CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN MISCHO

apresentadas em 19 de Outubro de 2000 [1]

1. A República Portuguesa solicita a anulação de uma decisão da Comissão fundamentada no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado CE (actual artigo 86.°, n.° 3, CE) em que esta última considerou que o sistema de taxas de aterragem aplicado pela empresa pública que gere os aeroportos portugueses continentais constitui uma medida incompatível com o artigo 90.°, n.° 1, do Tratado em conjugação com o artigo 86.° (actual artigo 82.° CE).

Quadro jurídico

2. O artigo 18.° do Decreto-Lei português n.° 102/90, de 21 de Março de 1990, prevê que o quantitativo das taxas aeroportuárias, aplicadas nos aeroportos geridos pela ANA — Aeroportos e Navegação Aérea, EP (a seguir «ANA-EP»), é fixado por decreto ministerial. O n.° 3 deste artigo permite taxas diferenciadas em conformidade com a categoria, a funcionalidade e a densidade de utilização de cada aeroporto.

3. O Decreto-Lei n.° 38/91, de 29 de Julho de 1991, fixa as modalidades das taxas de aterragem. Nos termos do seu artigo 4.°, n.° 1, a taxa de aterragem é devida por cada operação de aterragem e é definida por unidade de tonelada métrica do peso máximo de descolagem, indicada no certificado de navegabilidade. O artigo 4.°, n.° 5, prevê que os voos domésticos beneficiam de uma redução de 50%.

4. Anualmente, o Governo publica um decreto que actualiza o nível das taxas. Nos termos do sistema de reduções criado pela Portaria n.° 352/98, de 23 de Junho de 1998, adoptada de acordo com o Decreto-Lei n.° 102/90, é aplicada uma redução de 7,2% no aeroporto de Lisboa (18,4% nos outros aeroportos) a partir de cinquenta aterragens mensais. A partir de cem e de cento e cinquenta aterragens, são aplicadas respectivamente no aeroporto de Lisboa reduções de 14,6% e 22,5% (24,4% e 31,4% nos outros aeroportos). A partir de duzentas aterragens é aplicada uma redução de 32,7% (40,6% nos outros aeroportos).

5. A ANA-EP é uma empresa pública encarregada da gestão dos três aeroportos continentais (Lisboa, Faro, Porto), objecto da decisão impugnada.

1 — Língua original: francês.

Factos do litígio e decisão impugnada

6. Por carta de 2 de Dezembro de 1996, a Comissão informou a República Portuguesa de que tinha dado início a um inquérito relativo aos sistemas de reduções de taxas de aterragem nos aeroportos dos Estados-Membros. Pedia às autoridades portuguesas que lhe comunicassem todas as informações sobre a legislação portuguesa aplicável às taxas de aterragem a fim de estar em situação de apreciar a compatibilidade das reduções concedidas com as regras comunitárias da concorrência.

7. Tendo recebido as informações solicitadas, a Comissão, por carta de 28 de Abril de 1997, advertiu as autoridades portuguesas de que considerava discriminatório o sistema de reduções de taxas de aterragem em vigor nos aeroportos portugueses geridos pela ANA-EP. A Comissão convidava o Governo português a comunicar-lhe as medidas que pretendia tomar a este respeito e a apresentar as suas observações. O teor desta carta foi comunicado à ANA-EP e às companhias aéreas portuguesas TAP e Portugália a fim de poderem igualmente apresentar as suas observações.

8. Na resposta de 3 de Outubro de 1997 a República Portuguesa alegou, em primeiro lugar, que as taxas diferenciadas segundo a origem do voo são justificadas pelo facto de uma parte dos voos domésticos servirem aeroportos insulares relativamente aos quais não existe qualquer alternativa ao transporte aéreo e de os restantes voos domésticos serem muito curtos e com tarifas pouco elevadas. Em segundo lugar, que o sistema de taxas de aterragem em vigor corresponde a imperativos de coesão económica e social. Por último, no que diz respeito aos voos internacionais, que os aeroportos portugueses enfrentam a concorrência dos aeroportos de Madrid e de Barcelona que praticam este tipo de tarifação. Por outro lado, o sistema em vigor pretende promover as economias de escala resultantes de uma maior utilização dos aeroportos portugueses e de Portugal como destino turístico.

9. Na sua resposta à Comissão, a ANA-EP declarou que o sistema de taxas em causa é justificado pela necessidade de aplicar uma política tarifária comparável à praticada nos aeroportos de Madrid e de Barcelona e pela preocupação de diminuir os custos de exploração das transportadoras que utilizam de forma mais frequente e regular os aeroportos que ela gere.

10. Depois de uma nova troca de correspondência entre a Comissão e a República Portuguesa, a Comissão adoptou, em 10 de Fevereiro de 1999, a Decisão 1999/199/CE [2]. Nessa decisão a Comissão mencionou essencialmente os seguintes factos:

— a ANA-EP é uma empresa pública para efeitos do n.º 1 do artigo 90.º do Tra-

2 — Decisão relativa a um processo de aplicação do artigo 90.º do Tratado (IV/35.703 — Aeroportos portugueses) (JO L 69, p. 31).

tado, que é titular do direito exclusivo de administrar os aeroportos de Lisboa, Porto, Faro e os quatro aeroportos dos Açores;

— a política tarifária da ANA-EP apoia-se em disposições legislativas e regulamentares que constituem medidas estatais para efeitos do n.º 1 do artigo 90.º do Tratado;

— o mercado em causa é o dos serviços de acesso às infra-estruturas aeroportuárias de cada um dos sete aeroportos geridos pela ANA-EP;

— como uma grande maioria do tráfego dos três aeroportos continentais (Lisboa, Porto e Faro) é realizado entre Portugal e os outros Estados-Membros, o sistema de taxas em causa tem efeitos no comércio entre os Estados-Membros; em contrapartida, não é o que se passa no que diz respeito aos quatro aeroportos dos Açores cujo tráfego é totalmente interno ou proveniente de países terceiros;

— os três aeroportos continentais têm tráfegos importantes e abrangem todo o território de Portugal continental de modo que o conjunto desses aeroportos que efectua ligações intracomunitárias representa uma parte substancial do mercado comum;

— a ANA-EP que tem um direito exclusivo para cada aeroporto por ela gerida, ocupa uma posição dominante no mercado dos serviços necessários à aterragem e à descolagem das aeronaves relativamente aos quais é paga uma taxa;

— o sistema de taxas de aterragem em causa tem por efeito que sejam aplicadas às companhias aéreas condições desiguais relativamente a prestações equivalentes colocando-as assim numa situação de desvantagem concorrencial;

— por um lado, o sistema das reduções concedidas em função do número de aterragens conduz a consentir às companhias portuguesas TAP e Portugália uma taxa média de redução de, respectivamente, 30 e 22% sobre o conjunto dos seus voos, ao passo que essa taxa varia entre 1% e 8% para as companhias dos outros Estados-Membros. Ora, esta diferença de tratamento não é justificada por qualquer motivo objectivo, uma vez que o tratamento de uma aeronave no momento da aterragem ou da descolagem exige o mesmo serviço independentemente do seu proprietário e independentemente do número de aeronaves pertencentes a uma mesma companhia. Por outro, nem a circunstância de os aeroportos concorrentes de Madrid e de Barcelona

instaurarem um sistema análogo, nem o objectivo de promover uma maior utilização das infra-estruturas e o turismo em Portugal podem justificar reduções discriminatórias;

— por outro lado, a redução de 50% de que beneficiam os voos domésticos criou uma desvantagem para as companhias que asseguram voos intracomunitários que nem o objectivo de ajudar os voos que ligam os Açores ao Continente nem a curta distância dos voos domésticos podem justificar. Por um lado, os voos com destino ou a partir dos Açores, de qualquer modo, não são abrangidos pela decisão. Por outro, a taxa é calculada em função do peso do aparelho e não da distância, sem contar com o facto de que os voos internacionais de curta distância não beneficiam da redução em causa;

— o facto de uma empresa em posição dominante como a ANA-EP aplicar relativamente a parceiros comerciais as condições precedentes constitui um abuso de posição dominante nos termos do artigo 86.°, segundo parágrafo, alínea c), do Tratado;

— a derrogação prevista no artigo 90.°, n.° 2 do Tratado, que aliás não foi invocada pelas autoridades portuguesas, não se aplica;

— na medida em que o sistema de taxas em causa é imposto à ANA-EP por uma medida estatal, esta constitui uma infracção ao n.° 1 do artigo 90.° do Tratado em conjugação com o artigo 86.° no que diz respeito à sua aplicação nos aeroportos portugueses continentais.

11. Por conseguinte, a Comissão considerou que o sistema de reduções das taxas de aterragem e da sua diferenciação consoante a origem do voo, nos termos do Decreto-Lei n.° 102/90, do Decreto Regulamentar n.° 38/91 e da Portaria 352/98, nos aeroportos de Lisboa, Porto e Faro constitui uma medida incompatível com o disposto no n.° 1 do artigo 90.° do Tratado CE em conjugação com o artigo 86.° do mesmo Tratado (artigo 1.° da Decisão 1999/199) e ordenou à República Portuguesa que pusesse termo à infracção e que a informasse, no prazo de dois meses a contar da notificação da decisão, das medidas tomadas para esse efeito (artigo 2.° da decisão).

12. No seu recurso, a República Portuguesa apoia-se em fundamentos que dizem respeito, por um lado, à forma e ao procedimento escolhidos pela Comissão e, por outro, ao mérito do acto impugnado.

13. Quanto ao primeiro aspecto, a recorrente articula três fundamentos, relativos, respectivamente, à falta de fundamentação,

à violação do princípio da proporcionalidade e ao desvio de poder.

Quanto à falta de fundamentação

14. A República Portuguesa considera que a decisão impugnada está viciada de falta de fundamentação por quatro razões. Com efeito, a Comissão deveria expor por que razão agiu, no caso em apreço, com fundamento no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado ao passo que, quanto à taxa relativa ao serviço aos passageiros e à taxa de segurança que são, pela mesma razão que as taxas de aterragem, taxas aeroportuárias, recorreu à acção por incumprimento.

15. Além disso, competia à Comissão explicar por que razão se colocou, na decisão impugnada, no domínio das regras de concorrência e não no domínio da liberdade de prestação de serviços como na acção por incumprimento.

16. Do mesmo modo, a Comissão deveria expor a situação em vigor nos aeroportos dos outros Estados-Membros de modo muito mais detalhado, o que não fez.

17. Por último, na medida em que o artigo 90.°, n.° 3, do Tratado prevê que a Comissão dirigirá, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas aos Estados-Membros, a Comissão era obrigada a justificar a necessidade de uma acção da sua parte e a escolha do instrumento da decisão, em vez da directiva.

18. A Comissão responde que, quando recorre ao artigo 90.°, n.° 3, do Tratado, deve apenas indicar as razões pelas quais considera que as condições impostas pelo n.° 1 deste artigo estão preenchidas. Em contrapartida, não é obrigada a fundamentar a necessidade do recurso a essa disposição nem a escolha do instrumento utilizado que relevam apenas da sua apreciação.

19. O que pensar destes argumentos?

20. No que diz respeito à necessidade de fundamentar a escolha efectuada pela Comissão entre os artigos 90.°, n.° 3, do Tratado e 169.° do Tratado CE (actual artigo 226.° CE), há que recordar a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, segundo a qual o artigo 90.°, n.° 3, do Tratado confia à Comissão a missão de velar pelo cumprimento, por parte dos Estados-Membros, das obrigações que lhes são impostas, no que diz respeito às empresas referidas no artigo 90.°, n.° 1, e confere-lhe expressamente competência para intervir nesse sentido por via de directivas e de decisões. O Tribunal de

Justiça, desde logo, reconheceu à Comissão o poder de declarar que uma medida estatal determinada é incompatível com as regras do Tratado e de indicar as medidas que o Estado destinatário deve adoptar para cumprir as obrigações resultantes do direito comunitário [3].

21. Assim, não se pode contestar que a Comissão tinha o direito, vista a medida estatal determinada que constitui, segundo ela, a fixação das taxas em litígio, de se apoiar no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado.

22. A eventual possibilidade de recorrer à acção por incumprimento não pode limitar o poder da Comissão, que lhe é reconhecido pela citada jurisprudência, de utilizar o artigo 90.°, n.° 3, do Tratado. Isto resulta claramente do acórdão Países Baixos e o./ /Comissão, já referido, em que o Tribunal não acolheu o argumento segundo o qual a Comissão deveria, para declarar uma determinada infracção às regras do Tratado, fundamentar-se no artigo 169.°

23. O direito de a Comissão se apoiar no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado também não é afectado pelo facto de, relativamente às medidas julgadas conexas com as taxas em litígio pela recorrente, ter proposto uma acção por incumprimento.

24. Saliento, em primeiro lugar, de passagem, que a Comissão contesta a conexão das diferentes taxas em causa e alega que a delimitação da infracção verificada não é arbitrária nem tem falta de lógica. Expõe, a este respeito, que, embora as diferentes categorias de taxas aeroportuárias tenham características comuns, também é um facto que cada categoria corresponde a uma prestação de serviços específica pelas entidades que gerem os aeroportos e pode, assim, ser objecto de uma análise distinta, tendo em conta as suas características próprias.

25. De qualquer modo, o Tribunal de Justiça decidiu que a Comissão dispõe de um vasto poder de apreciação no que diz respeito à oportunidade de agir contra um Estado-Membro, à determinação das disposições que ele teria violado e à escolha do momento em que dará início ao procedimento por incumprimento contra esse Estado [4].

26. Conclui-se que a Comissão tinha o direito de limitar o objecto da sua acção por incumprimento a certas taxas e de não incluir outras. Quanto a estas últimas, era preferível, como foi exposto *supra*, não tomar uma decisão fundamentada no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado, uma vez que considerava preenchidas as condições de fundo impostas por essa disposição.

3 — V. acórdão de 12 de Fevereiro de 1992, Países Baixos e o./ /Comissão (C-48/90 e C-66/90, Colect., p. I-565, n.os 25 a 28).

4 — Acórdão de 18 de Junho de 1998, Comissão/Itália (C-35/96, Colect., p. I-3851, n.° 27).

27. Mesmo que esteja provado que a Comissão tinha o direito de optar pelo artigo 90.°, n.° 3, em vez de optar pelo artigo 169.° do Tratado, a argumentação da recorrente impõe todavia que se examine se a Comissão não era obrigada a fundamentar a escolha a que procedeu.

28. A Comissão sublinha, justamente em minha opinião, que não se pode, em princípio, exigir que ela explique em cada um dos seus actos a razão pela qual não adopta um acto diferente, sob pena de paralisar a sua acção.

29. É necessário, a este respeito, recordar que a obrigação de fundamentar um acto tem por objectivo permitir ao interessado conhecer as razões que servem de fundamento ao referido acto a fim de eventualmente o contestar, e ao juiz exercer o controlo relativo à sua legalidade [5].

30. Conclui-se, no presente caso, que a decisão impugnada deve expor de modo suficientemente elaborado a natureza da infracção imputada ao seu destinatário, as razões pelas quais a Comissão considera estar em presença da referida infracção e as medidas que aguarda do destinatário.

31. Ora, a recorrente não alega que a Comissão não cumpriu essa obrigação no presente processo. Não contesta, pois, que o texto da decisão lhe permite sem qualquer dificuldade compreender a natureza e a justificação das censuras formuladas pela Comissão.

32. Tal contestação seria, aliás, completamente surpreendente já que, segundo a própria recorrente, a decisão foi precedida de numerosos contactos entre as autoridades portuguesas e a Comissão. Assim, estamos numa situação, encontrada frequentemente na jurisprudência do Tribunal de Justiça, em que há que ter em conta o facto de o Estado-Membro ter estado intimamente associado ao processo de elaboração do acto em litígio e conhece, portanto, as razões que estão na base desse acto [6].

33. Por último, acrescento que, de qualquer modo, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a Comissão dispõe de poder discricionário para apreciar se deve ou não intentar uma acção por incumprimento [7]. Conclui-se necessariamente que a sua escolha na matéria não é susceptível de controlo jurisdicional. Ora, como foi recordado *supra*, a obrigação de fundamentação deve ser considerada no contexto desse controlo e não pode, assim, abranger aspectos do

5 — V., a título de exemplo de uma jurisprudência constante, o acórdão de 22 de Janeiro de 1986, Eridania e o. (250/84, Colect., p. 117).

6 — V., a título de exemplo de uma jurisprudência constante, o acórdão de 17 de Outubro de 1995, Países Baixos/Comissão (C-478/93, Colect., p. I-3081, n.os 48 a 50).

7 — Acórdão de 14 de Fevereiro de 1989, Star Fruit/Comissão (247/87, Colect., p. 291, n.° 11).

acto impugnado que fazem parte do poder discricionário do seu autor e escapam por esse facto a qualquer recurso.

34. Pelas razões precedentes, considero que há que rejeitar o primeiro argumento da recorrente.

35. Em seguida a recorrente alega que a Comissão deveria explicar por que razão se fundamentou nas regras de concorrência do Tratado em vez de se fundamentar nas relativas à prestação de serviços.

36. Resulta do que foi exposto anteriormente que a obrigação de fundamentação da Comissão implica que deve expor no acto impugnado as razões pelas quais considera estar em presença de uma infracção às regras de concorrência. Em contrapartida, não lhe incumbe explicitar especificamente por que razão considerou a medida estatal em litígio sob um fundamento jurídico diferente.

37. Com efeito, a possibilidade de o destinatário do acto o contestar, e a possibilidade de o juiz controlar a sua validade, depende unicamente da existência de uma fundamentação susceptível de justificar a conclusão a que a Comissão chegou.

38. Assim, há que rejeitar também este argumento.

39. A recorrente alega ainda que a Comissão não tinha justificação para não referir a situação existente nos outros Estados-Membros.

40. Esta tese não pode obter acolhimento. Com efeito, o objectivo da decisão impugnada é declarar verificada uma infracção às regras de concorrência. A existência da infracção não depende de modo algum da existência de medidas similares num ou vários outros Estados-Membros. Aliás, a recorrente não alega a existência desse nexo.

41. Assim, não se vislumbra de modo algum por que razão a fundamentação da decisão tomada deveria comportar considerações relativas à situação nos outros Estados-Membros.

42. A recorrente na verdade tem razões para considerar que, tendo em conta a existência de infracções similares nos outros Estados-Membros, era inoportuno da parte da Comissão apenas adoptar uma decisão relativa unicamente à República Portuguesa e não se referir à situação no resto da Comunidade.

43. Também não deixa de ser verdade que essa opinião não releva do contencioso relativo à validade da fundamentação do acto impugnado.

44. Por último, a República Portuguesa considera que a Comissão deveria fundamentar a escolha do instrumento da decisão, quando o artigo 90.°, n.° 3, do Tratado lhe permitia também adoptar uma directiva, que permitiria regulamentar o problema em todos os Estados-Membros e não unicamente em Portugal.

45. Neste contexto faz alusão ao facto de a Comissão, sem utilizar a sua própria competência de adoptar uma directiva, ter apresentado ao Conselho uma proposta de directiva relativa às taxas aeroportuárias [8], o que demonstra que deveria regulamentar este problema por via de acto normativo e não por decisão individual.

46. No entanto é necessário referir, como a Comissão o fez, que o Tribunal de Justiça decidiu que o objectivo da competência conferida à Comissão pelo artigo 90.°, n.° 3, do Tratado é diferente e mais específico que o das competências legislativas atribuídas ao Conselho. Deste modo, a eventualidade de uma regulamentação adoptada pelo Conselho nos termos de um poder geral que detém por força de outros artigos do Tratado e que envolve disposições que dizem respeito ao domínio específico do artigo 90.° do Tratado não impede o exercício da competência que este último artigo confere à Comissão [9].

47. Conclui-se que não se pode extrair um argumento da existência de uma proposta de directiva relativa às taxas aeroportuárias para contestar a competência da Comissão para adoptar medidas na matéria.

48. Mas o argumento da recorrente visa sobretudo a escolha da Comissão de não adoptar ela própria uma directiva, mas uma decisão.

49. A este respeito, recordo, em primeiro lugar, a jurisprudência [10] segundo a qual «resulta do teor do artigo 90.°, n.° 3, e da sistemática do conjunto das disposições deste artigo que a Comissão goza de um amplo poder de apreciação no domínio abrangido pelos seus n.os 1 e 3, tanto relativamente à acção que considere necessário desenvolver quer aos meios apropriados para esse fim».

50. Conclui-se que a Comissão tinha *a priori* o direito de recorrer ao instrumento

8 — COM(97) 154 final.

9 — Acórdão de 19 de Março de 1991, França/Comissão (C-202/88, Colect., p. I-1223).

10 — Acórdãos de 20 de Fevereiro de 1997, Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Comissão (C-107/95 P, Colect., p. I-947), bem como Países Baixos/Comissão, já referido.

da decisão. Quanto à fundamentação dessa escolha, compete-lhe unicamente expor as razões que justificam a sua opinião, segundo a qual ela se encontrava em presença de uma medida estatal constitutiva de uma violação das regras de concorrência.

51. Em contrapartida, como já foi exposto precedentemente no contexto do primeiro argumento da recorrente, não competia à Comissão, uma vez que fundamentara o conteúdo da medida adoptada, expor, além disso, as razões pelas quais não tinha adoptado um acto diferente.

52. Assim, há que rejeitar na totalidade o primeiro fundamento invocado pela recorrente.

Quanto à violação do princípio da proporcionalidade

53. A recorrente alega que ao adoptar uma decisão com fundamento no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado, a Comissão escolheu a via mais coerciva e a menos adequada. Com efeito, uma vez que não é contestado que, no momento em que foi adoptada a decisão recorrida, um grande número de Estados-Membros tinha recorrido a sistemas similares de reduções de taxas aeroportuárias, a Comissão devia adoptar uma medida de ordem geral em vez de uma decisão que, por definição, só afectaria a República Portuguesa.

54. Neste contexto, a República Portuguesa insiste no facto de a violação do princípio da proporcionalidade decorrer do facto de, ao adoptar uma decisão, a Comissão ter apenas imposto às autoridades portuguesas que alterassem o seu sistema, com a consequência de as transportadoras portuguesas se verem confrontadas com condições de concorrência iníquas nos outros Estados-Membros que não são impedidos de manter em vigor os seus sistemas, apesar de análogos ao criticado pela Comissão a Portugal.

55. Assim, a República Portuguesa conclui igualmente a título desta censura, que a Comissão deveria limitar-se a diligenciar a adopção, pelo Conselho de uma directiva regulamentando a matéria ou, não o fazendo, adoptar uma directiva com fundamento no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado.

56. Tratar-se-ia da única medida adequada, uma vez que seria a única possibilidade de garantir que todos os Estados-Membros adaptem simultaneamente os seus sistemas de taxas aeroportuárias em conformidade com o direito comunitário.

57. A este respeito, a Comissão alega, em minha opinião justamente, que não é este o

caso. Com efeito, uma directiva fundada no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado só pode ser aplicada às medidas estatais e, deste modo, não produziria efeitos nos regimes imputáveis não a um Estado-Membro, mas apenas às empresas que gerem um aeroporto.

58. É um facto que a República Portuguesa alega que todas estas empresas preenchem, na realidade, as condições para serem abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 90.°, sem, no entanto, carrear prova a este respeito, nem pôr em causa a validade do exemplo citado pela Comissão em apoio da sua opinião, o dos aeroportos finlandeses, que, tendo adoptado um sistema de reduções do mesmo tipo por sua própria iniciativa, foram objecto de uma decisão fundada apenas no artigo 86.° do Tratado, sem que a Comissão tivesse recorrido ao artigo 90.°

59. Além disso, a Comissão recorda a jurisprudência *supra* citada que lhe confere um vasto poder de apreciação na utilização do artigo 90.°, n.° 3, do Tratado.

60. Considero que decorre dessa jurisprudência que, quando a Comissão está em presença de uma determinada medida estatal que lhe parece constituir uma violação do artigo 90.°, em conjugação com outra disposição do Tratado, tem o direito de adoptar uma decisão para pôr termo à infracção.

61. O facto de a infracção existir igualmente noutros Estados-Membros é, sob este aspecto, irrelevante.

62. Assim, o Tribunal de Justiça precisou no acórdão Países Baixos/Comissão, já referido, que a decisão da Comissão fundada no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado é «adoptada em função de uma situação determinada num ou mais Estados-Membros». Assim, não é, contrariamente ao que implica a tese da recorrente, condicionada pelo facto de a infracção existir apenas no Estado-Membro destinatário da decisão.

63. Além disso, e mesmo que a recorrente se defenda desse facto, a sua tese equivale a afirmar o direito de um Estado-Membro manter em vigor uma medida contrária ao direito comunitário, sob o pretexto de que existiriam medidas similares noutros Estados-Membros.

64. Com efeito, o único argumento invocado pela República Portuguesa para alegar uma violação do princípio da proporcionalidade é relativo à situação nos outros Estados-Membros. Essa situação impediria a Comissão de agir, sob pena de violar o referido princípio e, implicaria, como con-

sequência necessária, o direito à impunidade de um Estado-Membro.

65. Deve também referir-se que essa tese é incompatível com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, segundo a qual um Estado-Membro não é autorizado a invocar em sua defesa a violação do direito comunitário por outros Estados-Membros [11].

66. Assim há que rejeitar também o segundo fundamento invocado pela recorrente.

Quanto ao desvio de procedimento

67. A recorrente alega neste contexto que a Comissão não dispõe de liberdade de escolha ilimitada quando decide adoptar uma decisão com fundamento no artigo 90.°, n.° 3, do Tratado, ou propor uma acção por incumprimento.

68. Com efeito, uma vez que está provado que a alegada infracção subsiste em vários Estados-Membros, a Comissão é obrigada, sob pena de cometer um desvio de procedimento, a recorrer ao artigo 169.° do Tratado.

69. No entanto, a recorrente não explica em que medida o facto de a infracção existir em vários Estados-Membros implica que a Comissão não dispõe da possibilidade de recorrer ao artigo 90.°, n.° 3, do Tratado.

70. Além disso, recordo a este respeito que a jurisprudência do Tribunal de Justiça, já referida, consagra o princípio da liberdade de escolha da Comissão na matéria e que não resulta de modo algum que é limitada por considerações relativas à situação nos outros Estados-Membros que não o destinatário do procedimento iniciado pela Comissão.

71. Assim, proponho a rejeição do fundamento baseado no desvio de procedimento e só farei as observações que se seguem para esgotar o assunto.

72. A Comissão interpreta generosamente a argumentação da recorrente como implicando a censura de uma violação dos direitos de defesa, decorrente do facto de o artigo 169.° do Tratado prever um procedimento pré-contencioso que a Comissão não cumpriu ao recorrer ao artigo 90.°, n.° 3, do Tratado.

11 — Acórdão de 25 de Setembro de 1979, Comissão/França (232/78, Recueil, p. 2729).

73. No entanto, a recorrente não faz qualquer alusão ao respeito dos direitos de defesa. De qualquer modo, como aliás o explica a Comissão, o princípio do direito de defesa impõe-se em qualquer procedimento, mesmo na ausência de disposições expressas. Assim, o facto de a Comissão recorrer ao artigo 90.°, n.° 3, em vez de recorrer ao artigo 169.° do Tratado não pode ser em si mesmo constitutivo de uma violação dos direitos de defesa. Por último, não é alegado pela recorrente a violação concreta dos direitos de defesa que a Comissão teria cometido no procedimento de adopção da decisão em litígio.

74. A recorrente faz alusão, na réplica, a um eventual desvio de poder. Na medida em que se trata de um fundamento novo, a sua invocação confronta-se com a inadmissibilidade.

75. De qualquer modo, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, só há desvio de poder se o acto em litígio parecer, com base em indícios objectivos, pertinentes e concordantes, ter sido adoptado com o objectivo exclusivo ou, pelo menos, determinante de atingir fins diferentes dos alegados e prosseguidos pela disposição de habilitação em causa. Ora, a recorrente não demonstra de modo algum ser esse o caso em apreço [12].

12 — Acórdão de 21 de Junho de 1984, Lux/Tribunal de Contas (69/83, Recueil, p. 2447).

76. Quanto ao mérito, a recorrente invoca dois fundamentos que há que examinar sucessivamente.

Quanto à ausência de discriminação em razão da nacionalidade

77. A recorrente alega que a decisão impugnada incorre em anulação porque a Comissão não demonstra a existência de discriminação em razão da nacionalidade, quando o artigo 90.°, n.° 3, do Tratado se refere muito especialmente ao artigo 6.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 12.° CE), que proíbe as discriminações em razão da nacionalidade.

78. É um facto, como sublinha o Governo português, que as reduções em litígio não implicam uma discriminação directa em razão da nacionalidade, uma vez que podem ser obtidas independentemente da origem ou da nacionalidade das aeronaves. Além disso, uma vez que as transportadoras de outros Estados-Membros têm a possibilidade, nos termos do direito comunitário, de fazer voos domésticos, o facto de as reduções serem reservadas a estes últimos não pode constituir uma discriminação directa em razão da nacionalidade.

79. Também não deixa de ser verdade, como aliás refere a Comissão na decisão

impugnada, que, na prática, as transportadoras portuguesas beneficiam de reduções muito superiores, em média 30 e 22%, respectivamente, às obtidas pelas transportadoras dos outros Estados-Membros, que variam entre 8 e 1%. Aliás, estas percentagens não são contestadas pela recorrente.

80. Mesmo que possa haver dúvidas quanto à realidade do carácter não discriminatório das reduções em causa, é necessário sublinhar de qualquer modo que este debate não tem razão de ser. Com efeito, o texto do artigo 90.°, n.° 3, do Tratado não deixa lugar a qualquer dúvida e impõe que se conclua que a sua aplicação não é limitada aos casos em que uma medida estatal infringe o artigo 6.° do Tratado. Assim, essa disposição refere-se também expressamente ao artigo 86.° do Tratado.

81. Deste modo, é perfeitamente possível à Comissão basear-se nessa disposição para reprimir uma medida de que afirma não se tratar de uma discriminação formal mas que ela considera, em contrapartida, não compatível com o artigo 86.° do Tratado. Ora, no caso em apreço, a Comissão não actuou de forma diferente.

82. Conclui-se que é no plano desta última disposição que há que fazer a nossa análise.

Quanto à ausência de um abuso de posição dominante

83. Já referi que as reduções em litígio são criticadas pela Comissão por duas razões. Por um lado, a redução de 50% é apenas concedida aos voos domésticos. Por outro, a regulamentação contestada prevê a concessão de reduções que aumentam consoante as transportadoras façam um maior número de aterragens nos aeroportos em causa.

84. Há que examinar, em primeiro lugar, o problema da diferenciação efectuada entre os voos domésticos e os voos internacionais.

Quanto aos voos domésticos

85. A recorrente alega, em primeiro lugar, que as transportadoras comunitárias, que podem assegurar esses voos domésticos nos termos da regulamentação comunitária, beneficiam das referidas reduções nos mesmos termos que as suas concorrentes portuguesas. Assim, o sistema não comporta qualquer discriminação mas estabelece, pelo contrário, uma distinção baseada num critério objectivo e justificado por razões que nada têm a ver com a intenção de favorecer as transportadoras aéreas locais.

86. Com efeito, é um facto que uma companhia aérea de um outro Estado-Membro, que efectue um voo entre duas cidades portuguesas, beneficia da redução de 50% nas taxas de aterragem.

87. A República Portuguesa alega que, no que diz respeito aos voos que ligam os aeroportos de Portugal continental (Lisboa, Porto e Faro), essa redução é justificada pelo facto de se tratarem de ligações curtas em que é necessário manter os preços a níveis tão reduzidos quanto possível.

88. A este respeito a Comissão alega que, se o sistema em litígio visasse favorecer voos de curta duração, as reduções deveriam também beneficiar os voos a partir de Portugal e com destino a Madrid, Sevilha, Málaga e Santiago e o factor «distância» deveria intervir no cálculo da redução.

89. Considero que há que dar acolhimento a esta tese. Com efeito, é necessário observar que o artigo 86.° do Tratado não dá origem a qualquer dúvida. Uma empresa em posição dominante não tem o direito, como o especifica o segundo parágrafo, alínea c), desta disposição, de «aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência».

90. Ora, a recorrente não contesta a análise que faz a decisão impugnada quanto à existência no caso em apreço de uma posição dominante.

91. Além disso, é indiscutível que as prestações que constituem a contrapartida das taxas de aterragem são idênticas para um voo doméstico e para um voo intracomunitário cobrindo uma distância comparável.

92. A situação é, a este respeito, análoga à que existia no processo Corsica Ferries [13]. Nesse processo, o Tribunal de Justiça, considerando que as prestações de serviços de pilotagem em causa não diferem consoante o navio beneficiário assegure uma ligação interna ou não, concluiu que uma tarifação diferenciada segundo esse critério era constitutiva de um abuso de posição dominante.

93. No que diz respeito às ligações entre o continente e as regiões autónomas ou entre as próprias regiões autónomas, a recorrente apoia-se na referência ao objectivo de coesão económica e social que figura no artigo 3.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 3.° CE), bem como ao estatuto de região ultraperiférica reconhecido aos Açores e à Madeira pelo seu artigo 227.° (que passou, após alteração, a artigo 299.° CE).

13 — Acórdão de 17 de Maio de 1994 (C-18/93, Colect., p. I-1783, n.° 45).

94. No entanto, é justificadamente que a Comissão expõe que essas considerações só poderiam ser pertinentes se, em conformidade com os termos do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, as regras de concorrência impedissem o cumprimento pelas empresas consideradas da sua missão de serviço público, o que não é alegado no caso em apreço.

95. Além disso, a regulamentação comunitária [14] permite à República Portuguesa impor obrigações de serviço público para ter em conta as especificidades dos destinos em causa.

96. Por último, de qualquer modo, as ligações com os Açores e entre os aeroportos desse arquipélago não são abrangidas pela decisão impugnada.

97. Assim, considero que foi justificadamente que a Comissão considerou que o facto de conceder reduções apenas em benefício dos voos domésticos era constitutivo de um abuso de posição dominante.

14 — V. artigo 4.° do 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).

Quanto às reduções de quantidade

98. Quanto às reduções de quantidade, a recorrente tece diversos argumentos, dos quais um me parece particularmente digno de ter interesse.

99. Afirma, em primeiro lugar, que a prática das reduções de quantidade é uma opção de política comercial, de que a ANA-EP não se podia privar sob o pretexto da sua posição dominante.

100. No entanto, é necessário referir que o texto do artigo 86.° do Tratado e a jurisprudência do Tribunal de Justiça revelam, pelo contrário, que as opções de política comercial proporcionadas às empresas, geralmente, não são necessariamente proporcionadas a uma empresa em posição dominante. Com efeito, o segundo parágrafo desta disposição enumera como exemplos de práticas abusivas uma série de comportamentos dos quais alguns, pelo menos, são perfeitamente lícitos, uma vez que não são de uma empresa em posição dominante.

101. Conclui-se igualmente que, ao afirmar que o recurso a reduções de quantidade é proibido a uma empresa cuja posição dominante não é contestada, como a ANA-EP, a Comissão não comete uma violação do princípio da neutralidade que

a parte recorrente deduz do artigo 222.° do Tratado CE (actual artigo 295.° CE) [15], o que implica que as empresas não podem ser tratadas mais desfavoravelmente pelo direito comunitário sob o pretexto de que um Estado-Membro lhes concedeu direitos especiais ou exclusivos.

102. Com efeito, a Comissão não critica a referida concessão e aliás cita ela própria a jurisprudência do Tribunal de Justiça nos termos da qual, se uma empresa dotada desses direitos exclusivos pode por esse facto estar em posição dominante, não se conclui que a concessão desses direitos seja em si mesma abusiva [16].

103. Assim, não é a existência dos direitos exclusivos concedidos à ANA-EP que é visada pela decisão da Comissão, mas a utilização da posição dominante daí decorrente, questão que não pode relevar do artigo 222.° do Tratado, invocado pela recorrente.

104. A recorrente sublinha, além disso, a necessidade de desenvolver as rotas que utilizam os aeroportos em causa o que, aliás, beneficiaria também as regiões em questão.

105. Este argumento está ligado à tese desenvolvida pela República Portuguesa para justificar as reduções de quantidade pelo facto de favorecerem uma utilização intensiva dos aeroportos em questão. Ora, «a frequência ou a intensidade de utilização de infra-estruturas tão dispendiosas, no seu custo inicial e na sua manutenção, é determinante na prossecução de uma política estratégica de (re)investimento no desenvolvimento dessas infra-estruturas aeroportuárias, influindo ainda no custo final de amortização dos investimentos» [17].

106. A este respeito, sublinho em primeiro lugar, aliás como a Comissão o expôs na decisão impugnada [18], que a proibição feita a uma empresa em posição dominante de praticar descontos de quantidade não é absoluta. Com efeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, se o aumento da quantidade fornecida se traduzir por um custo inferior para o fornecedor, este tem o direito de fazer beneficiar o seu cliente dessa redução através de uma tarifa mais favorável [19].

107. Estamos, no caso em apreço, perante um exemplo desse tipo? Existem, para repetir os termos da Comissão, razões

15 — «O presente Tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros».

16 — V. acórdão Corsica Ferries, já referido.

17 — N.° 64 da petição.

18 — V. pontos 27 e segs. dos fundamentos.

19 — Acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands/Comissão (27/76, Colect., p. 77), e de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Colect., p. 217).

objectivas, em termos de custo do serviço prestado, que justifiquem uma concessão dos descontos de quantidade?

108. Estou de acordo com a opinião da Comissão, segundo a qual o custo do serviço prestado pela empresa que gere o aeroporto é o mesmo independentemente de se tratar do primeiro ou do centésimo voo de uma companhia.

109. No entanto, considero que isso não responde totalmente ao argumento invocado pela República Portuguesa. Com efeito, num plano global, é indiscutível que as infra-estruturas utilizadas intensivamente permitem, *a priori* e em condições iguais, alcançar custos unitários inferiores aos de infra-estruturas sub-utilizadas.

110. Do mesmo modo, não me parece contestável que a planificação dos investimentos do operador da referida infra-estrutura seja facilitada pela garantia de um volume de actividade, que decorra da escolha por um transportador de um aeroporto como base.

111. É necessário ainda considerar que a recorrente demonstrou a existência, em relação à ANA-EP, de vantagens económicas susceptíveis de justificar as reduções concedidas?

112. Penso que não. Com efeito, a República Portuguesa não dá qualquer indicação concreta susceptível de contradizer os argumentos da Comissão, destinados a demonstrar a ausência dessas vantagens.

113. Segundo a Comissão, o objectivo de favorecer a utilização intensiva dos aeroportos não é susceptível de ser atingido através das reduções em litígio. Com efeito, devido ao grande número de aterragens mensais que pressupõem, as reduções beneficiam quase exclusivamente, como o vimos, os operadores económicos que estão estabelecidos nos aeroportos em causa e os utilizam em qualquer caso. Uma escala de reduções não tendo esses efeitos de limiar não incorria nas mesmas censuras e seria mais adequada para atingir o objectivo alegado.

114. É um facto que tal raciocínio não é susceptível de ser provado, uma vez que tem um carácter hipotético. Também não deixa de ser verdade que ainda é mais plausível porque não imaginamos como os operadores baseados nos aeroportos em causa, e que na realidade não podem de modo algum instalar-se noutro local, poderiam ser incitados a recorrer mais intensivamente aos aeroportos em causa graças às reduções em litígio, excepto se imaginarmos que só fazem aterragens para poderem beneficiar dessas reduções. Embora seja claro que a rentabilidade de certos voos é afectada pelo nível das reduções, não é de modo nenhum provável que o seu número seja de tal ordem que o volume adicional de tráfego daí decorrente tenha um impacte mensurável para o aeroporto.

115. Com efeito, parece *a priori* mais verossímil que o número de voos depende em primeiro lugar do volume do tráfego interessado pela rota em causa. A repartição desse número de voos entre diferentes transportadoras deveria ser indiferente do ponto de vista do operador do aeroporto.

116. Ora, esse número pode certamente ser atingido por uma ou duas transportadoras que façam cada uma numerosos voos, mas igualmente por um maior número que efectue cada uma um número mais reduzido de aterragens. Assim, é perfeitamente concebível que, ao estruturar as suas tarifas de modo a fazer beneficiar das reduções um maior número de transportadoras, o operador do aeroporto consiga de facto aumentar a sua taxa de utilização.

117. Acrescento que as percentagens citadas no n.º 79 destas conclusões, invocadas pela Comissão e não contestadas pela recorrente, tendem efectivamente a demonstrar que as reduções em causa podem favorecer muito claramente as transportadoras estabelecidas nos aeroportos em causa.

118. Assim, tendo em consideração o conjunto destes indícios, a alusão geral feita pela recorrente aos efeitos financeiros favoráveis decorrentes de uma utilização intensiva das infra-estruturas não pode ser considerada a prova de que as reduções em causa correspondem efectiva e precisamente a baixas de custo para o operador dos aeroportos.

119. A República Portuguesa alega também que se trata de encorajar as escalas técnicas, em concorrência com outros aeroportos comunitários. As referidas escalas são por natureza independentes do tráfego.

120. A Comissão responde, sem ser contestada neste ponto, que as reduções em litígio não são de qualquer modo aplicáveis às escalas técnicas.

121. Por último, a recorrente considera também que o facto de nenhum transportador comunitário ter apresentado queixa indica claramente que o sistema de reduções aplicado pela ANA-EP não prejudica outros operadores comunitários.

122. Não deixa de ser um facto que a Comissão tem o direito de tomar decisões em matéria de concorrência por sua própria iniciativa.

123. Decorre das considerações precedentes que há que rejeitar igualmente este fundamento invocado pela recorrente.

Conclusão

124. Proponho que se deve negar provimento ao recurso na sua totalidade e condenar a recorrente nas despesas.