CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL NIAL FENNELLY

apresentadas em 9 de Outubro de 1997 *

Índice

I — Introdução ..... I - 536

II — O contexto jurídico ..... I - 536

A — O contexto legislativo antes do acórdão «porto di Genova» ..... I - 536

B — O processo «porto di Genova» ..... I - 538

C — A legislação geral italiana sobre colocação de trabalhadores ..... I - 539

D — A legislação portuária italiana relevante ..... I - 540

III — Factos e tramitação processual no tribunal nacional ..... I - 543

IV — Alegações ..... I - 545

V — Exame da primeira questão ..... I - 545

A — A aplicação prima facie do artigo 59.° do Tratado ..... I - 545

B — A possível aplicação dos artigos 30.° e 48.° do Tratado ..... I - 549

C — Restrição à livre prestação de serviços dos concessionários de terminais ..... I - 550

i) Observações das partes e dos Estados-Membros ..... I - 550

ii) Análise ..... I - 551

D — Justificação ..... I - 553

i) Discriminação em razão da nacionalidade ..... I - 553

ii) Justificação da restrição aplicável indistintamente ..... I - 554

VI — As segunda e terceira questões ..... I - 556

A — Introdução ..... I - 556

B — A terceira questão ..... I - 557

i) A aplicação em princípio do artigo 86.° ..... I - 537

ii) A responsabilidade do Estado-Membro e as exigências do artigo 90.°, n.° 1 ..... I - 559

iii) O comportamento abusivo alegado no caso em apreço ..... I - 564

C — A segunda questão ..... I - 567

VII — Conclusão ..... I - 568

I — Introdução

1. O presente reenvio prejudicial exige que o Tribunal de Justiça examine de novo a compatibilidade de certos aspectos da legislação que regula as actividades nos portos italianos com o direito comunitário. No processo Merci convenzionali porto di Genova [1], o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 90.°, n.° 1, do Tratado CE, conjugado com os artigos 30.°, 48.° e 86.° deste Tratado, se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro que confere a uma empresa estabelecida nesse Estado o direito exclusivo de organizar as operações portuárias e a obriga a recorrer, para a realização dessas operações, a uma companhia portuária que utiliza exclusivamente trabalhadores nacionais. O presente reenvio diz respeito à conformidade com o direito comunitário de um recente direito exclusivo conferido a uma versão reconstituída dessas companhias portuárias e relativo unicamente ao fornecimento de trabalho temporário para operações portuárias.

* Língua original: inglês.

1 — Acórdão de 10 de Dezembro de 1991 (C-179/90, Colect., p. I-5889, a seguir «acórdão porto di Genova»).

II — O contexto jurídico

2. As disposições legislativas nacionais são complexas. Com vista a facilitar a compreensão da legislação portuária actual, referirei primeiro as disposições legais em vigor antes do acórdão porto di Genova; depois examinarei com algum detalhe os aspectos relevantes do acórdão do Tribunal de Justiça nesse processo, antes de descrever a legislação geral nacional em matéria de colocação de trabalhadores. Finalmente, resumirei as disposições relevantes da nova legislação portuária, adoptada pela Itália essencialmente em consequência do acórdão porto di Genova.

A — *O contexto legislativo antes do acórdão porto di Genova*

3. As características principais da legislação anterior ao acórdão porto di Genova podem ser descritas da seguinte forma. Em primeiro lugar, como resulta do relatório para audiência no processo porto di Genova, os portos

marítimos italianos eram (como continuam a ser) administrados e regulamentados pelas autoridades portuárias públicas [2]. Em segundo lugar, nos termos do artigo 110.° do codice della navigazione [3] (código da navegação, a seguir «código»), o pessoal utilizado nas operações portuárias era associado em companhias ou grupos («compagnie portuali», a seguir «companhias portuárias»), com personalidade jurídica própria e sujeitos à fiscalização da autoridade portuária. Todas as «operações de carga, descarga, transbordo, armazenagem e de movimento em geral das mercadorias e de quaisquer outros materiais...» estavam reservadas, nos termos do artigo 110.° do código, às referidas companhias portuárias. Este monopólio era reforçado pelo artigo 1172.° do código, que cominava sanções penais contra quem utilizasse para as operações portuárias trabalhadores portuários não membros de uma companhia portuária [4]. Em terceiro lugar, os artigos 150.°, 152.° e 156.° do regolamento della navigazione marittima (regulamento da navegação marítima) [5] previam a inscrição obrigatória dos trabalhadores portuários empregados pelas companhias portuárias em registos temporários ou permanentes adequados, sendo condição para tal inscrição possuir a nacionalidade italiana.

4. O artigo 111.° do código conferia às autoridades portuárias o poder de dar em concessão «às empresas portuárias o exercício de operações portuárias por conta de terceiros...». As empresas concessionárias eram em regra empresas privadas («imprese portuali», a seguir «empresas portuárias») que organizavam a prestação de serviços que abrangiam entre outros as operações portuárias nos portos italianos por conta de terceiros [6]. As empresas portuárias só podiam utilizar mão-de-obra fornecida pelas companhias portuárias [7]. As tarifas e outras normas referentes às prestações de serviços das companhias portuárias eram estabelecidas, nos termos dos artigos 112.° do código e 203.° do regulamento, pelas autoridades portuárias competentes [8].

5. A compatibilidade do regime normativo acima descrito com o direito comunitário foi impugnada no processo porto di Genova.

2 — Colect. 1991, p. I-5889, em especial, p. 5891. A gestão pública dos portos é um fenómeno que se encontra provavelmente na maior parte, se não na totalidade, dos Estados-Membros e não pode em si mesma ser considerada incompatível com o direito comunitário.

3 — Decreto real n.° 327, de 30 de Março de 1942.

4 — V. n.° 2 das conclusões do advogado-geral W. Van Gerven (Colect. 1991, p. I-5889, em especial, p. I-5905).

5 — Decreto n.° 328 do Presidente da República, de 15 de Fevereiro de 1952, a seguir «regulamento».

6 — Resulta claramente da explicação da legislação italiana fornecida pelo juiz nacional num memorando junto ao despacho de reenvio (a seguir «memorando») que as autoridades portuárias tinham o direito de autorizar outras companhias para executar actividades nos portos sob a fiscalização do capitão do porto. Decorre de uma resposta dada a uma questão na audiência que estas autorizações eram concedidas com base no artigo 68.° do mesmo código e que as empresas representadas pelos co-arguidos de S. Raso no processo principal detinham cada uma essa autorização.

7 — A obrigação dos funcionários baseada no artigo 111.° do código parece aplicar-se apenas ao fornecimento de mão-de-obra ou de serviços envolvendo mão-de-obra em grande intensidade.

8 — Importa observar que, na altura do processo porto di Genova, a companhia portuária do porto de Génova era totalmente detida pela autoridade pública que geria o porto. Por conseguinte, esta autoridade estabelecia de facto as tarifas praticadas pelos seus próprios concessionários; v. n.° 2 das conclusões do advogado-geral W. Van Gerven, Colect. 1991, p. I-5889, em especial, p. 5906.

B — *O processo porto di Genova*

6. No processo porto di Genova, uma empresa italiana, a Siderurgica, importou uma partida de aço da Alemanha num navio fretado [9]. Embora o navio estivesse devidamente equipado para que a descarga fosse feita pela sua própria tripulação, o código reservava esta operação portuária à companhia portuária competente do porto de Génova, ou seja, à Compagnia Unica Lavoratori Merci Varie del porto di Genova (a seguir a «Compagnia») [10]. Consequentemente, a Siderurgica, em conformidade com o código, estava obrigada a recorrer à Merci convenzionali porto di Genova, a companhia portuária competente (a seguir «Merci»), para organizar a descarga do seu aço. A Merci, por seu turno, estava obrigada a utilizar os serviços da Compagnia.

7. Contudo, a entrega das mercadorias foi retardada devido a uma série de greves que envolveram os trabalhadores da Compagnia. No fim, a Siderurgica pediu uma indemnização pelos prejuízos sofridos e o reembolso das somas pagas pela utilização imposta, mas não solicitada, dos trabalhadores portuários da Compagnia. O Tribunale di Genova considerou que o litígio [11] suscitava uma questão de compatibilidade das normas italianas com o direito comunitário e, consequentemente, submeteu duas questões ao Tribunal de Justiça.

8. Na decisão, o Tribunal de Justiça conjuga dois elementos. Em primeiro lugar, o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade estabelecido no artigo 7.° do Tratado CEE (actualmente artigo 6.° do Tratado CE) foi especificamente aplicado no que se refere aos trabalhadores pelo artigo 48.° do Tratado. Para este efeito, o Tribunal de Justiça interpretou o conceito de «trabalhador» em direito comunitário como abrangendo uma pessoa que «continuando abrangido[a] pelo nexo de subordinação em relação à empresa, estar ligado[a] aos outros trabalhadores da empresa por relações de associação» [12]. Em segundo lugar, considerou que a Merci e a Compagnia detinham uma posição dominante no mercado no que se refere à «organização, por conta de terceiros, das operações portuárias... e à execução dessas operações» no porto de Génova o qual, para efeitos do processo, podia «ser considerado como constituindo uma parte substancial do mercado comum» [13]. Sobre o possível abuso de tal posição dominante, o Tribunal de Justiça, tendo remetido para as suas anteriores decisões nos processos Höfner e Elser [14] e ERT [15] e para o teor das alíneas a), b) e c) do

9 — V. relatório para audiência (Colect. 1991, p. I-5889, em especial, p. 5892).

10 — V. n.° 3 das conclusões do advogado-geral W. Van Gerven (Colect. 1991, p. I-5889, em especial, p. 5906).

11 — De facto, as partes estavam de acordo quanto à incompatibilidade da legislação italiana com o direito comunitário. Como foi referido pelo advogado-geral na nota 5 das suas conclusões, apenas existia desacordo entre as partes quanto «aos efeitos que essa incompatibilidade comporta para a Merci quanto à repetição das quantias pagas pela Siderurgica pelas prestações dos serviços portuários»; v. Colect. 1991, p. I-5889, em especial, p. 5907.

12 — Acórdão porto di Genova, n.° 13.

13 — *Ibidem*, n.° 15.

14 — Acórdão de 23 de Abril de 1991 (C-41/90, Colect., p. I-1979).

15 — Acórdão de 18 de Junho de 1991 (C-260/89, Colect., p. I-2925).

artigo 86.°, declarou que resultava «das circunstâncias descritas pelo órgão jurisdicional nacional... que as empresas a quem foi concedido, segundo as modalidades definidas na regulamentação nacional em causa, o direito exclusivo são, por esse facto, levadas tanto a exigir o pagamento de serviços não solicitados como a facturar preços desproporcionados, ou a evitar o recurso à tecnologia moderna, o que implica um aumento do custo das operações e a dilação dos seus prazos de execução, ou a conceder descontos a determinados utilizadores com uma correspondente compensação através do aumento dos preços facturados aos outros utilizadores» [16]. Consequentemente, o Tribunal de Justiça deu por assente «que um Estado-Membro cria uma situação contrária ao artigo 86.° do Tratado quando adopta uma regulamentação do tipo da em questão no órgão jurisdicional de reenvio, regulamentação que pode afectar o comércio entre os Estados-Membros» [17]. Respondeu portanto ao tribunal nacional que [18]:

«O artigo 90.°, n.° 1, do Tratado CEE, conjugado com os artigos 30.°, 48.° e 86.° do mesmo Tratado, opõe-se a uma regulamentação de um Estado-Membro que confere a uma empresa estabelecida nesse Estado o direito exclusivo de organizar as operações portuárias e a obriga a recorrer, para a realização dessas operações, a uma companhia portuária que utiliza exclusivamente trabalhadores nacionais.»

16 — Acórdão porto di Genova, n.° 19.

17 — V. n.° 20.

18 — V. n.° 24.

C — *A legislação geral italiana sobre colocação de trabalhadores*

9. O mercado da colocação de trabalhadores em Itália está sujeito a um regime de colocação obrigatória gerido por serviços públicos de emprego («sezioni circoscrizionali per l'impiego»), que são regulados em primeiro lugar pela Lei n.° 264, de 29 de Abril de 1949 (a seguir «lei de 1949»), cujo artigo 11.°, n.° 1, proíbe que qualquer pessoa actue como intermediário em matéria de emprego. O artigo 1.°, n.°s 1 e 2, da Lei n.° 1369, de 23 de Outubro de 1960 (a seguir «lei de 1960»), proíbe, sob cominação de sanções penais, que os empresários confiem sob a forma de empreitada ou subempreitada a execução de prestações de trabalho ou que confiem a execução de tarefas particulares a essas pessoas ou a terceiros. O objectivo destas normas é a «protecção dos trabalhadores contra a exploração e o enfraquecimento dos seus direitos resultantes de um dicotomia entre a entidade patronal efectiva e a pessoa formalmente qualificada como empregador mas que, na realidade, é apenas um intermediário» [19]. O caso presente diz respeito a disposições específicas aplicáveis à colocação de trabalhadores no sector portuário. Contudo, a inobservância de tais disposições faz incorrer o responsável nas sanções penais cominadas na lei de 1960.

19 — V. n.° 3 das conclusões do advogado-geral M. B. Elmer relativas ao processo C-111/94 (acórdão de 19 de Outubro de 1995, Job Centre, Colect., p. I-3361). No n.° 39 das suas subsequentes conclusões de 15 de Maio de 1997 no processo Job Centre (C-55/96) (a seguir «processo Job Centre II»), no qual foi suscitada a compatibilidade do regime estabelecido pelas leis de 1949 e de 1960 com diversas disposições do Tratado, o advogado-geral M. B. Elmer afirma que seria lógico considerar a proibição de fornecimento de trabalho temporário nos termos da lei de 1960 como parte integrante do regime de monopólio global instituído a favor da colocação pública de mão-de-obra pela lei de 1949, embora aceite que a determinação dos objectivos das leis nacionais é matéria da competência do tribunal nacional.

D — *A legislação portuária italiana relevante*

10. A nova legislação nacional a que se refere o despacho de reenvio no caso presente compreende a Lei n.° 84, de 28 de Janeiro de 1994, que altera a legislação aplicável no sector portuário (a seguir «lei de 1994») [20]. Contudo, em resposta a uma questão colocada na audiência, o advogado dos arguidos no processo principal, que neste ponto não foi contradito pelo agente que representava a Itália, declarou que as alterações introduzidas pela lei de 1994 se limitaram a codificar as regras contidas em determinados decretos de emergência adoptados pelo Governo italiano em 1992 na sequência do acórdão porto di Genova e que foram mantidos em virtude de sucessivas prorrogações até à entrada em vigor da lei de 1994. Embora seja da competência do tribunal nacional determinar o efectivo alcance temporal das disposições contidas na lei de 1994, é razoável pressupor, para efeitos do presente reenvio, que estavam em vigor disposições equivalentes no que se refere à maior parte do período abrangido pelos factos imputados no processo principal [21].

11. As novas disposições restringem essencialmente o monopólio das antigas companhias portuárias ao fornecimento de trabalho temporário. Parece contudo resultar do artigo 27.°, n.° 8, da lei de 1994 que os monopólios preexistentes, estabelecidos nos termos dos artigos 110.° e 111.° do código, só deveriam ser abolidos a partir de 19 de Março de 1995.

12. É normalmente exigida uma autorização das autoridades portuárias [22] para a efectivação das «operações portuárias» definidas no artigo 16.°, n.° 1, da lei de 1994, como abrangendo «a carga, a descarga, o transbordo, a armazenagem, o movimento em geral das mercadorias e de quaisquer outros materiais, executados na área portuária». Nos termos do artigo 16.°, n.° 6, «a duração da autorização baseia-se no programa operacional apresentado pela empresa ou, no caso de a empresa autorizada ser também titular de concessão nos termos do artigo 18.°, a duração da autorização será idêntica à da mesma concessão» [23]. O artigo 16.°, n.° 7, dispõe que o número máximo de autorizações deve ser determinado «em função das exigências de funcionamento do porto e do tráfego, assegurando de qualquer modo a máxima concorrência no sector».

13. O artigo 18.° prevê autorizações temporárias para os operadores individuais na forma de concessões exclusivas no que se refere «às áreas do domínio público e aos

20 — GURI n.° 21, de 4 de Fevereiro de 1994. Segundo as informações fornecidas pela Comissão nas suas alegações escritas, a lei de 1994 entrou em vigor em 19 de Abril de 1994.

21 — V. n.° 17, *infra*.

22 — É contudo importante para o presente processo referir que as empresas portuárias transformadas não estão sujeitas a esta condição. V. n.° 16, *infra*.

23 — Assim, tanto estas empresas autorizadas (a seguir «operadores portuários autorizados») como as empresas a quem são atribuídas concessões nos termos do artigo 18.°, no que se refere aos terminais portuários designados (v. o número seguinte), devem estar inscritas no registo.

cais incluídos na área do porto às empresas referidas no artigo 16.°, n.° 3, para execução das operações portuárias, exceptuando a utilização dos imóveis do domínio público pela administração pública para a execução de funções inerentes às actividades marítimas e portuárias» [24]. O artigo 18.°, n.° 2, prevê a reserva «na área do porto de espaços operacionais para execução das operações portuárias por parte de outras empresas não concessionárias». O artigo 18.°, n.° 6, estabelece três tipos de condições que uma empresa deve satisfazer para efeitos de atribuição da concessão prevista no n.° 1: em particular, «[que a empresa] a) apresente, no seu requerimento, um programa de actividades acompanhado de garantias adequadas, mesmo de tipo fiduciário, com vista ao incremento do tráfego e à produtividade do porto; b) possua meios técnicos e organizativos adequados que inclusivamente sejam idóneos do ponto de vista da segurança para satisfazer as exigências de um ciclo produtivo e operacional de carácter continuado e integrado por conta própria e de terceiros; c) preveja uma organização da mão-de-obra adequada ao programa de actividades referido na alínea a)».

14. Em resumo, conforme vem afirmado no memorando do juiz nacional, as novas disposições «continuam a prever a presença simultânea de empresas autorizadas e empresas concessionárias que teoricamente operam nas mesmas zonas portuárias». Não obstante, um operador de terminal está não só autorizado a utilizar a sua própria mão-de-obra mas está de facto obrigado a ter uma mão-de-obra que seja «adequada para o programa de actividades» para o qual a concessão lhe foi atribuída. Não lhe é permitido recorrer a prestações de trabalho temporário dos operadores portuários autorizados.

15. A derrogação expressa à proibição geral prevista na lei de 1960 da obtenção privada de mão-de-obra, que vem referida no despacho de reenvio, está contida no artigo 17.° da lei de 1994, o qual deve ser lido em conjugação com os artigos 21.°, n.° 1, e 23.°, n.° 3, da mesma lei. O artigo 17.°, n.° 1, dispõe o seguinte:

«No caso de o pessoal empregado [pelos operadores portuários autorizados] a que se refere o artigo 16.°, incluindo o pessoal empregado em regime de "mobilidade temporária", na acepção do artigo 23.°, n.° 3 [25], não ser suficiente para fazer face às exigências de funcionamento, as próprias empresas podem requisitar, em derrogação do artigo 1.° da Lei n.° 1369, de 23 de Outubro de 1960, às sociedades referidas no artigo 21.°, n.° 1, alínea b), da presente lei o pessoal

24 — Estes concessionários serão a seguir definidos, por comodidade, «operadores de terminais».

25 — Os empregados das empresas portuárias que não são requisitados na sequência da transformação destas empresas nos termos do artigo 21.° e que, por outro lado, não venham a ser contratados por operadores portuários ou por operadores de terminais devem, segundo parece, ser mantidos nas sociedades resultantes da transformação com base numa relação de trabalho temporária. As regras detalhadas para aplicação deste regime são fixadas por decreto, mas não foi dado conhecimento ao Tribunal de Justiça de qualquer decreto desse tipo.

necessário para o fornecimento de simples prestações de trabalho» [26].

O artigo 21.° da lei de 1994 obrigou as companhias e os grupos portuários, que anteriormente beneficiavam dos monopólios conferidos pelo artigo 110.° do código [27], a transformarem-se antes de 18 de Março de 1995 [28]:

«a) numa sociedade de um dos tipos previstos no livro quinto, títulos V e VI, do código civil, para o exercício das operações portuárias em condições de concorrência;

b) ou numa sociedade de um dos tipos previstos no livro quinto, títulos V e VI, do código civil, para o fornecimento de serviços, incluindo, em derrogação do artigo 1.° da Lei n.° 1369, de 23 de Outubro de 1960, meras prestações de trabalho, até 31 de Dezembro de 1995» [29].

16. Parece resultar das observações apresentadas no Tribunal de Justiça e, sobretudo, das respostas dadas pelo agente representante da Itália às questões colocadas na audiência, que ambas as formas de companhias transformadas nos termos do artigo 21.°, n.° 1, da lei de 1994 podem executar operações portuárias para as quais outras empresas detinham autorizações concedidas nos termos do artigo 16.° da mesma lei (ou do artigo 68.° do código). Consequentemente, uma ex-companhia portuária transformada, como a que actualmente opera no porto de La Spezia, que foi transformada nos termos do artigo 21.°, n.° 1, alínea b), pode competir no fornecimento de serviços aos utilizadores do porto

26 — Nos portos em que não estão constituídas as sociedades referidas no artigo 21.°, n.° 1, alínea b), da lei de 1994 (às quais agora se faz referência), as autoridades portuárias competentes podem, como foi sublinhado pela Comissão nas suas alegações escritas, por força do artigo 17.°, n.° 2, promover a criação, também em derrogação do artigo 1.° da lei de 1960, de uma associação de trabalho portuário («associazione del lavoro portuale») para fazer face às flutuações no tráfego, garantindo uma maior eficiência da actividade do porto, associação à qual os operadores de terminais podem requisitar o fornecimento de trabalho temporário. O presente processo, que diz respeito ao porto de La Spezia, tem contudo como objecto uma situação na qual, tendo em conta as indicações fornecidas ao Tribunal de Justiça na audiência, resulta que uma empresa portuária foi transformada nos termos do artigo 21.°, n.° 1, alínea b). Certamente que a omissão expressa no memorando do tribunal nacional de qualquer remissão para o disposto no artigo 17.°, n.° 2, constitui também uma forte presunção de que no porto de La Spezia não existe qualquer associação de trabalho portuário.

27 — V. *supra*, n.° 3.

28 — Denominadas a seguir «ex-companhias portuárias transformadas».

29 — Resulta das informações fornecidas pela Comissão e pela Itália, em resposta a uma questão escrita colocada pelo Tribunal de Justiça, que o prazo de 31 de Dezembro de 1995 foi inicialmente prorrogado até 30 de Setembro de 1996 pelo Decreto-Lei n.° 322/96, de 17 de Junho de 1996. Além disso, nos termos da Lei n.° 647, de 23 de Dezembro de 1996 (GURI, Serie generale, n.° 803, de 28 de Dezembro de 1996), o artigo 17.° da lei de 1994 foi substituído por um novo artigo 17.° que regula actualmente a duração da derrogação da proibição de actividades privadas de colocação de mão-de-obra estabelecida nos artigos 17.° e 21.°, n.° 1, da lei de 1994. Aguardando a alteração da lei de 1960, que parece estar actualmente a ser examinada, a nova disposição prevê a constituição, por iniciativa das autoridades portuárias competentes, de uma cooperativa voluntária («consorzio volontario») em cada porto, abrangendo as empresas autorizadas a operar nos portos, os operadores de terminais e as ex-companhias portuárias transformadas existentes. Quando uma tal cooperativa está constituída, as autoridades portuárias podem autorizar um ou vários membros potenciais da cooperativa a fornecer, em derrogação da lei de 1960, trabalho temporário aos outros membros. Na hipótese de tal cooperativa não estar constituída, a nova disposição prevê a criação de uma «agência» exclusiva para o fornecimento de serviços de trabalhadores temporários («agenzia esclusiva per l'erogazione di mere prestazioni di manodopera»). Todavia, enquanto não existir cooperativa ou agência, o novo artigo 17.°, n.° 2, parece reservar indefinidamente, em benefício das ex-companhias portuárias transformadas, o direito exclusivo de derrogar a lei de 1960 para o fornecimento de mão-de-obra temporária nos portos.

com empresas como as representadas pelos arguidos no processo principal e simultaneamente gozar do direito exclusivo no que se refere ao fornecimento de mão-de-obra temporária a estas empresas. Este último direito pode ser extensivo, pelo menos segundo a interpretação da lei de 1960 dada pela acusação pública no processo principal, ao fornecimento em subcontratação de serviços de grande intensidade de mão-de-obra nos portos. Finalmente, resulta, particularmente das alegações orais no Tribunal de Justiça, que tal companhia transformada do tipo da do artigo 21.°, n.° 1, alínea b), existia em La Spezia durante a maior parte do período (v. n.° 17, *infra*) a que se refere a acusação no processo principal [30].

III — Factos e tramitação processual no tribunal nacional

17. No processo principal na Pretura circondariale di La Spezia (a seguir «tribunal nacional»), S. Raso e os outros arguidos (a seguir «arguidos») foram acusados conjunta e individualmente de diversas infracções aos artigos 1.° e 2.° da Lei de 1960 [31]. Segundo a acusação deduzida em 31 de Outubro de 1995, os arguidos são acusados das seguintes infracções: «a) de através de um contrato de "fornecimento de mão-de-obra", terem empregado trabalhadores sócios de empresas cooperativas legalmente autorizadas nos termos do referido artigo 58.° do código da navegação para execução de prestação de serviços em benefício da empresa operadora de terminal La Spezia Container Terminal; b) de se terem servido, na qualidade de responsáveis da citada empresa operadora de terminal, de trabalhadores "contratados" pelas referidas empresas cooperativas autorizadas» durante o período compreendido entre 9 de Julho de 1990 e 31 de Maio de 1994 [32].

18. Do despacho de reenvio, o tribunal nacional considera que a aplicação, sustentada pela acusação pública, das «disposições previstas no referido artigo 1.° da Lei n.° 1369/60 relativa às relações contratuais entre o operador de terminal (na qualidade de contratante) e os terceiros (contratados)

30 — Com efeito, na audiência, foi alegado pelos arguidos no processo principal que a ex-companhia portuária transformada no porto de La Spezia exercia de facto actividades como operadora de terminal.

31 — Os arguidos são com efeito os representantes legais da empresa operadora de terminal e de cinco outras sociedades e cooperativas cujas actividades são objecto da acusação pública. Segundo as informações fornecidas ao Tribunal de Justiça na audiência, todas as empresas estavam inicialmente autorizadas a efectuar actividades portuárias nos termos do artigo 68.° do código, mas depois obtiveram as autorizações nos termos do artigo 16.° da lei de 1994 (e presumivelmente também das disposições correspondentes dos decretos de urgência anteriores à adopção desta lei). O operador de terminal La Spezia Container Terminal (a seguir «LSCT»), de que S. Raso é o representante, beneficiou de uma concessão de operador de terminal baseada no artigo 18.° da lei de 1994.

32 — A duração deste período (a seguir «período relevante») resulta do exame dos autos. A Comissão sustenta que o Tribunal de Justiça devia tomar em consideração o mês de Maio de 1994, ou seja, o mês seguinte à entrada em vigor da lei de 1994, como sendo a parte determinante do período relevante para efeitos das respostas às questões submetidas. Uma vez que a lei de 1994 codifica efectivamente as regras contidas nas disposições de urgência anteriores (v. n.° 10, *supra*), esta sugestão parece acertada não obstante o facto de uma parte do período relevante (quase um ano e meio) se situar na realidade antes do acórdão porto di Genova.

teria como efeito obrigar o operador de terminal a dotar-se de uma organização "vertical" apta a garantir ao utente a totalidade dos serviços» que este possa requisitar. O tribunal nacional, apesar de não ter formulado comentários sobre as repercussões financeiras de tal organização para os operadores de terminal e para os seus clientes, identifica as seguintes consequências: «por um lado, impedir o acesso ao mercado de qualquer empresa terceira e, por outro, reforçar ainda mais a sua posição dominante» [33].

19. Embora o tribunal nacional não tenha ainda decidido se a lei de 1960 «pode ser interpretada como proibindo estas formas de cooperação entre operadores de terminais e empresas autorizadas que não são operadores de terminais que não sejam as referidas no artigo 17.° da lei de 1994, ou seja, as ex-companhias portuárias transformadas», não deixa de salientar que se assim fosse as consequências seriam as duas indicadas no parágrafo precedente. O tribunal nacional observa que «o porto de La Spezia é o primeiro porto para o tráfego de contentores do Mediterrâneo e que a empresa La Spezia Container Terminal movimenta cerca de 70% dos contentores entrados e saídos do porto. Os clientes da La Spezia Container Terminal, além disso, são carregadores e companhias de navegação de vários Estados-Membros da União Europeia». Consequentemente, decidiu submeter ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado, as seguintes questões:

«1) O artigo 59.° do Tratado opõe-se a uma regulamentação italiana que impede uma empresa concessionária de terminais portuários de utilizar os serviços de outras empresas — não constituídas por anteriores companhias ou grupos portuários — para efeitos da prestação de serviços que relevam do ciclo de prestações fornecidas aos utilizadores, que também podem ser sujeitos nacionais de outros Estados-Membros, significando, além disso, que por efeito da regulamentação italiana a própria empresa concessionária do terminal é obrigada a organizar toda a gama de serviços que podem ser requisitados pelo utente do terminal portuário, com o risco de prejudicar o acesso ao mercado de simples serviços prestados pelas empresas autorizadas a operar no porto, diferentes daquelas a que se refere o artigo 21.°, n.° 1.°, alínea b), da Lei n.° 84/94?

2) O artigo 90.°, n.° 1.°, conjugado com o artigo 86.° do Tratado CE, opõe-se a uma regulamentação nacional que (com fundamento nos efeitos que terá sobre o mercado, isto é, por um lado, o impedimento para as empresas que não sejam concessionárias do terminal — e não constituídas por anteriores companhias e grupos portuários — de virem a prestar serviços na zona portuária aos utentes interessados; por outro, a obrigação

33 — Sobre este ponto o tribunal nacional remete, sem fornecer mais explicações, para o acórdão porto di Genova.

do concessionário do terminal de efectuar todas as operações e serviços portuários exigidos no terminal; por outro lado ainda, a impossibilidade para o utente de encomendar alguns serviços a empresas da sua escolha, diferentes do concessionário do terminal) dá origem a uma configuração de mercado em que o utente é obrigado a só poder contratar com o concessionário do terminal para todo o conjunto dos serviços de que tem necessidade por ocasião da escala num porto em que o concessionário ou concessionários dos terminais são detentores de uma posição dominante no mercado, na acepção do artigo 86.° do Tratado?

3) Os artigos 59.° e 90.°, conjugados com o artigo 86.° do Tratado CE, opõem-se, de qualquer modo, a uma regulamentação nacional que apenas consinta a um sujeito que opera num porto contratar com outras empresas que actuam no porto e, em especial, as empresas concessionárias de terminais, serviços limitados ao mero fornecimento de mão-de-obra?»

IV — Alegações

20. Foram apresentadas alegações escritas pelos arguidos, pelas Repúblicas Italiana e Francesa, pela República Federal da Alemanha, pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e pela Comissão, e todos, com excepção da Alemanha e do Reino Unido, apresentaram também alegações orais.

V — Exame da primeira questão

21. A primeira questão incide, em substância, sobre a compatibilidade, exclusivamente com o artigo 59.° do Tratado, da legislação nacional que tem por efeito impedir os concessionários de terminais nos portos italianos de recorrerem aos serviços de empresas que não sejam de um determinado tipo de subcontratantes (isto é, as ex-companhias portuárias transformadas) quando do fornecimento de serviços de empresas de terminais aos utilizadores dos portos. Não obstante as dúvidas que foram expressas relativamente à relevância do artigo 59.° no que se refere aos factos controvertidos no tribunal nacional, é oportuno tomar em consideração a aplicação potencial deste artigo antes de abordar as outras questões submetidas, uma vez que se o Tribunal de Justiça considerar aquela restrição incompatível com o artigo 59.° a acusação em causa no processo principal deverá improceder.

A — *A aplicação prima facie do artigo 59.° do Tratado*

22. A primeira questão incide sobre os efeitos restritivos da proibição dos concessionários de terminais de recorrerem, para o

fornecimento de trabalho temporário, a outras empresas que não sejam as ex-companhias portuárias transformadas. Embora tal restrição decorra tanto da lei de 1960 como da lei de 1994, resulta, em minha opinião, da referência expressa do tribunal nacional, no texto da primeira questão, ao artigo 21.°, n.° 1, alínea b), da lei de 1994, que se pretende que o Tribunal de Justiça concentre a sua análise na lei de 1994.

23. A este respeito, o tribunal nacional, como foi referido no n.° 18, *supra*, refere-se especialmente às consequências da proibição sobre a capacidade dos concessionários de terminais de fornecerem aos seus clientes «a totalidade dos serviços».

24. Os arguidos alegam que a lei de 1960 constitui uma restrição à liberdade dos concessionários de terminais de fornecerem os seus serviços às companhias de navegação que utilizam o porto. Ao impedir que os concessionários de terminais utilizem os serviços especializados de operadores portuários autorizados, aqueles são obrigados a uma integração vertical. Vem alegado que esta integração lhes faz perder os benefícios inerentes às economias de escala e ao profissionalismo resultante da possibilidade, no que se refere a determinados serviços requisitados pelos utentes, como sejam as operações de içar e fixar os contentores, de recorrerem aos serviços de empresas especializadas que operam em toda a zona portuária; são obrigados a suportar os custos acrescidos do emprego da mão-de-obra necessária para fornecer eles próprios tais serviços. Os arguidos alegam que a maior parte dos serviços requisitados por um utilizador do porto podem ser fornecidos com maior eficiência através de um simples contrato com um concessionário de terminal que recorra a subcontratantes. Desta forma, a responsabilidade pelos prejuízos é mais facilmente determinada. Do ponto de vista dos arguidos, para determinar a aplicabilidade do artigo 59.° do Tratado basta que as disposições italianas restrinjam o fornecimento de serviços pelos concessionários de terminais às companhias marítimas estabelecidas nos outros Estados-Membros [34].

25. Tanto a Itália como a Comissão sublinham que todas as empresas envolvidas no processo principal são italianas. O único elemento transfronteiriço concebível nos serviços fornecidos à LSCT pelas companhias representadas pelos co-arguidos de S. Raso é totalmente hipotético; ou seja, a possibilidade de, se não fosse a natureza exclusiva da derrogação da lei de 1960 em benefício das ex-companhias portuárias transformadas, uma empresa não italiana poder ser impedida de prestar tais serviços. Todavia, se o Tribunal de Justiça considerasse tal elemento em princípio suficiente para tornar aplicável o artigo 59.°, a Comissão argumenta que a reserva dos benefícios da derrogação das disposições gerais da lei de 1960 às ex-companhias portuárias transformadas, que são todas italianas, deveria ser considerada incompatível com este artigo.

34 — Em apoio deste argumento contra o seu próprio Estado-Membro, os arguidos invocam, nomeadamente, o acórdão de 10 de Maio de 1995, Alpine Investments (C-384/93, Colect., p. I-1141).

26. O juiz nacional, sem chegar a uma decisão final sobre a lei nacional aplicável, considera que é adequado para o caso presente pressupor que os serviços em causa podem ser considerados abrangidos pela proibição enunciada no artigo 1.° da lei de 1960. Consequentemente, pelo menos à luz do artigo 59.° do Tratado, o problema que surge é o de saber se os efeitos conjugados de uma proibição como a contida na lei de 1960 e uma derrogação exclusiva da mesma, tal como a que é feita nos termos da lei de 1994 a favor unicamente das companhias italianas, constitui uma restrição à liberdade de prestação de serviços.

27. Em minha opinião, as objecções da Itália e da Comissão no que se refere à relevância do artigo 59.° relativamente aos factos do processo principal estão erradas. Ao concentrar-se sobre a liberdade de prestação de serviços de obtenção de mão-de-obra nos portos, que está reservada nos termos das disposições nacionais relevantes às ex-companhias portuárias transformadas, as suas objecções omitem a abordagem da restrição efectiva identificada pelo tribunal nacional no despacho de reenvio (v., em especial, n.° 22, *supra*); isto é, a restrição que afecta as actividades dos concessionários de terminais e, por extensão, as dos operadores portuários autorizados no fornecimento de serviços portuários aos clientes, muitos dos quais são companhias de navegação estabelecidas noutros Estados-Membros. Das informações constantes dos autos resulta claro que nenhum dos arguidos procurou alguma vez propor-se ele próprio como intermediário de trabalho, temporário ou não. Ao invés, a LSCT alega que procurou, através da subcontratação, a execução de tarefas específicas para outras empresas autorizadas, para fornecer o serviço de operador de terminal mais eficaz possível aos utilizadores do seu terminal. A imposição do monopólio das ex-companhias portuárias transformadas impediria uma forma de cooperação até aqui considerada um meio eficiente para executar as actividades autorizadas no porto.

28. Portanto, é a compatibilidade, com o artigo 59.° do Tratado, da concessão de um monopólio a determinadas companhias portuárias (necessariamente nacionais) para o fornecimento de trabalho temporário que é essencial para a primeira questão no presente reenvio. Suscita-se a questão da sua compatibilidade com o direito comunitário por causa dos efeitos do monopólio sobre o fornecimento de serviços portuários a utilizadores nacionais e estrangeiros dos portos italianos por empresas, como as dos arguidos, que foram autorizadas a fornecer tais serviços; nomeadamente, perante o facto de estas empresas poderem entrar em concorrência com as empresas que beneficiam do monopólio. Em minha opinião, uma vez que os co-arguidos de S. Raso foram efectivamente acusados no processo principal de ter cooperado com a LSCT no fornecimento por esta última de serviços completos aos seus clientes, é oportuno fazer incidir a análise, tal como na realidade o fez o tribunal nacional no seu reenvio, sobre a situação dos concessionários de terminais nos termos das disposições nacionais controvertidas. Com efeito, se a situação dos co-arguidos de S. Raso, os

quais representam todos companhias italianas acusadas de cooperação ilegal com a LSCT, outra companhia italiana, fosse examinada isoladamente, seria difícil identificar uma dimensão concreta de direito comunitário, pelo menos para efeitos do artigo 59.°

29. No acórdão Debauve e o., o Tribunal de Justiça declarou que «as disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços não podem aplicar-se às actividades cujos elementos relevantes se situam todos no interior de um único Estado-Membro» [35], o que «depende das verificações de facto que compete ao órgão jurisdicional nacional estabelecer» [36]. No caso presente, o tribunal nacional baseou o seu ponto de vista quanto à existência de um elemento intracomunitário suficiente no facto de muitos dos utilizadores dos serviços em causa serem empresas estabelecidas em Estados-Membros diversos da Itália. O agente da Comissão alegou na audiência que não era possível identificar a nacionalidade dos utilizadores dos serviços da LSCT. O Tribunal de Justiça tem considerado que, desde que exista um elemento transfronteiriço, a nacionalidade exacta dos destinatários é destituída de relevância [37]. Além disso, à luz do ponto de vista do tribunal nacional no que se refere à nacionalidade não italiana dos clientes da LSCT, a aplicação das disposições nacionais pretendida pela acusação também afectaria potencialmente utilizadores portuários não italianos [38].

30. É verdade que no processo Höfner e Elser, em que o caso concreto «[se prendia] com um litígio entre consultores de colocação alemães e uma empresa alemã, relativo ao recrutamento de um cidadão alemão», o Tribunal de Justiça, remetendo para o acórdão Debauve e o., não encontrou «qualquer elemento de conexão com qualquer uma das situações visadas pelo direito comunitário», conclusão que não poderia «ser afectada pelo facto de um contrato celebrado entre os consultores de colocação e uma empresa prever a *faculdade teórica* de serem procurados candidatos alemães que residam noutros Estados-Membros ou cidadãos destes Estados» [39].

35 — Acórdão de 18 de Março de 1980 (52/79, Recueil, p. 833, n.° 9).

36 — *Ibidem.*

37 — V. o acórdão de 14 de Novembro de 1995, Svensson e Gustavsson (C-484/93, Colect., p. I-3955, a seguir «acórdão Svensson e Gustavsson»), no qual a circunstância de os recorrentes no processo principal serem, no momento dos factos, nacionais de um país terceiro, não foi considerada pelo Tribunal de Justiça, contrariamente à recomendação expressa do advogado-geral M. B. Elmer, susceptível de os impedir de invocar o artigo 59.° para contestar a legalidade de uma bonificação de juros reservada unicamente às pessoas que tinham contraído um empréstimo num estabelecimento de crédito no Luxemburgo.

38 — No acórdão de 7 de Maio de 1997, Pistre e o. (C-321/94, C-322/94, C-323/94 e C-324/94, Colect., p. I-2343), o Tribunal de Justiça, no contexto do artigo 30.° do Tratado, rejeitou o argumento segundo o qual este artigo era inaplicável em processos penais instaurados em França contra uma sociedade francesa acusada de ter rotulado ilegalmente, como proveniente de uma região montanhosa francesa específica, determinados produtos franceses destinados a serem vendidos no mercado francês. O Tribunal de Justiça declarou (n.° 44) que «embora a aplicação de uma medida nacional que não tenha, efectivamente, qualquer conexão com a importação de mercadorias não caia sob a alçada do artigo 30.° do Tratado, esta disposição não pode, todavia, ser ignorada pela simples razão de, no caso específico submetido ao órgão jurisdicional nacional, todos os elementos estarem localizados no interior de um único Estado-Membro». Mesmo nestas circunstâncias, o Tribunal de Justiça considerou (n.° 45) que «a aplicação da medida nacional pode igualmente ter consequências a nível da livre circulação das mercadorias entre Estados-Membros, designadamente quando a medida em causa favorece a comercialização das mercadorias de origem nacional em detrimento das mercadorias importadas».

39 — N.os 38 e 39 (o sublinhado é meu).

Contudo, no caso presente, como foi referido pelo tribunal nacional, uma proporção substancial de utilizadores do porto, e dos serviços da LSCT em particular, estão estabelecidos noutros Estados-Membros.

31. Quanto ao facto de todos os arguidos no presente processo serem sociedades italianas, a jurisprudência recente do Tribunal de Justiça fornece um apoio convincente ao ponto de vista de que uma pessoa pode invocar o artigo 59.° do Tratado contra o seu próprio Estado-Membro. Isto decorre, mais recentemente, dos acórdãos Alpine Investments [40], Corsica Ferries [41] e Sodemare e o. [42]. No acórdão Corsica Ferries, o Tribunal de Justiça, embora tivesse que apreciar o alcance da liberdade de prestação de serviços de transporte marítimo estabelecida pelo Regulamento (CEE) n.° 4055/86 [43], declarou que «num caso como o que está em causa no processo principal, a empresa estabelecida num Estado-Membro e que explora um serviço de linha regular com outro Estado abrangido pelo Regulamento n.° 4055/86 oferece esses serviços, em razão da sua própria natureza, nomeadamente a pessoas estabelecidas no segundo Estado» [44]. No acórdão Sodemare e o., que dizia respeito à prestação de serviços em lares para idosos, o Tribunal de Justiça declarou que «o direito à livre prestação de serviços pode ser invocado por uma empresa relativamente ao Estado em que está estabelecida, quando os serviços são prestados a destinatários estabelecidos num outro Estado-Membro» [45].

32. Daqui resulta, em minha opinião, que um concessionário de terminal estabelecido num Estado-Membro, que frequentemente presta serviços portuários pelo menos a clientes estabelecidos noutros Estados-Membros, pode invocar o artigo 59.° do Tratado perante disposições nacionais que têm como efeito restringir a sua capacidade de fornecer livremente esses serviços. É portanto necessário examinar se as disposições em causa comportam tal restrição.

B — *A possível aplicação dos artigos 30.° e 48.° do Tratado*

33. Embora no presente caso não tenha sido submetida qualquer questão relativa à aplicação do artigo 30.° do Tratado, não desejaria ignorar o ponto de vista do Tribunal sobre esta matéria no acórdão porto di Genova. O Tribunal de Justiça remeteu para a matéria

40 — V., em especial, n.° 30 do acórdão (v. nota 34, *supra*).

41 — Acórdão de 17 de Maio de 1994 (C-18/93, Colect., p. I-1783).

42 — Acórdão de 17 de Junho de 1997 (C-70/95, Colect., p. I-3395).

43 — Regulamento do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, que aplica o princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros (JO 1986, L 378, p. 1). Concordo com o ponto de vista expresso pelo advogado-geral W. Van Gerven no n.° 16 das suas conclusões no processo porto di Genova de que «devem distinguir-se as actividades portuárias dos transportes marítimos propriamente ditos» (Colect. 1991, p. I-5889, em especial, p. I-5913). Em minha opinião, a mesma distinção deve ser aplicada *mutatis mutandis* entre o fornecimento de serviços portuários e os serviços de transportes marítimos.

44 — N.° 30. Importa notar que o artigo 1.°, n.° 1, do regulamento prevê expressamente que «A liberdade de prestação de serviços de transporte marítimo entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros será aplicável aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário dos serviços.»

45 — N.° 37. No caso concreto, todavia, os beneficiários dos serviços, embora em parte não italianos, foram todos considerados como residentes em Itália onde os serviços eram fornecidos; v. n.° 39 do acórdão.

assente no tribunal nacional no sentido de «que a descarga das mercadorias teria podido ser efectuada a menores custos pela equipagem do navio, de modo que o recurso obrigatório aos serviços das duas empresas às quais foram concedidos direitos exclusivos originou custos suplementares e pôde, portanto, pelo seu efeito no preço das mercadorias, ter influído no nível das importações» [46]. O Tribunal de Justiça, na sua resposta ao tribunal nacional, remeteu para o artigo 90.°, n.° 1, «conjugado com os artigos 30.°, 48.° e 86.° do Tratado». Nas questões colocadas pelo tribunal nacional, tinha sido referido o artigo 30.°, mas não o artigo 48.°, embora este último tenha tido grande importância para a decisão. Como penso que os efeitos restritivos do regime previsto na lei de 1994, no que se refere ao fornecimento de trabalho temporário nos portos italianos, sobre as importações são extremamente teóricos, daí concluo que no caso presente não se suscita qualquer problema relativamente ao artigo 30.° [47].

34. Não é tão fácil excluir a possibilidade de aplicação do artigo 48.° do Tratado, não obstante a omissão do despacho de reenvio quanto a este ponto. Em minha opinião, os efeitos conjugados do facto de a lei de 1994 determinar, por um lado, a transformação das ex-companhias portuárias que, pela sua própria natureza de cooperativas de trabalhadores de nacionalidade italiana, eram empresas exclusivamente italianas e, por outro lado, prever normas que obrigam as ex-companhias portuárias transformadas, os concessionários de terminais e os operadores portuários autorizados a contratar prioritariamente os trabalhadores portuários anteriormente empregados nas companhias portuárias, pode conduzir efectivamente a perpetuar a infracção ao artigo 48.° declarada pelo Tribunal no acórdão porto di Genova. Compete todavia ao tribunal nacional determinar, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, se o artigo 48.° continua a ser infringido e qual a relevância, se tal for o caso, que essa eventual violação possa ter sobre a acusação no processo principal.

C — *Restrição à livre prestação de serviços dos concessionários de terminais*

i) Observações das partes e dos Estados-Membros

35. Os arguidos alegam que impedir os concessionários de terminais de utilizar os serviços de outros operadores portuários, só pelo facto de esses serviços terem uma elevada componente de mão-de-obra, é restringir a prestação de serviços portuários tanto aos concessionários de terminais como aos outros operadores portuários autorizados, uma vez que isso conduz efectivamente os primeiros a aumentarem de forma anti-económica as suas operações (e mão-de-obra) de forma a estarem em condições de

46 — N.° 22.

47 — V., a este respeito, o acórdão de 14 de Julho de 1994, Peralta (C-379/92, Colect., p. I-3453, n.os 23 a 25).

fornecer uma gama completa de serviços portuários aos utilizadores, enquanto que retiram às segundas uma apreciável fonte potencial de mão-de-obra [48]. A formulação aparentemente objectiva e não discriminatória da restrição não a isenta da incompatibilidade com o artigo 59.° do Tratado, uma vez que, alegam os arguidos, os meios utilizados para promover aquele objectivo no sector portuário são desproporcionados e revelam-se contrários à lógica declarada da reforma deste sector em Itália, que é promover uma especialização crescente e a subcontratação de actividades. Na opinião dos arguidos, uma aplicação rigorosa da legislação existente em vigor para o sector portuário, nomeadamente das normas de concorrência nacionais no que se refere à possibilidade de abuso, por parte dos concessionários de terminais, da sua posição dominante no que respeita ao fornecimento de serviços portuários, e da legislação proteccionista do trabalho, como a que prevê um nível mínimo de remuneração e de segurança social no que se refere aos trabalhadores portuários, é suficiente para garantir os objectivos subjacentes à lei de 1960 neste sector. Finalmente, o facto de o trabalho ser reservado às ex-companhias portuárias transformadas, que pela sua própria natureza são presumivelmente compostas por pessoas de nacionalidade italiana, poderá constituir uma discriminação indirecta em razão da nacionalidade.

36. A Itália, apoiada pela Alemanha, refere-se à natureza sensível do mercado de subcontratação de mão-de-obra. Na audiência, o seu agente alegou que a necessidade de proteger os trabalhadores portuários de serem lesados nos seus direitos, devido às flutuações inerentes à quantidade de trabalho disponível para eles, justifica a adopção de medidas especiais respeitantes à prestação de trabalho portuário temporário. Em particular, o acórdão Webb reconheceu que os Estados-Membros podem limitar a liberdade de livre prestação de serviços de fornecimento de mão-de-obra [49]. O agente da França, embora admitindo que algumas medidas proteccionistas possam ser justificadas, alegou que a concessão de um monopólio como o que está em causa constituía uma medida discriminatória e injustificada. O agente da Itália alegou contudo que, dada a especial natureza das ex-companhias portuárias transformadas nos termos da lei italiana, que podem ser cooperativas de trabalhadores portuários e empresas comerciais, tal monopólio constitui um meio adequado para garantir a protecção dos direitos dos trabalhadores portuários.

ii) Análise

37. O regime geral italiano em matéria de fornecimento de trabalho estabelecido pelas leis de 1949 e 1960 nunca foi aplicado no sector portuário. Com efeito, o monopólio originário conferido às companhias portuárias

48 — Os arguidos alegam além disso a restrição indirecta ao direito dos utentes de obterem todos os serviços portuários que requisitam de uma única fonte. As possíveis consequências negativas, para tais destinatários de serviços, de uma restrição que atinge as prestações de serviços em questão não pode, em minha opinião, ser considerada pelo prestador como fundamento para demonstrar uma violação do artigo 59.° do Tratado, a menos que o exercício da sua actividade não seja prejudicado de outra forma. Assim, no referido acórdão Svensson e Gustavsson, por exemplo, era evidente que a restrição que atingia a concessão de empréstimos por bancos não estabelecidos no Luxemburgo a clientes residentes nesse país, resultante das disposições luxemburguesas impugnadas, incidia igualmente de forma negativa sobre a liberdade dos recorrentes no processo principal de obterem serviços bancários. No caso presente, uma vez que considero que as restrições ao fornecimento de prestações de trabalho que não sejam as efectuadas pelas ex-companhias portuárias transformadas incide negativamente sobre a prestação de serviços dos concessionários de terminais, não julgo necessário examinar separadamente a relevância da possível restrição ao direito dos utilizadores não italianos dos portos italianos de obterem livremente serviços portuários.

49 — Acórdão de 17 de Dezembro de 1981 (249/80, Recueil, p. 3305).

pelas disposições resumidas na secção II *supra* foi agora substituído por um novo monopólio em benefício das versões transformadas dos anteriores monopolistas e que abrange o fornecimento de trabalho temporário a concessionários de terminais e a operadores portuários autorizados. Deste forma, diversamente das antigas empresas portuárias, que não podiam executar trabalho portuário por si próprias e eram obrigadas a confiar a totalidade do trabalho relativo a essas operações às companhias portuárias, o novo monopólio aplica-se unicamente quando os concessionários de terminais não têm capacidade para fornecer os seus serviços recorrendo unicamente aos seus próprios trabalhadores portuários. Não obstante, um exame mais detalhado deste novo regime revela que, em certo grau, as restrições aplicáveis nos termos da anterior legislação portuária foram mantidas, ainda que de uma forma modificada, pela lei de 1994.

38. Em primeiro lugar, os concessionários de terminais estão obrigados a empregar mão-de-obra «adequada» ao programa de actividades que apresentaram. A este respeito, é digno de nota, como a Comissão salientou nas suas alegações escritas, que até 31 de Dezembro de 1996, o artigo 23.°, n.° 3, da lei de 1994 exigia tanto aos concessionários de terminais e aos operadores portuários autorizados como às ex-companhias portuárias transformadas que empregassem prioritariamente, quando tivessem lugares disponíveis, os trabalhadores portuários que anteriormente trabalhavam para as ex-companhias portuárias mas que não estavam contratados a tempo inteiro quando da transformação destas companhias.

Em segundo lugar, esses trabalhadores portuários das ex-companhias portuárias que de outra forma não obtivessem emprego deviam ser contratados pelas companhias transformadas com base num regime temporário cujos detalhes seriam fixados por decreto ministerial. Finalmente, antes de poderem recorrer às ex-companhias portuárias transformadas para o fornecimento de mão-de-obra temporária nos termos do artigo 17.°, n.° 1, tanto as empresas portuárias autorizadas como os concessionários de terminais deviam antes de mais utilizar a mão-de-obra disponível com base num regime temporário.

39. Constituem estas disposições uma restrição à liberdade de prestação de serviços? Uma vez que afectam um concessionário de terminal na posição da LSCT, penso que é esse o caso. A LSCT invoca o direito de oferecer aos utilizadores do porto (que para efeitos desta análise são os estabelecidos noutros Estados-Membros) uma gama completa de serviços portuários, isto é, pretende subcontratar diversos serviços com uma forte componente de mão-de-obra a outros operadores portuários que estão, por seu turno, autorizados a prestar tais serviços aos utilizadores. A lei de 1994 proíbe os concessionários de terminais e os diversos operadores portuários autorizados de cooperar para esta finalidade. Os acordos de cooperação são destinados a permitir ao concessionário do

terminal fornecer ao utilizador final um serviço que se adapta às diversas necessidades durante todo o tempo e à necessidade de utilizar a mão-de-obra de forma eficiente e, assim, fornecer os serviços ao mais baixo custo ao utilizador do porto. Se fossem fornecidos serviços equivalentes pelas ex-companhias portuárias transformadas a mais baixo custo ou se o custo mais elevado fosse compensado por uma maior qualidade, poder-se-ia presumir que o concessionário do terminal optaria por recorrer a tais serviços. É a exclusão do direito de escolha do concessionário do terminal que, em minha opinião, constitui a restrição. Finalmente, deve recordar-se que só as ex-companhias portuárias transformadas é que estão autorizadas a fornecer serviços, tanto directamente aos utilizadores finais como aos intermediários no encadeamento das prestações. Os operadores portuários autorizados, ao invés, são livres de fornecer serviços aos utilizadores finais mas não aos intermediários: já foi dito que esta restrição, sendo interna a um Estado-Membro, não está em si abrangida pelo artigo 59.° do Tratado [50]. Contudo, a posição do concessionário de terminal é diferente. É-lhe recusado o direito de contratar temporariamente mão-de-obra da sua própria escolha quando oferece a sua gama de serviços aos utilizadores finais.

40. Como considero que estas disposições constituem uma restrição à liberdade dos concessionários de terminais de fornecerem serviços portuários aos utilizadores de outros Estados-Membros, torna-se necessário examinar se esta restrição pode ser justificada.

50 — V., em especial, n.° 28, *supra*.

D — *Justificação*

i) Discriminação em razão da nacionalidade

41. No caso presente, a França, apoiada subsidiariamente neste ponto pela Comissão, alegou que, dada a nacionalidade italiana das companhias transformadas, a restrição em causa constitui uma discriminação em razão da nacionalidade. Naturalmente, se fosse esse o caso, as medidas italianas apenas podiam ser justificadas pelas razões de interesse geral previstas no artigo 56.°, n.° 1, do Tratado, aplicáveis à livre prestação de serviços por força do artigo 66.° Tais razões, como o Tribunal de Justiça tem constantemente declarado, não incluem objectivos de natureza económica [51].

42. Não penso que o ponto de vista da França quanto à questão da discriminação seja acertado. Como já referi (v. n.° 28, *supra*), o problema essencial suscitado pela primeira questão não diz respeito à compatibilidade do monopólio das ex-companhias portuárias transformadas com o direito comunitário mas, em vez disso, os seus efeitos a jusante sobre a livre prestação de

51 — V., por exemplo, o acórdão Svensson e Gustavsson, já referido, n.° 15.

serviços portuários particularmente pelos concessionários de terminais [52]. Nos termos do artigo 18.° da lei de 1994, não é imposta qualquer restrição a empresas não italianas no que se refere à apresentação de pedidos de concessão para a actividade de operador de terminal. Consequentemente, o monopólio em causa incide potencialmente sobre os concessionários nacionais e estrangeiros da mesma maneira e não pode, em minha opinião, ser considerado discriminatório.

ii) Justificação da restrição aplicável indistintamente

43. O Tribunal de Justiça tem constantemente decidido que podem ser impostas restrições não discriminatórias à livre prestação de serviços no âmbito de políticas «justificadas pelo interesse geral» e quando as disposições em causa se aplicam «a qualquer pessoa ou empresa que exerça uma actividade no território do referido Estado, na medida em que este interesse não esteja garantido pelas normas a que o prestador está sujeito no Estado-Membro em que está estabelecido» [53]. Este princípio foi igualmente aplicado às restrições impostas a um prestador de serviços pelo seu próprio Estado-Membro de origem [54]. Como considero que o monopólio das ex-companhias portuárias transformadas restringe potencialmente a liberdade de prestação de serviços portuários a utilizadores estrangeiros, é necessário examinar se existe uma razão imperiosa de interesse público reconhecida pelo direito comunitário que justifique a restrição.

44. Devo desde já declarar que não penso que a restrição imposta às actividades dos concessionários de terminais pelo monopólio conferido às ex-companhias portuárias transformadas possa ser justificado nos termos da política geral subjacente ao sistema dos serviços públicos de emprego em Itália. Considero que uma comparação entre o monopólio das companhias portuárias originárias e o das companhias transformadas demonstra que seria inadequado comparar as disposições relativas ao emprego de mão-de-obra aplicáveis ao sector portuário em Itália com o regime geral de emprego estabelecido pelas leis de 1949 e 1960. Como foi salientado pelo advogado-geral M. B. Elmer nas suas conclusões no processo Job Centre II, este regime, contrariamente ao monopólio das ex-companhias portuárias transformadas, baseia-se num sistema de colocação obrigatória gerida por serviços públicos de emprego [55]. Além disso, apesar das escassas informações relativas à natureza das ex-companhias portuárias transformadas de que o Tribunal de Justiça dispõe, é claro, mesmo sem ter em conta a possibilidade de as regras de prioridade (acima descritas) que regulam o reemprego de trabalhadores portuários anteriormente empregados pelas companhias portuárias terem em grande medida como efeito perpetuar a infracção ao

52 — Esta questão deve distinguir-se da eventual violação do artigo 48.° do Tratado, à qual me referi no n.° 34, *supra*, e da possibilidade ainda mais hipotética de a concessão de um monopólio às ex-companhias portuárias transformadas no que se refere ao fornecimento de mão-de-obra portuária temporária restringir a liberdade potencial do estabelecimento em Itália de empresas de outros Estados-Membros especializadas no fornecimento deste género de mão-de-obra.

53 — V., nomeadamente, o acórdão Webb, já referido, n.° 17.

54 — V., por exemplo, o acórdão Alpine Investments, já referido, e os desenvolvimentos no n.° 31, *supra*.

55 — N.° 11 das conclusões; v. também nota 19, *supra*.

artigo 48.° do Tratado declarada pelo Tribunal de Justiça no acórdão porto di Genova [56], que os objectivos conjugados de natureza comercial e cooperativa destas companhias as distinguem sensivelmente dos serviços públicos de emprego. A Itália alegou não obstante que existe um objectivo mais geral de protecção dos trabalhadores que fornece uma justificação para a lei de 1994. Embora tal objectivo possa ser reconhecido pelo direito comunitário, não concordo que seja aplicável no caso presente.

45. A Itália sustenta que, no acórdão Webb, o Tribunal de Justiça reconheceu a natureza «sensível» das actividades de fornecimento de mão-de-obra [57]. Consequentemente, o Tribunal de Justiça considerou como uma escolha política legítima dos Estados-Membros a sujeição da «colocação de mão-de-obra no seu território a um regime de autorização a fim de poder recusar a concessão desta desde que existam razões para recear que esta actividade cause prejuízo às boas relações no mercado de trabalho ou que os interesses dos trabalhadores em causa não sejam suficientemente garantidos» [58]. Mais recentemente, no acórdão Guiot, o Tribunal de Justiça admitiu também que «a protecção social dos trabalhadores do sector da construção civil» pode revestir interesse geral «devido a condições específicas desse sector» [59]. O direito comunitário admite portanto que a protecção dos direitos dos trabalhadores possa constituir uma exigência política imperiosa. No caso presente, contudo, para além da referência geral à natureza cooperativa das companhias transformadas, o Tribunal de Justiça não tem qualquer informação como e em que extensão o monopólio de que beneficiam estas companhias serve para promover uma maior protecção dos trabalhadores portuários.

46. O Tribunal de Justiça tem constantemente decidido que os efeitos restritivos, para os prestadores de serviços, de medidas nacionais indistintamente aplicáveis «deve[m] ser destinad[os] a garantir a realização do objectivo por el[e]s visado e não ultrapassar o que é necessário para que o mesmo seja alcançado» [60]. Assim, mesmo que o monopólio das ex-companhias portuárias transformadas seja susceptível, de forma geral, de aumentar a protecção dos trabalhadores portuários, os elementos de informação de que o Tribunal de Justiça dispõe não permitem concluir que o monopólio é indispensável para atingir essa mais elevada protecção ou, como foi alegado pelos arguidos, que o mesmo nível de protecção não pudesse ser atingido através de meios menos restritivos [61]. Nestas circunstâncias, compete a tribunal nacional analisar os meios de prova apresentados pelas partes no que se refere à justificação da restrição.

56 — A este respeito, é apenas necessário recordar que todos os trabalhadores portuários empregados pelas anteriores companhias portuárias eram nacionais italianos e que é esta classe de trabalhadores portuários que goza de direitos de preferência no emprego nos termos das novas disposições; v. n.° 34, *supra*.

57 — Já referido, n.° 18.

58 — *Ibidem*, n.° 19.

59 — Acórdão de 28 de Março de 1996 (C-272/94, Colect., p. I-1905).

60 — V., por exemplo, o acórdão de 25 de Julho de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Colect., p. 4007, n.° 15).

61 — Pode ser útil para o tribunal nacional notar que não foi alegado no processo no Tribunal de Justiça que os trabalhadores portuários anteriormente empregados pelas companhias portuárias e na sequência reempregados pelos concessionários de terminais ou pelos operadores portuários autorizados tenham sofrido consequentemente qualquer diminuição dos seus direitos.

47. Em resumo, a menos que se possa demonstrar que o monopólio é indispensável para a protecção dos trabalhadores dos portos italianos, considero que a sua aplicação às actividades dos concessionários de terminais, como a LSCT, constitui uma restrição não admissível à livre prestação de serviços portuários no interior da Comunidade, em violação do artigo 59.° do Tratado.

VI — As segunda e terceira questões

A — *Introdução*

48. Caso o Tribunal de Justiça não concorde com a proposta de solução que apresentei relativamente à primeira questão, ser-lhe-á necessário apreciar os problemas suscitados pelas segunda e terceira questões, que se referem, respectivamente, à conjugação dos artigos 86.° e 90.°, n.° 1, do Tratado, por um lado, e dos artigos 59.°, 86.° e 90.° do mesmo, por outro.

49. No seu memorando, o tribunal nacional concentra a sua análise tanto na proibição geral de actividades de intermediação de mão-de-obra nos termos da lei de 1960 como na derrogação que favorece as ex-companhias portuárias transformadas contida na lei de 1994. Referindo-se ao facto assente de que os operadores portuários autorizados representados pelos co-arguidos de S. Raso prestaram uma série de serviços à LSCT, o tribunal *a quo* pretende essencialmente saber se o direito comunitário obsta a que uma norma jurídica nacional seja interpretada no sentido de que proíbe efectivamente a cooperação entre um concessionário de terminal e operadores portuários autorizados. Assim, a segunda questão incide sobre um eventual abuso por parte dos concessionários de terminais do monopólio que lhes foi concedido com base na lei de 1994, relativo à utilização de certas infra-estruturas portuárias, que pode resultar da aplicação a eles, numa interpretação ampla, dos artigos 1.° e 2.° da lei de 1960, por força da qual estão impedidos de obter mão-de-obra temporária de empresas portuárias que não sejam as ex-companhias portuárias transformadas. Ao invés, a terceira questão incide mais concretamente sobre a eventual ocorrência de um abuso inevitável que decorre da concessão pela lei de 1994 do monopólio às ex-companhias portuárias transformadas, as quais também exercem actividades portuárias e podem mesmo ser concessionários de terminais em alguns portos italianos — como é alegadamente o caso de La Spezia. Dado que, em minha opinião, se pode razoavelmente presumir que o objectivo da denúncia que levou à acção penal no processo principal tinha em vista a protecção do monopólio da ex-companhia portuária transformada no porto de La Spezia, partilho da opinião expressa pelos arguidos na audiência de que a resposta à terceira questão reveste uma importância primordial para o processo em causa.

50. Deve não obstante recordar-se que o processo penal contra os arguidos não diz respeito — pelo menos directamente — a uma pretensa violação do monopólio das ex-companhias portuárias transformadas,

mas antes a uma eventual infracção à lei de 1960. Consequentemente, não partilho inteiramente do ponto de vista da Comissão de que a segunda questão é puramente hipotética e que não necessita de forma alguma de ser apreciada. Se o Tribunal de Justiça considerasse que um monopólio como o das ex-companhias portuárias transformadas era incompatível com o direito comunitário, esta conclusão não impediria, em si mesma, a aplicação, aos concessionários de terminais e aos operadores portuários autorizados, de uma interpretação da lei nacional que qualificasse de incompatível com os artigos 1.° e 2.° da lei de 1960 a forma de cooperação entre eles, que constitui o problema do processo principal. Contudo, a conclusão no sentido de que o direito exclusivo das ex-companhias portuárias transformadas de derrogar a lei de 1960 é incompatível com o direito comunitário só poderia ter implicações significativas no que se refere à compatibilidade com o direito comunitário da restrição do direito dos concessionários de terminais de recorrerem a outros operadores portuários autorizados para a prestação de serviços portuários com intensiva utilização de mão-de-obra. Assim, apenas apreciarei detalhadamente a terceira questão e, em seguida, abordarei brevemente a segunda questão.

B — *A terceira questão*

51. A consequência de facto da transformação obrigatória das companhias portuárias em conformidade com a lei de 1994 é que as ex-companhias portuárias transformadas beneficiam de um monopólio no que se refere ao fornecimento de trabalho temporário [62]. Além disso, se a interpretação da lei de 1960 adoptada pela acusação no processo principal for mantida, este monopólio será também extensivo ao fornecimento de todos os serviços de mão-de-obra intensa nesses portos. Consequentemente, penso que a Comissão tem razão em reformular a redacção da terceira questão de maneira a poder concentrar-se na posição das ex-companhias portuárias transformadas. Essencialmente, o tribunal nacional pretende saber se, ao criar tal monopólio em benefício das ex-companhias portuárias transformadas, o Estado-Membro em causa pode ser responsável por violação do artigo 86.° do Tratado. A este respeito, a referência adicional do tribunal nacional ao artigo 59.° na terceira questão revela-se supérflua. Se o artigo 59.° não se aplicar autonomamente, como eu sugeri, não penso possa obter maior relevância conjugado com os artigos 86.° e 90.° [63].

i) A aplicação em princípio do artigo 86.°

52. O artigo 86.° do Tratado aplica-se unicamente às empresas que beneficiam de uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Não existe

62 — Não parece que os serviços públicos de emprego instituídos pela lei de 1949 operem no sector portuário.

63 — Não foi alegado nas observações apresentadas no Tribunal de Justiça que a colocação de trabalhadores portuários a título temporário constitui um «serviço de interesse económico geral» na acepção do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado. De qualquer forma, nem perante o acórdão do Tribunal de Justiça no processo porto di Genova (v. n.° 27) nem à luz das conclusões do advogado-geral W. Van Gerven (v. n.° 27 das suas conclusões no referido processo) esta disposição pode ter aplicação.

qualquer dúvida de que o conceito de «empresa» inclui as empresas que, como as ex-companhias portuárias transformadas, são simultaneamente de natureza cooperativa e comercial [64].

53. É necessário, em primeiro lugar, determinar se o efeito da lei de 1964 é tal que confira uma posição dominante numa parte substancial do mercado comum às ex-companhias portuárias transformadas. Poderia parecer que não existe qualquer conexão ou relação particular entre as ex-companhias portuárias transformadas que operam nos diversos portos italianos. É portanto necessário analisar se a ex-companhia portuária transformada que exerce as suas actividades no porto de La Spezia goza de uma posição dominante para efeitos do artigo 86.°

54. O mercado do produto em causa deve antes de mais ser identificado em conformidade com os critérios fixados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça [65]. É essencial para o mercado do produto em causa determinar se existem produtos ou serviços concorrentes ou de substituição [66]. No caso em apreço, só as ex-companhias portuárias transformadas podem fornecer mão-de-obra temporária nos portos italianos, uma vez que a lei italiana não permite que as entidades patronais com trabalhadores a tempo inteiro nos portos concorram com estas companhias. Por outras palavras, os outros fornecedores potenciais de trabalhadores portuários não podem legalmente substituir os seus serviços aos das ex-companhias portuárias transformadas. Assim, a extensão do mercado em causa é definida pela lei. Contudo, para que o artigo 86.° do Tratado seja aplicável, a posição dominante no mercado particular não é só por si um elemento suficiente. Assim, no acórdão Höfner e Elser, o Tribunal de Justiça declarou que «*pode considerar-se* que uma empresa que beneficia de um monopólio legal ocupa uma posição dominante, na acepção do artigo 86.° do Tratado» [67]. Daqui resulta que, para que o artigo 86.° se aplique efectivamente, o tribunal nacional deve considerar que o monopólio concedido a favor da ex-companhia portuária transformada do porto de La Spezia constitui uma parte substancial do mercado comum.

55. A este propósito o tribunal nacional já considerou que La Spezia é o primeiro porto do Mediterrâneo no tráfego de contentores. Embora o agente da Itália tenha indicado na audiência que tal conclusão pode actualmente subavaliar a posição do porto de Génova, não foi alegado que a apreciação do tribunal nacional relativamente à importância do porto de La Spezia esteja materialmente errada. Consequentemente, sem prejuízo da competência do tribunal nacional para determinar finalmente se o mercado em causa constitui uma parte substancial do mercado comum, a importância para o comércio intracomunitário do porto de La Spezia como terminal de contentores é, em minha opinião,

64 — No acórdão Höfner e Elser, já referido, n.° 31, por exemplo, o Tribunal de Justiça declarou que «o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de financiamento». Também referia expressamente que «a actividade de mediação de emprego é uma actividade económica».

65 — V., por exemplo, os acórdãos de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands/Comissão (27/76, Colect., p. 77, em particular, n.° 11), e de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão (322/81, Recueil, p. 3461, n.os 23 a 28).

66 — V., por exemplo, os acórdãos United Brands/Comissão, já referido, n.° 22, e Michelin/Comissão, já referido, n.° 37, e o acórdão de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão (C-333/94 P, Colect., p. I-5951, n.° 19).

67 — N.° 28 (o sublinhado é meu).

em princípio suficiente para tornar substancial, para efeitos do artigo 86.° do Tratado, a posição ocupada pela ex-companhia portuária transformada no que se refere ao fornecimento de mão-de-obra temporária neste porto. Esta apreciação, em minha opinião, não é afectada pelo facto, de qualquer forma importante, de a lei de 1994, contrariamente às anteriores normas aplicáveis nos termos do código, permitir (ou, no caso de um concessionário de terminal como é a LSCT, obrigar) aos clientes potenciais de serviços de colocação de mão-de-obra temporária oferecidos exclusivamente pela ex-companhia portuária transformada empregar mão-de-obra adequada às suas próprias necessidades. Considero portanto que a posição de exclusividade conferida pela lei de 1994 a uma ex-companhia portuária transformada, como a que opera num porto com a dimensão e a importância em termos de transporte de La Spezia, é susceptível, sem prejuízo das conclusões sobre todos os elementos pertinentes a que chegar o tribunal nacional, de constituir uma posição dominante numa parte substancial do mercado comum para efeitos de aplicação do artigo 86.° do Tratado.

56. Já referi que a restrição à liberdade de prestação de serviços portuários intracomunitários, que resulta do monopólio conferido às ex-companhias portuárias transformadas, era susceptível de cair sob a alçada do artigo 59.° do Tratado [68]. Tendo em conta a importância do porto de La Spezia, considero também que qualquer abuso neste porto, por parte de uma ex-companhia portuária transformada, da posição dominante de que beneficia afectará o comércio entre os Estados-Membros para efeitos do artigo 86.° Em qualquer caso, deve recordar-se que não é necessário demonstrar que a conduta abusiva imputada afectou efectivamente aquele comércio para efeitos de aplicação do artigo 86.°, mas, ao invés, como o Tribunal de Justiça tem constantemente decidido, que «basta provar que é de molde a produzir tal efeito» [69].

ii) A responsabilidade do Estado-Membro e as exigências do artigo 90.°, n.° 1

57. O artigo 86.° do Tratado refere-se unicamente à conduta das empresas. Contudo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça demonstra que, em certas circunstâncias, os Estados-Membros podem ser considerados responsáveis por violações do direito comunitário da concorrência resultantes das actividades das empresas. A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou no acórdão porto di Genova que «o simples facto de se criar uma posição dominante por via da concessão de direitos exclusivos, na acepção do n.° 1 do artigo 90.° do Tratado, não é, enquanto tal, incompatível com o artigo 86.°» [70]. Não obstante, também declarou que um Estado-Membro viola estas disposições se a empresa à qual foi conferido o monopólio explorar a sua posição dominante de forma abusiva pelo mero exercício dos seus direitos exclusivos ou quando esses direitos são susceptíveis de criar uma situação na qual esta

68 — V. n.os 22 a 32, *supra*.

69 — V., entre outros, o acórdão Höfner e Elser, n.° 32. Com efeito, nas suas conclusões neste processo, o advogado-geral F. G. Jacobs exprimiu a opinião (n.° 48) de que o artigo 86.° iria mesmo aplicar-se a casos resultantes de uma situação puramente interna. Assim, no que se refere à aplicação do artigo 86.°, o Tribunal de Justiça deve ter em consideração «todas as consequências do comportamento incriminado na estrutura da concorrência no mercado comum»; v. o acórdão de 6 de Março de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Comissão (6/73 e 7/73, Colect., p. 119, n.° 33).

70 — N.° 16.

empresa é levada a cometer tais abusos. Consequentemente, é necessário examinar o alcance destas condições para determinar se se pode considerar que as mesmas estão preenchidas numa legislação como a lei de 1994.

58. Nas suas alegações escritas, o Reino Unido sustenta que o acórdão do Tribunal de Justiça no processo porto di Genova, e em particular a declaração no n.° 20 de «que um Estado-Membro cria uma situação contrária ao artigo 86.° do Tratado quando adopta uma regulamentação do tipo da em questão no órgão jurisdicional de reenvio», é dificilmente aplicável. O Reino Unido considera que o n.° 19 do acórdão porto di Genova não indica claramente qual a regulamentação nacional em causa que era contrária aos artigos 86.°, n.° 1, e 90.°, uma vez que não existia uma conexão evidente entre a criação do monopólio e os abusos citados pelo Tribunal de Justiça [71]. O Reino Unido sugere por conseguinte que a abordagem efectuada pelo Tribunal de Justiça, no que se refere à aplicação dos artigos 5.° e 85.° do Tratado a medidas adoptadas pelos Estados-Membros, nomeadamente que deve existir um nexo de causalidade claro e directo entre a medida estatal controvertida e a conduta da empresa em causa, seja igualmente de aplicar ao considerar a possível aplicação conjugada dos artigos 90.°, n.° 1, e 86.° Além disso, o Reino Unido alega que o Tribunal de Justiça deveria unicamente qualificar a concessão de um direito exclusivo como sendo contrária aos artigos 90.°, n.° 1, e 86.°, quando o abuso é consequência inevitável dessa concessão. Todavia, quando o abuso é simplesmente a consequência de incentivos do Estado-Membro em causa, o Reino Unido considera que é, no máximo, o acto de incentivar, e não a concessão de direitos exclusivos em causa, que constitui a medida estatal ilícita.

59. Admito que pode ser efectuada uma distinção entre situações em que, por um lado, o beneficiário de um direito exclusivo está colocado numa posição dominante numa parte substancial do mercado comum susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que, pelo simples facto de exercer os direitos que lhe foram conferidos, não pode evitar abusar da sua posição ou é impelido ou incentivado pela medida adoptada pelo Estado-Membro a cometer tal abuso, e aquelas em que, por outro lado, a medida nacional coloca unicamente o beneficiário numa posição que lhe permite cometer um abuso, mas não o obriga nem incentiva directamente a esse abuso.

60. Tendo optado por adoptar esta delimitação da extensão da responsabilidade do Estado-Membro, recorri conscientemente à formulação usada pelo Tribunal de Justiça na versão de língua inglesa dos seus acórdãos Höfner e Elser [72] e França/Comissão [73], uma vez que, em minha opinião, algumas das dificuldades alegadas pelo Reino Unido como sendo inerentes à interpretação do acórdão porto di Genova podem ser atribuídas à diferente formulação usada em inglês pelo Tribunal de Justiça inicialmente no acórdão ERT, e

71 — A passagem relevante do n.° 19 do acórdão é reproduzida no n.° 8, *supra*. A título de recapitulação, os abusos alegados compreendiam: i) exigir o pagamento de serviços não solicitados; ii) facturar preços desproporcionados; iii) evitar o recurso à tecnologia moderna que implica um aumento dos custos das operações e a dilação dos seus prazos de execução; iv) conceder descontos a determinados utilizadores.

72 — Já referido, n.° 29.

73 — Acórdão de 19 de Março de 1991 (C-202/88, Colect., p. I-1223, n.° 56).

posteriormente, no acórdão porto di Genova ao remeter para o acórdão ERT [74].

61. O objectivo da distinção é a atribuição da responsabilidade. Dado que o artigo 90.°, n.° 1, permite que os Estados-Membros concedam «direitos exclusivos», este acto não constitui em si um abuso nos termos do Tratado, seja qual for a realidade económica subjacente. Assim, é feita uma distinção entre a criação do direito exclusivo e «qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente... [ao disposto] nos artigos... 85.° a 94.°, inclusive». Por conseguinte, se se verificar um abuso pelo qual um Estado-Membro não é responsável, os lesados devem indiscutivelmente accionar judicialmente a empresa em posição dominante nos termos do artigo 86.° do Tratado, que tem efeito directo. Na ausência de tal distinção, os Estados-Membros seriam efectivamente obrigados a justificar a concessão de direitos exclusivos não obstante a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça segundo a qual o simples facto de criar uma posição dominante através da concessão de tais direitos não pode em si ser incompatível com o artigo 86.° [75]. Impor tal obrigação aos Estados-Membros seria contrário à finalidade do artigo 90.°, n.° 1, a qual, como o Tribunal de Justiça reafirmou em numerosas ocasiões, é evitar que os Estados-Membros adoptem ou mantenham em vigor medidas que privam de efeito útil as regras de concorrência comunitárias [76].

62. Embora esta distinção seja em princípio clara, a sua aplicação precisa, na prática, não é fácil. Assim, os acórdãos Höfner e Elser e porto di Genova foram criticados por não terem definido «os elementos que permitem distinguir uma *situação que conduz necessariamente a um abuso* de uma situação que, pelo contrário, não o provoca» [77]. Em minha opinião, o processo Höfner e Elser é um daqueles processos necessariamente raros em que a natureza do direito exclusivo de colocação de mão-de-obra concedido ao Bundesanstalt für Arbeit (Serviço Federal de Emprego) na Alemanha era tal que, por todas as razões práticas, a mera concessão colocava o beneficiário na posição não invejável de não lhe ser possível evitar um abuso do direito [78]. Assim, se se tivesse insistido no exercício do monopólio em circunstâncias em que era manifestamente impossível satisfazer a procura, pelo menos no que se refere à colocação de quadros dirigentes de empresas, seria quase certo que se concluiria pela existência de um abuso. A situação

74 — Assim, no acórdão ERT, o Tribunal de Justiça refere-se na versão em língua inglesa do mesmo (n.° 37) a «... a situation in which [an] undertaking *is led* to (é necessariamente conduzida a) infringe Article 86...», ao passo que no acórdão porto di Genova (n.° 17 da versão inglesa), o Tribunal de Justiça baseia-se no n.° 37 do acórdão ERT em apoio da formulação do princípio em causa para referir que se trata de circunstâncias em que uma empresa dominante «*is induced*» (é levada) a abusar da sua posição dominante (o sublinhado é meu). Nas versões francesas destes acórdãos, por exemplo, a mesma formulação é empregue nos dois números referidos, ou seja, «est amenée».

75 — V., *inter alia*, o acórdão Höfner e Elser, n.° 29. V. também, a este respeito, as opiniões expressas pelo advogado-geral F. G. Jacobs no n.° 43 das suas conclusões.

76 — V., entre outros, o acórdão ERT, já referido, n.° 35.

77 — V. as conclusões do advogado-geral G. Tesauro relativas ao processo C-320/91 (acórdão de 19 de Maio de 1993, Corbeau, Colect., p. I-2533, n.os 11 e 12), que, além disso, na nota 11, se refere, *inter alia*, às críticas formuladas por L. Gyselen no seu comentário ao acórdão porto di Genova em *CML Rev*, 1992, p. 1228; v., em particular, pp. 1238 a 1241.

78 — L. Gyselen, já referido, p. 1240, observou com razão que «pode facilmente compreender-se a razão pela qual, na sua configuração, a existência de um poder monopolístico e a exploração "abusiva" desse poder se confundem e a razão pela qual a verdadeira causa do abuso tem a sua origem na existência, e não no exercício, do poder monopolístico».

tornava-se um bocado complicada pelo facto de o Bundesanstalt se ter voluntariamente declarado disposto «a tolerar... determinadas actividades de consultadoria em matéria de pessoal relativamente aos quadros e dirigentes de empresas» [79]. Não obstante, o Tribunal de Justiça considerou que tinha efectivamente sido cometido um abuso inevitável, pelo menos no que respeita ao recrutamento de quadros dirigentes, pois o Bundesanstalt não se encontrava «manifestamente em condições de satisfazer a procura existente no mercado para este género de actividades e quando o exercício efectivo destas por sociedades privadas se torna impossível devido à manutenção em vigor de uma disposição legal que proíbe tais actividades, sob pena de nulidade dos contratos celebrados no seu exercício» [80].

63. Os direitos monopolísticos em causa no processo porto di Genova não eram da mesma natureza que os do processo Höfner e Elser. Não obstante, o Tribunal de Justiça considerou que o nexo entre as medidas italianas em questão e os abusos identificados pelo Tribunal bastavam para tornar o Estado-Membro responsável [81]. Penso que resulta nomeadamente dos n.os 18 e 19 do acórdão porto di Genova (v. n.° 8, *supra*), que o Tribunal de Justiça considerou que a conduta abusiva, embora concretizada aparentemente pela companhia portuária e pela empresa interessada, resultava directamente dos direitos monopolísticos concedidos nos termos da legislação italiana relevante. A este respeito, creio que é especialmente digno de nota o facto de no n.° 19 do seu acórdão, ao referir-se aos direitos concedidos, o Tribunal de Justiça declarar que, «*por esse facto*», as empresas em questão são «levadas» a cometer os abusos em causa (o sublinhado é meu). Desta forma, o Tribunal de Justiça, presumivelmente partilhou do ponto de vista expresso pelo advogado-geral W. Van Gerven de que estas práticas abusivas «foram tornadas possíveis, se não inevitáveis, pela legislação nacional aplicável e são favorecidas, caso não tenham sido tornadas obrigatórias, pelas autoridades portuárias, nos termos das competências que a legislação nacional lhes atribui» [82]. Infelizmente existe uma diferença significativa entre abusos inevitáveis e possíveis dos monopólios legais. Poucos contestarão a responsabilidade do Estado-Membro em relação aos primeiros, mas muitos considerarão que a responsabilidade pelo segundo tipo de abuso é imputável à empresa dominante.

64. Os processos Höfner e Elser e porto di Genova revelam uma abordagem pelo Tribunal de Justiça que vai para além das disposições legais que concedem o direito exclusivo e incluem uma apreciação sobre as consequências práticas do seu exercício pelo beneficiário. Este tipo de abordagem comporta

79 — Acórdão Höfner e Elser, n.° 9. Contudo, o advogado-geral F. G. Jacobs observou (n.° 45 das suas conclusões) que o Bundesanstalt poderia presumivelmente fazer maior uso do seu poder, em determinadas circunstâncias, em relação aos serviços de emprego ou a outras pessoas, de exercer a actividade de colocação relativamente a determinadas profissões ou grupos de pessoas.

80 — *Ibidem*, n.° 31.

81 — Os abusos são enumerados pelo Tribunal de Justiça no n.° 19 do acórdão porto di Genova (v. n.° 8 e nota 71, *supra*).

82 — V. n.° 22 das suas conclusões no processo porto di Genova (Colect. 1991, p. I-5889, em particular, p. 5916).

dificuldades do ponto de vista legal. O Tribunal de Justiça raramente está na posse de elementos de facto suficientes que lhe permitam elaborar uma opinião fiável sobre considerações complexas de ordem económica, social e jurídica num Estado-Membro. Os tribunais nacionais, quando aplicam o artigo 90.°, n.° 1, do Tratado, e os Governos dos Estados-Membros, quando prevêem a concessão de direitos exclusivos, esperam razoavelmente que o Tribunal de Justiça lhes forneça directrizes claras nas suas decisões. A formulação desta disposição, mesmo enunciando expressamente o direito dos Estados-Membros de concederem «direitos especiais ou exclusivos» vincula-os expressamente a não tomar nem manter qualquer «*medida*» contrária a determinadas regras do Tratado (o sublinhado é meu). Em minha opinião, portanto, a proibição incide antes de mais sobre «medidas». Naturalmente, o alcance e o efeito das «medidas» não podem ser analisados isoladamente dos elementos que os rodeiam. Não obstante, parece-me que o Tribunal de Justiça, ao aplicar o artigo 90.°, n.° 1, deveria procurar identificar medidas que claramente conduzam a uma infracção aos artigos do Tratado relativos à concorrência ou, para usar a linguagem proposta pelo Reino Unido, «disposições nacionais que de facto estão inextricavelmente ligadas ao monopólio legal».

65. Não penso que possa ser definido um critério geral para determinar antecipadamente a existência de tal nexo. Ao invés, em cada caso individual, ao fornecer directrizes aos tribunais nacionais, será necessário avaliar o impacto das disposições nacionais controvertidas sobre as circunstâncias económicas e factuais em que as mesmas operam.

66. Em minha opinião, o acórdão Centre d'insémination de la Crespelle [83] (a seguir «acórdão La Crespelle») fornece apoio à abordagem que acabo de sugerir. O acórdão La Crespelle dizia respeito à compatibilidade dos artigos 5.°, 86.° e 90.°, n.° 1, do Tratado com o sistema francês de centros de inseminação artificial, dado que cada centro beneficiava de um monopólio relativo à inseminação dos animais na zona geográfica que lhe estava atribuída. O abuso alegado consistia essencialmente no facto de os centros de inseminação facturarem preços exorbitantes aos criadores de gado, nomeadamente quando estes pediam a estes centros para lhes fornecer sémen proveniente de centros de produção diferentes. O Tribunal de Justiça referiu que importava examinar se tal prática constitutiva do alegado abuso era «*consequência directa* da lei» [84]. Verificando que a legislação francesa permitia aos centros de inseminação exigir dos criadores «o pagamento dos encargos suplementares que resultam [da escolha de sémen proveniente de outros centros]», o Tribunal de Justiça considerou todavia que «a incumbência de fixar esses encargos» não era uma disposição que «leva[sse] [os centros] a exigir o pagamento de encargos desproporcionados e de, com

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

84 — *Ibidem*, n.° 20 (o sublinhado é meu). Na Irlanda, um monopólio regional de inseminação artificial similar foi impugnado no processo O'Neill/The Minister for Agriculture and Food, Ireland and the Attorney General (1995) ICLR 494 (High Court). Tinha sido recusada ao demandante uma autorização para fornecer um serviço de inseminação artificial completo porque a política do ministério consistia em conceder uma única autorização para cada uma das nove divisões administrativas do Estado. O'Neill tentou obter uma decisão com vista a obter a declaração de que o sistema do monopólio regional era contrário, designadamente, aos artigos 85.°, 86.° e 90.° do Tratado. O juiz Budd julgou improcedente este pedido, tendo em conta a circunstância de, após análise aprofundada da jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente dos acórdãos Höfner e Elser e La Crespelle, não estar convencido de que os detentores exclusivos das autorizações tivessem cometido um abuso da sua posição dominante que pudesse ser considerado uma consequência das autorizações que lhes tinham sido concedidas ou que, pelo simples facto do exercício dos seus direitos exclusivos, não estivessem em condições de evitar tal abuso; v. (1995) ICLR 494, pp. 548 a 556. Esta decisão foi anulada em 14 de Maio de 1997 pela Supreme Court com um fundamento de ordem jurídica puramente interno.

isso, abusar da sua posição dominante» [85]. Daqui resulta, em minha opinião, que não é suficiente, para que exista uma violação do artigo 90.°, n.° 1, conjugado com o artigo 86.° do Tratado, que o concessionário de um direito exclusivo nos termos da lei nacional seja colocado, em virtude da sua posição dominante que daí resulta, numa situação de cometer abusos, a menos que o próprio sistema de monopólio imponha ou incentive fortemente o abuso por a ele estar directamente ligado e ser amplamente responsável pelo mesmo.

iii) O comportamento abusivo alegado no caso em apreço

67. É oportuno, antes de mais, observar que, no que se refere à terceira questão, o tribunal nacional não identificou qualquer abuso específico pelo qual a ex-companhia portuária transformada no porto de La Spezia seja censurada [86]. Em contrapartida, foram feitas diversas alegações nas observações apresentadas. Assim, a França afirma que existe de facto um abuso similar ao identificado pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão porto di Genova, ao passo que os arguidos e a Comissão fazem alusão a diversos outros eventuais abusos. Tendo em conta a divisão de competências que existe entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais nos casos de reenvios previstos no artigo 177.°, compete naturalmente ao tribunal nacional determinar se foi efectivamente cometido qualquer destes abusos.

68. Com base nas informações de que o Tribunal de Justiça dispõe, não penso que o monopólio concedido à ex-companhia portuária transformada do porto de La Spezia seja tal que o seu mero exercício ou a sua realização coerciva através da acusação penal em causa no processo principal possam em si ser considerados como constituindo abuso na acepção do artigo 86.° do Tratado, pelo qual a Itália seja responsável. A reorganização dos portos italianos na sequência do acórdão porto di Genova autorizou os concessionários de terminais e os operadores portuários autorizados a contratarem a sua própria mão-de-obra. Só o fornecimento de mão-de-obra temporária ou ocasional é que está reservado às ex-companhias portuárias transformadas. Parece-me, não obstante os argumentos económicos persuasivos apresentados pelos arguidos nas suas alegações escritas relativamente à pretensa maior eficiência que resultaria nos portos italianos de um sistema que permitisse aos concessionários de terminais escolherem os seus próprios subcontratantes, em comparação com o actual sistema exclusivo de fornecimento de mão-de-obra temporária, que a simples concessão por um Estado-Membro do direito exclusivo de fornecer essa mão-de-obra não pode, como tal, ser qualificada de incompatível

85 — Acórdão La Crespelle, n.os 20 e 21. O advogado-geral C. Gulmann, nas suas conclusões no processo La Crespelle, embora considerando que se fossem pedidos pagamentos para despesas fictícias poderia existir um abuso na acepção do artigo 86.°, não considerou que este risco de abuso fosse susceptível de tornar o direito de exigir o pagamento de encargos suplementares em si mesmo contrário às obrigações do Tratado que incumbem aos Estados-Membros (v. n.° 36). Pelo contrário, referiu que «as normas francesas não [constituíam] um incentivo para os centros actuarem desse modo» (v. n.° 43). Por conseguinte, se fossem facturados custos injustificados, o centro em causa era apenas potencialmente responsável nos termos do artigo 86.°

86 — No despacho de reenvio no processo porto di Genova, o tribunal nacional descreveu nesse caso determinadas circunstâncias que podiam equivaler a um comportamento abusivo sobretudo por parte da Compagnia; v. n.° 19 do acórdão e n.° 18 das conclusões do advogado-geral W. Van Gerven. No caso presente, por seu turno, só em relação à segunda questão é que o tribunal nacional faz referência (v., *supra*, n.° 49) a um possível abuso por parte da LSCT da sua posição no porto de La Spezia.

com o direito comunitário. Por conseguinte, salvo uma excepção, se existisse um abuso imputável ao Estado no presente caso concreto, este deveria resultar das consequências de facto das alterações legislativas introduzidas pela lei de 1994.

69. As categorias de abuso eventual em questão podem, por comodidade, ser descritas de forma ampla como respeitando à suficiência e à adaptação dos serviços fornecidos pela ex-companhia portuária transformada e ao custo destes serviços. Tratarei separadamente a questão do carácter adequado da autorização concedida às ex-companhias portuárias transformadas para concorrerem também com os concessionários de terminais e os operadores portuários autorizados no fornecimento de serviços portuários. Embora este seja o último aspecto do sistema instituído pela lei de 1994 que, mais do que qualquer outro, distingue o presente processo do processo porto di Genova, analisarei em primeiro lugar as duas primeiras amplas categorias de abusos acima mencionadas, que recordam as circunstâncias do anterior acórdão.

70. No que se refere às duas primeiras categorias, os arguidos alegam que o facto de a cooperação objecto da acusação no processo penal se ter efectivamente verificado demonstra que vários operadores portuários autorizados do porto de La Spezia estão em condições de fornecer simultaneamente serviços menos caros e de melhor qualidade à LSCT do que a ex-companhia portuária transformada. Foi também alegado que a ex-companhia portuária transformada não está apta a satisfazer a procura. Estas alegações não foram, pelo menos directamente, contraditas pela Itália. Embora seja finalmente da competência do tribunal nacional determinar a sua veracidade, as seguintes observações podem dar um útil contributo.

71. O Tribunal de Justiça não foi informado se as disposições dos artigos 112.° do código e 203.° do regulamento (v. n.° 4, *supra*), nos termos das quais as autoridades portuárias fixam efectivamente as tarifas, foram mantidas pela lei de 1994. Também não foi dito se existem actualmente disposições ou regras que obriguem a ex-companhia portuária transformada a utilizar o equipamento moderno que a Compagnia, pelo menos no porto de Génova, aparentemente tinha relutância em usar. A este respeito, deve recordar-se que as ex-companhias portuárias transformadas são obrigadas a reempregar tanto quanto possível os trabalhadores portuários anteriormente empregados nas companhias portuárias e que as práticas de trabalho preexistentes podem portanto manter-se. Quanto à capacidade da ex-companhia portuária transformada do porto de La Spezia para satisfazer a procura, o Tribunal de Justiça não dispõe virtualmente de qualquer informação, salvo algumas alusões feitas na audiência pelo agente da Itália aos excedentes recentemente verificados entre estas companhias [87]. No caso de se concluir que o fornecimento de mão-de-obra é inadequado, a extensão desta inadequação deveria, em minha opinião, ser pelo menos igual à verificada no acórdão Höfner e Elser para que haja lugar a responsabilidade do Estado.

87 — A ex-companhia portuária transformada emprega talvez ainda trabalhadores suficientes, tanto a tempo inteiro como a título temporário, para estar em condições de responder rapidamente à procura de mão-de-obra proveniente dos concessionários de terminais e dos operadores portuários autorizados, sempre que esta seja necessária e numa base não discriminatória. O Tribunal de Justiça não dispõe contudo de qualquer informação sobre o regime de emprego temporário mencionado pelo artigo 23.° da lei de 1994; v. nota 25 e n.° 38, *supra*.

Considerações similares seriam de aplicar a qualquer sugestão sobre carência de pessoal experiente adequado ou de equipamentos apropriados. Em resumo, o tribunal nacional deveria determinar se existe um nexo de causalidade directo entre o abuso na acepção do artigo 86.° do Tratado, cuja existência lhe compete estabelecer, e os direitos conferidos à ex-companhia portuária transformada em conformidade com a lei de 1994.

72. Em qualquer circunstância, estou convencido de que o aspecto mais perturbador, do ponto de vista da aplicação conjugada dos artigos 90.°, n.° 1, e 86.° do Tratado, de um sistema de normas como o estabelecido pela lei de 1994 será o duplo papel atribuído às ex-companhias portuárias transformadas. Parece-me inevitável que uma companhia à qual foi conferido não apenas um direito exclusivo de fornecer mão-de-obra temporária mas à qual é permitido simultaneamente, sem aparentemente ter mesmo que cumprir as normais exigências dos artigos 16.° e 18.° da lei de 1994, concorrer com os concessionários de terminais e com os operadores portuários autorizados no mercado do fornecimento de serviços, será obrigada ou sentir-se-á fortemente incentivada a abusar da sua posição dominante. A posição de que beneficia a ex-companhia portuária transformada é particularmente privilegiada se se recordar que os seus poderes monopolísticos serão reforçados nas meras circunstâncias em que os seus serviços são requisitados pelo concessionário do terminal. Este último dispõe da sua própria mão-de-obra e, excepto nos casos de elevada procura, estará normalmente em condições de prestar serviços aos utilizadores do porto sem recorrer à ex-companhia portuária transformada. Quando se verifica uma procura elevada no porto, o recurso à mão-de-obra temporária será essencial se o concessionário do terminal pretender prestar serviços a todos os seus clientes, uma vez que não lhe é permitido o recurso a mão-de-obra não ocupada dentre os operadores portuários autorizados. Ao mesmo tempo, o detentor do monopólio de fornecimento de mão-de-obra é livre de fornecer serviços directamente e em concorrência com o concessionário do terminal. O vício do sistema é que uma parte do mercado é controlada enquanto a outra é livre. Assim, olhando a questão unicamente sob o ponto de vista dos princípios, a ex-companhia portuária transformada pode estabelecer um preço para o utilizador do porto que é igual ou inferior ao que é praticado em relação ao concessionário do terminal [88]. Este último será obrigado a facturar os serviços ao preço de custo ou inferior para poder concorrer. Se a ex-companhia portuária transformada também fosse livre de negociar um preço mais elevado para o utilizador final do que o facturado ao concessionário do terminal, poderia recusar serviços (presumivelmente é livre de o fazer) e mesmo assim obter o negócio a expensas do concessionário do terminal, o qual não poderia ir a outro lado para obter mão-de-obra temporária.

73. Em minha opinião, a posição privilegiada conferida à ex-companhia portuária transformada pela lei de 1994 é semelhante à conferida à empresa grega de rádio e televisão monopolista no processo ERT. Nesse processo, o Tribunal de Justiça considerou que «o n.° 1 do artigo 90.° do Tratado se opõe à

88 — Deve todavia notar-se que não existe qualquer informação no Tribunal de Justiça sobre os preços efectivamente facturados ou sobre o método de cálculo dos mesmos pela companhia transformada no porto de La Spezia. Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça não sabe (como foi referido no n.° 72, *supra*) se os artigos 112.° do código e 203.° do regulamento se aplicam ainda ou se se aplicam sob uma forma alterada: v. n.° 4 e nota 8, *supra*.

atribuição, por um Estado-Membro, de um direito exclusivo de retransmissão de emissões televisivas a empresas com direito exclusivo de difusão de emissões, no caso de estes direitos serem susceptíveis de criar situações em que estas empresas sejam levadas a infringir o artigo 86.° do Tratado através de uma política de emissão discriminatória em favor dos seus próprios programas» [89].

74. Com base nas informações de que o Tribunal de Justiça dispõe, considero que uma legislação nacional como a lei de 1994, que concede a uma empresa o direito exclusivo de fornecer mão-de-obra temporária, segundo condições que são livremente determinadas por essa empresa, a outras empresas autorizadas a fornecer serviços portuários aos utilizadores do porto num porto com a dimensão e a importância em termos comerciais de La Spezia, é susceptível de directamente obrigar ou fortemente incentivar a empresa concessionária a infringir o artigo 86.° do Tratado. Tal obrigação ou incentivo verifica-se quando também for permitido à empresa concessionária, em derrogação *de jure ou de facto* das disposições nacionais comuns que regulam a concessão das autorizações relativas à prestação de serviços portuários aos utilizadores dos portos, prestar ela própria esses serviços em concorrência com outras empresas, devidamente autorizadas nos termos das disposições nacionais citadas, mas que devem para a obtenção de mão-de-obra temporária externa dirigir-se à empresa concessionária.

89 — Acórdão já referido, n.° 37. De maneira idêntica, no n.° 51 do acórdão França/Comissão, já referido na nota 73, o Tribunal de Justiça declarou que, confiar a uma empresa a tarefa de aprovar aparelhos para serem usados por ela própria e pelos seus concorrentes «traduz-se» em conceder-lhe «uma evidente vantagem sobre os seus concorrentes».

C — *A segunda questão*

75. Pelas razões enunciadas, nomeadamente, nos n.^{os} 67 a 74, *supra*, considero que um sistema de fornecimento exclusivo de mão-de-obra temporária, como o estabelecido pela lei de 1994 nos portos italianos, é incompatível com o artigo 90.°, n.° 1, lido em conjugação com o artigo 86.° do Tratado. Se este ponto de vista for seguido pelo Tribunal de Justiça, não será posta em causa, em minha opinião, a compatibilidade em princípio da concessão de derrogações a uma proibição geral nacional prevista numa lei como a relativa à colocação de mão-de-obra privada em conformidade com a lei de 1960 em Itália. Em minha opinião, pelo contrário, isso impediria as autoridades italianas ou as próprias ex-companhias portuárias transformadas de invocarem, nas circunstâncias deste caso, a exclusividade da derrogação concedida pela lei de 1994, particularmente contra um concessionário de terminal que pretenda prestar serviços portuários nas mesmas condições de concorrência que a própria ex-companhia portuária transformada, sob reserva, naturalmente, do direito de as autoridades italianas competentes verificarem que todas as empresas que beneficiam da derrogação cumprem as disposições relevantes da legislação italiana em matéria de protecção dos trabalhadores. Por conseguinte, não penso que seja necessário no caso presente, para efeitos de fornecer uma resposta útil ao tribunal nacional, apreciar os problemas suscitados pela segunda questão.

VII — Conclusão

76. À luz do que precede, proponho as seguintes respostas às questões submetidas pela Pretura circondariale di La Spezia:

1) No que se refere à primeira questão, sugiro a seguinte resposta:

«O artigo 59.° do Tratado CE opõe-se a uma legislação nacional que proíbe uma empresa detentora de uma concessão de um terminal portuário de recorrer, para efeitos de prestar serviços portuários aos utilizadores do porto estabelecidos noutros Estados-Membros, à mão-de-obra fornecida por outras empresas autorizadas a exercer actividades portuárias, com excepção das ex-companhias portuárias transformadas do tipo da companhia portuária implicada no processo Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90), a menos que possa ser demonstrado o carácter indispensável e adequado, para garantir a protecção dos trabalhadores portuários nos portos italianos, da concessão de um direito exclusivo às ex-companhias portuárias transformadas interessadas.

Em qualquer caso, as disposições nacionais que, por um lado, reservam o fornecimento de mão-de-obra temporária a tais ex-companhias portuárias transformadas, que estavam todas estabelecidas como companhias portuárias do Estado-Membro em causa e apenas empregavam trabalhadores portuários com a nacionalidade desse Estado e, por outro lado, obrigam agora essas companhias a reempregar esses trabalhadores portuários preferencialmente, operam uma discriminação em razão da nacionalidade em relação aos trabalhadores portuários não italianos que pretendam procurar emprego nos portos italianos e, consequentemente, não são compatíveis com o artigo 48.° do Tratado CE, a menos que possa haver uma justificação aceitável por um dos fundamentos não económicos enunciados no artigo 48.°, n.° 3.»

2) Caso o Tribunal de Justiça não concorde com a proposta acima relativamente à primeira questão, não proponho uma resposta específica à segunda questão,

mas, em vez disso, proponho que a terceira questão seja respondida da forma seguinte:

«O artigo 90.°, n.° 1, do Tratado CE, conjugado com o artigo 86.° do mesmo Tratado, opõe-se a disposições nacionais que concedam a uma empresa, autorizada a executar actividades portuárias por conta dos utilizadores do porto, um direito exclusivo, segundo condições que é livre de fixar, de fornecer mão-de-obra temporária a outras empresas autorizadas a prestar serviços portuários similares aos utilizadores de um porto da dimensão e da importância para o comércio intracomunitário do porto de La Spezia em Itália.»