CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL CHRISTINE STIX-HACKL

apresentadas em 7 de Novembro de 2002 [1]

Índice

I — Introdução I-14249

II — Disposições nacionais pertinentes I-14249

A — Quanto às empresas públicas em causa I-14249

B — Quanto à taxa portuária controvertida I-14250

III — Processo principal e questões prejudiciais I-14251

IV — Quanto à primeira e à segunda questão prejudicial, e quanto à quinta questão prejudicial na medida em que se refere ao abuso de posição dominante I-14252

A — Argumentos das partes I-14253

1) Quanto à admissibilidade da primeira e da segunda questão prejudicial .. I-14253

2) Quanto às questões prejudiciais I-14253

B — Apreciação jurídica I-14255

1) Quanto à admissibilidade da primeira e da segunda questão prejudicial .. I-14255

2) Quanto às questões prejudiciais I-14255

a) As AMM como empresas públicas I-14256

b) As AMM como empresas com direitos especiais ou exclusivos I-14256

c) Quanto à existência de uma posição dominante I-14257

i) Mercado em causa I-14257

ii) Quanto à posição dominante das AMM I-14259

iii) Quanto à parte substancial do mercado comum I-14263

d) Quanto à existência de um abuso I-14264

i) Quanto ao abuso I-14264

ii) Afectação do comércio intracomunitário I-14266

1 — Língua original: alemão.

e) Justificação pelo artigo 86.°, n.° 2, CE I-14267

i) Gestão de serviços de interesse económico geral I-14268

ii) Necessidade I-14270

f) Quanto à quinta questão prejudicial, na medida em que se refere ao abuso de posição dominante I-14271

V — Quanto à terceira questão prejudicial, e quanto à quinta questão prejudicial na medida em que se refere aos auxílios de Estado I-14272

A — Argumentos das partes I-14272

B — Apreciação jurídica I-14274

1) Quanto à admissibilidade da terceira questão prejudicial I-14274

2) Quanto à terceira e à quinta questão prejudicial I-14275

a) Quanto aos elementos normativos do conceito de auxílio I-14275

b) Pagamentos compensatórios por parte do Estado pela gestão de serviços de interesse económico geral: estado da discussão I-14277

i) O acórdão Ferring à luz da jurisprudência anterior e da prática da Comissão I-14277

ii) A crítica ao acórdão Ferring I-14279

iii) Tomada de posição e conclusões no presente processo I-14280

c) Quanto à missão dos órgãos jurisdicionais nacionais nos termos do artigo 88.°, n.° 3, CE I-14282

d) Quanto à quinta questão prejudicial, na medida em que se refere aos auxílios de Estado I-14283

VI — Quanto à quarta questão prejudicial: a atribuição do produto da taxa, tendo em conta a livre circulação de mercadorias, como encargo de efeito equivalente ou como imposição interna discriminatória (artigos 28.° CE, 25.° CE e 90.° CE) ... I-14285

A — Argumentos das partes I-14285

B — Apreciação I-14286

1) Quanto à livre circulação de mercadorias I-14286

2) Quanto ao encargo de efeito equivalente I-14286

3) Quanto à imposição interna I-14287

VII— Conclusão I-14288

I — Introdução

1. Os processos em apreciação, submetidos pela Corte Suprema di Cassazione, dizem respeito a uma disposição italiana que prevê a cobrança de uma taxa portuária por ocasião da carga e da descarga de mercadorias em determinados portos italianos e a atribuição de uma parte das receitas a empresas públicas encarregadas de diversas missões nestes portos, entre elas a carga e a descarga de mercadorias.

2. A questão é, no essencial, a de saber se a disposição em causa deve ser considerada uma medida, na acepção do artigo 90.°, n.° 1, do Tratado CE (actual artigo 86.°, n.° 1, CE), que comporta o risco de abuso da posição dominante da empresa beneficiária que daí possa eventualmente resultar. É igualmente controvertida a questão de saber se tal disposição contém um auxílio de Estado ou se deve ser apreciada como compensação pela gestão de serviços de interesse económico geral.

3. Estas questões colocam-se num processo no qual uma empresa executa a carga e a descarga de mercadorias com meios próprios, não recorrendo, por isso, aos serviços da empresa pública que se encarrega das operações portuárias, sendo, ainda assim, sujeita ao pagamento da taxa portuária, razão pela qual acabou por interpor recurso.

4. Na opinião da empresa sujeita ao pagamento da taxa portuária, esta não é compatível com o direito comunitário, nomeadamente com o artigo 86.° do Tratado CE (actual artigo 82.° CE), conjugado com o artigo 90.°, n.° 1, do Tratado CE (actual artigo 86.°, n.° 1, CE) e com o artigo 92.° do Tratado CE (actual artigo 87.° CE).

II — Disposições nacionais pertinentes

A — *Quanto às empresas públicas em causa*

5. Por força da *Lei n.° 961/67* [2], alterada pela *Lei n.° 494/74* [3], foram criadas nos seis portos de Ancona, Cagliari, Livorno, La Spezia, Messina e Savona as «Aziende dei mezzi meccanici e dei magazzini» (empresas dos meios técnicos e dos armazéns, a seguir «AMM»).

2 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* (GURI) n.° 272, de 30 de Outubro de 1967.

3 — GURI n.° 274, de 21 de Outubro de 1974.

6. As AMM são, de acordo com a sua base legal, entidades públicas económicas («enti pubblici economici») sujeitas ao controlo do Ministero della marina mercantile (Ministério da Marinha Mercante). Estas entidades públicas são, de acordo com as declarações do órgão jurisdicional de reenvio, «pessoas jurídicas que, embora inserindo-se nos poderes públicos, exercem uma actividade no mercado — por vezes em regime de monopólio — como empresas, segundo critérios de racionalidade económica».

7. Nos termos do artigo 2.° da referida Lei n.° 961/67, as AMM têm por função «gerir os meios mecânicos de carga e descarga, dos armazéns, das áreas de depósito e de todos os outros bens imóveis e móveis propriedade do Estado, ao serviço da administração da marinha mercante, afectados ao tráfego das mercadorias, providenciar pela aquisição, manutenção e transformação destes bens, bem como desenvolver quaisquer outras actividades com estas relacionadas». Nos termos do artigo 2.° da referida Lei n.° 494/74, as AMM estão ainda autorizadas a «criar e fornecer outros serviços comerciais respeitantes aos portos e a assumir a gestão dos meios e instalações que não sejam propriedade do Estado, bem como a desenvolverem todas as missões acima referidas também noutros portos que façam parte do âmbito territorial das capitanias do porto no qual as [AMM] tenham sede».

8. As despesas de gestão, manutenção e transformação dos bens administrados são suportadas por cada uma das AMM. As despesas de aquisição de novos bens são suportadas pela administração estatal, caso o orçamento das AMM não o permita. Para a realização destas missões, previstas na lei, as Aziende dispunham dos proventos dos bens anteriormente indicados, bem como de meios financeiros provenientes de associações mútuas ou de outras operações financeiras. Desde a entrada em vigor da *Lei n.° 355/76*[4] e da *Lei n.° 82/63*[5], dois terços da taxa portuária passaram a destinar-se às AMM.

B — *Quanto à taxa portuária controvertida*

9. A *Lei n.° 82/63* introduziu uma taxa portuária («tassa portuale») sobre as mercadorias carregadas e descarregadas em determinados portos italianos[6]. A taxa portuária é calculada e cobrada pela administração fiscal.

4 — GURI n.° 147, de 5 de Junho de 1976.

5 — GURI n.° 52, de 23 de Fevereiro de 1963.

6 — A par desta taxa portuária, foi ainda introduzida em todos os portos italianos, pelo Decreto-Lei n.° 47/74 («decreto legge»), com alterações que deram origem à Lei n.° 117/74 (GURI n.° 115, de 4 de Maio de 1974), uma taxa fiscal sobre a carga e a descarga de mercadorias estrangeiras («tassa erariale di sbarco e imbarco»), de que, todavia, as AMM não beneficiaram.

10. A *Lei n.º 355/76* sujeita a taxa portuária, nos termos da Lei n.º 82/63, as mercadorias objecto de transbordo num dos seis portos onde existe uma AMM e atribui dois terços desta taxa às AMM, para o cumprimento das suas missões.

11. O *Decreto do Presidente da República de 12 de Maio de 1977*[7] fixa o valor da taxa portuária em 15 ITL (para determinadas mercadorias, como por exemplo, o fosfato e o nitrato), 35 ITL (para outras mercadorias, como por exemplo, areia, cascalho ou cimento) e 90 ITL (para outras mercadorias) por cada tonelada métrica.

III — Processo principal e questões prejudiciais

12. A Enirisorse SpA (a seguir «Enirisorse») efectua a carga e a descarga de mercadorias nacionais e estrangeiras no porto de Cagliari[8] com meios humanos e logísticos próprios.

13. Por aviso de liquidação do Ministério das Finanças, foram impostas à Enirisorse, em 1992, as taxas portuárias aplicáveis às mercadorias transportadas. A Enirisorse interpôs recurso contra esta imposição, com o fundamento de que o decreto de 12 de Maio de 1977 que fixa a taxa portuária é ilegal, nos termos da Lei n.º 355/76.

14. Depois dos recursos que interpôs para o Tribunale Cagliari e para a Corte d'Appello Cagliari, aos quais foi negado provimento, a Enirisorse recorreu para a Corte Suprema di Cassazione, onde alegou, entre outros, a incompatibilidade do regime controvertido de taxas com o direito comunitário.

15. Na sequência do referido recurso, a Corte Suprema di Cassazione solicitou ao Tribunal de Justiça que respondesse às seguintes questões:

«1) A reserva a uma empresa pública — que opera no mercado das operações portuárias de carga e descarga de mercadorias — de uma parte importante do produto de uma imposição (taxa portuária de carga e descarga de mercadorias), cobrada pelo Estado a operadores que não usufruíram de qualquer serviço ou prestação por parte da referida empresa, constitui um direito especial ou exclusivo ou uma medida contrária às normas do Tratado e, em especial, às regras da concorrência, na acepção do artigo 90.º, n.º 1, do Tratado?

7 — GURI n.º 270, de 4 de Outubro de 1977.

8 — Conclui-se das observações do Governo italiano que se trata, na realidade, do porto de Portovesme. Tal não é relevante, na medida em que a actividade da AMM de Cagliari é extensiva a Portovesme.

2) Independentemente da questão anterior, a reserva à referida empresa pública de uma importante parte do produto da imposição constitui um abuso de posição dominante resultante de uma medida legislativa estatal e, portanto, contrária às disposições conjugadas dos artigos 86.° e 90.° do Tratado?

3) A reserva a tal empresa de uma importante percentagem da referida imposição pode ser definida como auxílio de Estado, na acepção do artigo 92.° do Tratado e, portanto, justifica, em caso da sua não notificação à Comissão ou de uma decisão de incompatibilidade do auxílio com o mercado comum tomada por esta última na acepção do artigo 93.°, o exercício dos poderes atribuídos aos tribunais nacionais — segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça — para garantir a não aplicação do auxílio ilegal e/ou incompatível?

4) A atribuição à referida empresa pública, por via directa, de uma parte importante do produto de uma imposição estatal cobrada para ou por ocasião da carga ou descarga das mercadorias nos portos, sem que ao pagamento corresponda qualquer prestação ou serviço por parte da própria empresa pública, constitui um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro de importação (proibido pelos artigos 12.° e 13.° do Tratado) ou uma imposição interna sobre os produtos dos outros Estados-Membros superior à que incide sobre os produtos nacionais similares (artigo 95.°) ou um entrave às importações, proibido pelo artigo 30.°?

5) Caso a regulamentação nacional não seja conforme ao direito comunitário, os aspectos referidos nas questões anteriores, considerados individualmente, dizem respeito à imposição na sua totalidade ou apenas à parte desta que é atribuída à Azienda Mezzi Meccanici?»

IV — Quanto à primeira e à segunda questão prejudicial, e quanto à quinta questão prejudicial na medida em que se refere ao abuso de posição dominante

16. O artigo 86.°, n.° 1, CE prevê que, no que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no Tratado, designadamente às regras de concorrência.

17. A questão de saber se uma determinada disposição nacional se enquadra no âmbito de aplicação do artigo 86.°, n.° 1, CE implica, assim, que se analise previamente se essa disposição está, entre outros, em conformidade com as regras da concorrên-

cia — neste caso, o artigo 82.° CE. As duas primeiras questões prejudiciais, assim como a quinta questão prejudicial, na medida em que se refere ao abuso de posição dominante, devem ser tratadas conjuntamente. Importa analisar, no essencial, se o artigo 82.° CE, conjugado com o artigo 86.° CE, se opõe a uma lei nacional que, por um lado, encarrega um prestador público de serviços portuários de funções relacionadas com a infraestrutura portuária, e que, por outro, prevê o pagamento, por outros operadores económicos, em parte a favor de uma destas empresas públicas, de futuras imposições, quando carregam e descarregam mercadorias utilizando meios próprios.

A — *Argumentos das partes*

1) Quanto à admissibilidade da primeira e da segunda questão prejudicial

18. O *Governo italiano* considera inadmissíveis as primeira e segunda questões prejudiciais, uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio não analisou, na apreciação destas questões prejudiciais, elementos essenciais da matéria de facto. Assim, a questão do mercado em causa não foi esclarecida, o que leva a que as questões em causa sejam hipotéticas.

19. A *Enirisorse* e a *Comissão* consideram, pelo contrário, admissíveis as primeira e segunda questões prejudiciais, visto que o Tribunal de Justiça está, em princípio, obrigado a responder às questões de interpretação do direito comunitário. É o que se refere, nomeadamente, nos acórdãos TNT Traco [9] e Ambulanz Glöckner [10]. A Comissão é ainda da opinião de que incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais fixar os elementos da matéria de facto que não resultam suficientemente dos autos, mas que são necessários para a aplicação do direito comunitário.

2) Quanto às questões prejudiciais

20. A *Enirisorse* e a *Comissão* alegam que os artigos 86.° CE e 82.° CE são aplicáveis ao regime em causa. A AMM de Cagliari é indiscutivelmente uma empresa na acepção do direito da concorrência e a atribuição de dois terços das taxas portuárias confere a esta AMM um direito quase exclusivo ou especial em relação às suas concorrentes.

21. A *Enirisorse* e a *Comissão* referem que os portos administrados pelas AMM cobrem, no geral, uma parte substancial do território estatal italiano; a *Enirisorse* acrescenta que as AMM detêm, no seu conjunto, uma posição dominante.

9 — Acórdão de 17 de Maio de 2001 (C-340/99, Colect., p. I-4109).

10 — Acórdão de 25 de Outubro de 2001 (C-475/99, Colect., p. I-8089).

22. O *Governo italiano* alega, a este respeito, que o porto de Portovesme, aqui em causa, não é seguramente um mercado de importância comunitária.

23. No entender da *Comissão*, incumbe ao órgão jurisdicional nacional verificar, tendo em consideração a jurisprudência Merci convenzionali porto di Genova [11] e Centre d'insémination de la Crespelle [12], a existência de uma eventual posição dominante das AMM, que para a Comissão é manifesta.

24. Segundo a *Enirisorse* e a *Comissão*, a legislação nacional em causa possibilita o abuso de uma posição dominante, uma vez que permite o reforço da posição dominante da AMM de Cagliari. A *Comissão* acrescenta que as apreciações feitas no acórdão TNT Traco [13] são transponíveis para a matéria de facto no processo principal. O Tribunal de Justiça declarou nesse acórdão que existe exploração abusiva de uma posição dominante quando uma empresa recebe uma remuneração por um serviço que ela própria não prestou. A única diferença reside no facto de, no processo TNT Traco, o direito postal ter sido cobrado directamente às empresas pela «Poste Italiane» e de, no caso em apreço, a taxa portuária caber às AMM através do Estado.

11 — Acórdão de 10 de Dezembro de 1991 (C-179/90, Colect., p. I-5889).

12 — Acórdão de 5 de Outubro de 1994 (C-323/93, Colect., p. I-5077).

13 — Já referido na nota 9.

25. O *Governo italiano* salienta, pelo contrário, que a criação de uma posição dominante através da concessão de direitos exclusivos ou especiais, na acepção do artigo 86.°, n.° 1, CE, não é *per se* incompatível com o artigo 82.° CE. Além disso, também não se demonstrou que a AMM de Cagliari tenha abusado dos direitos que lhe foram concedidos.

26. Para a *Enirisorse* e para a *Comissão*, a legislação não pode ser justificada pelo artigo 86.°, n.° 2, CE. Do despacho de reenvio não se retira qualquer elemento da matéria de facto que comprove a necessidade da atribuição de meios para a manutenção da gestão de eventuais serviços de interesse geral. A criação incorrecta das AMM em todos os portos italianos demonstra que a sua actividade é dispensável.

27. O *Governo italiano* considera, pelo contrário, que a legislação em causa encontra de todo o modo justificação no artigo 86.°, n.° 2, CE. A taxa portuária é necessária por razões sócio-económicas e é imposta no interesse público: os seis portos nos quais foram criadas AMM têm receitas comerciais reduzidas, de maneira que não é garantido um financiamento suficiente da conservação das instalações portuárias. A legislação controvertida deve assegurar, em geral, a sobrevivência destes portos e a funcionalidade das instalações portuárias e garantir a segurança do atracamento dos navios, bem como a disponibilização de serviços portuários a preços adequados.

B — *Apreciação jurídica*

1) Quanto à admissibilidade da primeira e da segunda questão prejudicial

28. Importa recordar que, segundo jurisprudência constante, no âmbito da cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais instituída pelo artigo 234.°, o Tribunal de Justiça deixa aos órgãos jurisdicionais nacionais a incumbência de apreciar tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão, como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça. Consequentemente, como as questões colocadas pelo juiz nacional são relativas à interpretação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a decidir [14].

29. O Tribunal de Justiça só em casos excepcionais pode apreciar as circunstâncias em que o órgão jurisdicional nacional lhe submeteu as questões, podendo recusar pronunciar-se sobre as questões prejudiciais se for manifesto que a interpretação do direito comunitário solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal, quando o problema é hipotético ou ainda quando o Tribunal não dispõe dos elementos de facto e de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas [15].

30. Estas exigências são em especial válidas no domínio do direito da concorrência, que se caracteriza por situações de facto e de direito complexas [16].

31. No presente processo, o despacho de reenvio contém apenas escassas indicações relativas aos serviços prestados pelas AMM e aos portos em causa. As partes tiveram, todavia, a oportunidade de prestar informações adicionais na audiência, permitindo ao Tribunal de Justiça dar indicações claras tendo em vista a decisão final a adoptar pelos juízes nacionais. As primeira e segunda questões prejudiciais são, por isso, admissíveis.

2) Quanto às questões prejudiciais

32. A resposta a dar às primeira e segunda questões prejudiciais pressupõe que uma matéria de facto como a descrita pelo órgão jurisdicional de reenvio se enquadra no âmbito de aplicação do artigo 86.°, n.° 1, CE.

14 — Acórdão TNT Traco (já referido na nota 9, n.° 30), com remissão para os acórdãos de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.° 59), e de 13 de Março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Colect., p. I-2099, n.° 38).

15 — Acórdão de 19 de Fevereiro de 2002, Arduino (C-35/99, Colect., p. I-1529, n.° 25), com remissão para os acórdãos Bosman (já referido na nota 14, n.° 61) e PreussenElektra (já referido na nota 14, n.° 39).

16 — Acórdão de 14 de Julho de 1998, Safety Hi-Tech (C-284/95, Colect., p. I-4301, n.° 70). V. também o acórdão de 26 de Janeiro de 1993, Telemarsicabruzzo e o. (C-320/90 a C-322/90, Colect., p. I-393, n.° 7).

33. Como tal, importa, em primeiro lugar, analisar se as AMM são empresas, na acepção do artigo 86.°, n.° 1, CE. Em seguida, analisar-se-á o âmbito de aplicação material do artigo 86.°, n.° 1, CE.

a) As AMM como empresas públicas

34. No que respeita ao conceito de empresa, remete-se para a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual este conceito abrange «no âmbito do direito da concorrência [...] qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento» [17].

35. As entidades em questão — as AMM — exercem uma actividade económica, na medida em que prestam serviços a título oneroso, designadamente a carga e a descarga de navios.

36. Não suscita igualmente dúvidas que as AMM devem ser qualificadas como empresas públicas. É o que resulta desde logo da sua forma jurídica — enti pubblici economici —, assim como da fiscalização ministerial, à qual aparentemente estão sujeitas.

17 — Acórdão de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Colect., p. I-1979, n.° 21).

b) As AMM como empresas com direitos especiais ou exclusivos

37. Na minha opinião, tendo em conta a aplicabilidade do artigo 86.°, n.° 1, CE, esta discussão não tem interesse, uma vez que as AMM são, em todo o caso, empresas públicas.

38. O artigo 86.°, n.° 1, CE esclarece que as disposições do Tratado, designadamente as disposições relativas à concorrência, também são aplicáveis às empresas por cujo comportamento os Estados devem assumir uma responsabilidade particular devido à influência que podem exercer sobre esse comportamento [18]. Trata-se aqui não apenas de empresas públicas mas também de outras empresas cujo estatuto especial decorre da concessão de direitos especiais ou exclusivos. A aplicabilidade do artigo 86.°, n.° 1, CE depende assim, de modo decisivo, da capacidade de influência do Estado em relação às empresas em causa [19]. Em consequência, as empresas públicas enquadram-se sempre no âmbito de aplicação do artigo 86.°, n.° 1, CE, sem que seja além disso importante determinar se lhes são ou não concedidos direitos especiais ou exclusivos.

18 — V., por exemplo, o acórdão de 6 de Julho de 1982, França, Itália e Reino Unido/Comissão (188/80 a 190/80, Recueil, p. 2545, n.° 12).

19 — V. também, neste sentido, Schwarze-von Burchard, *EU-Kommentar*, artigo 86.° CE, n.° 8.

c) Quanto à existência de uma posição dominante

39. No entanto, cumpre ainda analisar se as circunstâncias, tal como apresentadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, também se enquadram no âmbito de aplicação material do artigo 86.°, n.° 1, CE, em conjugação com o artigo 82.° CE.

40. Enquanto o artigo 82.° CE «só visa os comportamentos anticoncorrenciais adoptados pelas empresas por sua própria iniciativa, mas não através de medidas estatais» [20], o artigo 86.°, n.° 1, CE, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, tem como objectivo «determinar as condições de aplicação das regras de concorrência dos artigos 85.° e 86.° [actuais artigos 81.° CE e 82.° CE] a empresas públicas, a empresas às quais os Estados-Membros concedem direitos especiais ou exclusivos e a empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral» [21]. Em consequência, o artigo 86.°, n.° 1, CE permite a inclusão de práticas anticoncorrenciais que, caso contrário, não seriam de todo imputadas às empresas em causa.

41. Importa agora determinar se a previsão do artigo 82.° CE é preenchida pela norma de remissão do artigo 86.°, n.° 1, CE. O artigo 82.° CE pressupõe, em primeiro lugar, que as empresas em causa detêm uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

i) Mercado em causa

42. O Tribunal de Justiça sublinhou várias vezes que, no que respeita à eventual existência de uma posição dominante, «deve ser dada uma importância fundamental à determinação do mercado em causa e à determinação da parte substancial do mercado comum na qual a empresa possa eventualmente cometer práticas abusivas susceptíveis de obstar a uma concorrência efectiva» [22].

43. Segundo jurisprudência constante, o mercado em causa «[deve] ser [apreciado] no quadro do mercado que reagrupa o conjunto dos produtos [ou serviços] que, em função das suas características, são especialmente aptos a satisfazer necessidades constantes e não são facilmente substituíveis por outros» [23].

20 — Acórdão de 19 de Maio de 1993, Corbeau (C-320/91, Colect., p. I-2533, n.° 10).

21 — V., nomeadamente, acórdão de 4 de Maio de 1988, Bodson (30/87, Colect., p. 2479, n.° 16).

22 — V. acórdãos de 17 de Julho de 1997, GT-Link (C-242/95, Colect., p. I-4449, n.° 36), e de 23 de Maio de 2000, Sydhavnens Sten & Grus (C-209/98, Colect., p. I-3743, n.° 57).

23 — Acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão (322/81, Recueil, p. 3461, n.° 37).

44. Segundo afirma o órgão jurisdicional de reenvio, o processo principal tem por objecto operações portuárias de movimentação de carga [24]. O mercado efectivamente em causa tinha, por isso, que abranger estes serviços; incumbe, todavia, ao órgão jurisdicional de reenvio definir o mercado em causa em função das características específicas do serviço em causa [25]. Importa, designadamente, analisar em que medida a movimentação de carga se distingue de outros serviços portuários.

45. Incumbe igualmente ao órgão jurisdicional de reenvio definir a zona geográfica do mercado em causa [26]. Esta é, com efeito, manifestamente controvertida: o órgão jurisdicional de reenvio parece tomar como base os portos onde se criou uma AMM. Para o Governo italiano, o porto de Portovesme deve ser considerado parte do porto de Cagliari, uma vez que a AMM opera a partir dos dois portos. A Enirisorse, pelo contrário, tomou como base — nomeadamente na audiência — todos os portos onde se criaram AMM e indicou — claramente tendo em vista o direito comunitário — que se encontra sob a autoridade do porto de Livorno, o qual é um importante ponto de operações portuárias internacionais, sendo por isso comparável com o porto de Génova. A Comissão tomou como base, na audiência, os portos de Cagliari e de Portovesme.

46. Recorde-se que a actividade de cada uma das AMM está, na verdade, espacialmente delimitada, mas que todas as AMM estão sujeitas às mesmas disposições legais, independentemente do lugar da sua actividade. Isto poderia levar a uma homogeneidade das condições de concorrência que permitiria considerar globalmente todos os portos onde existe uma AMM como mercado geográfico em causa. No entanto, a insularidade das instalações portuárias em Cagliari e Portovesme opõe-se a essa homogeneidade.

47. O órgão jurisdicional nacional deve ainda efectuar uma apreciação final. Importa, em todo o caso, chamar a atenção para a «necessidade de ter em conta o mercado no qual as condições de concorrência sejam suficientemente homogéneas, quer dizer, uma zona em que as condições objectivas de concorrência dos serviços em causa e, designadamente, a procura dos consumidores sejam semelhantes para todos os operadores económicos» [27].

24 — V., também a este respeito, a proposta alterada de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao acesso ao mercado dos serviços portuários (COM/2002/0101 final), cujo artigo 4.° define os «serviços portuários» como «os serviços de valor comercial normalmente prestados num porto a título oneroso, enumerados no anexo». Do anexo retira-se que os serviços portuários, em especial a movimentação de mercadorias, incluem: a) a carga e a descarga; b) a estiva, o transbordo e outras operações de transporte intra-terminal; c) a armazenagem, o depósito e o entreposto, dependendo do tipo de carga; d) a consolidação de carga.

25 — V., por exemplo, acórdão Sydavnens Sten & Grus (já referido na nota 22, n.° 60).

26 — *Ibidem*, n.° 60.

27 — Acórdão Ambulanz Glöckner (já referido na nota 10, n.° 34), com remissão para o acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands/Comissão (27/76, Colect., p. 77, n.° 44).

ii) Quanto à posição dominante das AMM

48. A questão que se coloca é saber se e em que medida a legislação em causa cria ou amplia uma posição dominante das AMM no mercado em causa.

Definição da posição dominante na jurisprudência

49. A posição dominante na acepção do artigo 82.° CE caracteriza-se por uma «situação de poderio económico detido por uma empresa que confira a esta o poder de obstar à manutenção de uma concorrência efectiva no mercado, fornecendo-lhe a possibilidade de adoptar comportamentos independentes em medida apreciável relativamente aos seus concorrentes e clientes» [28].

50. A aplicação do artigo 82.° CE «não é afastada pela circunstância de a falta ou a limitação da concorrência ser favorecida por disposições legislativas ou regulamentares» [29]. A jurisprudência relativa ao artigo 86.°, n.° 1, CE, em conjugação com o artigo 82.° CE, refere que a situação de poderio económico, na acepção acima referida, também pode ser conferida por uma lei [30]. Tal situação de poderio económico permite que as empresas em causa influenciem o mercado em causa *a seu bel-prazer* [31]. Isto significa que incumbe à empresa «independentemente das causas de tal posição, uma responsabilidade particular de não lesar pelo seu comportamento uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum» [32].

Posição dominante como consequência da concessão de direitos exclusivos

51. Segundo as declarações do Tribunal de Justiça no acórdão Dusseldorp e o. [33], a concessão de direitos exclusivos para uma parte substancial do mercado comum deve ser entendida no sentido de que é conferida à empresa beneficiária uma posição dominante na acepção do artigo 86.° CE.

28 — V., designadamente, acórdãos Michelin/Comissão (já referido na nota 23, n.° 30) e Bodson (já referido na nota 21, n.° 26).

29 — Acórdão Bodson (já referido na nota 21, n.° 26).

30 — V., por exemplo, acórdão de 1 de Outubro de 1998, Librandi (C-38/97, Colect., p. I-5955, n.° 27), com remissão para o acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Colect., p. 217, n.° 38).

31 — Acórdão de 13 de Dezembro de 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Colect., p. I-5941, n.° 25), com remissão para o acórdão de 19 de Março de 1991, França/Comissão, dito «Terminais» (C-202/88, Colect., p. I-1223, n.° 51).

32 — Acórdão de 16 de Março de 2000, Compagnie maritime belge transports e o./Comissão (C-395/96 P e C-396/96 P, Colect., p. I-1365, n.° 37), com remissão para o acórdão Michelin/Comissão (já referido na nota 23, n.° 57).

33 — Acórdão de 25 de Junho de 1998 (C-203/96, Colect., p. I-4075, n.° 60). Trata-se aqui da compatibilidade de uma lei com o artigo 86.°, n.° 1, CE, conjugado com o artigo 82.° CE, a qual confere a uma única empresa o direito de incineração de resíduos perigosos em todo o território do Estado-Membro.

52. Como tal, se o Estado tiver concedido direitos exclusivos a uma empresa, a verificação de uma posição dominante depende unicamente da questão de saber se estes direitos existem em todo o mercado comum ou numa parte substancial deste.

53. O Tribunal de Justiça declarou assim, no acórdão GT-Link [34], que «uma empresa que beneficie de um monopólio legal numa parte substancial do mercado comum pode ser considerada como ocupando uma posição dominante na acepção do artigo 86.° do Tratado [actual artigo 82.° CE]. É igualmente esse o caso de uma empresa pública que é proprietária de um porto comercial e que, por essa razão, detém, em exclusivo, nesse porto, o direito de cobrar taxas portuárias devidas pela utilização de instalações portuárias».

54. Uma solução semelhante encontra-se no acórdão TNT Traco [35]. Estava em causa nesse processo um direito postal pago directamente aos correios italianos, entre outros, pelos prestadores de serviços de correio expresso, e ainda que os correios não prestassem qualquer serviço. O Tribunal de Justiça declarou que «a Poste Italiane deve também ser considerada como uma empresa à qual o Estado-Membro em causa concedeu direitos especiais ou exclusivos, no sentido do artigo 90.°, n.° 1, do Tratado [actual artigo 86.°, n.° 1, CE], uma vez que lhe foi atribuído o direito exclusivo de assegurar a recolha, o transporte e a distribuição do correio no território do referido Estado-Membro sem ser obrigada a pagar, como as outras pessoas que asseguram os mesmos serviços, um direito postal [...]» [36]. Mais à frente, o Tribunal de Justiça afirmou que «é pacífico que a Poste Italiane [...] detém uma posição dominante no sentido do artigo 86.° do Tratado [actual artigo 82.° CE]» [37], pelo que fala, noutro contexto, da «[criação de] uma posição dominante, através da concessão de direitos especiais ou exclusivos» [38].

A concessão de meios financeiros do Estado não pode ser sem mais equiparada à concessão de direitos exclusivos

55. Tendo em consideração a questão decisiva, segundo a jurisprudência referida, de saber se foram concedidos direitos exclusivos às AMM, todas as partes partiram do princípio de que a atribuição dos meios financeiros em questão deve ser considerada como concessão de direitos exclusivos.

56. Penso, todavia, que uma atribuição de meios financeiros como a que está aqui em causa não pode, por si só, ser entendida como direito exclusivo e, consequentemente, também não pode, por si só,

34 — Já referido na nota 22, n.° 35.
35 — Já referido na nota 9.
36 — *Loc.cit.*, n.° 40.
37 — *Loc.cit.*, n.° 43.
38 — *Loc. cit.*, n.° 44.

indiciar a existência de uma posição dominante na acepção da jurisprudência acima referida.

57. Nas suas conclusões no processo C-475/99 [39], o advogado-geral F. G. Jacobs define direitos especiais ou exclusivos na acepção do artigo 86.°, n.° 1, CE, do seguinte modo: «direitos conferidos pelas autoridades de um Estado-Membro a uma empresa ou a um grupo limitado de empresas que afectam substancialmente a capacidade das outras empresas de exercer a actividade económica em questão no mesmo território, em condições substancialmente equivalentes».

58. No caso em apreço, a atribuição de meios financeiros do Estado às AMM constitui *prima facie* [40] uma medida favorável selectiva. Assim, mesmo que as operações de carga nos portos onde se criaram AMM também possa ocorrer no caso de autoexpedição, as taxas portuárias influenciam a concorrência entre as AMM e as empresas que recorrem à autoexpedição, na medida em que estas são oneradas com encargos adicionais devido às taxas portuárias, enquanto as AMM fortalecem, ao verem ser-lhes atribuídos meios financeiros, a sua situação económica e, como tal, a sua situação em relação aos serviços de carga.

59. Não me parece, contudo, isento de problemas equiparar uma simples atribuição de meios financeiros à concessão de um direito especial ou exclusivo. No caso de uma atribuição de meios financeiros do Estado, o beneficiário permanece, na verdade, passivo — ao contrário do exercício habitual de um direito especial ou exclusivo que lhe tenha sido concedido; a influência exercida sobre o mercado também não pode ser considerada de forma completamente independente da intensidade do auxílio. A isto pode-se certamente opor que o presente caso também se caracteriza pelo facto de os meios financeiros serem, de facto, atribuídos, entre outros, pelos concorrentes. Se ficássemos por aqui, teríamos de aceitar que todas — ainda que só indirectamente — as transferências de meios de um operador económico para outro estão abrangidas pelo artigo 82.° CE, em conjugação com o artigo 86.°, n.° 1, CE, sem ter em conta a eventual capacidade, daí resultante, de influência do beneficiário sobre o que se passa no mercado, como é necessário para um direito especial ou exclusivo.

60. A atribuição de uma parte das taxas portuárias às AMM distingue-se da matéria de facto nos processos GT-Link e TNT Traco, pelo menos na medida em que as AMM não decidem por elas próprias a cobrança da taxa e, consequentemente, não podem exercer nenhuma influência sobre o seu montante. As AMM são apenas beneficiárias passivas de uma medida estatal de financiamento.

39 — Já referido na nota 10, n.os 83 a 89 das conclusões.

40 — Quanto à compensação de eventuais ónus de serviço público, v., *infra*, as nossas alegações jurídicas auxiliares (n.os 142 e segs.).

61. A isto se pode mais uma vez opor que não se pode distinguir, do ponto de vista económico, entre a taxa cobrada pelo próprio beneficiário e a cobrada pelo Estado. No entanto, do ponto de vista jurídico, defendemos que deve estabelecer-se uma diferença, visto nos dois casos referidos a empresa pública dispor sempre de direitos exclusivos — por exemplo, o direito de cobrar uma taxa mais favorável —, enquanto no caso em apreço as AMM não dispõem de tal direito. Porém, é precisamente esse direito que permite que as empresas em causa exerçam, a seu bel-prazer, influência no mercado em causa [41].

62. Não menos importante neste contexto é igualmente a conjugação da problemática da concorrência com o direito dos auxílios. Se se entender que a atribuição selectiva de meios financeiros do Estado a uma determinada empresa se traduz na concessão de um direito exclusivo a essa empresa — com a consequência de a posição dominante desta empresa já resultar desta concessão —, retira-se assim efeito ao direito dos auxílios [42]. Importa ainda ter em mente que a aplicação dos dois complexos de normas se produz de modo diferente — faz-se aqui unicamente referência à competência de apreciação da Comissão no que respeita à compatibilidade de um auxílio com o mercado comum [43].

63. Num caso em que a empresa pública só se distingue dos outros operadores económicos por ser destinatária de meios financeiros do Estado, não parece assim possível deduzir a sua posição dominante no mercado exclusivamente da atribuição selectiva desses meios. No entanto, uma posição dominante das AMM poderia, por exemplo, resultar da definição legal de missões relativas à infraestrutura portuária [44].

64. Compete, portanto, ao órgão jurisdicional nacional verificar se as AMM, assim consideradas, detêm, na realidade, uma posição dominante. Há que ter em conta,

41 — Note-se também que, no processo TNT Traco (acórdão já referido na nota 9, n.° 43), o domínio do mercado em causa pela Poste italiane não era controvertido.

42 — Recorde-se, neste âmbito, que os auxílios de Estado distorcem a concorrência, uma vez que proporcionam a determinadas empresas uma «vantagem económica não merecida» — assim, Rawlinson *in* Lenz, *EG-Vertrag Kommentar*, n.° 10 relativo ao artigo 87.° CE.

43 — Neste contexto, cumpre relembrar a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual há que evitar contradições entre a aplicação do artigo 87.° CE e seguintes e outras normas do Tratado. No acórdão de 15 de Junho de 1993, Matra/Comissão (C-225/91, Colect., p. I-3203, n.° 41), o Tribunal de Justiça, em relação a um procedimento de aplicação do artigo 88.°, n.° 2, CE, fez referência a uma «obrigação que a Comissão tem de respeitar a coerência entre os artigos [87.° CE] e [88.° CE] e outras disposições do Tratado».

44 — V., designadamente, acórdão de 24 de Outubro de 2002, Aéroports de Paris/Comissão (C-82/01 P, Colect., p. I-9297, n.os 106 e 107): «a ADP, enquanto proprietária das instalações aeroportuárias, é a única a poder autorizar o acesso. [...] [A] ADP [...] dispõe do monopólio legal da gestão dos aeroportos em causa e só ela pode dar a autorização de neles serem exercidas actividades de assistência em escala e fixar as suas condições de exercício. Nestas condições, o Tribunal de Primeira Instância pôde, validamente, concluir [...] que a ADP se encontra numa situação de poder económico que lhe permite criar obstáculo à manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, dando-lhe a possibilidade de comportamentos independentes».
No presente caso, o Estado continua claramente a ser o proprietário das instalações portuárias. Não obstante, é possível fazer-se uma comparação, na medida em que as AMM dispõem, nos termos da Lei n.° 961/67, de um monopólio de operação da infraestrutura necessária. Se tal se confirmar, as AMM poderão influenciar decisivamente o acesso ao mercado dos serviços portuários, de modo que

nomeadamente, as vantagens para as AMM resultantes das missões relativas à infraestrutura portuária e o comportamento do mercado.

iii) Quanto à parte substancial do mercado comum

65. Se se concluir que todas as AMM ou cada uma das AMM detêm efectivamente uma posição dominante no mercado em causa, a precisar mais em pormenor, há ainda que apreciar se esse mercado deve ser considerado uma parte substancial do mercado comum.

66. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, há para o efeito que ter em conta «designadamente o volume do tráfego no porto em questão e a importância que reveste este último em relação ao conjunto das actividades de importação e exportação por via marítima no Estado-Membro em causa» [45].

67. Estes critérios foram aplicados pelo Tribunal de Justiça no acórdão Merci convenzionali Porto di Genova [46] relativamente ao mercado das operações de carga no porto de Génova, tendo o Tribunal declarado que o mercado assim definido deve, pelo seu significado para o comércio entre Estados, ser considerado parte substancial do mercado comum. Mesmo uma parte do território de um Estado-Membro pode, portanto, pelo seu significado económico, constituir uma parte substancial do mercado comum.

68. A criação de uma posição dominante numa parte substancial do mercado comum pode também resultar da coexistência de monopólios territorialmente limitados, «mas que abrangem, no seu conjunto, todo o território de um Estado-Membro» [47].

69. Compete ao juiz nacional verificar, através de cada um dos dados económicos e das realidades geográficas, se os portos administrados pelas AMM em Cagliari ou nos seis portos onde foram criadas AMM devem ser considerados uma parte substancial do mercado comum. Se o juiz nacional optar por uma consideração colectiva, o significado económico de cada porto passa para segundo plano, na medida em que os portos com AMM poderiam incluir uma parte considerável do território do Estado italiano na acepção da jurisprudência acima referida.

70. Só se o órgão jurisdicional de reenvio chegar à conclusão de que as AMM detêm

45 — Acórdão GT-Link (já referido na nota 22, n.º 37), com remissão para o acórdão Merci convenzionali porto di Genova (já referido na nota 11, n.º 15).

46 — Já referido na nota 11.

47 — Acórdão Centre d'insémination de la Crespelle (já referido na nota 12, n.º 17).

uma posição dominante no mercado em causa e que este constitui uma parte substancial do mercado comum é que se impõe discutir a questão de um eventual abuso.

d) Quanto à existência de um abuso

71. O artigo 82.° CE impõe ainda que a empresa em causa tenha um comportamento abusivo e, por último, que este seja susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros. Nos termos do artigo 86.°, n.° 1, CE, certas medidas estatais devem ser, nessa medida, reconduzidas a práticas da empresa em causa.

i) Quanto ao abuso

72. O ponto de partida das considerações é a jurisprudência entretanto firmada do Tribunal de Justiça, segundo a qual «embora o mero facto de se criar uma posição dominante através da concessão de direitos especiais ou exclusivos não seja, como tal, incompatível com o artigo 86.° do Tratado [actual artigo 82.° CE], um Estado-Membro viola as proibições contidas no artigo 90.°, n.° 1, do Tratado [actual artigo 86.°, n.° 1, CE], conjugado com o artigo 86.° [actual artigo 82.° CE], caso adopte medidas legislativas, regulamentares ou administrativas que criem uma situação na qual a empresa a que concede direitos especiais ou exclusivos seja necessariamente levada a abusar da sua posição dominante» [48].

73. Caso o juiz nacional fique convencido de que as AMM, com base nas circunstâncias do caso concreto, como os dados que lhe foram confiados relativos à infra-estrutura portuária, as realidades geográficas ou o significado económico dos portos em questão estão em posição de influenciar o mercado em causa a seu bel-prazer, ter-se-ia ainda de apurar se as AMM foram colocadas pelo Estado numa situação em que forçosamente violam o artigo 82.° CE [49].

74. São aqui consideradas diversas categorias de práticas abusivas: abuso de exploração, por um lado, impedimento abusivo da concorrência, por outro.

75. Estamos perante um abuso de exploração «se a empresa em posição dominante utilizou as possibilidades que resultam dessa posição para obter vantagens comer-

48 — Acórdão TNT Traco (já referido na nota 9, n.° 44), com remissão para os acórdãos GT-Link (já referido na nota 22, n.° 33) e Dusseldorp e o. (já referido na nota 33, n.° 61). V., igualmente, o acórdão Sydhavnens Sten & Grus (já referido na nota 22, n.° 66).

49 — V., igualmente, o acórdão Sydhavnens Sten & Grus (já referido na nota 22, n.° 67): «o Tribunal de Justiça declarou que um Estado-Membro podia, sem infringir o artigo 86.° do Tratado, conceder direitos exclusivos a determinadas empresas, na medida em que estas não explorassem a sua posição dominante de forma abusiva ou não fossem necessariamente levadas a cometer tais abusos», com remissão para o acórdão de 18 de Junho de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Colect., p. I-3949, n.° 41).

ciais que não teria podido obter face a uma concorrência normal e suficientemente eficaz» [50].

76. Nesta categoria incluem-se, nomeadamente, os casos em que «a empresa que dela [exploração abusiva de uma posição dominante] beneficia cobra, pelos seus serviços, preços não equitativos ou desproporcionados em relação ao valor económico da prestação fornecida» [51].

77. Segundo o Tribunal de Justiça, «por maioria de razão, o mesmo deve valer quando uma empresa que recebe uma remuneração por serviços que ela própria não prestou» [52].

78. No processo TNT Traco, o advogado-geral S. Alber indicou, pelo contrário, que a cobrança de um direito não pode ser equiparada a um abuso sob forma de remuneração forçada por serviços não prestados, visto que tal encargo não poderia ter sido gerado pelo comportamento de uma empresa em situação de posição dominante [53].

79. Esta interpretação restritiva do artigo 86.°, n.° 1, CE suscita alguns problemas, na medida em que esta disposição só deve precisamente abranger os casos em que o Estado provoca ou impõe à empresa sob a sua influência um determinado comportamento que aquela, por si só, não adoptaria.

80. No entanto, uma transposição da solução do processo TNT Traco para o caso em análise parece igualmente pouco convincente. Com efeito, concordo com a Comissão quando refere que, *do ponto de vista económico*, não existe qualquer diferença entre uma empresa pública cobrar ela própria um direito e receber as receitas provenientes de uma taxa cobrada pelo Estado — ou uma parte delas. No entanto, do ponto de vista jurídico, existe uma diferença significativa pelo facto de, num caso, a empresa ser «levada» pelo Estado a adoptar uma determinada prática, ao passo que no outro caso — aqui em análise —, aparentemente, a empresa não adopta um comportamento em relação à taxa.

81. Por conseguinte, entendemos que se deve antes determinar se existe um abuso em relação aos efeitos da legislação em causa. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma medida estatal que leve a uma extensão da posição dominante da empresa a que o Estado concedeu direitos especiais ou exclusivos constitui igualmente uma violação do artigo 86.° CE, conjugado com o artigo 82.° CE [54].

50 — Acórdão United Brands/Comissão (já referido na nota 27, n.os 248 e segs.).

51 — Acórdão TNT Traco (já referido na nota 9, n.° 46), com remissão para os acórdãos Centre d'insémination de la Crespelle (já referido na nota 12, n.° 25) e GT-Link (já referido na nota 22, n.° 39).

52 — Acórdão TNT Traco (já referido na nota 9, n.° 47).

53 — Conclusões no processo TNT Traco (já referido na nota 9, n.os 66 e segs.).

54 — V. acórdão Ambulanz Glöckner (já referido na nota 10, n.° 40), com remissão para os acórdãos GB-Inno-BM (já referido na nota 31, n.° 21) e Dusseldorp e o. (já referido na nota 33, n.° 61).

82. No processo TNT Traco, o advogado-geral S. Alber detectou um abuso numa distorção da concorrência em benefício da Poste Italiane — e, com isso, na extensão da posição dominante da Poste Italiane num determinado mercado mediante um encargo para os concorrentes [55].

ii) Afectação do comércio intracomunitário

83. A Comissão também defendeu, no caso em apreço, a sua posição, já expressa no acórdão TNT Traco, de que o abuso reside na extensão da posição dominante num mercado através de um encargo para o conjunto dos concorrentes. Também se pode aqui falar de um reforço da posição das AMM no mercado das operações de carga por via da atribuição de meios financeiros.

84. A exploração abusiva de uma eventual posição dominante das AMM poderia, na minha opinião, residir no facto de a atribuição de uma parte das receitas provenientes da taxa portuária ter um efeito de distorção do mercado. Com efeito, o Governo italiano alegou que essa atribuição de meios se destina à «protecção dos preços»: permite às AMM reduzir os seus serviços portuários e praticar os preços de mercado. Deste argumento se retira que as AMM exigem, ao fim e ao cabo, preços demasiado baixos — e não demasiado elevados — e, como tal, igualmente desproporcionados em relação aos preços de mercado. No entanto, se este comportamento visar os concorrentes, constitui igualmente um abuso [56].

85. Se se concluir que houve um abuso de posição dominante das AMM, resta ainda analisar se essa exploração abusiva de uma posição dominante é susceptível de afectar o comércio intracomunitário [57].

86. Para existir essa susceptibilidade, «uma decisão, um acordo ou uma prática devem, com base num conjunto de elementos de facto e de direito, permitir prever, com um suficiente grau de probabilidade, que possam exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre as correntes de trocas comerciais entre Estados-Membros, e isso de modo a que se possa temer que entravem a realização de um mercado único entre Estados-Membros. É, além disso, necessário que esta influência não seja insignificante» [58].

55 — Processo referido na nota 9 (n.° 74 das conclusões).

56 — O Tribunal de Justiça já declarou, neste sentido, que a redução selectiva de preços efectuada por uma empresa que detém uma posição dominante constitui uma exploração abusiva se esses preços baixos visam um concorrente (v. acórdão Compagnie maritime belge transports e o./Comissão, já referido na nota 32, n.° 117).

57 — V., a título de exemplo, os acórdãos Bodson (já referido na nota 21, n.° 22), GT-Link (já referido na nota 22, n.° 44) e Ambulanz Glöckner (já referido na nota 10, n.° 48).

58 — Acórdão Ambulanz Glöckner (já referido na nota 10, n.° 48), com remissão para o acórdão de 28 de Abril de 1998, Javico (C-306/96, Colect., p. I-1983, n.° 16).

87. Em matéria de serviços, esta influência pode consistir «no facto de as actividades em causa serem organizadas de tal maneira que o mercado comum é compartimentado e a liberdade das prestações de serviços [...] entravada [...]. Da mesma forma, o comércio entre Estados-Membros pode ser afectado por uma medida que impede uma empresa de se estabelecer noutro Estado-Membro para aí fornecer serviços no mercado em questão» [59].

88. Cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar se, face às características económicas do mercado local de movimentação de carga, existe um suficiente grau de probabilidade de que a atribuição parcial de taxas portuárias às AMM impede, na realidade, outros operadores económicos de fornecer serviços comparáveis nos respectivos portos italianos [60]. Tendo em conta o litígio no processo principal, é em particular concebível que outras empresas que queiram oferecer serviços de carga nos portos de Cagliari ou de Portovesme ou que queiram efectuar operações de carga por via da autoexpedição sejam dissuadidas de o fazer e impedidas de qualquer actividade neste mercado pelos preços baixos praticados pelas AMM em Cagliari, motivados pela atribuição parcial das taxas portuárias.

59 — Acórdão Ambulanz Glöckner (já referido na nota 10, n.° 49, com mais indicações).

60 — Também, neste sentido, v. acórdão Ambulanz Glöckner (já referido na nota 10, n.° 50).

e) Justificação pelo artigo 86.°, n.° 2, CE

89. Caso o juiz nacional, tendo em conta as afirmações precedentes, entenda que a legislação nacional em causa é abrangida pela proibição do artigo 86.°, n.° 1, CE, em conjugação com o artigo 82.° CE, há ainda, por último, que analisar se estamos perante a gestão de um serviço de interesse económico geral na acepção do artigo 86.°, n.° 2, CE, como afirmado pelo Governo italiano.

90. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, um Estado-Membro pode invocar o artigo 86.°, n.° 2, CE para justificar a concessão a uma empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral, de direitos exclusivos contrários nomeadamente ao artigo 82.° CE, na medida em que o cumprimento da missão particular que lhe foi confiada só possa ser assegurado pela concessão desses direitos e desde que o desenvolvimento das trocas comerciais não seja afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade [61].

91. Importa, por conseguinte, determinar se as AMM foram encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral e

61 — Acórdão Sydhavnens Sten & Grus (já referido na nota 22, n.° 74).

em que medida se impõe a atribuição selectiva de meios para o cumprimento da missão particular que lhe foi confiada.

i) Gestão de serviços de interesse económico geral

92. A aplicação do artigo 86.°, n.° 2, CE pressupõe [62] que o Estado-Membro defina o conteúdo dos deveres e obrigações impostos no âmbito da missão particular, que, além disso, estes deveres sejam específicos desta empresa e das suas actividades, que se demonstre que têm uma conexão com o fim dos serviços de interesse económico geral em causa e que visem directamente este interesse.

93. Retira-se dos presentes autos que, por um lado, as AMM prestam serviços directamente ao Estado, na medida em que conservam e administram uma parte das instalações portuárias [63]. Por outro lado, prestam serviços aos outros operadores económicos, na medida em que, designadamente, participam na concorrência no mercado das operações de carga e prestam os seus serviços neste mercado.

62 — Acórdão de 23 de Outubro de 1997, Comissão/França (C-159/94, Colect., p. I-5815, n.os 65 a 69).

63 — V., nomeadamente, a Lei n.° 961/67, acima referida.

94. Os serviços prestados pelas AMM poderiam ter um duplo interesse económico geral: segundo o Governo italiano,

— por um lado, visam a funcionalidade das instalações portuárias, assim como a segurança do atracamento dos navios no porto;

— por outro, compete às AMM a missão de assegurar as operações de carga a preços razoáveis também em pequenos portos. Por outras palavras, as AMM devem garantir a manutenção de uma infraestrutura portuária de qualidade superior e o acesso a essa infraestrutura, no sentido de um serviço universal, também em portos que, do ponto de vista meramente económico, são manifestamente menos atraentes.

95. O Tribunal de Justiça já excluiu que «a exploração de qualquer porto comercial se inclui[a] no âmbito da gestão de um serviço de interesse económico geral e [...] que o conjunto das prestações fornecidas nesse porto caiba nessa missão» [64]. No entanto, o Tribunal de Justiça declarou que a gestão de determinados serviços prestados nos portos, por exemplo a manutenção de um serviço universal de pilotagem da barra [65]

64 — Acórdão GT-Link (já referido na nota 22, n.° 52). V., igualmente, o acórdão Merci convenzionali porto di Genova (já referido na nota 11, n.os 25 e segs.) e as conclusões do advogado-geral W. Van Gerven no mesmo processo (n.° 27).

65 — Acórdão Corsica Ferries France (já referido na nota 49, n.° 45).

ou determinados privilégios de um porto fluvial [66] constituem gestão de serviços de interesse económico geral.

96. Decisivo para a classificação como serviços de interesse económico geral é o facto de a prestação em causa revestir necessariamente «um interesse económico geral com características específicas face a outras actividades da vida económica» [67]. No acórdão Corsica Ferries II [68], a característica específica consistia no facto de, por razões de segurança, a prestação ser efectuada a todo o tempo e a todos os utentes do porto. No acórdão GT-Link, o Tribunal de Justiça não excluiu que «a mera colocação à disposição de infraestruturas portuárias» pudesse ser qualificada como um serviço de interesse económico geral [69]. Por último, o Tribunal de Justiça reconheceu, no acórdão SIOT [70], «as vantagens mais gerais que resultam da utilização das águas ou instalações portuárias cuja navegabilidade e manutenção estão a cargo das autoridades públicas».

97. Por conseguinte, o juiz nacional deve, na minha opinião, determinar em que medida as AMM foram encarregadas de colocar à disposição, como serviço universal, infraestruturas portuárias e serviços portuários, sob a forma de operações de carga. Importa aqui respeitar os critérios da jurisprudência — oferta dos serviços a qualquer pessoa, em qualquer altura, a tarifas uniformes e em condições que só podem variar segundo critérios objectivos [71].

98. No que respeita à infraestrutura portuária, há que assinalar que a manutenção de instalações portuárias visa, *per se*, a segurança destas instalações e, por este meio, também a segurança da navegação no porto. No processo principal, permanece todavia por esclarecer em que medida as prestações acima descritas das AMM ao Estado revestem características específicas susceptíveis de justificar uma compensação dependente de utilização com base nos respectivos custos [72]. Esta dúvida fica, porém, a dever-se ao facto de estas prestações não serem objecto do litígio principal.

99. A colocação à disposição de serviços de carga a preços razoáveis está relacionada com a questão do serviço universal e impõe uma consideração autónoma: com efeito, segundo a jurisprudência já referida [73],

66 — Acórdão de 14 de Julho de 1971, Muller e o., dito «Porto de Mertert» (10/71, Colect., p. 251, n.° 11).

67 — V., nomeadamente, acórdão GT-Link (já referido na nota 22, n.° 53).

68 — Já referido na nota 49.

69 — Acórdão já referido na nota 22, n.° 54.

70 — Acórdão de 16 de Março de 1983 (266/81, Recueil, p. 731, n.° 21).

71 — V., por exemplo, acórdão de 27 de Abril de 1994, Almelo e o. (C-393/92, Colect., p. I-1477, n.° 48). V., igualmente, os acórdãos Corbeau (já referido na nota 20, n.° 15) e Comissão/França (já referido na nota 62, monopólios de electricidade e de gás, n.os 57 e 58). V., ainda, os esclarecimentos de Blum/Logue, *State monopolies under EC Law*, pp. 175 e segs.

72 — No que se refere ao mercado da assistência em escala nos aeroportos, o artigo 16.°, n.° 3, da Directiva 96/67/CE do Conselho, de 15 de Outubro de 1996, relativa ao acesso ao mercado da assistência em escala nos aeroportos da Comunidade (JO L 272, p. 36), prevê a possibilidade de se cobrar uma remuneração para o acesso às instalações aeroportuárias, nomeadamente, por operadores económicos que praticam a auto-assistência. A interpretação desta disposição é objecto do processo Flughafen Hannover-Langenhagen (C-363/01) pendente no Tribunal de Justiça.

73 — V. nota 64.

«operações portuárias de carga e descarga, de transbordo, de armazenagem e, em geral, de movimentação de mercadorias ou de qualquer outro material no porto não revestem necessariamente um interesse económico geral com características específicas face a outras actividades da vida económica». Por outro lado, o artigo 6.º da proposta alterada da Comissão de uma Directiva relativa ao acesso ao mercado dos serviços portuários (COM/2002/0101 final) prevê que se pode fazer depender a concessão de autorizações aos prestadores de serviços portuários de «obrigações de serviço público associadas à segurança, regularidade, continuidade, qualidade e preço do serviço e as condições em que este pode ser prestado».

100. A circunstância, invocada pelo Governo italiano, de os portos em que foram criadas AMM serem portos com reduzidas receitas comerciais pode então ser considerada uma «característica específica» na acepção da jurisprudência acima referida.

ii) Necessidade

101. No entanto, mesmo que efectivamente se pudesse considerar que as missões conferidas às AMM são de interesse económico geral, o Governo do Estado-Membro em causa teria de demonstrar, de maneira convincente para o órgão jurisdicional de reenvio, que a concessão de direitos exclusivos — aqui sob a forma de atribuição de meios financeiros [74] — é necessária para a empresa cumprir a missão particular que lhe foi confiada e que, sem a concessão de tais direitos, a empresa seria incapaz de cumprir essa missão [75].

102. Suscita, portanto, dúvidas saber em que medida a atribuição de meios financeiros é necessária para as AMM cumprirem estas eventuais missões [76]. Isso só se deveria admitir caso o Governo italiano pudesse explicar que os meios atribuídos compensam os encargos resultantes das missões especiais. Das próprias declarações da República Italiana resulta que isto é, pelo menos, duvidoso.

103. Recorde-se, em primeiro lugar, que o Governo italiano tinha de identificar claramente os encargos resultantes das missões especiais confiadas [77].

74 — V. *supra* as minhas considerações sobre a atribuição de meios financeiros como forma de concessão de direitos exclusivos (n.ºs 55 e segs.). No âmbito do artigo 86.º, n.º 2, CE, nada se opõe a uma análise da atribuição de meios financeiros como forma de concessão de direitos exclusivos, uma vez que o artigo 86.º, n.º 2, CE também pode ser invocado como justificação para a concessão de um auxílio.

75 — Acórdão Dusseldorp e o. (já referido na nota 33, n.º 32).

76 — V. acórdão Comissão/França (já referido na nota 62, n.º 96) relativo aos monopólios da electricidade e do gás: as disposições do Tratado contêm uma excepção sempre que seja necessário permitir à empresa em causa cumprir as missões especiais que lhe foram confiadas em condições economicamente aceitáveis.

77 — V., *supra*, n.º 101.

104. Além disso, a atribuição de uma parte das receitas da taxa portuária não podia, evidentemente, ser a única fonte de financiamento das AMM. Decorre do quadro jurídico nacional que, se o orçamento das AMM nada dispuser em sentido contrário, os custos com a aquisição de novos bens são suportados pelo Estado. O que torna, de resto, evidente que a intervenção estatal destinada a garantir um orçamento equilibrado é completamente variável. Acresce que as AMM têm à sua disposição os rendimentos dos bens administrados, bem como o capital proveniente de empréstimos ou outras operações de financiamento.

105. Fica assim demonstrado que uma comparação, perfeitamente concebível, entre encargos das AMM resultantes de eventuais missões especiais e a compensação a este respeito concedida pelo Estado dificilmente seria possível. A transparência visada pela Directiva 2000/52/CE da Comissão [78] está aqui manifestamente ausente [79]. A impossibilidade de comparação entre o encargos das AMM e a compensação estatal é também relevante na apreciação do litígio principal, à luz do direito dos auxílios de Estado [80].

78 — Directiva de 26 de Julho de 2000, que altera a Directiva 80/723/CEE relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas (JO L 193, p. 75).

79 — Neste contexto, refira-se que a proposta alterada de directiva relativa ao acesso ao mercado dos serviços portuários (já referida na nota 24) visa a transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e os portos: v., nomeadamente, o artigo 12.°, relativo à contabilidade das actividades de prestação de serviços portuários.

80 — V., a este respeito, *infra*, n.os 138 e segs.

106. Além disso, a Lei n.° 84/94 confiou a administração das instalações portuárias, em conjunto com a atribuição parcial da taxa portuária, às autoridades portuárias, mas não o fez em relação à carga e descarga de mercadorias, que continua a ser efectuada pelas AMM. O que demonstra que a atribuição de meios não era necessária para a disponibilização de serviços de carga a preços razoáveis.

107. De acordo com as circunstâncias apresentadas, uma justificação pelo artigo 86.°, n.° 2, CE não parece concebível; compete, porém, ao juiz nacional efectuar uma análise final através dos critérios indicados.

f) Quanto à quinta questão prejudicial, na medida em que se refere ao abuso de posição dominante

108. Com a quinta questão prejudicial, na medida em que se refere ao abuso de posição dominante, a Corte Suprema di Cassazione pretende, no essencial, saber de que modo a existência de um abuso de posição dominante, em violação do artigo 86.°, n.° 1, CE, se pode repercutir sobre o regime de taxas em vigor.

109. Recorde-se, em primeiro lugar que, mesmo no quadro do artigo 86.° CE, as disposições do artigo 82.° CE «têm efeito directo e conferem aos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem tutelar» [81]. O Tribunal de Justiça declarou ainda que as pessoas ou empresas às quais foram cobradas, por uma empresa pública, taxas portuárias contrárias às disposições conjugadas dos artigos 86.°, n.° 1, CE e 82.° CE, têm, em princípio, direito à restituição das taxas indevidamente pagas [82].

110. No presente caso, a taxa não foi, contudo, cobrada por uma empresa pública mas pelo Estado, que atribui uma parte substancial desta receita às AMM. A progressão da eventual posição dominante das AMM decorrente do regime de taxas em causa só procede na medida em que as receitas desta taxa sejam em parte atribuídas às AMM.

111. Se o juiz nacional puder declarar a existência de um abuso de posição dominante, a incompatibilidade com o direito comunitário só abrange a parte da receita da taxa que seja atribuída às AMM.

81 — Acórdão GT-Link (já referido na nota 22, n.° 57).
82 — *Ibidem*, n.° 61.

V — Quanto à terceira questão prejudicial, e quanto à quinta questão prejudicial na medida em que se refere aos auxílios de Estado

112. Nos termos do artigo 87.° CE, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

113. Com a terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se a atribuição às AMM de uma parte importante da taxa portuária em causa constitui um auxílio de Estado. Em caso de resposta afirmativa, pretende saber se o regime em questão não pode ser aplicado, por o auxílio não ter sido notificado à Comissão. Por último, pretende saber se a incompatibilidade com o direito comunitário se estende à cobrança da taxa ou se se limita à atribuição parcial desta taxa.

A — *Argumentos das partes*

114. A *Enirisorse* e a *Comissão* alegam que a AMM de Cagliari é umaempresa pública

e a atribuição de uma parte das receitas provenientes das taxas portuárias é realizada de modo selectivo. Esta atribuição afecta o comércio intracomunitário e falseia ou ameaça falsear a concorrência, na medida em que as AMM estão em concorrência com empresas de outros Estados-Membros que pretendem efectuar operações de carga com meios próprios.

115. A atribuição é uma vantagem financeira e é claramente concedida utilizando recursos estatais. A *Comissão* assinala, no entanto, neste contexto, que o Tribunal de Justiça declarou, no acórdão PreussenElektra [83], que a obrigação, imposta às empresas privadas de fornecimento de electricidade, de comprar a preços mínimos fixos a electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis não engendra qualquer transferência directa ou indirecta de recursos estatais para as empresas produtoras deste tipo de electricidade, de maneira que não estamos em presença de um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.°, n.° 1, CE. Embora no processo principal exista claramente uma transferência de recursos estatais, dado que a taxa portuária deve ser paga ao Estado que, por seu turno, atribui uma parte das receitas às AMM, o presente caso é, do ponto de vista económico, comparável com o processo PreussenElektra, uma vez que nos dois casos o Estado criou um sistema de transferência de recursos. Ter em consideração as modalidades de pagamento — ao Estado no presente caso, a uma empresa no processo PreussenElektra — não é compatível com o princípio, visto os auxílios dependerem sobretudo dos seus efeitos.

83 — Já referido na nota 14.

116. A Comissão defende ainda que compete ao órgão jurisdicional nacional demonstrar se a medida afecta o comércio entre os Estados-Membros e falseia ou ameaça falsear a concorrência.

117. O *Governo italiano* salienta que a medida em causa não é um auxílio de Estado ilegal. A taxa portuária é necessária por razões sócio-económicas e é imposta no interesse público [84]. Aquele Governo refere as reduzidas receitas comerciais do porto de Portovesme e alega que os preços teriam aumentado consideravelmente se os custos dos serviços das AMM fossem calculados segundo critérios puramente económicos. Segundo o acórdão PreussenElektra [85], os custos de um serviço público podem, além disso, ser repartidos por um grande número de empresas, de modo a poder manter esse serviço.

118. De resto, a medida seria igualmente justificada como auxílio destinado a facilitar o desenvolvimento de certas actividades ou regiões económicas, nos termos do artigo 87.°, n.° 3, alínea c), CE.

119. Por conseguinte, o órgão jurisdicional nacional não tem, segundo o artigo 88.°, n.° 3, CE, poderes para intervir.

84 — Quanto a este argumento, v. igualmente n.° 28 *supra*.

85 — Já referido na nota 14.

120. A *Enirisorse* e a *Comissão* excluem uma justificação da legislação em questão nos termos do artigo 86.°, n.° 2, CE. A Comissão não vê, no despacho de reenvio, nenhum elemento da matéria de facto que comprove a necessidade de serviços de interesse económico geral. Por esta razão, o acórdão Ferring [86] também não é transponível para o caso em apreço. A Enirisorse alega ainda que a circunstância de as AMM não terem sido criadas em todos os portos italianos demonstra que a sua actividade não era necessária. Na sua opinião e na da Comissão, a legislação é, em todo o caso, ilegal, uma vez que não foi comunicada à Comissão.

B — *Apreciação jurídica*

1) Quanto à admissibilidade da terceira questão prejudicial

121. O próprio órgão jurisdicional de reenvio suscita igualmente a questão da admissibilidade da terceira questão prejudicial: o objecto do litígio no processo principal diz respeito à obrigação de pagamento da taxa e à legalidade da *cobrança* da taxa, enquanto a terceira questão prejudicial diz expressamente respeito à *atribuição* de uma parte das receitas da taxa a uma empresa pública.

86 — Acórdão de 22 de Novembro de 2001 (C-53/00, Colect., p. I-9067).

122. A questão de saber se a atribuição de meios financeiros deve ser qualificada como auxílio de Estado podia, por isso, não ter importância para a questão da legalidade da cobrança das taxas, colocada no litígio no processo principal. Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, «os devedores de uma contribuição obrigatória não podem invocar que a isenção de que beneficiam outras pessoas constitui um auxílio de Estado, para se subtraírem ao pagamento da referida contribuição» [87]. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça considerou que a questão de saber se a isenção de taxa constitui um auxílio de Estado não tinha manifestamente qualquer relevância para os processos que tinham como objecto uma obrigação de pagamento de taxas. Esta jurisprudência poderia ser agora entendida no sentido de que a qualificação de uma medida como auxílio de Estado tem, na verdade, como consequência a recuperação dos montantes pagos, mas não a isenção de taxas.

123. No entanto, no caso em apreço, a obrigação de pagamento de uma taxa é objecto do processo principal. Na fase oral, a Enirisorse também não indicou expressamente que, com o seu argumento relativo aos auxílios de Estado, pretendia evitar o pagamento da taxa portuária.

124. Na minha opinião, a admissibilidade da terceira questão prejudicial, em conjugação com a quinta questão prejudicial, deve, todavia, ser de aceitar, por diversas razões.

87 — Acórdão de 20 de Setembro de 2001, Banks (C-390/98, Colect., p. I-6117, n.° 80), com remissão para os acórdãos de 9 de Março de 2000, EKW e Wein & Co. (C-437/97, Colect., p. I-1157, n.os 51 a 54), e de 13 de Julho de 2000, Idéal tourisme (C-36/99, Colect., p. I-6049, n.os 26 a 29).

125. Em primeiro lugar, importa referir a já citada jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual, em princípio, cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar a necessidade de uma decisão prejudicial [88].

126. Note-se ainda que uma argumentação semelhante já foi apresentada pelo Governo francês nos processos Ferring [89] e GEMO [90]. No processo Ferring, esta argumentação foi refutada pelo advogado-geral A. Tizzano [91]; o Tribunal de Justiça não a aceitou no seu acórdão. No processo GEMO, o advogado-geral F. G. Jacobs aderiu à argumentação do advogado-geral A. Tizzano [92].

127. Além disso, no presente processo, pareceu oportuno ao órgão jurisdicional de reenvio iniciar o processo de reenvio para o Tribunal de Justiça precisamente pela questão de saber se, na qualificação como auxílio de Estado, a cobrança da taxa pode ser separada da atribuição de uma parte das suas receitas, portanto da sua afectação. A terceira questão prejudicial parece, neste âmbito, ser uma questão prévia em relação à quinta questão prejudicial. Revela-se, por isso, necessário, analisar o conteúdo da terceira questão prejudicial apenas para esclarecer se cabe ao direito comunitário responder à questão de saber se a invalidade de todo o modo resultante — do artigo 88.°, n.° 3, CE — da atribuição de meios em causa também se estende ao caso da cobrança [93].

128. A terceira questão prejudicial é, nesta medida, admissível.

2) Quanto à terceira e à quinta questão prejudicial

129. Com a primeira parte da terceira questão prejudicial, a Corte Suprema di Cassazione pretende, no essencial, saber se a atribuição parcial da taxa portuária às AMM constitui um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.°, n.° 1, CE.

a) Quanto aos elementos normativos do conceito de auxílio

130. Uma medida cai no âmbito da proibição do artigo 87.°, n.° 1, CE, se

88 — V., *supra*, n.os 28 e segs., e a jurisprudência referida na nota 14.

89 — Acórdão já referido na nota 86.

90 — C-126/01, conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs de 30 de Abril de 2002, acórdão de 20 de Novembro de 2003, Colect., pp. I-13769, I-13772.

91 — N.os 20 a 24 das conclusões (processo referido na nota 86).

92 — V., designadamente, os n.os 35 a 48 das conclusões referidas na nota 90.

93 — V., *infra*, n.os 177 e segs.

— conferir uma vantagem selectiva a certas empresas ou a certas produções,

— uma vantagem for concedida, directa ou indirectamente, por meio de recursos estatais,

— a vantagem falsear ou ameaçar falsear a concorrência e

— a medida for susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros.

131. No caso em apreço, é incontestável que as AMM são *empresas* na acepção do direito da concorrência [94].

132. A atribuição de uma parte das receitas da taxa portuária também não beneficia todas as empresas portuárias de Itália, sendo apenas concedida às AMM criadas em seis portos italianos, de modo que a medida também apresenta uma certa *selectividade* [95].

133. Esta atribuição também constitui uma *transferência de recursos estatais*, uma vez que é directamente concedida por meio das receitas da taxa portuária cobrada pela administração estatal das finanças. Trata-se, consequentemente, de uma prestação positiva por parte do Estado, pelo que o caso em análise também se distingue do processo PreussenElektra [96].

134. Quanto à questão do *falseamento da concorrência* e da *afectação do comércio intracomunitário*, há que considerar que «quando uma vantagem concedida por um Estado-Membro reforça a posição de uma categoria de empresas em relação a outras empresas concorrentes nas trocas intracomunitárias, deve considerar-se que estas últimas são influenciadas por esta vantagem» [97].

135. No caso em apreciação, a medida em causa diz, contudo, respeito ao trânsito internacional de mercadorias, visto estar relacionada com os serviços portuários. Consequentemente, há que reconhecer que, nos portos em causa, são movimentadas mercadorias provenientes de outros Estados-Membros, de maneira que, sob reserva de decisão final pelo órgão jurisdicional nacional, parece possível que o comércio intracomunitário seja afectado.

94 — V., a este respeito, *supra*, n.os 35 e segs.

95 — Quanto ao requisito da selectividade, v., nomeadamente, acórdão de 8 de Novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, Colect., p. I-8365, n.os 34 e segs.).

96 — Acórdão já referido na nota 14.

97 — Acórdão Ferring (já referido na nota 86, n.° 21), com remissão para o acórdão de 17 de Setembro de 1980, Philip Morris Holland/Comissão (730/79, Recueil, p. 2671, n.° 11).

136. Há ainda que reconhecer que as AMM estão, no domínio da movimentação de carga, em concorrência com empresas de outros Estados-Membros, nomeadamente com aquelas que praticam a autoexpedição, de modo que também a este respeito existe o risco de falsear a concorrência.

137. Por último, é duvidoso que a medida em causa tenha um *efeito de favorecimento*. O Governo italiano contesta-o, remetendo para a compensação aqui existente pela gestão de serviços de interesse económico geral.

b) Pagamentos compensatórios por parte do Estado pela gestão de serviços de interesse económico geral: estado da discussão

138. O tratamento dos pagamentos compensatórios por parte do Estado pela gestão de serviços de interesse económico geral na recente jurisprudência do Tribunal de Justiça [98] dá azo a discussões na doutrina [99], mas também entre os advogados-gerais [100], tanto mais que estes serviços estão no centro do interesse político [101].

139. Face às minhas dúvidas, já expressas [102], quanto à possibilidade de justificação da legislação em causa pelo artigo 86.°, n.° 2, CE, vou contribuir para esta discussão apenas a título complementar, para o caso de o Tribunal de Justiça considerar conveniente analisar a medida nacional em primeiro lugar à luz do direito dos auxílios de Estado.

i) O acórdão Ferring [103] à luz da jurisprudência anterior e da prática da Comissão

140. No processo Ferring, tratava-se, no essencial, de saber se a isenção de taxa, quando deve compensar encargos especiais inerentes à gestão de serviços de interesse económico geral, se enquadrava no âmbito de aplicação do direito dos auxílios de Estado.

98 — V., nomeadamente, o acórdão Ferring (já referido na nota 86), mas também o acórdão Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (já referido na nota 95).

99 — V., nomeadamente, Nettesheim: «Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge», *EWS* 2002, p. 253; Gundel: «Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Artikel 86 Absatz 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht», *RIW* 2002, p. 222; Ruge: *EuZW*, 2002, p. 50.

100 — V. as conclusões do advogado-geral P. Léger no processo Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, acórdão de 24 de Julho de 2003, Colect., pp. I-7747, I-7751) e do advogado-geral F. G. Jacobs no processo GEMO (já referido na nota 90).

101 — V. os documentos referidos pelo advogado-geral F. G. Jacobs na nota 50 das conclusões no processo GEMO, já referido na nota 90. V., igualmente, a Comunicação da Comissão — Nota metodológica para a avaliação horizontal dos serviços de interesse económico geral [COM (2002) 331 final] e o Parecer exploratório do Comité Económico e Social Europeu, de 17 de Julho de 2002, sobre os serviços de interesse geral, n.° 860/2002. Neste contexto, refira-se ainda o artigo 36.° da Carta dos Direitos Fundamentais: «A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com o Tratado que institui a Comunidade Europeia, a fim de promover a coesão social e territorial da União».

102 — V., *supra*, n.os 92 e segs.

103 — Já referido na nota 86.

141. O ponto de partida do raciocínio do Tribunal de Justiça foi a constatação de que «a existência de uma vantagem na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado [actual artigo 87.°, n.° 1, CE] não pode inferir-se automaticamente da diferença de tratamento de que são objecto as empresas em causa» [104]. Donde resulta que tal vantagem não existe «quando a referida diferença de tratamento se justifica por razões que têm a ver com a lógica do sistema» [105].

142. A circunstância de certas empresas estarem isentas da taxa aí em causa pode, na opinião do Tribunal de Justiça, ser vista como contrapartida pelos serviços prestados no cumprimento dos seus deveres de serviço público, não constituindo um auxílio de Estado, na medida em que os custos adicionais para as empresas são cobertos por estas prestações de serviço público [106].

143. A compensação estatal pelos encargos inerentes ao cumprimento de deveres de serviço público não deve, portanto, incluir-se na previsão normativa de auxílio de Estado, se esta compensação não ultrapassar os custos em que efectivamente se incorreu, visto não existir neste contexto qualquer vantagem económica.

144. Este tratamento dos pagamentos compensatórios no plano da previsão normativa dos auxílios de Estado deve, por conseguinte, ser tido em conta, uma vez que com ele o Tribunal de Justiça afastou-se da sua própria jurisprudência [107] e da prática da Comissão [108], sem abordar a questão das consequências desta alteração.

145. Ainda assim, a avaliação escolhida pelo Tribunal de Justiça no acórdão Ferring não é consideravelmente diferente da sua posição no processo ADBHU [109]. O Tribunal de Justiça considerou nesse processo que o subsídio previsto na Directiva 75/439/CEE do Conselho [110], que foi financiado de acordo com o princípio de que quem origina os custos deve suportá-los — quer, eventualmente, mediante uma taxa cobrada sobre produtos cuja utilização causa a libertação de óleos usados quer sobre o óleo usado, e que não ultrapasse os custos anuais efectivos —, não devia ser qualificado como auxílio mas como a contrapartida das prestações efectuadas pelas empresas de recolha ou de eliminação.

104 — *Ibidem*, n.° 17.

105 — V. a redacção semelhante do acórdão Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (já referido na nota 95, n.° 42): «Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não preenche [a] condição de selectividade uma medida que, ainda que constitutiva de uma vantagem para o seu beneficiário, se justifique pela natureza ou pela economia geral do sistema em que se inscreve».

106 — Acórdão Ferring, já referido na nota 86, n.° 27.

107 — V. a jurisprudência referida nas notas 112 e 113. Quanto ao estado da jurisprudência antes do acórdão Ferring, v.: Koenig, Kühling e Ritter, *EG-Beihilfenrecht*, p. 33.

108 — V., quanto a esta prática, Chérot, J.-Y.: «Financement des obligations de service public et aides d'État», *Europe* 2000, p. 4. Um exemplo do respeito, pela Comissão, do modelo de justificação, pode ser encontrado na Decisão 1999/133/CE, de 10 de Junho de 1998, relativa ao auxílio estatal concedido à Coopérative d'exportation du livre français (CELF) (JO 1999, L 44, p. 37): a Comissão analisou a compensação aí em causa no âmbito do sistema francês de apoio à exportação de livros à luz do artigo 87.°, n.° 1, CE e do artigo 87.°, n.° 3, alínea d), CE. Uma vez que considerou aplicáveis estas disposições, não efectuou uma análise do artigo 86.°, n.° 2, CE.

109 — Acórdão de 7 de Fevereiro de 1985 (240/83, Recueil, p. 531, n.° 18).

110 — Directiva de 16 de Junho de 1975, relativa à eliminação dos óleos usados (JO L 194, p. 23; EE 15 F1 p. 91).

146. Esta posição foi criticada num acórdão do Tribunal de Primeira Instância [111], nomeadamente pelo facto de o conceito de auxílio ter de ser entendido objectivamente — isto é, sem ter em conta os fins da atribuição de meios —, de maneira que a questão de saber se a vantagem concedida visa a compensação de um encargo deve ser relacionada com a problemática da justificação. O acórdão foi confirmado pelo Tribunal de Justiça através de despacho [112] — sem, no entanto, tratar da questão de saber se, do ponto de vista conceptual, não existia já um auxílio.

147. Por sua vez, no acórdão Banco Exterior de España [113], o Tribunal de Justiça declarou, a respeito de uma isenção fiscal concedida aos bancos públicos espanhóis, que esta devia ser qualificada como auxílio, pelo que, enquanto a Comissão não declarasse a incompatibilidade do auxílio com o mercado comum, a aplicação do artigo 86.°, n.° 2, CE não devia ser tomada em consideração.

ii) A crítica ao acórdão Ferring

148. Nas suas conclusões no processo Altmark Trans [114], o advogado-geral P. Léger defende que se abandone o raciocínio que esteve na base do acórdão Ferring.

149. O advogado-geral P. Léger argumenta, no essencial, com três aspectos:

— a característica do conceito de auxílio como conceito objectivo;

— um potencial esvaziamento do artigo 86.°, n.° 2, CE através da interpretação adoptada no acórdão Ferring, visto que esta disposição já não pode ser aplicada aos casos em que a compensação concedida não ultrapassa os custos das obrigações de serviço público (esta disposição também não se aplica noutros casos, uma vez que, na acepção desta disposição, não pode ser exigível qualquer compensação adicional, a qual levaria a admitir a existência de um auxílio nesses casos);

— a diminuição do papel da Comissão na análise de medidas de financiamento dos serviços públicos resultante da referida interpretação.

111 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 1997, FFSA e o./Comissão (T-106/95, Colect., p. II-229). A posição do Tribunal de Primeira Instância foi confirmada no acórdão de 10 de Maio de 2000, SIC/Comissão (T-46/97, Colect., p. II-2125).

112 — Despacho de 25 de Março de 1998, FFSA e o./Comissão (C-174/97 P, Colect., p. I-1303).

113 — Acórdão de 15 de Março de 1994 (C-387/92, Colect., p. I-877). V. também, de modo explícito, o acórdão de 22 de Junho de 2000, França/Comissão (C-332/98, Colect., p. I-4833, n.os 31 e segs.).

114 — V. nota 100.

150. Nas suas conclusões no processo GEMO [115], o advogado-geral F. G. Jacobs aborda, por último, tanto o acórdão Ferring como os argumentos apresentados pelo advogado-geral P. Léger.

151. Chega à conclusão de que nem o modelo de interpretação nem o modelo de justificação fornecem em todas as situações uma solução ideal para todos os casos [116].

152. Em resumo, o advogado-geral F. G. Jacobs defende uma distinção baseada i) na natureza da conexão entre o financiamento concedido e os deveres de interesse geral impostas e ii) no grau de clareza da definição desses deveres [117]. Por conseguinte, o advogado-geral pronuncia-se pela aplicação do modelo de interpretação aos casos «em que as medidas de financiamento são claramente pensadas como contraprestação das obrigações de interesse geral claramente definidas» [118]. Os outros casos deveriam, na sua opinião, estar sujeitos à fiscalização da Comissão no domínio dos auxílios de Estado.

iii) Tomada de posição e conclusões no presente processo

153. Caso se parta do princípio de que, para apreciar se uma medida estatal constitui um auxílio, há que analisar «se a empresa beneficiária recebe uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado» [119], importa então investigar a empresa beneficiária efectuou uma prestação habitualmente remunerada e se existe uma relação adequada entre o benefício concedido e esta prestação.

154. Consequentemente, uma solução de facto como a do acórdão Ferring só é de tomar em consideração se prestação e contraprestação forem claramente identificáveis. No que se refere aos serviços de interesse económico geral, há porém que salientar que um critério de apreciação da proporcionalidade da compensação é difícil de estabelecer, na medida em que os serviços de interesse económico geral têm normalmente lugar «onde, devido à força do mercado, não se pode esperar uma disponibilização satisfatória de prestações» [120].

155. Em todo o caso, é de afastar uma solução baseada nos factos se as obrigações de interesse geral não estiverem claramente definidas. Nesses casos, os encargos que eventualmente daí resultem, ou seja, os custos, não são consequentemente objecto de investigação minuciosa. Nessas situações, está excluída — conforme a proposta do advogado-geral F. G. Jacobs — a existência de uma conexão directa e manifesta com as obrigações assumidas.

115 — Já referido na nota 90.
116 — *Ibidem*, n.° 117.
117 — *Ibidem*, n.° 118.
118 — *Ibidem*, n.° 119.

119 — Assim, nomeadamente, o acórdão de 11 de Julho de 1996, SFEI e o. (C-39/94, Colect., p. I-3547, n.° 60).

120 — V., por exemplo, a Comunicação da Comissão de 20 de Setembro de 2000, Serviços de interesse geral na Europa [COM (2000) 580 final, p. 3].

156. No que respeita ao processo principal, já expus que as eventuais obrigações de interesse geral das AMM não estão, em minha opinião, definidas de maneira suficientemente clara [121]. Por conseguinte, considero que é de afastar, desde logo por esta razão, a exclusão da existência de uma vantagem económica já no plano dos factos. Acresce que os encargos eventualmente resultantes das prestações de interesse económico geral são manifestamente cobertos por uma multiplicidade de fontes de financiamento — sem afectação concreta inequívoca [122].

157. Não se pode negar que critérios como o carácter directo ou manifesto de uma conexão entre os encargos impostos e a sua compensação devem ser preenchidos. Tendo em conta o «carácter evolutivo» dos serviços de interesse económico geral, recentemente salientado pela Comissão [123], estes fornecem, todavia, um critério flexível de apreciação. Neste contexto, refira-se que a exigência de uma conexão directa ou manifesta entre os encargos impostos e a sua compensação não exclui, por princípio, a gestão de um serviço de interesse económico geral também fora do procedimento de adjudicação. Esta posição é de aplaudir, uma vez que um dever geral de adjudicação é estranho ao direito comunitário e não é de excluir que outros tipos de gestão — por exemplo, com base nas possibilidades de negociação efectivamente existentes — assegurem uma retribuição adequada das prestações ao Estado.

158. Quanto ao argumento de que a solução baseada nos factos não é compatível com a objectividade do conceito de auxílio, entendo que logo quando se analisa, relativamente ao carácter específico da concessão da vantagem, se a atribuição estatal só compensa uma desvantagem ou se vai mais além, só se faz referência aos efeitos da atribuição de meios financeiros. Os fins da atribuição de meios financeiros só são analisados na medida do necessário para determinar os serviços de interesse económico geral [124].

159. Uma eventual perda de significado do artigo 86.°, n.° 2, CE não podia, na minha opinião, levar a outra apreciação. Mesmo que tal devesse justificar-se tendo em conta o artigo 87.°, n.° 1, CE, o significado do artigo 86.°, n.° 2, CE não é afectado pela aplicação das restantes disposições relativas à concorrência e no domínio das liberdades fundamentais. Em todo o caso, seria de lamentar um paralelismo incorrecto entre o direito dos auxílios de Estado e o restante direito da concorrência, no que respeita à aplicação do artigo 86.°, n.° 2, CE. Este ponto de vista não deve, contudo, ser decisivo. Com efeito, de outra perspectiva, esse paralelismo é actualmente inexistente: assim, os requisitos de necessidade de uma medida restritiva da concorrência, no âmbito do artigo 86.°, n.° 2, CE, são menores do que os relativos à necessidade de uma compensação de encargos, no

121 — V., *supra*, n.° 106, com remissão para o n.° 101.

122 — V., *supra*, n.° 108.

123 — V. a Comunicação referida na nota 101, n.° 3.1, alínea a).

124 — No entanto, importa neste contexto ter em conta que a fiscalização do Tribunal de Justiça é limitada, visto que, na concessão de missões de serviço público, é concedida aos Estados-Membros uma importante margem de apreciação.

âmbito da análise nos termos do direitos dos auxílios de Estado [125].

160. Analisemos, por último, o papel da Comissão. A competência de fiscalização da Comissão — a qual é mesmo assim limitada, tendo em conta a legitimidade da missão de gestão de serviços — desencadeia as consequências do artigo 88.°, n.° 3, CE, nomeadamente a proibição de execução dos auxílios. Ora, justamente, esta proibição parece pouco ajustada relativamente à prestação de serviços de interesse económico geral. As dúvidas quanto ao modelo de justificação já surgiram igualmente a este respeito [126]. Se um pagamento compensatório provocar, na realidade, uma compensação adicional, a Comissão continua de todo o modo livre de intentar uma acção por incumprimento contra o Estado-Membro em causa.

161. Como conclusão, importa reter que a atribuição de uma parte substancial das receitas de uma taxa portuária a uma empresa pública constitui um auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.° CE, se esta atribuição de meios financeiros não estiver em conexão manifesta e directa com os encargos relacionados com a prestação de serviços de interesse económico geral claramente identificáveis.

c) Quanto à missão dos órgãos jurisdicionais nacionais nos termos do artigo 88.°, n.° 3, CE

162. Com a segunda parte da terceira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, saber se, em caso de existência de um auxílio de Estado não notificado à Comissão, os órgãos jurisdicionais nacionais podem ou devem intervir nos termos do artigo 88.°, n.° 3, CE.

163. A acção dos órgãos jurisdicionais nacionais no sistema de controlo dos auxílios de Estado resulta, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, «do efeito directo reconhecido à proibição, estabelecida no artigo 93.°, n.° 3, último período, do Tratado [actual artigo 88.°, n.° 3, último período, CE], de pôr em execução projectos de auxílio. [...] Os órgãos jurisdicionais nacionais *devem* garantir aos sujeitos de direito que todas as consequências de uma violação dessa disposição serão tiradas, em conformidade com o seu direito nacional, no que respeita tanto à validade dos actos de execução das medidas de auxílio como à recuperação dos apoios financeiros concedidos em violação dessa disposição ou de eventuais medidas provisórias» [127] (sublinhado nosso).

125 — V., nomeadamente, o acórdão Comissão/França, relativo aos monopólios da electricidade e do gás (já referido na nota 62, n.° 59): a necessidade existe quando a aplicação das disposições do Tratado constitui obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, das especiais obrigações que incumbem a essa empresa. Não é necessário que a própria sobrevivência da empresa seja ameaçada.

126 — V. as conclusões do advogado-geral A. Tizzano no processo Ferring (já referido na nota 86, n.os 77 e segs.).

127 — Acórdão Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (já referido na nota 95, n.os 26 e segs.), com remissão para o acórdão de 21 de Novembro de 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (C-354/90, Colect., p. I-5505, n.° 12).

164. Existe esta obrigação dos órgãos jurisdicionais nacionais quando tiver sido violada a proibição prevista no artigo 88.°, n.° 3, último período, CE.

165. Assim, visto que a legislação nacional contém uma medida de auxílio que não foi comunicada à Comissão, deve responder-se à questão da Corte Suprema di Cassazione no sentido de que os órgãos jurisdicionais nacionais devem intervir.

d) Quanto à quinta questão prejudicial, na medida em que se refere aos auxílios de Estado

166. Com a quinta questão prejudicial, na medida em que se refere aos auxílios de Estado, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, saber se a classificação como auxílio de Estado afecta a taxa no seu todo ou apenas a parte atribuída às AMM.

167. As taxas com afectação pré-determinada são qualificadas pelo Tribunal de Justiça como «taxas parafiscais». Estas taxas, que se caracterizam por, no momento da cobrança, já estarem destinadas ao financiamento de uma determinada atribuição de meios financeiros, devem distinguir-se, no âmbito da análise à luz do direito dos auxílios, de duas situações: a reunião dos recursos estatais através da cobrança da taxa e a afectação destes recursos através da atribuição das receitas a um beneficiário. Com base na afectação pré-determinada, existe uma certa relação entre cobrança e atribuição [128].

168. A legislação nacional em causa demonstra claramente como é possível distinguir entre cobrança das taxas e afectação das receitas: existe, desde 1963, um regime geral de cobrança de taxas portuárias que só foi completado em 1973 pela inserção de uma afectação pré-determinada de uma parte substancial da taxa.

169. No acórdão FNCE [129], o Tribunal de Justiça analisou a introdução de uma taxa parafiscal, sem distinguir entre cobrança e afectação. No acórdão Compagnie commerciale de l'Ouest e o., ao invés, o

128 — Assim, no acórdão de 25 de Junho de 1970, França/Comissão (47/69, Colect. 1969-1970, p. 391, n.os 16 e segs.), o Tribunal de Justiça, em relação a taxas que devam financiar auxílios, viu «[no] seu modo de financiamento e [no] vínculo estreito que faz depender o volume do primeiro [auxílio] do rendimento do segundo [modo de financiamento]», um elemento a ter em conta na apreciação dos efeitos do auxílio.

129 — Já referido na nota 127.

Tribunal de Justiça distinguiu entre a taxa enquanto tal e a sua afectação, uma vez que «uma imposição parafiscal [...] com a afectação do seu produto podem constituir um auxílio estatal incompatível com o mercado comum» [130].

170. Esta distinção foi confirmada numa série de acórdãos sobre imposições parafiscais, embora com algumas diferenças conceptuais, uma vez que o Tribunal de Justiça classificou como auxílio de Estado, nuns casos a afectação do produto das taxas [131] e noutros a cobrança da taxa [132].

171. A jurisprudência não é clara quanto à questão de saber se como auxílio apenas pode ser qualificada a afectação da taxa ou também a própria cobrança da taxa. O advogado-geral G. Tesauro tratou exaustivamente estas questões nos processos Lornoy e o., Demoor e o. e Claeys, tendo aí qualificado como auxílio também a cobrança da taxa, com a consequência de que os sujeitos passivos da taxa podiam, estando reunidas as condições do artigo 88.°, n.° 3, último período, CE, opor-se à cobrança da taxa ou exigir o seu reembolso perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Não obstante, ponderou igualmente uma interpretação mais estrita, segundo a qual um auxílio que viole o direito comunitário só tem como consequência que o auxílio não pode ser concedido, não afectando, contudo, a legalidade da cobrança da taxa [133].

172. O prejuízo para a concorrência resulta aqui da afectação do produto das taxas por via da atribuição de meios financeiros. Como tal, só a atribuição de meios financeiros pode, do ponto de vista conceptual, constituir o auxílio. Por conseguinte, à quinta questão prejudicial, na medida em que se refere aos auxílios de Estado, deve responder-se que a qualificação como auxílio de Estado só se refere à parte atribuída às AMM.

173. Saber em que medida a violação do artigo 88.°, n.° 3, CE afecta a legalidade da

130 — Acórdão de 11 de Março de 1992 (C-78/90 a C-83/90, Colect., p. I-1847, n.° 35).

131 — Acórdão de 11 de Junho de 1992, Sanders Adour e Guyomarc'h Orthez (C-149/91 e C-150/91, Colect., p. I-3899, n.° 24): «[...] embora a referida taxa entre sob certos aspectos no âmbito de aplicação quer do artigo 12.°, quer do artigo 95.° do Tratado, a afectação do seu produto ou os mecanismos do seu reembolso podem não obstante constituir um auxílio estatal» e «[...] o reembolso de uma imposição parafiscal, como a do caso em apreço, com a afectação do seu produto podem constituir um auxílio estatal incompatível com o mercado comum»; acórdão de 2 de Agosto de 1993, Celbi (C-266/91, Colect., p. I-4337, n.° 24): «[...] a afectação do produto de uma taxa parafiscal, como a do caso em apreço, pode constituir um auxílio estatal incompatível com o mercado comum»; acórdão de 16 de Dezembro de 1992, Lornoy e o. (C-17/91, Colect., p. I-6523, n.° 28): «[...] se a imposição parafiscal em causa pode ser proibida pelos artigos 12.° e 13.° ou pelo artigo 95.° do Tratado, a afectação da receita dessa imposição, a favor dos produtos nacionais, pode, no entanto, constituir um auxílio de Estado, incompatível com o mercado comum» e «Uma imposição parafiscal como a que está em causa no processo principal, pode constituir, tendo em conta a utilização da sua receita, um auxílio de Estado incompatível com o mercado comum».

132 — Acórdão de 27 de Outubro de 1993, Scharbatke (C-72/92, Colect., p. I-5509): «A cobrança de tal imposição parafiscal pode constituir, em função da afectação do seu produto, um auxílio estatal incompatível com o mercado comum».

133 — Conclusões de 25 de Junho de 1992, comuns no processo Lornoy e o. (já referido na nota 131), Demoor e o. (acórdão de 16 de Dezembro de 1992, C-144/91 e C-145/91, Colect., p. I-6613) e Claeys (acórdão de 16 de Dezembro de 1992, C-114/91, Colect., p. I-6559).

cobrança das taxas já é outra questão. Do dispositivo do acórdão no processo FNCE [134] conclui-se que o artigo 88.°, n.° 3, último período, CE «impõe às autoridades dos Estados-Membros uma obrigação cuja inobservância afecta a validade dos actos de execução de medidas de auxílio». Nos fundamentos do acórdão, o Tribunal de Justiça declarou, a este respeito, que «[o]s órgãos jurisdicionais nacionais devem garantir aos particulares que possam invocar essa inobservância que todas as consequências serão daí retiradas, em conformidade com o direito nacional, quer no que diz respeito à validade dos actos de execução das medidas de auxílio, quer à restituição dos apoios financeiros concedidos em violação dessa disposição ou de eventuais medidas provisórias» [135].

174. Na minha opinião, daqui resulta que a questão de saber que medida interna é afectada pela invalidade deve ser exclusivamente resolvida pelo direito nacional — sob a reserva habitual dos princípios da equivalência e da eficácia [136].

134 — Já referido na nota 127.

135 — N.° 12 do acórdão.

136 — Também neste sentido se pronunciou o advogado-geral F. G. Jacobs (conclusões já referidas na nota 90, n.° 44): «Nestes termos, segundo o princípio da autonomia processual, entendo que é à ordem jurídica nacional que compete determinar exactamente que medidas nacionais são afectadas por essa invalidade e que consequências esta tem, por exemplo, no que se refere à restituição das imposições cobradas com base nas medidas em causa. Os únicos limites a essa autonomia são o princípio da equivalência e o princípio da eficácia».

VI — Quanto à quarta questão prejudicial: a atribuição do produto da taxa, tendo em conta a livre circulação de mercadorias, como encargo de efeito equivalente ou como imposição interna discriminatória (artigos 28.° CE, 25.° CE e 90.° CE)

A — *Argumentos das partes*

175. A *Enirisorse* alega que a legislação existente viola os artigos 28.° CE, 25.° CE e 90.° CE, o que afecta todo o regime de taxas.

176. A *Comissão* exclui, no presente caso, a aplicação do artigo 28.° CE, uma vez que se trata de uma medida de tipo fiscal. Também não considera tratar-se de um encargo de efeito equivalente na acepção do artigo 25.° CE. A medida deve ser analisada como imposição interna na acepção do artigo 90.° CE. Aplica-se indistintamente a mercadorias internas e importadas, de maneira que se pode excluir tratar-se de uma imposição interna discriminatória.

177. O *Governo italiano* não encontra na legislação em causa qualquer violação da livre circulação de mercadorias, nem qualquer encargo de efeito equivalente, nem sequer uma imposição interna discriminatória contrária ao artigo 90.° CE.

B — *Apreciação*

178. Com a quarta questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, saber se a legislação em causa é compatível com as disposições do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias, à proibição de encargos de efeito equivalente e ao princípio da igualdade de tratamento em sede de imposições internas.

179. Com efeito, a quarta questão prejudicial menciona a «atribuição [...], por via directa, de uma parte importante do produto» e não a própria cobrança das taxas. Para poder dar uma resposta apropriada a esta questão prejudicial, importa, contudo, entendê-la no sentido de que se deve analisar a compatibilidade do regime de taxas com as disposições do Tratado.

1) Quanto à livre circulação de mercadorias

180. É jurisprudência assente «que não estão abrangidos pela esfera de aplicação do artigo 30.° do Tratado [que passou, após alteração, a artigo 28.° CE] os entraves a que se referem outras disposições específicas do mesmo Tratado e que os entraves de natureza fiscal ou com efeito equivalente a direitos aduaneiros a que se referem os artigos 9.° a 16.° e 95.° do Tratado [que passaram, após alteração, a artigos 23.° CE a 25.° CE e 90.° CE] não estão abrangidos pela proibição do artigo 30.° [que passou, após alteração, a artigo 28.° CE]» [137].

181. Impõe-se, por isso, apreciar a legislação em causa relativa à cobrança das taxas portuárias segundo os artigos 25.° CE e 90.° CE.

2) Quanto ao encargo de efeito equivalente

182. Em primeiro lugar, deve recordar-se que, «segundo jurisprudência constante [...], as disposições relativas aos encargos de efeito equivalente e as relativas às imposições internas discriminatórias não são aplicáveis cumulativamente, de forma que uma mesma imposição não pode, no sistema do Tratado, ser incluída simultaneamente nestas duas categorias» [138]. O Tribunal de Justiça declarou ainda que «[a]

137 — Acórdão Lornoy e o. (já referido na nota 131, n.° 14), com remissão para os acórdãos de 22 de Março de 1977, Iannelli e Volpi (74/76, Colect., p. 175), e Compagnie commerciale de l'Ouest e o. (já referido na nota 130).

138 — Acórdão de 17 de Julho de 1997, Haahr Petroleum (C-90/94, Colect., p. I-4085, n.° 19), com remissão para o acórdão Celbi (já referido na nota 131, n.° 9).

característica essencial de um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro e que o distingue de uma imposição interna reside na circunstância de o primeiro incidir exclusivamente sobre o produto importado como tal, enquanto a segunda incide quer sobre os produtos importados quer sobre os produtos nacionais, onerando sistematicamente certas categorias de produtos segundo critérios objectivos e aplicados independentemente da origem dos produtos» [139].

183. Conclui-se do despacho de reenvio que o regime de taxas em questão se aplica indistintamente a mercadorias internas e estrangeiras, não estabelecendo, assim, como pressuposto do dever de pagar a taxa a origem dos produtos noutros Estados (Membros). Esta apreciação material não é afectada pelo facto de, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a taxa portuária controvertida dever ser equiparada, nos termos do direito nacional, a um «diritto doganale» (direito aduaneiro). Por conseguinte, não se trata de um encargo de efeito equivalente.

3) Quanto à imposição interna

184. O artigo 90.° CE proíbe os Estados-Membros de fazerem incidir, directa ou indirectamente, sobre os produtos de outros Estados-Membros imposições internas superiores às que incidem sobre os produtos nacionais similares, ou que sejam de molde a proteger outras produções nacionais. Assim, «é incontestável que a aplicação aos produtos importados de uma taxa de montante mais elevado que aos produtos nacionais ou a aplicação, apenas aos produtos importados, de um adicional que agrava a taxa aplicável aos produtos nacionais e importados» [140] é contrária a essa proibição de discriminação constante do artigo 90.° CE.

185. O despacho de reenvio não contém qualquer indicação de que a legislação em causa viola essa proibição de discriminação.

186. Deve, por conseguinte, responder-se à quarta questão prejudicial no sentido de que a taxa estatal cobrada por ocasião da carga e descarga de mercadorias nos portos não é um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro de importação, proibido pelo artigo 25.° CE, nem uma imposição interna sobre os produtos de outros Estados-Membros superior à que incide sobre produtos nacionais similares, na acepção do artigo 90.° CE, nem constitui uma restrição à importação proibida nos termos do artigo 28.° CE.

139 — Acórdão de 19 de Fevereiro de 1998, Chevassus-Marche (C-212/96, Colect., p. I-743, n.° 20), com remissão para o acórdão de 3 de Fevereiro de 1981, Comissão/França (90/79, Recueil, p. 283, n.os 12 a 14).

140 — Acórdão Haahr Petroleum (já referido na nota 138, n.° 27).

VII — Conclusão

187. Pelo exposto, propõe-se ao Tribunal de Justiça que responda às questões submetidas pela Corte Suprema di Cassazione do seguinte modo:

«A atribuição de uma parte substancial de uma taxa paga ao Estado pelos operadores económicos, por ocasião da carga e descarga de mercadorias em determinados portos, a uma empresa pública que desenvolve a sua actividade no mercado da movimentação de carga num desses portos

1) pode constituir uma medida que viola o artigo 82.° CE, conjugado com o artigo 86.°, n.° 1, CE, se a empresa beneficiária detém uma posição dominante no mercado em causa a determinar pelo juiz nacional e este constitui uma parte substancial do mercado comum. Compete ao órgão jurisdicional nacional analisar, segundo as circunstâncias, se existem estes pressupostos. Se o juiz nacional declarar a existência de um abuso de posição dominante, a incompatibilidade com o direito comunitário só abrange aquela parte das receitas das taxas que seja atribuída a essa empresa;

2) constitui um auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.°, n.° 1, CE, que, perante a existência dos pressupostos do artigo 88.°, n.° 3, CE, exige a intervenção dos órgãos jurisdicionais nacionais. A questão de saber que medida interna é afectada por esta invalidade é regida pelo direito nacional;

3) não constitui um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro de importação, proibido pelo artigo 25.° do Tratado CE, nem uma imposição interna sobre os produtos de outros Estados-Membros superior à que incide sobre produtos nacionais similares, na acepção do artigo 90.° CE, nem constitui um entrave à importação proibido nos termos do artigo 28.° CE.»