas à livre prestação de serviços contidas nos artigos 51.° e seguintes CE são uma regulamentação específica prioritária relativamente à proibição geral de discriminação. Em conformidade com o artigo 80.°, n.° 2, só se aplicam ao transporte aéreo desde que o Conselho assim tenha decidido em disposições específicas. O Regulamento n.° 2408/92 consubstancia tal disposição. Quando aí se afirma, no

artigo 3.°, n.° 2, que certas discriminações em razão da nacionalidade, neste caso o registo da transportadora aérea noutro Estado-Membro, eram legais até 1 de Abril de 1997, esta discriminação está, portanto, em conformidade com o Tratado. Na audiência, o representante da Flightline afirmou expressamente que o Regulamento n.° 2408/92, ou pelo menos o seu artigo 3.°, n.° 2, violava o artigo 12.° CE.

68. Propomos, portanto, que se responda à primeira questão da seguinte forma:

O exercício por um Estado-Membro do direito previsto no artigo 4.° do Regulamento (CEE) n.° 2408/92 do Conselho, de 23 de Julho de 1992, não supõe e também não implica que esse Estado-Membro deva renunciar à faculdade, prevista no artigo 3.°, n.° 2, do mesmo regulamento, de limitar até 1 de Abril de 1997 a concorrência nos serviços de cabotagem no seu território.

3) *Quanto à segunda questão*

69. A resposta à segunda questão vem fundamentalmente no seguimento do resultado das reflexões relativas à primeira questão. Como o concurso lançado ao abrigo do artigo 4.°, n.° 1, não implica a renúncia à possibilidade de limitar a atribuição de direitos de cabotagem em conformidade com o artigo 3.°, n.° 2, o facto de o Estado-Membro exigir, no quadro do concurso, que os transportadores aéreos apresentem propostas nas condições previstas no artigo 3.°, n.° 2, também não é contrário ao direito comunitário. Pelo contrário, nesse caso, o Estado-Membro exerce precisamente os direitos que lhe são conferidos pelo artigo 3.°, n.° 2.

70. Na medida em que os transportadores aéreos titulares de uma licença emitida por outro Estado-Membro são obrigados a satisfazer as condições estabelecidas no artigo 3.°, n.° 2, coloca-se todavia o problema que consiste no facto de que o concurso que está na base do litígio no processo principal devia conceder direitos exclusivos para o período compreendido entre 1 de Janeiro de 1996 e 31 de Dezembro de 1998 (ver n.° 8 do concurso). Este período ultrapassa o prazo fixado pelo artigo 3.°, n.° 2, por força do qual a limitação da cabotagem só era legal até 1 de Abril de 1997. Coloca-se portanto a questão de saber em que medida um concurso efectuado em 1995, relativo a prestações que deviam ser fornecidas entre 1 de Janeiro de 1996 e 31 de Dezembro de 1998, podia prorrogar para lá de 1 de Abril de 1997 a restrição, nos termos do artigo 3.°, n.° 2.

71. A regra constante do artigo 3.°, n.° 2, é uma excepção ao princípio do livre acesso

às ligações intercomunitárias consagrado no artigo 3.°, n.° 1. Em conformidade com os princípios gerais de interpretação, deve, enquanto disposição derrogatória, ser interpretada de forma restritiva.

72. A Flightline considera que as restrições não deviam de forma alguma exceder o indicado no regulamento. A TAP e o Governo português não se pronunciam sobre este aspecto. A Comissão assinala simplesmente que os direitos exclusivos só podem ser concedidos por um período máximo de três anos.

73. Efectivamente, os direitos exclusivos ao abrigo do artigo 4.°, n.° 1, alínea d), só podem ser concedidos, no máximo, por três anos. Este prazo está em conformidade com o codificado no artigo 5.°, que prevê uma protecção de três anos para as concessões exclusivas existentes aquando da entrada em vigor do regulamento. Todavia, os prazos de três anos são limites máximos, tanto no artigo 4.° como no artigo 5.° Não existe qualquer obrigação de os esgotar. Os direitos exclusivos também podem ser concedidos por períodos mais curtos, por exemplo, no quadro da aplicação do artigo 4.°, n.° 1, alínea d), para o período compreendido entre 1 de Janeiro de 1997 e 31 de Março de 1997. Isto revela que os prazos de três anos constantes dos artigos 4.° e 5.° não devem, de forma alguma, servir para prorrogar o prazo fixado no artigo 3.°, n.° 2.

74. Além disso, a disposição do artigo 5.° caducava em 1 de Janeiro de 1996. Seria contrário ao sentido desta disposição transitória daí retirar um argumento segundo o qual existiria a possibilidade de as novas concessões exclusivas serem concedidas para o período compreendido entre 1 de Janeiro de 1996 e 31 de Dezembro de 1998 pelo concurso lançado no final de 1995.

75. No que respeita ao artigo 4.°, n.° 1, alínea d), importa efectivamente observar que o seu âmbito de aplicação temporal é ilimitado. Todavia, nada nesta disposição indica que autorize que se impeça ou retarde a aplicação de outras disposições do regulamento. Só uma interpretação que não dilate a possibilidade de restringir a cabotagem para lá de 1 de Abril de 1997, mesmo que se verifique no quadro de um concurso lançado em conformidade com o artigo 4.°, n.° 1, alínea d), faz jus à ideia fundamental da liberalização, tal como figura no artigo 3.°, n.° 1.

76. Por conseguinte, propomos que se responda à segunda questão da seguinte forma:

No quadro de um concurso público de adjudicação lançado em 1995 por um Estado-Membro para a exploração de serviços aéreos regulares numa rota conforme às obrigações de serviço público impostas por esta mesma rota nos termos do

artigo 4.° do regulamento, apenas podia ser exigido das transportadoras aéreas concorrentes, titulares de uma licença emitida por outro Estado-Membro, que preenchessem as condições previstas no artigo 3.°, n.° 2, do referido regulamento, até 1 de Abril de 1997. Quanto ao período posterior a esta data, qualquer transportadora aérea era e é admitida sem restrições.

4) *Quanto à terceira questão*

77. Com a terceira questão, o Tribunal pretende saber em que medida a decisão auxílios da Comissão, nomeadamente o artigo 1.°, alínea e), nos termos do qual Portugal se comprometeu a aplicar o artigo 4.° às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira o mais tardar em 1 de Janeiro de 1996, levou à exclusão da faculdade de Portugal limitar a cabotagem nos termos do artigo 3.°, n.° 2.

78. Ao passo que o Regulamento n.° 2408/92 é aplicável à Região Autónoma da Madeira a partir da sua entrada em vigor, o artigo 1.°, n.° 4, exclui a Região Autónoma dos Açores do âmbito de aplicação do mesmo regulamento até 1 de Julho de 1993, posteriormente prolongado até 30 de Junho de 1998.

79. Tendo em conta o compromisso de Portugal referido no artigo 1.°, alínea e), da decisão auxílios, o artigo 4.° aplica-se todavia, pelo menos a partir de 1 de Janeiro de 1996, à Região Autónoma dos Açores. Isto corresponde exactamente à data a partir da qual os serviços objecto do concurso de adjudicação de Portugal deveriam ser garantidos.

80. Uma vez que — como foi referido na primeira e segunda questões — a aplicação do artigo 4.° não exclui a faculdade que o artigo 3.°, n.° 2 confere a um Estado-Membro, deve verificar-se, a seguir, em que medida a decisão auxílios leva à renúncia ao exercício dos direitos conferidos pelo artigo 3.°, n.° 2, a partir de 1 de Janeiro de 1996.

81. O teor do artigo 1.°, alínea e), da decisão auxílios não tem qualquer referência expressa ao artigo 3.°, n.° 2, do regulamento. Há assim que averiguar se resulta da fundamentação da referida decisão auxílios que a aplicação desta disposição está excluída.

82. A Flightline remete para a obrigação de Portugal, em contrapartida da autorização dos auxílios para a reestruturação, eliminar todas as barreiras que protegem a TAP da concorrência. Esta opinião pode basear-se no título VIII, n.° 3, da fundamentação da

decisão auxílios. Aí se refere que a Comissão entende que a eliminação das barreiras que protegem a TAP da concorrência compensa exactamente a concessão do auxílio.

83. O exercício da possibilidade de restrição da cabotagem no sentido do artigo 3.°, n.° 2, constitui, em princípio, segundo as considerações que antecedem, uma medida limitativa da concorrência. Uma vez que a TAP era o único candidato à exploração de nove ligações sujeitas ao concurso de adjudicação nos termos do artigo 4.°, n.° 1, alínea d), a aplicação do artigo 3.°, n.° 2, tinha o efeito de uma medida que protegia a TAP da concorrência. Efectivamente, a Flightline não preenchia as condições do artigo 3.°, n.° 2, e não podia por isso tomar parte no concurso de adjudicação.

84. As medidas, citadas a título de exemplo no título VIII, ponto 3, da decisão auxílios, que devem ser tomadas por Portugal nomeadamente para remediar a protecção da concorrência apenas referem todavia, como o artigo 1.°, alínea e), da decisão auxílios, o lançamento de um concurso público de adjudicação nos termos do artigo 4.° O artigo 3.°, n.° 2, não é referido (v. título VIII, n.° 3, segundo travessão, da decisão auxílios). Também pouca referência se faz à renúncia, por Portugal, da faculdade que lhe foi conferida de limitar a cabotagem.

85. É verdade que se refere na fundamentação que, nos termos do artigo 4.°, n.° 1, alínea a), as obrigações de serviço público previstas por Portugal para as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira devem ser publicadas no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Refere-se, a este respeito, que uma concessão após concurso público de adjudicação é concedida na medida em que «nenhuma transportadora europeia se declarar disposta a satisfazer essas obrigações de serviço público». Poder-se-á eventualmente deduzir daqui que não é permitida uma limitação às empresas que preencham as condições do artigo 3.°, n.° 2.

86. A comparação entre a decisão auxílios e a passagem correspondente do artigo 4.°, n.° 1, alínea d), do regulamento confirma esta opinião. Esta disposição, de um modo geral, apenas fala de transportes aéreos. O acento posto nas empresas «europeias» poderia, por isso, comportar conscientemente um alargamento do círculo dos concorrentes.

87. O facto de isto conduzir a uma contradição entre o artigo 4.°, n.° 1, alíneas a) e b), não permite todavia uma tal interpretação da decisão auxílios. Certos concorrentes poderiam efectivamente pedir autorização para explorar ligações em relação às quais foram impostas obrigações de serviço público nos termos do artigo 4.°, n.° 1, alínea a). Não poderia no entanto participar num concurso público de adjudicação lançado posteriormente nos termos da alínea d), na medida em que não

preenche as condições do artigo 3.°, n.° 2. Efectivamente, a decisão auxílios — cujo teor sobre este ponto é de novo idêntico ao do artigo 4.°, n.° 1, alínea d), do regulamento — refere que, no caso de nenhum concorrente se declarar pronto a cumprir as obrigações de serviço público publicadas nos termos do ponto a), a exploração das ligações apenas deverá ser proposta, mediante concurso público de adjudicação nos termos do ponto d), a qualquer transportadora aérea europeia «autorizada a explorar tais serviços aéreos». Uma vez que tem de se ter em conta que o mesmo sentido deve ser dado ao idêntico texto da decisão auxílios e do regulamento, não pode deduzir-se desta formulação, qualquer exclusão da aplicação do artigo 3.°, n.° 2, do regulamento, conforme se referiu quanto à primeira questão.

88. Nada em contrário resultado artigo 1.°, alínea f), da decisão auxílios nem do título VIII, n.° 3, primeiro travessão, da fundamentação desta. É verdade que se refere que Portugal confirmou que a liberalização dos serviços não regulares entre os aeroportos da Comunidade e o arquipélago dos Açores abrange «todos os serviços» referidos no regulamento e que estes serão por isso autorizados mesmo que os Açores continuem excluídos do âmbito de aplicação do regulamento. Todavia, esta passagem não respeita ao âmbito do artigo 4.° do regulamento. Esta disposição abrange expressamente os serviços aéreos regulares e não os serviços não regulares. Além disso, a expressão «todos» refere-se, neste contexto, ao tipo de serviços, como demonstra a enumeração da venda de lugares de viagens simples (ida ou volta) no quadro dos serviços de frete. Não é assim feita referência à liberalização dos serviços de cabotagem.

89. Em conclusão, não se pode, deduzir da fundamentação da decisão auxílios que parte do princípio da eliminação do conjunto das barreiras que protegem a TAP da concorrência, nomeadamente a renúncia ao direito decorrente do artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 2408/92.

90. Contrariamente à opinião da Flightline, a aplicação do artigo 3.°, n.° 2, também não pode excluir-se com o fundamento de que a obrigação de aplicar o artigo 4.° imposta pela decisão auxílios, a não ser assim, ficaria sem sentido. Há que contrapor que, sem a decisão auxílios, Portugal apenas era obrigado a aplicar o artigo 4.° às Regiões Autónomas dos Açores depois de 30 de Junho de 1998. Até esta data, sem a decisão auxílios, nem o artigo 3.° nem o artigo 4.° eram aplicáveis aos Açores. Nesta medida, o conteúdo do regulamento da decisão auxílios encoraja a concorrência.

91. Como para os Açores, a obrigação de proceder a um concurso público de adjudicação é importante na medida em que

Portugália podia, nomeadamente, entrar em concorrência com a TAP, como refere a Comissão. Nos termos da resposta dada à primeira questão, podiam assim entrar em concorrência os transportadores aéreos não registados em Portugal que preenchessem as condições previstas no artigo 3.°, n.° 2.

92. A interpretação da decisão auxílios aqui sustentada está de acordo com a prática da Comissão. Esta indica, nas respectivas observações, que, na adopção de outras decisões de auxílios, nunca exigiu dos Estados-Membros que renunciassem antecipadamente às faculdades conferidas pelo artigo 3.°, n.° 2. Não há nenhuma razão para concluir diferentemente da decisão auxílios em causa neste processo. A Comissão nunca pôs em dúvida a legalidade do concurso público de adjudicação publicado no Jornal Oficial incluindo a remessa para aplicação do artigo 3.°, n.° 2.

93. Em conclusão provisória, há que constatar que não resulta do artigo 1.°, alíneas e) e f), da decisão auxílios que Portugal tenha renunciado aos direitos que lhe confere o artigo 3.°, n.° 2.

94. Todavia, há que ter em conta, igualmente no quadro da terceira questão prejudicial, que as restrições ao artigo 4.°, n.° 1, alínea d), devido à aplicação do artigo 3.°, n.° 2, não pode ir além do previsto por esta disposição, e por isso além de 1 de Abril de 1997. Seria contrário ao artigo 3.°, n.° 1, autorizar a concessão de direitos exclusivos limitadores da cabotagem para além desta data. Sob a condição de os concorrentes preencherem as condições do artigo 3.°, n.° 2, do regulamento, as ligações com as Regiões Autónomas da Madeira só podem por isso ser concedidas até 31 de Março de 1997 incluído, e com as Regiões Autónomas dos Açores até 30 de Junho de 1998 incluído. O Regulamento n.° 2408/92 entrou em vigor em 1 de Abril de 1997 para a Madeira e 1 de Julho de 1998 para os Açores.

95. Propomos por isso que se responda à terceira questão prejudicial como se segue:

O artigo 1.°, alíneas e) e f), da Decisão 94/698/CEE da Comissão, que subordina a aprovação do auxílio que prevê à condição de Portugal respeitar o seu compromisso de aplicação do artigo 4.° do Regulamento (CEE) n.° 2408/92 às Regiões Autónomas o mais tardar em 1 de Janeiro de 1996 e de publicar as obrigações do serviço público para as rotas abrangidas a partir desta data não significa que Portugal esteja impedido de exercer a faculdade de recusa dos direitos de cabotagem conferido aos Estados-Membros pelo artigo 3.°, n.° 2, do regulamento. Todavia, a limitação da cabotagem apenas pode ser aplicada até 1 de Abril de 1997 à Madeira e até 1 de Julho de 1998 aos Açores.

VII — Conclusão

96. Proponho por conseguinte que se responda às questões prejudiciais como se segue:

«1) O exercício para um Estado-Membro do direito previsto no artigo 4.° do Regulamento (CEE) n.° 2408/92 do Conselho, de 23 de Julho de 1992, não supõe e também não tem por efeito que este Estado-Membro deva renunciar à faculdade prevista no artigo 3.°, n.° 2, do mesmo regulamento, delimitar até 1 de Abril de 1997 a concorrência nos serviços de cabotagem no seu território.

2) No quadro de um concurso público de adjudicação lançado em 1995 por um Estado-Membro para a exploração de serviços aéreos regulares numa rota conforme às obrigações de serviço público impostas por esta mesma rota nos termos do artigo 4.° do regulamento, apenas podia ser exigido das transportadoras aéreas concorrentes, titulares de uma licença emitida por outro Estado-Membro, que preenchessem as condições previstas no artigo 3.°, n.° 2, do referido regulamento, até 1 de Abril de 1997. Quanto ao período posterior a esta data, qualquer transportadora aérea era e é admitida sem restrições.

3) O artigo 1.°, alíneas e) e f), da Decisão 94/698/CEE da Comissão, que sujeita a aprovação do auxílio que prevê à condição de Portugal respeitar o compromisso de aplicar o artigo 4.° do Regulamento (CEE) n.° 2408/92 às Regiões Autónomas o mais tardar até 1 de Janeiro de 1996 e de publicar as

obrigações de serviço público sobre as rotas abrangidas a partir desta data não significa que Portugal não possa exercer a faculdade de recusa dos direitos de cabotagem conferidos aos Estados-Membros pelo artigo 3.°, n.° 2, do regulamento. Todavia, a limitação da cabotagem só pode ser aplicada até 1 de Abril de 1997 quanto à Madeira e 1 de Julho de 1998 quanto aos Açores.»