



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PAOLO MENGOLZI
apresentadas em 17 de setembro de 2015¹

Processo C-205/14

**Comissão Europeia
contra**

República Portuguesa

«Incumprimento de Estado — Transporte aéreo — Regulamento (CEE) n.º 95/93 — Atribuição de faixas horárias nos aeroportos da Comunidade — Artigo 4.º, n.º 2, alínea b) — Independência do coordenador — Conceito de ‘parte interessada’ — Entidade gestora do aeroporto — Separação funcional — Sistema de financiamento»

1. No presente processo, a Comissão Europeia submeteu ao Tribunal de Justiça, com base no artigo 258.º, segundo parágrafo, TFUE, uma ação destinada a obter a declaração de que, ao não garantir a independência funcional e financeira da entidade coordenadora das faixas horárias, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento (CEE) n.º 95/93 do Conselho, de 18 de janeiro de 1993, relativo às normas comuns aplicáveis à atribuição de faixas horárias nos aeroportos da Comunidade².
2. Quando um aeroporto situado num território de um Estado-Membro está congestionado, ou seja, quando a sua capacidade é insuficiente, ao ponto de não se poderem evitar atrasos consideráveis, o artigo 3.º, n.º 5, do Regulamento n.º 95/93 impõe a esse Estado que o designe como aeroporto «coordenado». Nos termos do artigo 2.º, alínea g), do Regulamento n.º 95/93, um aeroporto coordenado é um aeroporto onde as transportadoras aéreas só podem aterrar e descolar se lhes tiver sido atribuída uma faixa horária, sendo esta definida no artigo 2.º, alínea a), desse regulamento como uma autorização de utilizar todas as infraestruturas do aeroporto necessárias à aterragem e à descolagem numa data e a uma hora específicas.
3. O Estado-Membro responsável por um aeroporto coordenado designa uma pessoa singular ou coletiva que exerce a função de «coordenador». Segundo o artigo 4.º, n.ºs 5 e 6, do Regulamento n.º 95/93, o coordenador atribui as faixas horárias às transportadoras aéreas e assegura, em cooperação com a entidade gestora do aeroporto, que as atividades das transportadoras aéreas sejam conformes às faixas horárias que lhes foram atribuídas. O artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 95/93 impõe ao Estado-Membro que garanta a independência do coordenador.

1 — Língua original: francês.

2 — JO L 14, p. 1.

4. No presente processo, a Comissão acusa a República Portuguesa de não ter assegurado a independência do coordenador. Embora o Tribunal de Justiça já se tenha debruçado sobre a independência de outras autoridades nacionais encarregadas da aplicação do direito da União nos Estados-Membros, como a autoridade encarregada da gestão das infraestruturas ferroviárias³ ou a autoridade de fiscalização do tratamento de dados de carácter pessoal⁴, nunca se interrogou, em contrapartida, sobre a independência do coordenador de um aeroporto. Irá, portanto, neste processo precisar em que condições o coordenador de um aeroporto pode ser considerado independente.

I – Quadro jurídico

A – *Direito da União*

5. O segundo considerando do Regulamento n.º 95/93 indica que «a atribuição de faixas horárias em aeroportos congestionados deverá basear-se em normas imparciais, transparentes e não discriminatórias».

6. O quinto considerando do Regulamento n.º 95/93 precisa que «o Estado-Membro responsável pelo aeroporto coordenado deve assegurar a nomeação de um coordenador cuja imparcialidade seja inquestionável».

7. Na sua versão original, o artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 95/93 dispunha que «[o] Estado-Membro assegurará a independência do coordenador no desempenho das funções que lhe incumbem nos termos do presente regulamento».

8. O Regulamento n.º 95/93 foi alterado pelo Regulamento (CE) n.º 793/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, que altera o Regulamento n.º 95/93⁵. Para maior facilidade, designarei a seguir o Regulamento n.º 95/93 conforme resulta da sua alteração pelo Regulamento n.º 793/2004 por «Regulamento n.º 95/93, conforme alterado».

9. O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, dispõe que o Estado-Membro responsável por um aeroporto com horários facilitados ou por um aeroporto coordenado deve garantir «[a] independência do coordenador num aeroporto coordenado separando o coordenador a nível funcional de qualquer parte interessada singular. O sistema de financiamento das atividades do coordenador será de molde a garantir o estatuto de independência do coordenador». O sexto considerando do Regulamento n.º 793/2004 justifica assim esta alteração:

«Nos aeroportos coordenados, o coordenador tem um papel fulcral no processo de coordenação, pelo que os coordenadores devem estar numa posição totalmente independente, e as suas responsabilidades devem ser especificadas em pormenor.»

3 — Acórdãos Comissão/Áustria, C-555/10, EU:C:2013:115; Comissão/Alemanha, C-556/10, EU:C:2013:116; Comissão/França, C-625/10, EU:C:2013:243; Comissão/Eslovénia, C-627/10, EU:C:2013:511; Comissão/Luxemburgo, C-412/11, EU:C:2013:462; Comissão/Itália, C-369/11, EU:C:2013:636.

4 — Acórdãos Comissão/Alemanha, C-518/07, EU:C:2010:125; Comissão/Áustria, C-614/10, EU:C:2012:631; Comissão/Hungria, C-288/12, EU:C:2014:237.

5 — JO L 138, p. 50.

10. A Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a aplicação do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado⁶ (a seguir «comunicação de 2008»), precisa o alcance do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado. Segundo o ponto 1, quarto e quinto parágrafos, da comunicação de 2008:

«A Comissão considera também que a separação ao nível funcional implica, *inter alia*, que o coordenador atue autonomamente, sem estar subordinado às instruções nem obrigado a prestar contas à entidade gestora do aeroporto ou a qualquer prestador de serviços ou transportadora aérea que opere a partir do aeroporto.

A Comissão considera ainda que o sistema de financiamento das atividades do coordenador deve ser estruturado de forma a garantir a autonomia financeira do coordenador perante qualquer parte terceira diretamente afetada ou interessada nas suas atividades. O coordenador deverá, portanto, ter um orçamento e contabilidade separados e não depender da entidade gestora do aeroporto ou de qualquer prestador de serviços ou transportadora aérea para o financiamento das suas atividades.»

B – Direito português

11. O artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 109/2008, de 26 de junho⁷, designa como coordenados os Aeroportos de Lisboa, Porto e Madeira (Portugal). O artigo 3.º, n.º 2, deste decreto-lei designa como coordenado o Aeroporto de Faro (Portugal), mas apenas entre o período de tempo decorrido entre o último domingo de março e o último sábado de outubro.

12. O artigo 1.º, n.º 2, do referido decreto-lei designa coordenadora nacional a ANA, Aeroportos de Portugal, SA (a seguir «ANA»).

13. O artigo 5.º do mesmo decreto-lei trata da independência do coordenador. Nos termos desta disposição:

«1 — No exercício das funções de facilitador e coordenador nacional do processo de atribuição de faixas horárias, a [ANA] deve manter esta atividade independente, através de uma separação adequada, da sua atividade de entidade gestora aeroportuária.

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, a [ANA] deve garantir essa independência pelo menos a nível funcional e ainda organizar a respetiva contabilidade, efetuando uma rigorosa separação contabilística entre as atividades ligadas à coordenação de faixas horárias e as restantes atividades.»

14. O artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 109/2008 prevê a criação, em benefício da ANA, de uma taxa de atribuição de faixas horárias. Nos termos deste artigo:

«1. Pela prestação do serviço de coordenação e atribuição de faixas horárias e como contrapartida da respetiva utilização é devida uma taxa de atribuição de *slot*, cobrada simultaneamente com as taxas de aterragem e de descolagem, por movimento, a fixar por portaria do ministro responsável pelo setor da aviação civil.

[...]

3. A taxa referida no n.º 1 constitui receita da [ANA].»

6 — COM(2008) 227 final.

7 — *Diário da República*, 1.ª série, n.º 122 de 26 de junho de 2008, p. 3965

II – Fase pré-contenciosa

15. A ANA foi criada como empresa pública em 1979. Foi depois transformada em sociedade anónima pelo Decreto-Lei n.º 404/98, de 18 de dezembro, tendo-lhe sido atribuída, por um prazo de 40 anos, a concessão do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil nos Aeroportos de Lisboa, do Porto, da Madeira e de Faro. Por Resolução do Conselho de Ministros de 28 de dezembro de 2012⁸, a ANA foi privatizada: o Estado cedeu a totalidade do capital da ANA à VINCI — Concessions SAS.

16. Na sequência da sua designação, pelo Decreto-Lei n.º 109/2008, como coordenadora dos Aeroportos de Lisboa, Porto, Madeira e Faro, a ANA criou, dentro da sua estrutura, uma divisão encarregada da sua coordenação, a Divisão de Coordenação Nacional de *Slots* (a seguir «DCNS»).

17. A Comissão interrogou-se sobre a independência da DCNS, que exerce a função de coordenadora nestes quatro aeroportos, relativamente à ANA, da qual é uma divisão e que é a entidade gestora desses mesmos aeroportos. Solicitou, portanto, informações à República Portuguesa a este respeito, em 19 de julho de 2010, 4 de outubro de 2010 e 14 de abril de 2011. A República Portuguesa respondeu a estes pedidos, respetivamente, em 28 de agosto de 2010, 28 de outubro de 2010 e 28 de abril de 2011.

18. Em 30 de abril de 2012, a Comissão enviou uma notificação para cumprir à República Portuguesa, em que a acusava de violar as suas obrigações nos termos do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado. Segundo a Comissão, não havia separação a nível funcional, na aceção desse artigo, alínea b), entre a DCNS e a ANA, sendo a primeira uma divisão da segunda. Além disso, o financiamento da DCNS não era adequado para garantir a sua independência. Essa independência só podia ser assegurada através de uma contabilidade e um orçamento próprios da DNCS. Ora, esta era integralmente financiada pela ANA, não tendo nunca sido introduzida a taxa de atribuição de faixas horárias prevista no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 109/2008.

19. Por ofício de 19 de julho de 2012, a República Portuguesa apresentou as suas observações sobre a referida notificação para cumprir.

20. Em 25 de janeiro de 2013, a Comissão dirigiu à República Portuguesa um parecer fundamentado, por violação do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado. Na medida em que o pessoal afetado à DCNS vinha da ANA e a DCNS não parecia ter escritórios próprios, não havia, segundo a Comissão, separação funcional entre a DCNS e a ANA. Quanto à independência financeira da DCNS, a Comissão reiterava que, na falta de taxa de atribuição de faixas horárias, a ANA tinha até esse momento suportado todas as despesas da DCNS.

21. Por carta de 27 de março de 2013, a República Portuguesa apresentou as suas observações sobre o parecer fundamentado.

22. Não estando convencida pelos argumentos da República Portuguesa, a Comissão intentou a presente ação.

III – Ação da Comissão

23. A Comissão acusa a República Portuguesa de não ter cumprido as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, ao não ter garantido a independência funcional e financeira do coordenador.

8 — Resolução do Conselho de Ministros n.º 111-F/2012 (*Diário da República*, 1.ª série, n.º 251, de 28 de dezembro de 2012).

24. A Comissão sustenta que o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, deve ser objeto de uma interpretação ampla, à luz do quinto considerando desse regulamento, segundo o qual a «imparcialidade» do coordenador deve ser «inquestionável», e do seu objeto, como definido no segundo considerando do referido regulamento, a saber, a atribuição das faixas horárias ao abrigo de «normas imparciais, transparentes e não discriminatórias». A Comissão apoia-se na alteração desse artigo 4.º, n.º 2, pelo Regulamento n.º 793/2004, alteração que põe a tónica, segundo o sexto considerando do Regulamento n.º 793/2004, na «posição totalmente independente» do coordenador e que substitui, conseqüentemente, a simples exigência de «independência do coordenador no desempenho das funções» que lhe incumbem por força desse artigo 4.º

25. Quanto à separação funcional de qualquer parte interessada, prevista no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, a Comissão defende que o conceito de «qualquer parte interessada» deve ser interpretado de forma lata e inclui quer as transportadoras aéreas quer os prestadores de serviços, organismos públicos dos Estados-Membros e entidades gestoras do aeroporto em causa. Salienta, nomeadamente, que a entidade gestora do aeroporto pode ter interesses comerciais em que o aeroporto em questão se torne na plataforma giratória de determinada transportadora aérea, sendo, portanto, indispensável que o coordenador seja independente dessa entidade. Ora, no caso em apreço, a DCNS tem o mesmo pessoal e as mesmas instalações que a ANA. Não há, segundo a Comissão, separação funcional entre a DCNS e a ANA. De resto, ao declarar, na sua resposta à notificação para cumprir, que, após a privatização da ANA, iria criar uma nova entidade que se encarregaria da coordenação das faixas horárias e que a criação dessa entidade permitiria assegurar a independência total do coordenador, a República Portuguesa reconheceu, ela própria, que, atualmente, o coordenador não é funcionalmente independente.

26. Quanto ao sistema de financiamento do coordenador, apenas pode, como exige o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, ser independente se o coordenador dispuser de contabilidade e orçamentação separadas, e não for financiado por uma ou mais partes interessadas. Ora, no caso em apreço, a DCNS é totalmente financiada pela ANA, que aprova também o seu orçamento. A DCNS não é, portanto, segundo a Comissão, independente da ANA no plano financeiro.

27. A Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

- declarar que, ao não garantir a independência do coordenador, a República Portuguesa não cumpriu os deveres que lhe incumbem por força do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, e
- condenar a República Portuguesa nas despesas.

IV – Tramitação processual no Tribunal de Justiça

28. Na sua contestação, a República Portuguesa defende que a DCNS cumpre as exigências do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado.

29. A República Portuguesa alega que a ANA não pode ser considerada uma parte interessada de que a DCNS deva ser separada. Com efeito, uma vez que o Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, não define as partes interessadas, só uma análise caso a caso permitiria qualificar uma parte de «interessada». Ora, ao deduzir da mera qualidade de entidade gestora dos aeroportos a qualificação da ANA como parte interessada, a Comissão não procedeu a essa análise. Além disso, o interesse da ANA é receber um máximo de taxas aeroportuárias. Tem, portanto, interesse em que se atribuam faixas horárias ao máximo de transportadoras aéreas, e não em que um transportador aéreo preciso seja favorecido pela DCNS. Seria diferente se a ANA detivesse uma participação no capital de uma transportadora aérea, o que não acontece no caso em apreço.

30. Admitindo que a ANA seja considerada uma parte interessada, a República Portuguesa respeitou em igual medida o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado. Com efeito, esta disposição não impõe que o coordenador seja uma entidade jurídica diferente do gestor do aeroporto: exige simplesmente uma separação funcional. Ora, existe efetivamente separação funcional entre a DCNS e a ANA, uma vez que a DCNS gere sozinha a coordenação das faixas horárias, sem receber instruções da ANA e sem que as suas decisões devam ser aprovadas pelo conselho de administração da ANA, dispõe de contabilidade separada e dispõe do seu próprio pessoal.

31. Quanto ao sistema de financiamento próprio para garantir a independência do coordenador, previsto no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, não se trata de uma condição cujo desrespeito implique automaticamente a violação dessa disposição. Basta encontrar um dos elementos, de resto secundário, tido em conta para determinar se o coordenador é independente. A não implementação da taxa de atribuição das faixas horárias não permite, portanto, concluir pela falta de independência da DCNS.

32. A República Portuguesa conclui pedindo ao Tribunal de Justiça que se digne:

- declarar que o coordenador satisfaz a exigência de independência funcional prevista no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado;
- declarar que a República Portuguesa satisfaz as obrigações que lhe incumbem por força do direito da União aplicável;
- julgar a ação improcedente; e
- condenar a Comissão nas despesas.

33. Na sua réplica, a Comissão alega que é na qualidade de entidade gestora dos aeroportos que a ANA deve ser considerada uma parte interessada, na aceção do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, sem que seja necessário demonstrar que tem, no caso em apreço, um interesse em que sejam atribuídas faixas horárias a determinada transportadora e não a outra. Com efeito, a entidade gestora de um aeroporto pode, segundo a Comissão, ter interesse em que sejam atribuídas faixas horárias aos seus cocontratantes, por exemplo, a locatários de espaços no aeroporto, ou a certas transportadoras aéreas. A este respeito, salienta que é estranho a DCNS continuar a exercer a atividade de coordenador após a privatização da ANA, quando essa atividade não foi atribuída à ANA no âmbito da concessão de serviços públicos e a ANA a exerce, portanto, a título gratuito.

34. Não existe, segundo a Comissão, separação funcional entre a DCNS e a ANA. Uma vez que a DCNS era uma divisão da ANA, o seu relatório e as suas contas anuais eram objeto de uma apreciação pelo conselho de administração da ANA, nos termos dos artigos 405.º e 406.º do Código das Sociedades Comerciais português. Só uma «muralha da China» entre a DCNS e a ANA seria capaz de garantir a independência da DCNS.

35. O facto de a DCNS ter uma contabilidade separada não demonstra a existência de um financiamento próprio para garantir a sua independência. Com efeito, qualquer divisão de uma sociedade comercial pode ter essa contabilidade, que é depois integrada na contabilidade dessa mesma sociedade. No caso em apreço, segundo a Comissão, é a ANA que paga as despesas da DCNS e cobra os seus créditos, e o resultado do exercício da ANA integra o saldo do exercício da DCNS.

36. Por fim, a Comissão salienta que os pedidos da República Portuguesa, destinados a que o Tribunal de Justiça declare que a DCNS satisfaz a exigência de independência funcional e que a República Portuguesa satisfaz as obrigações que lhe incumbem por força do direito da União, constituem pedidos reconventionais inadmissíveis, uma vez que, nomeadamente, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia não prevê qualquer ação em que o Tribunal de Justiça declare a conformidade com o direito da União.

37. Na sua tréplica, a República Portuguesa salienta que a comunicação de 2008, que exige, nomeadamente, que o coordenador não seja integralmente financiado pela entidade gestora do aeroporto, acresce ao texto do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado. Ora, as comunicações da Comissão não vinculam os Estados-Membros. Quanto ao conceito de «parte interessada», a República Portuguesa reitera que, na falta de uma análise do caso em apreço, a Comissão se limitou a demonstrar que a ANA, na qualidade de entidade gestora dos aeroportos, pode ser uma parte interessada, não que o é efetivamente. A República Portuguesa salienta que a atribuição de faixas horárias é uma atividade de natureza técnica, que não está sujeita ao conselho de administração da ANA. Mantém os dois pedidos cuja inadmissibilidade a Comissão suscitou.

V – Apreciação

38. Antes de me debruçar sobre o mérito da ação, analisarei os dois primeiros pedidos da República Portuguesa, cuja inadmissibilidade a Comissão suscitou.

A – Quanto à admissibilidade dos dois primeiros pedidos da República Portuguesa

39. A República Portuguesa pede não apenas que a ação seja julgada improcedente e que a Comissão seja condenada nas despesas mas também que o Tribunal de Justiça se digne, por um lado, declarar que, «em Portugal, a atual coordenadora de faixas horárias assegura o cumprimento das exigências de independência funcional, previstas na alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento [...] n.º 95/93», conforme alterado, e, por outro, declarar que «a República Portuguesa cumpriu as obrigações de que está incumbida e que para ela decorrem do Direito da União aplicável». Na sua tréplica, a República Portuguesa precisa que, com este último pedido, pretendia pedir ao Tribunal de Justiça que declarasse que cumpriu as suas obrigações nos termos do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado.

40. A Comissão defende que esses pedidos reconventionais são inadmissíveis.

41. A este propósito, recorro que o artigo 259.º TFUE permite a um Estado-Membro intentar uma ação no Tribunal de Justiça para que este declare que outro Estado-Membro não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do direito da União. Não permite a um Estado-Membro intentar uma ação no Tribunal de Justiça para que este declare que *esse mesmo Estado* cumpriu as suas obrigações.

42. Além disso, saliento que nenhuma disposição do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia atribui competência ao Tribunal de Justiça para tomar posição através de uma declaração positiva. Se o Tribunal de Justiça julgar improcedente a presente ação, reconhece que a República Portuguesa cumpriu as suas obrigações por força do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, mas a República Portuguesa não pode formular um pedido com tal objeto.

43. Pouco importa, de resto, que o pedido formulado pela República Portuguesa tenha por objeto a conformidade com o Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, da ação do coordenador ou da ação da República Portuguesa. Com efeito, é ao Estado-Membro que é imputado o incumprimento, ainda que na sua origem esteja um dos seus órgãos⁹, quer se trate do legislador nacional, do tribunal nacional ou, no caso em apreço, do coordenador, que está encarregado de uma missão regulamentar (a saber, a atribuição de faixas horárias).

44. Por conseguinte, o primeiro e o segundo pedido da República Portuguesa devem ser declarados inadmissíveis.

B – Quanto ao mérito

45. O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, prevê que o coordenador deve ser «separa[...]do [...] a nível funcional de qualquer parte interessada singular». Por conseguinte, a fim de demonstrar que a República Portuguesa não cumpriu as suas obrigações por força do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, incumbe à Comissão demonstrar, por um lado, que a ANA é uma parte interessada e, por outro, que a DCNS não está funcionalmente separada da ANA. Abordarei sucessivamente estes dois pontos. Quando da análise da separação funcional, verificarei se a exigência de um «sistema de financiamento das atividades do coordenador [que seja] de molde a garantir o estatuto de independência do coordenador», prevista no segundo período deste artigo 4.º, n.º 2, alínea b), deve ser encarada como uma condição autónoma, diferente da condição da separação funcional, ou se o financiamento independente constitui apenas um indício da separação funcional.

1. Quanto ao conceito de «parte interessada»

46. Parece-me difícil contestar que a entidade gestora de um aeroporto possa ser qualificada de parte interessada.

47. Com efeito, o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, dispõe que o coordenador deve ser separado funcionalmente de «qualquer» parte interessada. Parece-me, portanto, que se podem qualificar de partes interessadas não apenas as partes que têm um interesse direto na atribuição das faixas horárias, ou seja, as transportadoras aéreas que dela beneficiam, mas também as partes que têm um interesse indireto, como a entidade gestora do aeroporto coordenado.

48. O artigo 4.º, n.º 8, do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, apoia esta posição. Com efeito, prevê que o coordenador comunique «às partes interessadas, especialmente aos membros [...] do comité de coordenação» as informações relativas às faixas horárias requeridas, atribuídas e ainda disponíveis. Ora, a entidade gestora faz parte do comité de coordenação¹⁰. Deve, portanto, ser considerada uma parte interessada.

49. Observo, de resto, que a República Portuguesa não contesta que a entidade gestora *possa* ser qualificada de parte interessada.

50. A dificuldade consiste aqui na determinação do ónus da prova que recai sobre a Comissão. Esta defende que a qualificação de parte interessada resulta da mera qualidade de entidade gestora do aeroporto, enquanto a República Portuguesa afirma que a qualificação de parte interessada não pode ser deduzida da qualidade de entidade gestora e que o interesse da entidade gestora na atribuição de faixas horárias deve ser estabelecida caso a caso.

9 — Acórdão Comissão/Bélgica, 77/69, EU:C:1970:34, n.º 15.

10 — V. artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado.

51. A fim de determinar se se presume que a entidade gestora é uma parte interessada ou se incumbe à Comissão demonstrar que a entidade gestora tem, no caso em apreço, um interesse na atribuição de faixas horárias, analisarei, num primeiro momento, que interesse económico pode uma entidade gestora ter na atribuição de faixas horárias e, num segundo momento, as conclusões que daí podem ser retiradas quanto à prova desse interesse.

a) Quanto ao interesse da entidade gestora na atribuição de faixas horárias

52. Em primeiro lugar, a entidade gestora pode, tanto quanto me parece, ter interesse em que uma determinada transportadora aérea seja privilegiada quando da atribuição das faixas horárias porque detém uma participação no capital dessa transportadora.

53. Em segundo lugar, a entidade gestora pode ter interesse em que as transportadoras aéreas que lhe pagam as taxas aeroportuárias mais elevadas sejam privilegiadas quando da atribuição das faixas horárias. As taxas aeroportuárias, a que a República Portuguesa faz alusão sem precisar o seu objeto, são, segundo a definição que delas dá a Diretiva 2009/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2009, relativa às taxas aeroportuárias¹¹, as taxas que são pagas pelas transportadoras aéreas à entidade gestora como contrapartida de serviços que só ela pode fornecer, a saber, a disponibilização das instalações aeroportuárias e o fornecimento de serviços relacionados, nomeadamente, com a aterragem e a descolagem dos aviões¹². Ora, a Diretiva 2009/12, embora proíba a entidade gestora de aplicar taxas discriminatórias, autoriza-a a diversificar a qualidade e o âmbito de determinados serviços e a diferenciar o nível das taxas em função da qualidade e do âmbito desses serviços¹³. A entidade gestora poderia, portanto, ter interesse em que a transportadora aérea à qual fornece o melhor serviço, por exemplo, a disponibilização de um terminal inteiro¹⁴, e da qual recebe, consequentemente, a taxa aeroportuária mais elevada, seja privilegiada quando da atribuição das faixas horárias.

54. A este respeito, o argumento da República Portuguesa segundo o qual o interesse da entidade gestora é que sejam atribuídas faixas horárias ao maior número possível de transportadoras aéreas, porque assim recebe mais taxas aeroportuárias, não me convence. Este argumento não tem em conta a diferenciação dos serviços, e portanto das taxas, descrita no número anterior.

55. Em terceiro lugar, é possível que a entidade gestora não se limite a gerir as infraestruturas aeroportuárias, exercendo também outras atividades, por exemplo, que esteja presente no mercado a jusante do fornecimento de serviços de assistência em escala. Os serviços de assistência em escala, que se distinguem dos serviços remunerados pelas taxas aeroportuárias mencionadas no n.º 53 das presentes conclusões¹⁵, consistem nomeadamente, segundo a definição que deles dá a Diretiva 96/67/CE do Conselho, de 15 de outubro de 1996, relativa ao acesso ao mercado da assistência em escala nos aeroportos da Comunidade¹⁶, no controlo dos bilhetes e dos passaportes dos passageiros, no descarregamento ou no abastecimento de combustível¹⁷. Os serviços de assistência em escala são serviços que podem ser fornecidos à transportadora aérea, quer pela entidade gestora quer por prestadores independentes. Uma transportadora aérea pode também fornecer a si própria tais serviços. Por conseguinte, se a entidade gestora estiver presente no mercado do fornecimento dos serviços de

11 — JO L 70, p. 11.

12 — V. artigo 2.º, ponto 4, da Diretiva 2009/12.

13 — V. artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2009/12.

14 — O artigo 10.º da Diretiva 2009/12 menciona, entre os serviços cuja qualidade e âmbito a entidade gestora pode diversificar, a disponibilização de terminais ou de partes de terminais.

15 — V. artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2009/12.

16 — JO L 272, p. 36.

17 — V. anexo da Diretiva 96/67.

assistência em escala, tem transportadoras aéreas como clientes e como concorrentes¹⁸. Pode, portanto, ter interesse em que a transportadora aérea que é um cliente importante seja privilegiada quando da atribuição das faixas horárias ou, pelo contrário, que uma transportadora aérea com a qual concorre para o fornecimento de serviços de assistência em escala seja desfavorecida quando da atribuição das faixas horárias¹⁹.

56. Em quarto lugar, se a entidade gestora for uma empresa pública ou detida pelo Estado pode ser tentada a favorecer a transportadora aérea nacional na atribuição das faixas horárias²⁰. Nessa hipótese, a entidade gestora não prossegue o seu próprio interesse, mas o interesse de um terceiro, a saber, a transportadora nacional; não é menos suscetível de influenciar o coordenador²¹.

57. Vimos atrás que a entidade gestora pode ter um interesse na atribuição das faixas horárias. Deve presumir-se que, enquanto entidade gestora, tem esse interesse, ou incumbe à Comissão, no âmbito de uma ação por incumprimento, demonstrá-lo?

b) Quanto à prova do interesse da entidade gestora

58. À questão colocada no número anterior importa, em minha opinião, responder que a entidade gestora deve, enquanto tal, ser qualificada de parte interessada, sem que seja necessário analisar se, no caso em apreço, tem um interesse na atribuição das faixas horárias.

59. Efetivamente, parece-me que a prova de um interesse da entidade gestora na atribuição das faixas horárias pode afigurar-se delicada. Para demonstrar que a entidade gestora tem, no caso em apreço, um interesse na atribuição das faixas horárias, a Comissão deveria demonstrar que aquela detém efetivamente uma participação no capital de uma transportadora aérea que utiliza o aeroporto

18 — V., a este respeito, Papy, R., *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, em cujo n.º 646 se indica: «desde a implementação da liberalização da assistência em escala [pela Diretiva 96/67], o número de aeroportos gestores implicados na assistência em escala não mudou de modo significativo (nos 15 Estados-Membros existentes em 1996). As quotas de mercado dos prestadores de assistência em escala filiais dos gestores de aeroporto diminuíram mas continuam num nível elevado. Esta situação cria potenciais conflitos de interesses que não são todos previstos pela diretiva, e pode, portanto, haver necessidade, complementarmente, da intervenção do direito da concorrência. As restrições de concorrência respeitam simultaneamente ao acesso ao próprio mercado (recusas injustificadas de acesso dos prestadores), à qualidade das condições de exploração no mercado (atribuição de instalações e superfícies de exploração discriminatórias) e aos custos de acesso ao mercado (taxas discriminatórias)».

V., também, Relatório COM(2006) 821 final da Comissão, de 24 de janeiro de 2007, sobre a aplicação da Diretiva 96/67, cujo n.º 16 enuncia que «[n]uma série de Estados-Membros (...) Portugal), o operador aeroportuário exerce actividades no mercado da assistência em escala prestando serviços de assistência, pelo que é um concorrente directo dos prestadores de serviços de assistência em escala e das transportadoras aéreas que prestam esses serviços a terceiros. (...) Em muitos aeroportos de maiores dimensões onde um número suficiente de prestadores de serviços está interessado em oferecer os seus serviços ou onde os utilizadores dos aeroportos prestam igualmente assistência a terceiros, as entidades gestoras dos aeroportos estão presentes no mercado prestando serviços de assistência. Em muitos desses aeroportos estas gozam de uma posição forte, o que torna difícil para um concorrente ou um novo operador adquirir uma parte de mercado (adicional)».

19 — V., a este respeito, Decisão do Conselho de la concurrence francês n.º 98-D-34, de 2 de junho de 1998, relativa à situação da concorrência no mercado dos serviços de assistência em escala no aeroporto de Orly e no mercado das instalações e espaços necessários às atividades das companhias aéreas disponibilizados pelos Aéroports de Paris no aeroporto de Orly (citado por Papy, R., *op. cit.*). Nessa decisão, o Conselho de la concurrence declara que, ao recusar à transportadora aérea TAT a abertura de novas linhas a partir do terminal Oeste de Orly, autorizando-a a abri-las a partir do terminal Sul de Orly, a entidade gestora do aeroporto de Orly, a Aéroports de Paris, abusou da posição dominante (um monopólio) que detém no mercado das infraestruturas aeroportuárias do aeroporto de Orly. O Conselho apoia-se, nomeadamente, na circunstância de, enquanto a TAT praticava a autoassistência em escala no terminal Oeste de Orly, tal não acontecer no terminal Sul de Orly, onde a TAT era, portanto, obrigada a recorrer aos serviços de assistência em escala fornecidos pela entidade gestora: «considerando (...) que a sociedade TAT que, quando utilizava a aerogare de Orly Ouest, assegurava os serviços de assistência em escala para os seus voos com o seu pessoal, que tinha formado especificamente, foi obrigada pela [Aéroports de Paris] a utilizar exclusivamente equipas da [Aéroports de Paris] para garantir o serviço de condução das mangas, após a sua transferência para a aerogare de Orly Sud (...); que ao impor assim à sociedade TAT que não recorra ao seu próprio pessoal, mas que utilize os serviços de assistência em escala que propõe na aerogare de Orly Sud, a [Aéroports de Paris] tratou de forma discriminatória a sociedade TAT».

20 — Do mesmo modo que a entidade gestora pode ser tentada a favorecer as transportadoras nacionais através de reduções discriminatórias nas taxas de aterragem (v. acórdão Portugal/Comissão, C-163/99, EU:C:2001:189, n.º 56: «o sistema de redução é mais favorável a determinadas companhias aéreas, neste caso, efectivamente, as companhias aéreas nacionais»).

21 — V., a este respeito, Decisão 95/364/CE da Comissão, de 28 de junho de 1995, nos termos do n.º 3 do artigo 90.º do Tratado CE (JO L 216, p. 8), cujo n.º 17 enuncia: «[n]o caso em apreço (...) a [Régie des Voies Aériennes, entidade gestora do aeroporto de Bruxelas-Zaventem] não pretende fidelizar a sua clientela ou atrair uma nova clientela, (...) mas o Estado, por intermédio da RVA, favorece uma empresa específica, no caso em consideração a empresa nacional, a Sabena».

coordenado, que arrenda um terminal inteiro a uma transportadora aérea ou que está presente no mercado dos serviços de assistência em escala. Ora, se a entidade gestora detém a totalidade do capital de uma transportadora aérea, parece evidente que deve ser considerada uma parte interessada. Mas deve também sê-lo se detiver apenas, por exemplo, um quinto do capital dessa transportadora? Se a entidade gestora arrendar um terminal a uma transportadora aérea parece evidente que deve ser qualificada de parte interessada. Mas deve sê-lo se se limitar a arrendar certas partes de um terminal a essa transportadora, ou se, ainda que presente no mercado dos serviços de assistência em escala, detiver apenas uma quota de mercado modesta? A demonstração de um interesse da entidade gestora na atribuição das faixas horárias implica proceder a uma análise do mercado das infraestruturas aeroportuárias e dos mercados a jusante.

60. Além disso, numa situação em que a entidade gestora não retira nenhum benefício da atribuição das faixas horárias, limitando-se a privilegiar uma transportadora nacional com a qual não está relacionada²², não vejo como poderia a Comissão demonstrar que a própria entidade gestora tem um interesse na atribuição das faixas horárias. Tal situação corre, portanto, o risco de escapar à aplicação do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, ainda que, como vimos, possa dar lugar a abusos.

61. Por conseguinte, exigir da Comissão que demonstre que a entidade gestora é uma parte interessada poderia levar a que situações em que o interesse da entidade gestora na atribuição das faixas horárias é reduzido (por exemplo, quando tem uma pequena quota do mercado dos serviços de assistência em escala) ou simplesmente futuro (quando pretende arrendar um terminal inteiro a uma transportadora aérea) escapem à análise da separação funcional do coordenador. Ora, parece-me que só uma verificação sistemática da separação funcional entre o coordenador e a entidade gestora podem dar resposta ao objetivo do Regulamento n.º 95/93, a saber, a atribuição das faixas horárias segundo «normas imparciais, transparentes e não discriminatórias»²³, o que implica que o coordenador seja de uma «imparcialidade [...] inquestionável»²⁴. A *fortiori*, só assim se pode cumprir o objetivo do Regulamento n.º 793/2004, que é reforçar a independência do coordenador colocando-o «numa posição totalmente independente»²⁵.

62. A este respeito, gostaria de referir o acórdão Comissão/Alemanha²⁶ que, embora proferido noutra domínio, o do tratamento de dados de carácter pessoal, me parece pertinente. A Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados²⁷ dispõe, no seu artigo 28.º, n.º 1, que os Estados-Membros criam autoridades encarregadas da fiscalização da aplicação no seu território das disposições que transpõem a diretiva, e que essas autoridades «exercerão com total independência as funções que lhes forem atribuídas». No acórdão Comissão/Alemanha, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a legislação alemã que sujeita a autoridade de controlo à tutela do Estado, mais precisamente do *Land* em causa. Salienta que o governo deste «*pode* ter interesse em não cumprir as disposições relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais», quer porque trata ele próprio esses dados, quer porque tem interesse em ter acesso, nomeadamente para fins fiscais ou repressivos, a

22 — V. n.º 56 das presentes conclusões.

23 — V. segundo considerando e artigo 4.º, n.º 2, alínea c), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado.

24 — V. quinto considerando do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado.

25 — V. sexto considerando do Regulamento n.º 793/2004.

26 — Acórdão Comissão/Alemanha, C-518/07, EU:C:2010:125.

27 — JO L 281, p. 31.

dados de carácter pessoal detidos por terceiros, quer porque tem interesse em que sociedades com um peso económico significativo para o *Land* não sejam incomodadas pelas autoridades de controlo²⁸. Daqui retira que, devido à tutela do *Land*, a autoridade de controlo não exerce a sua missão com total independência, como exige o artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 95/46²⁹.

63. Por outras palavras, numa situação próxima da que nos ocupa, uma vez que, se o Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, não define as partes interessadas, a Diretiva 95/46 também não precisa de que partes devem as autoridades de controlo ser independentes, o Tribunal de Justiça considera que se viola a independência da autoridade de controlo, não quando o *Land* tem interesse em influenciar essa autoridade, mas pura e simplesmente quando pode ter esse interesse. Tal solução é tanto mais assinalável uma vez que o advogado-geral J. Mazák tinha concluído em sentido contrário: considerava que a Comissão devia ter demonstrado a falha do sistema de tutela ou uma prática continuada do *Land* que consistisse em perturbar o exercício independente da sua missão pela autoridade de controlo³⁰.

64. Proponho que se adote, no presente processo, um raciocínio semelhante ao adotado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/Alemanha. Basta que uma parte possa ter interesse na atribuição das faixas horárias para que o Estado-Membro em causa seja obrigado a assegurar a separação funcional entre essa parte e o coordenador. Ora, tratando-se da entidade gestora, demonstrámos anteriormente que pode ter vários interesses na atribuição das faixas horárias. Esses interesses resultam da sua qualidade de entidade gestora, como os interesses do *Land* enumerados pelo Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/Alemanha³¹ resultam da sua qualidade de operador económico e de autoridade fiscal e repressiva.

65. Por conseguinte, a qualificação de parte interessada deve, em minha opinião, ser deduzida da mera qualidade de entidade gestora do aeroporto coordenado.

66. No caso em apreço, o artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 109/2008 designa a ANA como a entidade gestora dos quatro aeroportos coordenados em causa. Pouco importa, portanto, que os argumentos da Comissão incidam sobre a qualificação de parte interessada da entidade gestora em geral, e não sobre a qualificação de parte interessada da entidade gestora em causa no presente processo, a saber, a ANA³². Esta deve, na sua simples qualidade de entidade gestora, ser considerada uma parte interessada na aceção do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado.

67. Assim, a fim de demonstrar que a República Portuguesa não cumpriu as suas obrigações por força do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, a Comissão deve demonstrar que aquela não assegurou a separação funcional entre a DCNS e a ANA.

28 — O sublinhado é meu. Acórdão Comissão/Alemanha, C-518/07, EU:C:2010:125, cujo n.º 35 enuncia que «o Governo do *Land* em questão pode ter interesse em não cumprir as disposições relativas à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, quando esteja em causa o tratamento desses dados pelo sector não público. Esse mesmo governo pode ser parte interessada nesse tratamento, se nele participa ou puder participar, por exemplo, no caso de uma parceria público-privada ou no âmbito de contratos públicos com o sector privado. Esse governo pode também ter um interesse específico, se lhe for necessário, ou simplesmente útil, aceder a bases de dados para cumprir algumas das suas funções, nomeadamente para fins fiscais ou repressivos. Esse mesmo governo pode também, além disso, ter tendência para privilegiar interesses económicos na aplicação das referidas disposições por determinadas sociedades importantes, do ponto de vista económico, para o *Land* ou para a região.»

29 — Acórdão Comissão/Alemanha, C-518/07, EU:C:2010:125, cujo n.º 36 dispõe: «o mero risco de as autoridades de tutela poderem exercer uma influência política nas decisões das autoridades de controlo é suficiente para impedir o exercício independente das suas funções.»

30 — Conclusões do advogado-geral J. Mazák no processo Comissão/Alemanha, C-518/07, EU:C:2009:694, cujo n.º 34 enuncia: «Somos de opinião que a Comissão não cumpriu o ónus da prova que sobre ela impendia. Não provou nem a falha do sistema de tutela, nem a existência de uma prática continuada das autoridades de tutela que consistisse num abuso das suas competências que implicasse uma perturbação do exercício com total independência das funções atribuídas às autoridades de controlo em matéria de protecção de dados pessoais.»

31 — Acórdão Comissão/Alemanha, C-518/07, EU:C:2010:125.

32 — Com exceção do argumento relativo à privatização da ANA, referido no n.º 33 das presentes conclusões, que não explica, no entanto, porque continua a ANA a assegurar a coordenação após a sua privatização.

2. Quanto à separação funcional das atividades do coordenador

68. O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, exige, recorde-se, que o Estado-Membro responsável por um aeroporto coordenado deve garantir a independência do coordenador num aeroporto coordenado separando o coordenador a nível funcional de qualquer parte interessada singular e que o sistema de financiamento das atividades do coordenador seja de molde a garantir o estatuto de independência do coordenador.

69. A separação funcional entre o coordenador e as partes interessadas, referida no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, deve, em minha opinião, consistir numa separação de funções, isto é, de atividades. O segundo período do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, faz, aliás, expressamente referência às «atividades» do coordenador, ao exigir um sistema de financiamento «das atividades dos coordenadores» que seja de molde a garantir a sua independência. Do mesmo modo, antes da sua alteração pelo Regulamento n.º 793/2004, o artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 95/93 fazia referência às «funções» do coordenador: previa que o coordenador «desempenh[asse] as funções que lhe incumbem nos termos do presente regulamento». Por conseguinte, o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, impõe aos Estados-Membros que garantam que as atividades do coordenador, como definidas por esse regulamento, a saber, nomeadamente, a atribuição das faixas horárias às transportadoras aéreas e a verificação do respeito desses horários por essas transportadoras aéreas³³, sejam separadas das atividades das partes interessadas. Em particular, as atividades do coordenador devem ser separadas das da entidade gestora do aeroporto coordenado, quer se trate da gestão das infraestruturas aeroportuárias quer de outras funções que possa desempenhar, por exemplo o fornecimento dos serviços de assistência em escala.

70. O Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, não dá nenhuma indicação sobre os critérios da separação funcional.

71. Segundo a Comissão, embora o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, não exija que o coordenador seja uma entidade jurídica distinta das partes interessadas, importa, todavia, se o Estado-Membro em causa criou essa entidade, tê-la em conta para efeitos da apreciação da separação funcional. Ora, no caso em apreço, a DCNS é uma divisão da ANA e o pessoal e os escritórios da DCNS são os da ANA. Além disso, uma vez que a ANA é uma sociedade anónima, o seu conselho de administração, nos termos dos artigos 405.º e 406.º do Código das Sociedades Comerciais português, gere as atividades da sociedade, incluindo as da DCNS. Não pode, portanto, segundo a Comissão, existir separação funcional entre a DCNS e a ANA.

72. Parece-me que, ao exigir uma separação apenas das atividades, o Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, não exige uma separação jurídica, ou seja, deixa que os Estados-Membros decidam se querem criar uma entidade jurídica distinta para a função de coordenador. Analisarei brevemente este ponto, antes de propor, por analogia com a jurisprudência do Tribunal de Justiça noutros domínios, critérios de apreciação da separação funcional. Abordarei em seguida o sistema de financiamento independente, expressamente previsto no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, a fim de determinar se deve ser considerado um critério da separação funcional ou uma exigência autónoma.

a) Quanto à criação de uma entidade jurídica distinta

73. Parece-me incontestável que o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, não impõe aos Estados-Membros a criação de uma entidade jurídica distinta encarregada da atribuição das faixas horárias.

33 — V. artigo 4.º, n.ºs 5 a 8, do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado.

74. Com efeito, se a intenção do legislador da União tivesse sido impor a criação de uma entidade jurídica distinta, tê-lo-ia dito expressamente, como fez noutros domínios³⁴. Além disso, a proposta da Comissão, formulada no âmbito dos trabalhos preparatórios do Regulamento n.º 793/2004, de uma «separa[ção] a nível institucional» entre o coordenador e as partes interessadas³⁵ não foi adotada.

75. De resto, a Comissão não defende, como vimos, que o coordenador deve ser uma entidade jurídica distinta. Essa é também a posição que tinha adotado na sua comunicação de 2008³⁶.

76. Pouco importa, portanto, para determinar se a República Portuguesa não cumpriu as suas obrigações por força do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, que não tenha dotado a DCNS de personalidade jurídica³⁷.

b) Quanto aos critérios da separação funcional

77. A fim de determinar quais são os critérios da separação funcional, a jurisprudência relativa ao artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 95/46³⁸ pode, parece-me, fornecer alguns indícios úteis para o presente processo. Entre os critérios tidos em consideração pelo Tribunal de Justiça para determinar se a autoridade nacional de controlo opera com total independência na aceção do artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 95/46 constam as instruções de um terceiro (o Estado), que vinculam a autoridade nacional de controlo³⁹, a relação hierárquica entre o pessoal da autoridade de controlo e o Estado, que lhe permite

34 — V., nomeadamente, Diretiva 2001/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2001, relativa à repartição de capacidade da infraestrutura ferroviária, à aplicação de taxas de utilização da infraestrutura ferroviária e à certificação da segurança (JO L 75, p. 29), cujo artigo 14.º, n.º 2, exige que o gestor da infraestrutura seja «[independente] no plano *jurídico*, organizativo e decisório» (o sublinhado é meu). Num processo onde estava em causa a independência do organismo encarregado da repartição dos traçados, a Direction des circulations ferroviaires, o Tribunal de Justiça decidiu que a legislação francesa não garantia a independência no plano jurídico desse organismo porque era uma divisão de uma empresa ferroviária, a Société nationale des chemins de fer français. Salientou nomeadamente que «não goza[va] de uma personalidade jurídica distinta da personalidade jurídica da [Société nationale des chemins de fer français]» (acórdão Comissão/França, C-625/10, EU:C:2013:243, n.º 52).

V., também, Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva-quadro) (JO L 108, p. 33), cujo artigo 3.º, n.º 2, dispõe que «[o]s Estados-Membros garantirão a independência das autoridades reguladoras nacionais, providenciando para que sejam *juridicamente distintas* e funcionalmente independentes de todas as organizações que asseguram a oferta de redes, equipamentos ou serviços de comunicações eletrónicas» (o sublinhado é meu).

V., também, Diretiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 96/92/CE (JO L 176, p. 37), cujo artigo 10.º, n.º 1, prevê que «[n]o caso do operador da rede de transporte fazer parte de uma empresa verticalmente integrada, deve ser independente, pelo menos *no plano jurídico*, da organização e da tomada de decisões das outras atividades não relacionadas com o transporte» (o sublinhado é meu).

35 — Proposta de regulamento COM(2001) 335 final do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2001, que altera o Regulamento n.º 95/93, apresentada pela Comissão em 22 de junho de 2001 (JO C 270, p. 131). V. artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, segundo o qual o Estado-Membro deve garantir que «num aeroporto coordenado, seja reforçada adicionalmente a independência real do coordenador separando o coordenador a nível institucional e financeiro de qualquer parte interessada singular» (o sublinhado é meu).

36 — V. n.º 9 das presentes conclusões. A comunicação de 2008 define a separação ao nível funcional no sentido de implicar, «*inter alia*», que o coordenador «atue autonomamente» face à entidade gestora, a transportadoras aéreas ou a prestadores de serviços presentes no aeroporto em causa, «sem estar subordinado às [suas] instruções nem obrigado a prestar[-lhes] contas», mas nada diz sobre a criação de uma entidade jurídica distinta.

37 — É verdade que o Tribunal de Justiça interpretou o artigo 6.º da Diretiva 88/301/CEE da Comissão, de 16 de maio de 1988, relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações (JO L 131, p. 73), que dispunha que a aprovação dos terminais de telecomunicações será efetuada «por uma entidade independente» das empresas públicas e privadas responsáveis pela oferta de bens ou de serviços de telecomunicações, no sentido de proibir a atribuição dessa aprovação a uma direção do Ministério dos Correios e Telecomunicações porque este estava também encarregado, nomeadamente, da exploração da rede (acórdão Taillandier, C-92/91, EU:C:1993:854, n.º 15). No entanto, além de esta disposição fazer referência a uma «entidade» independente, quando o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, se limita a exigir «a independência» do coordenador, tal interpretação contrariaria os trabalhos preparatórios do Regulamento n.º 793/2004, referidos no n.º 74 das presentes conclusões.

38 — V. n.º 62 das presentes conclusões. É verdade que, contrariamente ao artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, esta disposição não exige a separação funcional das autoridades de controlo do tratamento de dados de caráter pessoal. No entanto, faz referência ao exercício «com total independência» das suas missões por estas autoridades e secunda o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, nos termos do qual a separação funcional do coordenador é apenas um meio de garantir a sua independência. O Estado-Membro deve, com efeito, garantir «[a] independência do coordenador [...] separando o coordenador a nível funcional de qualquer parte interessada singular» (o sublinhado é meu).

39 — Acórdãos Comissão/Áustria, C-614/10, EU:C:2012:631, n.º 42, e Comissão/Hungria, C-288/12, EU:C:2014:237, n.º 52.

fiscalizar as atividades desse pessoal e impedir, sendo caso disso, a sua progressão⁴⁰, a circunstância de o pessoal da autoridade nacional de controlo ser totalmente constituído por funcionários federais, ou seja, estar imbricada na Administração Federal⁴¹, e a possibilidade de fazer cessar antecipadamente o mandato da autoridade nacional de controlo⁴².

78. O Tribunal de Justiça adotou critérios semelhantes para apreciar se a entidade encarregada da aprovação dos terminais de telecomunicações era, como exige o artigo 6.º da Diretiva 88/301, «independente»⁴³ (pessoal composto por membros do terceiro interessado)⁴⁴, ou para apreciar se a autoridade encarregada de emitir um parecer sobre os efeitos ambientais de um plano cumpria a exigência de «separação funcional» (meios administrativos e humanos que sejam próprios da autoridade)⁴⁵.

79. Os critérios enumerados nos n.ºs 77 e 78 das presentes conclusões parecem-me poder ser transpostos para a apreciação da separação funcional do coordenador, prevista no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado. Não entendo, com efeito, como poderia o coordenador alegar independência se recebe de uma parte interessada instruções que o vinculam, se não dispõe do seu próprio pessoal, ou se existe uma relação hierárquica entre esse pessoal e uma parte interessada. Outros critérios deveriam ser tidos em consideração, nomeadamente a circunstância, sendo caso disso, de o coordenador ser dotado de personalidade jurídica. Como defende a Comissão, se o Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, não impõe a criação de uma entidade jurídica distinta, tal elemento não é menos relevante para efeitos da apreciação da independência do coordenador.

c) Quanto ao sistema de financiamento independente

80. Quanto ao sistema de financiamento independente, expressamente previsto no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, trata-se de um critério de apreciação da separação funcional do coordenador ou de uma condição autónoma, que acresce à da separação funcional?

81. Se se devesse considerar o sistema de financiamento independente uma condição autónoma, então a violação do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, devia ser declarada quando o coordenador não fosse financeiramente independente, ainda que satisfaça a exigência de separação funcional das partes interessadas, definida através dos critérios resumidos nos n.ºs 77 a 79 das presentes conclusões. Se, em contrapartida, o financiamento independente for apenas um dos critérios da separação funcional, então a violação do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, não pode ser demonstrada pela simples falta de independência financeira do coordenador.

82. Considero que a existência de um sistema de financiamento independente deve ser considerada um simples critério da separação funcional do coordenador.

40 — Acórdão Comissão/Áustria, C-614/10, EU:C:2012:631, n.ºs 48 a 51.

41 — Acórdão Comissão/Áustria, C-614/10, EU:C:2012:631, n.º 61.

42 — Acórdão Comissão/Hungria, C-288/12, EU:C:2014:237, n.º 55.

43 — V. nota 37 das presentes conclusões.

44 — Acórdão Tranchant, C-91/94, EU:C:1995:374, cujo n.º 21 enuncia que o diretor do laboratório encarregado de efetuar os ensaios prévios à aprovação dos terminais de telecomunicações era um agente da France Télécom, que explorava a rede de telecomunicações.

45 — A Diretiva 2001/42/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente (JO L 197, p. 30) dispõe, no seu artigo 6.º, n.º 3, que os Estados-Membros devem designar as autoridades que são consultadas sobre os efeitos ambientais de certos planos e programas. Enquanto esta disposição não exige que essas autoridades sejam independentes, nem que sejam separadas funcionalmente das partes que elaboram esses planos, o Tribunal de Justiça introduziu essa exigência. Decidiu que se, segundo a legislação de um Estado-Membro, uma mesma autoridade é encarregada simultaneamente de elaborar um plano e de dar o seu parecer sobre os efeitos ambientais do mesmo, deve ser organizada no seu seio uma «separação funcional». O Tribunal de Justiça define essa separação funcional no sentido de «implica[r] designadamente que seja dotada de meios administrativos e humanos próprios» (acórdão Seaport (NI) e o., C-474/10, EU:C:2011:681, n.º 42).

83. Com efeito, os dois períodos do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, não são ligados por uma conjunção de coordenação. Nada na letra deste artigo sugere portanto que o segundo período, que formula a exigência de um sistema de financiamento independente, acresce ao primeiro, que obriga os Estados-Membros a garantir a separação funcional entre o coordenador e as partes interessadas.

84. Além disso, observo que, no âmbito dos trabalhos preparatórios do Regulamento n.º 793/2004, a Comissão tinha proposto alterar o artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 95/93 de forma a prever que «[fosse] reforçada adicionalmente a independência real do coordenador separando o coordenador a nível institucional e financeiro de qualquer parte interessada singular» e que o Estado-Membro devesse garantir «que [fossem] disponibilizados recursos suficientes de modo a que o financiamento das atividades de coordenação não p[udessem] afetar a independência do coordenador»⁴⁶. O Comité Económico e Social tinha, por sua vez, salientado que «[o]s Estados-Membros devem oferecer aos coordenadores uma remuneração que lhes permita exercer a sua função em toda a liberdade e respeitando os seus princípios»⁴⁷. Ora, estas propostas não foram adotadas. Com efeito, o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, não prevê que as despesas do coordenador lhe sejam reembolsadas (que lhe seja «oferecida uma remuneração», segundo a expressão do Comité Económico e Social), e ainda menos que disponha do seu próprio orçamento.

85. Resulta portanto dos trabalhos preparatórios que os Estados-Membros não têm a obrigação de pôr à disposição do coordenador os recursos suficientes para cobrir as suas despesas de funcionamento. Também não têm, parece-me, a obrigação de o dotar de um orçamento *separado*, uma vez que o legislador da União se recusou a exigir a separação *financeira* do coordenador. Nestas condições, seria incoerente, em minha opinião, considerar que o sistema de financiamento independente é uma condição autónoma, uma vez que os Estados-Membros conservam uma margem de manobra considerável quanto aos meios de assegurar esse financiamento. Esta margem de manobra chega, nomeadamente, a autorizá-los a não dotar o coordenador de recursos suficientes para cobrir as suas despesas de financiamento, o que parece no entanto condição *sine qua non* da sua independência financeira.

86. Saliento, a este respeito, que não se pode considerar que a comunicação de 2008, que faz referência à existência de uma contabilidade separada do coordenador e a um orçamento distinto e à diversificação das suas fontes de financiamento⁴⁸, impõe tais obrigações aos Estados-Membros. Com efeito, o Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, tem por base jurídica o artigo 84.º, n.º 2, do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, que dava competência ao Conselho, decidindo por maioria qualificada, para adotar disposições no domínio aéreo. Só o Conselho era, portanto, competente para impor aos Estados-Membros obrigações não previstas pelo Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, e não a Comissão, através de uma comunicação.

87. De resto, não parece ter isso essa a intenção da Comissão. Com efeito, a comunicação de 2008 precisa, na sua introdução, que o seu objeto é simplesmente «expor o ponto de vista da Comissão»⁴⁹. Além disso, é no condicional que a Comissão faz referência à existência de uma contabilidade separada do coordenador e a um orçamento distinto, e ao financiamento por várias partes⁵⁰.

46 — V. nota 35 das presentes conclusões. (O sublinhado é meu).

47 — Parecer do Comité Económico e Social, de 20 de março de 2002, sobre a «Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento [...] n.º 95/93» (JO C 125, p. 8), pontos 4.5.2.1 e 5.2.

48 — V. n.º 9 das presentes conclusões.

49 — V. introdução da comunicação de 2008, p. 3. V., também, conclusões da comunicação de 2008, p. 8, que indicam que, «[...] [à] luz dos resultados dessa monitorização, a Comissão decidirá da oportunidade de uma proposta de alteração do regulamento».

50 — V. comunicação de 2008, ponto 1, p. 4: «[...] [o] coordenador *deverá*, portanto, ter um orçamento e contabilidade separados e não depender da entidade gestora do aeroporto ou de qualquer prestador de serviços ou transportadora aérea para o financiamento das suas atividades» (o sublinhado é meu).

88. Saliento, por fim, que a comunicação de 2008 não foi objeto de publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*, que foi adotada quatro anos depois do Regulamento n.º 793/2004, e que, ainda que a Comissão tenha apresentado, em 1 de dezembro de 2011, uma proposta que retoma em parte o conteúdo da comunicação de 2008, esta, até hoje, não deu lugar a uma alteração do Regulamento n.º 95/93⁵¹.

89. A Comissão não pode, portanto, apoiar-se utilmente na comunicação de 2008 para demonstrar que a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem⁵².

d) Aplicação ao caso em apreço

90. Em minha opinião, a Comissão não demonstrou que não havia separação funcional entre a DCNS e a ANA.

91. Na verdade, a circunstância de a DCNS ser mais uma divisão da ANA do que uma entidade distinta dotada de personalidade jurídica não abona a favor da sua independência. O mesmo acontece com a circunstância de a DCNS ser totalmente financiada pela ANA, uma vez que a taxa de atribuição das faixas horárias, prevista no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 109/2008, não foi implementada e de o seu orçamento ser aprovado pela ANA.

92. No entanto, estes dois elementos devem ser ponderados com a circunstância de a DCNS dispor do seu próprio pessoal, e de a Comissão não ter demonstrado que a ANA tem a faculdade de se imiscuir na atribuição das faixas horárias.

93. Em primeiro lugar, a Comissão não contesta que a DCNS tem o seu próprio pessoal, dedicado exclusivamente às atividades de atribuição de faixas horárias. Não apresenta nenhum elemento que demonstre que existe uma relação hierárquica entre o pessoal da DCNS e o da ANA, por exemplo que a direção da ANA decide da progressão do pessoal da DCNS ou lhe pode aplicar sanções. O único argumento desenvolvido pela Comissão a este propósito diz respeito à inexistência de uma «muralha da China» entre a DCNS e a ANA, ou seja, uma organização interna da ANA que impeça a circulação de informações confidenciais entre a DCNS e as outras divisões da ANA. Tal argumento não convence, pois não entendo como pode a exigência de uma «muralha da China» ser deduzida do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, que não faz nenhuma referência ao pessoal do coordenador.

94. Em segundo lugar, a Comissão não demonstrou que a ANA pode dar instruções à DCNS. Não pode, para esse fim, limitar-se a considerações gerais relativas ao direito das sociedades portuguêsas, segundo as quais o conselho de administração de qualquer sociedade anónima, como a ANA, gere as atividades da sociedade, incluindo as divisões, e analisa o relatório anual e as contas anuais da sociedade, incluindo a contabilidade separada da DCNS. Com efeito, defender que não há separação funcional entre a DCNS e a ANA porque o conselho de administração desta última gere as atividades da sociedade é o mesmo que defender, na realidade, segundo me parece, que não há separação

51 — Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às normas comuns aplicáveis à atribuição de faixas horárias nos aeroportos da União Europeia (Reformulação) de 1 de dezembro de 2001, [COM(2011) 827 final]. A proposta da Comissão adita uma nova alínea ao artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado [atual artigo 5.º, n.º 3, alínea c)]: «[o] financiamento previsto na alínea c) deve ser assegurado pelas transportadoras aéreas que operam nos aeroportos coordenados e pelos aeroportos, de modo a garantir a distribuição equitativa do ónus financeiro por todas as partes interessadas e a evitar que o financiamento dependa principalmente de uma única parte interessada. O Estado-Membro deve garantir que o coordenador dispõe de forma permanente dos recursos financeiros, humanos, técnicos e materiais e das competências técnicas de que necessita para exercer devidamente a sua atividade».

52 — V., a este respeito, conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo Comissão/Alemanha, C-556/10, EU:C:2012:528, n.º 60, e acórdão Comissão/Alemanha, C-556/10, EU:C:2013:116, n.º 62.

funcional porque a DCNS é uma divisão da sociedade anónima que é a ANA. Ora, uma vez que o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, não impõe aos Estados-Membros uma separação jurídica entre o coordenador e as partes interessadas, mas uma simples separação funcional, a argumentação desenvolvida pela Comissão não pode prosperar⁵³.

95. Saliento, a este respeito, que a Comissão não se debruçou sobre o processo decisório da DCNS, não procurou saber se os órgãos dirigentes desta divisão mantinham os da ANA informados e os consultavam antes da adoção de decisões, se podiam receber da ANA instruções sobre casos individuais, simples orientações gerais, ou se não recebiam dela nenhuma orientação. Tal análise teria sido tanto mais necessária quanto a República Portuguesa afirma, na sua contestação e réplica, que as decisões da DCNS não estão sujeitas à apreciação nem à aprovação do conselho de administração da ANA.

96. Em terceiro lugar, não é contestado que a DCNS tem uma contabilidade separada. O artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 109/2008 prevê-o expressamente⁵⁴.

97. Quanto à circunstância de, quando da privatização da ANA, a República Portuguesa ter anunciado a criação de uma entidade independente que seria encarregada da atribuição das faixas horárias, observo, por um lado, que a decisão de privatizar a ANA é anterior em apenas um mês ao parecer fundamentado⁵⁵ e que parece que a privatização ocorreu um mês após esse parecer fundamentado⁵⁶ e, por outro, que se o Estado português não deseja delegar a atividade de coordenação a uma empresa privada, o que o Regulamento n.º 95/93, conforme alterado não proíbe, tem de criar uma nova entidade para esse fim quando privatizar a entidade gestora, de que o coordenador era uma divisão.

98. Por fim, é verdade que, interrogada na audiência, a República Portuguesa não conseguiu precisar qual o procedimento e modalidades de acordo com os quais é designado o coordenador. No entanto, além de a Comissão não ter abordado este ponto na petição nem na réplica, observo que esses elementos resultam do artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, que impõe aos Estados-Membros que garantam a nomeação como coordenador de uma pessoa qualificada, mais do que do artigo 4.º, n.º 2, desse regulamento. Ora, a Comissão acusa a República Portuguesa de não ter cumprido as suas obrigações por força apenas do n.º 2, pois nunca menciona o n.º 1.

99. Por conseguinte, a Comissão não demonstrou que a República Portuguesa não cumpriu a obrigação que lhe incumbe por força do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento n.º 95/93, conforme alterado, de garantir que o coordenador seja independente da entidade gestora dos aeroportos coordenados.

VI – Conclusão

100. Tendo em conta as considerações expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que:

- 1) julgue inadmissíveis os pedidos da República Portuguesa requerendo ao Tribunal de Justiça que declare que o atual coordenador respeita as exigências relativas à independência funcional prevista no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento (CEE) n.º 95/93 do Conselho, de 18 de janeiro de 1993, relativo às normas comuns aplicáveis à atribuição de faixas horárias nos aeroportos da

53 — V., a este respeito, acórdão Comissão/França, C-625/10, EU:C:2013:243, n.º 67.

54 — V. n.º 13 das presentes conclusões.

55 — A decisão de privatizar a ANA foi adotada em 28 de dezembro de 2012 e o parecer fundamentado em 25 de janeiro de 2013. V. n.ºs 15 e 20 das presentes conclusões.

56 — Segundo a Comissão, a cessão teve lugar em 21 de fevereiro de 2013.

Comunidade, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 793/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, e que a República Portuguesa cumpre as obrigações que lhe incumbem por força do direito da União;

- 2) julgue a ação improcedente;
- 3) condene a Comissão Europeia no pagamento das despesas.