CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL NIAL FENNELLY

apresentadas em 22 de Janeiro de 1998 *

I — Introdução

1. Neste processo, o Tribunal de Justiça foi mais uma vez solicitado a apreciar a compatibilidade com as regras do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias e serviços e à concorrência da legislação italiana que regula os portos. O pedido de decisão prejudicial diz respeito a sociedades que têm direitos exclusivos nos dois portos mediterrânicos principais de Itália, em que as companhias de navegação são obrigadas a recorrer aos seus serviços de atracagem. É alegado, em particular, que as tarifas impostas não são compatíveis com o direito comunitário.

II — O contexto jurídico e factual

A — *Matéria de facto e tramitação do processo perante o tribunal nacional*

2. A Corsica Ferries France SA (a seguir «Corsica Ferries» ou a «demandante») é uma companhia de navegação francesa que, desde 1 de Janeiro de 1994, tem fornecido um serviço de linha regular para o transporte de mercadorias e passageiros entre vários portos da Córsega e, entre outros, os portos italianos de La Spezia e de Génova. Para esse efeito, usou quatro ferries «roll-on» «roll-off» [1], afretados a prazo a uma companhia sedeada em Jersey, e que arvora pavilhão do Panamá [2].

3. Durante o período de 1 de Janeiro de 1994 a 29 de Fevereiro de 1996 (a seguir «período em causa»), a Corsica Ferries foi obrigada pelas regulamentações marítimas a pagar ao Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop. arl e ao Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl [3] certos montantes equivalentes respectivamente a 669 838 425 LIT e 188 472 802 LIT pelos serviços de pilotagem da barra a ela fornecidos por estes grupos, relativamente às escalas feitas pelos seus ferries nos portos de Génova e de La Spezia. Uma vez que a demandante considerou que a

1 — As embarcações são portanto ferry-boats destinados a permitir que os veículos sejam embarcados directamente no início da viagem e saiam directamente no fim dela.

2 — Tanto o fretador, Tourships Ltd, como a Corsica Ferries, são controladas pela Tourship SA, uma companhia com sede no Luxemburgo.

3 — Estes serão a seguir designados conjuntamente, por conveniência, como «os grupos de pilotos da barra». Quando forem necessárias referências em separado, eles serão designados, respectivamente, como «grupo de pilotos da barra de Génova» e «grupo de pilotos da barra de La Spezia».

* Língua original: inglês.

natureza obrigatória dos serviços de pilotagem da barra era contrária ao direito comunitário, fez o pagamento com a reserva de que não aceitava a legalidade do encargo e que mais tarde pediria o seu reembolso.

4. Em 2 de Julho de 1996, a Corsica Ferries apresentou uma petição *ex parte* ao Tribunale di Genova (a seguir «tribunal nacional»), segundo o disposto nos artigos 633.° e seguintes do Codice di Procedura Civile (Código de Processo Civil, a seguir «código») pedindo que o Tribunal dirigisse uma injunção contra os grupos de pilotos da barra, pedindo o reembolso das somas supramencionadas, e, solidariamente, contra o Ministero dei Trasporti e della Navigazione (Ministro dos Transportes e da Navegação) pedindo o reembolso do total das tarifas pagas, acrescido de juros. A demandante alegou que os pagamentos não se justificavam, porque os serviços fornecidos não foram solicitados por ela, e que os encargos impostos violavam o direito comunitário relativo à liberdade de prestação de serviços e à livre circulação de mercadorias. Sustentou que, não obstante a ausência de legislação nacional vinculativa, as tarifas eram, de facto, obrigatórias. Além disso, afirmou que as autoridades portuárias, ao aprovar as tarifas acordadas pelos próprios grupos de pilotos da barra, facilitava o abuso, por esses grupos, dos seus direitos exclusivos nos portos em questão e, assim, eram responsáveis por violações dos artigos 85.° e 86.° do Tratado.

5. O tribunal nacional considerou estar apurada a seguinte matéria:

a) o Regulamento (CEE) n.° 4055/86 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, que aplica o princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos entre Estados-Membros e Estados-Membros para países terceiros [4], tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Corsica Ferries [5], não se refere à matrícula ou ao pavilhão dos navios explorados pela empresa de transportes;

b) no direito comunitário, os encargos, mesmo se cobrados por serviços que são obrigatórios por lei, devem ser proporcionados ao custo do serviço efectivamente prestado [6];

c) constitui um entrave às importações o facto de uma norma de um Estado-Membro impor aos operadores o recurso aos serviços de uma empresa local titular de uma concessão exclusiva [7];

4 — JO L 378, p. 1 (a seguir «Regulamento de 1986»).

5 — Acórdão de 17 de Maio de 1994 (C-18/93, Colect., p. I-1783, n.° 29).

6 — É feita referência ao acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Abril de 1993, Ponente Carni e Cispadana Costruzioni (C-71/91 e C-178/91, Colect., p. I-1915).

7 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 1993, Ligur Carni e o. (C-277/91, C-318/91 e C-319/91, Colect., p. I-6621, a seguir «acórdão Ligur Carni») é citado em apoio desta afirmação.

d) um Estado-Membro não observa a proibição imposta pelas normas comunitárias sobre a concorrência quando uma empresa seja levada, pelo simples exercício dos direitos exclusivos que lhe foram atribuídos, a explorar a sua posição dominante de modo abusivo, ou quando esses direitos possam criar uma situação perante a qual a empresa seja levada a cometer esses abusos [8];

e) o direito comunitário impõe o princípio de que os Estados-Membros são responsáveis pelos prejuízos causados aos particulares por violações do direito comunitário que lhes sejam imputáveis [9].

6. O tribunal nacional também adoptou a opinião, em primeiro lugar, de que uma companhia de navegação, estabelecida em outro Estado-Membro e efectuando um serviço de linha regular para outro Estado-Membro, presta serviços «que têm, em si mesmos, natureza transfronteiriça», e, em segundo lugar, que os grupos de pilotos da barra, investidos pela administração pública no direito exclusivo de prestar serviços de pilotagem da barra obrigatórios nos portos de Génova e de La Spezia, são empresas na acepção do artigo 90.°, n.° 1, do Tratado e, finalmente, que esses portos são «áreas que constituem uma parte substancial do mercado comum».

B — *O despacho do tribunal nacional*

i) O contexto legislativo nacional

7. O tribunal nacional descreve a actividade de pilotagem da barra (l'attività di ormeggio) como consistindo em «proceder à amarração aos pontos de desembarque do navio que chega ao porto, mediante o uso de cabos e amarras específicos» [10]. Salienta que o Codice della Navigazione italiano [11] não contém disposições relativas a esta actividade, à excepção do seu artigo 116.°, n.° 4, que indica «que as pessoas que efectuam a atracagem (incluem-se) na categoria do pessoal afecto aos serviços portuários». Todavia, o tribunal nacional declara que as disposições jurídicas relativas aos serviços de pilotagem da barra estão contidas nos artigos 208.° a 214.° do Regolamento di Esecuzione al Codice di Navigazione (Regulamento de Execução do Código de Navegação Marí-

8 — É feita referência ao acórdão de 10 de Dezembro de 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, Colect., p. I-5889, a seguir o «acórdão Porto de Génova»).

9 — O tribunal nacional refere os acórdãos de 19 de Novembro de 1991, Francovich e o. (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357), e de 5 de Março de 1996, Brasserie du pêcheur e Factortame (C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029).

10 — A suficiência desta descrição é fortemente contestada nas observações submetidas ao Tribunal de Justiça, particularmente nas dos grupos de pilotos da barra (v. especialmente n.° 38 a seguir).

11 — Decreto real n.° 337 de 30 de Março de 1942.

tima, a seguir «regulamentação nacional»). Segundo o tribunal nacional:

«Este regulamento, que tem a natureza de acto administrativo, refere os requisitos técnico-profissionais dos trabalhadores, inscritos num registo específico, que executam a atracagem, o poder disciplinar do comandante do porto sobre o mesmo serviço, e as modalidades através das quais o serviço é prestado».

Considerando que nenhuma disposição legal ou regulamentação torna o serviço de pilotagem da barra obrigatório, o tribunal nacional declara que «(as) taxas, na acepção do artigo 212.° do regulamento referido, são fixadas pelo capo del compartimento (Comandante do Departamento Marítimo)», «consequentemente, pela autoridade administrativa» [12].

8. Os serviços de pilotagem da barra são fornecidos por uma única empresa quer no porto de Génova quer no de La Spezia. O tribunal nacional afirma que o grupo de pilotos da barra de Génova foi criado pelo Decreto n.° 759, de 1 de Junho de 1953, do presidente do Consorzio Autonomo del Porto di Genova (Consórcio Independente do Porto de Génova, a seguir «CAP»), que aprova os regulamentos que regem a actividade de atracagem e desatracagem de navios. Ainda que o artigo 13.°, n.° 1, do Despacho n.° 2, de 1 de Março de 1972, do presidente da CAP preveja que o «recurso aos serviços dos trabalhadores em causa para manobras de atracagem e desatracagem de navios *é facultativo*», o artigo 13.°, n.° 2, não obstante prevê que «no caso de o navio não solicitar os serviços dos trabalhadores que executam a atracagem, as operações de atracagem devem ser efectuadas *exclusivamente pelo pessoal de bordo*» [13]. Assim, segundo o tribunal nacional, o recurso aos serviços do grupo de pilotos da barra de Génova torna-se, *de facto*, obrigatório. Pelo contrário, no que toca ao porto de La Spezia, salienta que, de acordo com o artigo 2.° do Decreto n.° 20 de 16 de Julho de 1968 do Capo del Compartimento Marittimo di La Spezia (Comandante do Departamento Marítimo de La Spezia), o recurso aos serviços do grupo de pilotos da barra de La Spezia é obrigatório para navios que excedem a arqueação bruta de 500 toneladas [14].

9. Quanto ao papel da determinação das tarifas do «Comandante do Departamento Marítimo» e da «Autoridade Administrativa» segundo o artigo 212.° do regulamento nacional (v. ponto 7, *supra*), o tribunal nacional declara que «a lei não estabelece os critérios a que a autoridade administrativa deve atender para determinação da taxa», sendo esta muitas vezes «estabelecida por acordo entre empresas do sector e tornada seguidamente

12 — Como veremos, as opiniões sobre quem é realmente responsável pela fixação das tarifas são discutidas nas observações submetidas ao Tribunal de Justiça; v. n.os 49 a 50 a seguir.

13 — Citado no despacho de reenvio, sublinhado no original.

14 — A posição de exclusividade do grupo de La Spezia é efectivamente garantida pelo artigo 25.° do Decreto n.° 20, que com remissão para o artigo 1174.° do Codice della Navigazione, pune a execução de operações de pilotagem da barra quando não se recorrer a «pessoal pertencente ao (grupo)».

obrigatória por acto da administração pública...» [15].

ii) As questões prejudiciais submetidas

10. Tendo em conta a natureza dos direitos exclusivos de que gozam os grupos de pilotos da barra, a natureza obrigatória dos serviços que eles fornecem e a base em que as suas tarifas são estabelecidas e cobradas, o tribunal nacional adoptou a opinião provisória de que as disposições e práticas em causa «podem constituir entraves às trocas intracomunitárias de bens e serviços, e levar as empresas titulares desses direitos a fazerem um uso abusivo da sua posição dominante com prejuízo para o comércio entre os Estados-Membros, recaindo os custos sobre as empresas que efectuam transportes entre os Estados-Membros». Assim, decidiu submeter as seguintes questões ao Tribunal de Justiça nos termos do artigo 177.° do Tratado:

«1) O artigo 30.° do Tratado deve ser interpretado no sentido de que obsta à proibição, imposta por uma lei ou prática administrativa de um Estado-Membro, às empresas de transporte marítimo estabelecidas em outros Estados-Membros, de atracarem e desatracarem os respectivos navios, à chegada ou à partida dos portos do primeiro Estado-Membro, se as mesmas não recorrerem aos serviços prestados por uma empresa local no âmbito de uma concessão exclusiva em matéria de atracagem e desatracagem, pagando a esta contrapartidas desproporcionadas relativamente ao custo efectivo dos serviços prestados?

2) O Regulamento (CEE) n.° 4055/86 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, conjugado com o artigo 59.° do Tratado, obsta à imposição num Estado-Membro da obrigatoriedade do serviço de atracagem, com a aplicação às empresas de transporte marítimo estabelecidas noutro Estado-Membro — no momento da chegada e partida dos navios no primeiro Estado-Membro — de taxas determinadas não por lei mas pelo mero poder discricionário da administração?

3) O disposto nos artigos 3.°, 5.°, 90.°, n.° 1, 85.° e 86.° do Tratado, conjugados, é contrário à lei ou à prática administrativa de um Estado-Membro que confira a uma empresa estabelecida nesse Estado o direito exclusivo ao exercício do serviço de atracagem, de modo a permitir: a imposição do próprio serviço, a exigência de contrapartidas desproporcionadas relativamente ao custo efectivo das prestações, a aplicação de taxas fixadas por acordo e/ou pelo poder discricionário da administração e condições desiguais de aplicação das taxas de porto para porto, mesmo para prestações equivalentes?»

15 — Cita, a título de exemplo, o Decreto n.° 1074 do presidente do CAP de 12 de Agosto de 1991.

III — Observações

11. Foram apresentadas observações escritas e orais pela Corsica Ferries, pelos grupos de pilotagem da barra, pela República Italiana e pela Comissão.

IV — Admissibilidade do pedido de decisão prejudicial

12. Nas suas observações escritas, os grupos de pilotos da barra e a Itália exprimiram reservas relativamente à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial no presente processo. Essencialmente, alegam que os detalhes das circunstâncias de facto fornecidos, particularmente em relação aos serviços prestados pelos grupos de pilotos da barra e em relação às disposições de direito nacional, não são suficientes para permitir ao Tribunal de Justiça fornecer uma resposta útil. A Itália, citando o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Banchero [16], salientou a particular importância de uma exposição detalhada do contexto jurídico e factual quando as questões submetidas dizem respeito a problemas complexos, tais como, no presente caso, a aplicação das regras da concorrência da Comunidade. Os grupos de pilotos da barra afirmam também que o uso pela Corsica Ferries do processo *ex parte*, de carácter sumário, previsto no artigo 633.° do Código de Processo Civil italiano, no processo principal, teve como resultado que o tribunal nacional apresentou um quadro artificial e unilateral da situação factual e jurídica ao Tribunal de Justiça. Alegam que mesmo as exigências de direito nacional, em particular a que impõe que o montante exigido seja certo, não estão satisfeitas no presente caso, uma vez que, qualquer que seja a posição tomada quanto às tarifas impostas, alguns serviços foram, todavia, prestados à Corsica Ferries. Assim, mesmo uma resposta do Tribunal de Justiça favorável à Corsica Ferries não habilitaria, só por si, o tribunal nacional a ordenar a devolução das tarifas pagas. Os grupos de pilotos da barra alegam, portanto, que a utilidade do pedido de decisão prejudicial para o processo perante o tribunal nacional é questionável, particularmente em relação ao Ministero dei Trasporti e della Navigazione, ao qual, mesmo que os fundamentos de direito comunitário substantivo alegados pela Corsica Ferries fossem acolhidos, em sua opinião, não poderia, simplesmente, ser ordenado, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à responsabilidade dos Estados-Membros, o reembolso de *todas* as tarifas cobradas à Corsica Ferries [17].

13. A Comissão considera, por outro lado, que o pedido de decisão prejudicial é admissível. Em sua opinião, a admissibilidade, em princípio, de um pedido de decisão prejudicial em processos sumários, tal como previsto no artigo 633.° do Código de Processo Civil italiano, foi já reconhecido pelo Tribunal de Justiça no n.° 12 do seu acórdão no processo *Corsica Ferries*. Na audiência, a Comissão alegou que, de qualquer forma, as

16 — Despacho de 19 de Março de 1993 (C-157/92, Colect., p. I-1085).

17 — Local citado na nota 9.

observações apresentadas ao Tribunal de Justiça forneceram informação bastante para o habilitar a dar respostas úteis às questões submetidas. Por seu lado, a Corsica Ferries sustentou, na audiência, que o resumo contido no despacho de reenvio descreve suficientemente o contexto factual e jurídico da controvérsia.

14. Nas circunstâncias do presente caso, concordo com a Comissão em que resulta, em particular, do princípio declarado pelo Tribunal de Justiça no n.° 12 do seu acórdão no processo *Corsica Ferries*, que um pedido de decisão prejudicial apresentado no quadro de processos sumários, tal como os previstos no artigo 633.° do Código de Processo Civil italiano, é admissível. Adiro à opinião expressa pelo advogado-geral Van Gerven nas suas conclusões no processo Corsica Ferries no sentido de que «a filosofia subjacente ao processo de reenvio» [18] é, como constantemente declarado pelo Tribunal de Justiça, que ele constitui «um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, graças ao qual o primeiro fornece aos segundos os elementos de interpretação do direito comunitário necessários para a solução dos litígios que lhes são submetidos» [19].

15. Já em 1971, o Tribunal de Justiça reconheceu, no acórdão Politi [20], e confirmou-o três anos depois no processo Birra Dreher [21], que os pedidos de decisão prejudicial podem ser feitos mesmo em processos não contraditórios. Estas decisões foram tomadas numa altura em que o Tribunal de Justiça adoptou uma atitude mais liberal e flexível relativamente aos pedidos de decisão prejudicial apresentados nos termos do artigo 177.° do Tratado. A competência para apresentar pedidos de decisão prejudicial na fase *ex parte* de processo (no pedido de injunção), todavia, implica uma questão de princípio, ainda que o Tribunal de Justiça nunca tenha deixado entender que a sua posição deveria ser alterada. A partir do acórdão *Simmenthal*, o Tribunal de Justiça admitiu que «o interesse da boa administração da justiça» pode exigir que o pedido de decisão prejudicial seja feito somente «após audiência de ambas as partes» [22]. Todavia, o Tribunal tem sempre declarado que «cabe ao tribunal nacional exclusivamente apreciar tal necessidade» [23]. Pelo contrário, no n.° 12 do seu acórdão no processo Corsica Ferries, que diz respeito a um pedido prejudicial apresentado pelo Tribunale di Genova no processo instaurado pela Corsica Ferries, nos termos do artigo 633.° do Código de Processo Civil italiano, o Tribunal de Justiça reafirmou que o artigo 177.°:

«... não sujeita o recurso ao Tribunal de Justiça ao carácter contraditório do processo no decurso do qual o juiz nacional formula as questões prejudiciais, mesmo se tal processo pode interessar a uma boa administração da justiça».

18 — V. ponto 9 das suas conclusões.

19 — V., por exemplo, o acórdão de 18 de Outubro de 1990, Dzodzi (C-297/88 e C-197/89, Colect., p. I-3763, n.° 33).

20 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1971 (43/71, Recueil, p. 1039, n.os 3 e 4; Colect. 1971, p. 419).

21 — Acórdão de 21 de Fevereiro de 1974 (162/73, Recueil, p. 201, n.os 2 e 3; Colect. 1974, p. 115).

22 — Acórdão de 28 de Junho de 1978 (70/77, Recueil, p. 1453, n.° 10; Colect. 1978, p. 499). V. também o acórdão Ligur Carni, já referido na nota 7, n.os 15 e 16 do acórdão e pontos 12 a 14 das Conclusões do advogado-geral Darmon.

23 — V., respectivamente, os acórdãos Simmenthal e Ligur Carni, já referidos, n.os 11 e 16.

Esta formulação não deixa espaço para dúvidas quanto ao princípio da competência para reenvios a título prejudicial feitos na fase *ex parte* (não contraditória) de processos nacionais.

16. Não se segue, automaticamente, porém, que um reenvio feito no contexto de um processo não contraditório seja sempre admissível. O Tribunal de Justiça, em resposta a problemas particulares apresentados por casos concretos, identificou um número de situações em que considera que não tem competência. Mais relevante, para a questão do presente processo, nos anos mais recentes, para citar as conclusões do advogado-geral Jacobs no processo Leur-Bloem, o Tribunal de Justiça «acentuou a necessidade de proferir um acórdão no contexto da situação factual do caso e foi assim mais firme ao solicitar aos órgãos jurisdicionais nacionais que especificassem claramente o enquadramento factual e legislativo em que a decisão era solicitada» [24].

17. Em minha opinião, o tribunal nacional, ao examinar se deve apresentar um pedido de decisão prejudicial em processos de carácter sumário, deve ter presente no espírito que muitas vezes só depois da audiência da parte contrária é que o contexto factual e jurídico preciso pode ser definido. Além disso, em pedidos de decisão prejudicial feitos em processos de carácter não contraditório, o demandado só terá a sua primeira oportunidade de apresentar o seu ponto de vista sobre o caso perante este Tribunal, dando origem a um risco real de que surjam problemas factuais ou de direito nacional que não foram suscitados no processo nacional, e criando assim graves dificuldades ao Tribunal de Justiça. No acórdão Union laitière normande, em 1979, o Tribunal de Justiça salientou que «a necessidade (...) de chegar a uma interpretação útil do direito comunitário exige que seja definido o quadro jurídico em que deve colocar-se a interpretação pedida» [25]. O Tribunal de Justiça recordou esta declaração dois anos mais tarde quando, no processo Irish Creamery Milk Suppliers Association contra Irlanda, foi expressamente solicitado pela High Court of Ireland a pronunciar-se quanto à correcção do exercício do poder discricionário de reenviar questões de interpretação antes de examinar os factos [26]. Recordando a sua observação no processo Union laitière normande, sugeriu que [27]:

«Nesta perspectiva, pode ser vantajoso, em certas circunstâncias, que os factos do processo sejam apurados e que os problemas exclusivamente de direito nacional estejam resolvidos no momento do reenvio para o Tribunal de Justiça, de forma a permitir-lhe conhecer todos os elementos de facto e de direito que possam ser importantes para a interpretação que é chamado a fazer do direito comunitário.»

24 — V. as conclusões de 17 de Setembro de 1996 nos processos Leur-Bloem (C-28/95) e Giloy (C-130/95); o Tribunal de Justiça proferiu dois acórdãos distintos em 17 de Julho de 1997 (Colect., p. I-4161 e I-4291).

25 — Acórdão de 12 de Julho de 1979 (244/78, Recueil, p. 2663, n.º 5).

26 — Acórdão de 10 de Março de 1981 (36/80 e 71/80, Recueil, p. 735, n.ºs 6 e 7).

27 — *Ibidem*, n.º 6.

18. Porém, veio de imediato a sublinhar que:

«[Estas] considerações não limitam em nada o poder de apreciação do tribunal nacional, que é o único a ter um conhecimento directo dos factos do processo e dos argumentos das partes, que deve assumir a responsabilidade da decisão judicial a proferir e que está, assim, melhor colocado para apreciar em que fase do processo tem necessidade de uma decisão prejudicial do Tribunal de Justiça.»

19. Aceita-se geralmente que o ponto de partida da mais rigorosa abordagem do Tribunal de Justiça exigindo uma exposição completa do contexto factual e jurídico, descoberto pelo advogado-geral C. O. Lenz no processo Bosman [28], é o seu acórdão no processo Telemarsicabruzzo e o. [29]. Neste último processo, o Tribunal de Justiça aceitou aparentemente a proposta do advogado-geral C. Gulmann a favor de uma «atitude um pouco mais restritiva» [30]. Assim, ele próprio não se contentou com uma mera reiteração da necessidade de especificação do «contexto factual e jurídico»; deu um passo mais ao declarar que não havia necessidade de responder à questão submetida a título prejudicial. No período de cerca de cinco anos a partir dessa decisão, o Tribunal de Justiça, muitas vezes por despacho, considerou inadmissíveis numerosos pedidos de decisão prejudicial de tribunais nacionais [31]. No seu despacho no processo Banchero, no qual a Itália se apoia, o Tribunal de Justiça repetiu a sua agora bem conhecida afirmação de que «a necessidade de chegar a uma interpretação do direito comunitário que seja útil para o juiz nacional exige que este defina o quadro factual e regulamentar em que se inserem as questões que coloca ou que, pelo menos, explique as hipóteses factuais em que estas questões se baseiam» [32].

20. Resumindo, a admissibilidade de um pedido de decisão prejudicial particular não significa, em princípio, que o Tribunal de Justiça esteja sempre em condições de responder às questões submetidas. Tendo em conta a finalidade subjacente ao artigo 177.°, sempre salientaria, todavia, que devem existir

28 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1995 (C-415/93, Colect., p. I-4921, ponto 73 das conclusões).

29 — Acórdão de 26 de Janeiro de 1993 (C-320/90, C-321/90 e C-322/90, Colect., p. I-393). No entanto Bernard e Sharpston, num importante e recente artigo intitulado «The Changing Face of Article 177 References» (1997) 34 *Common Market Law Review*, pp. 1113 a 1171, identificaram o despacho de 26 de Janeiro de 1990, Falciola (C-286/88, Colect., p. I-191) como a verdadeira fonte dos recentes desenvolvimentos da jurisprudência do Tribunal de Justiça em relação a aspectos da abordagem anterior relativamente à sua competência decorrente do artigo 177.° do Tratado.

30 — *Ibidem*, ponto 20 das conclusões.

31 — V. também, por exemplo, os despacho de 26 de Abril de 1993, Monin Automobiles (C-386/92, Colect., p. I-2049); de 9 de Agosto de 1994, La Pyramide (C-378/93, Colect., p. I-3999); de 23 de Março de 1995, Saddik (C-458/93, Colect., p. I-511); de 2 de Fevereiro de 1996, Bresle (C-257/95, Colect., p. I-233); de 21 de Dezembro de 1995, Max Mara (C-307/95, Colect., p. I-5083); de 13 de Março de 1996, Banco de Fomento e Exterior (C-326/95, Colect., p. I-1385); de 20 de Março de 1996, Sunino e Data (C-2/96, Colect., p. I-1543); de 25 de Junho de 1996, Italia Testa (C-101/96, Colect., p. I-3081); de 19 de Julho de 1996, Modesti (C-191/96, Colect., p. I-3937); de 19 de Julho de 1996, Lahlou (C-196/96, Colect., p. I-3945), e de 30 de Junho de 1997, Banco de Fomento e Exterior (C-66/97, Colect., p. I-3757).

32 — *Loc. cit.*, n.° 4 do despacho.

circunstâncias excepcionais para que o Tribunal de Justiça se recuse a responder às questões que lhe são submetidas [33]. O Tribunal de Justiça reformulou frequentemente as questões submetidas a título prejudicial por forma a orientar as suas respostas para os problemas de direito comunitário levantados realmente pertinentes, e procurou completar a informação fornecida pelo tribunal nacional com referência às observações das partes e da Comissão (e, ocasionalmente, outras instituições comunitárias) ou às intervenções nos Estados-Membros [34].

21. O Tribunal de Justiça, no processo Corsica Ferries, esteve disposto a aceitar que a «apresentação dos factos» contida no despacho de reenvio podia ser completada pela informação contida nas «observações escritas e orais (a ele) apresentadas» [35]. O advogado-geral Van Gerven [36], todavia, propôs que, à luz da insuficiência da descrição do contexto jurídico nacional e uma vez que um pedido nos termos do artigo 633.° do Código de Processo Civil italiano tinha de respeitar a um montante que fosse certo, somente as questões relativas à alegada discriminação nas tarifas aplicadas no porto de Génova era admissível. O Tribunal de Justiça seguiu no essencial a sua recomendação [37]. No caso presente, as extensas observações escritas, particularmente as apresentadas pelas demandadas, forneceram ao Tribunal de Justiça ampla informação relativamente à natureza dos serviços de pilotagem da barra e acerca do direito italiano relevante. É difícil excluir a possibilidade de a decisão de submeter questões a título prejudicial na fase do processo de injunção ter contribuído para as incertezas de facto e de direito que, por isso, defronta este Tribunal.

22. Quando, em particular, as observações submetidas à apreciação do Tribunal revelarem a possibilidade de um pedido de decisão prejudicial apresentado poder conter uma incompleta, ou mesmo uma incorrecta, exposição das disposições pertinentes de direito nacional, o Tribunal de Justiça está colocado numa posição muito difícil, uma vez que está, em princípio, vinculado pela exposição do tribunal nacional [38]. Consequentemente, se essa exposição é omissa em aspectos pertinentes, o Tribunal de Justiça pode ser conduzido a dar as suas respostas às questões submetidas numa base praticamente hipotética ou académica. Mesmo assim, o Tribunal de Justiça, com toda a razão, tem-se sempre recusado a responder a questões puramente hipotéticas [39].

23. No caso presente, é claro que as duas primeiras questões submetidas levantam efectivamente a questão da compatibilidade

33 — V., em apoio desta posição, o recente acórdão de 5 de Junho de 1997, Celestini (C-105/94, Colect., p. I-2971, n.° 22). Nas conclusões que apresentei nesse processo, manifestei a opinião (ponto 29) de que o Tribunal de Justiça é obrigado «... a recusar-se a responder a questões que lhe foram submetidas tão-somente em circunstâncias em que é manifestamente evidente que não se pode razoavelmente dar uma resposta que seja verdadeiramente útil».

34 — V., por exemplo, o acórdão de 17 de Julho de 1997, Krüger (C-334/95, Colect., p. I-4517, n.° 23).

35 — N.° 13.

36 — V. n.° 11 e o primeiro das suas conclusões formais no n.° 36 das suas conclusões.

37 — O Tribunal aderiu à opinião da Comissão no que respeita à natureza limitada da acção perante o tribunal nacional e, consequentemente, decidiu que era somente necessário responder a questões relativas à alegada discriminação de tarifas.

38 — V., a este respeito, o acórdão de 20 de Março de 1997, Phytheron International (C-352/95, Colect., p. I-1729, n.os 11 a 14).

39 — V., por exemplo, os acórdãos de 16 de Junho de 1981, Salonia (126/80, Recueil, p. 1563, n.° 6), e Bosman (já referido na nota 28, n.° 59).

das tarifas com os artigos 30.° e 59.° do Tratado. Tal parece decorrer do pedido da demandante no processo principal, em que reclama o reembolso das taxas pagas por ela aos grupos de pilotos da barra. Os demandados alegam, em minha opinião não sem razão, que, como prestaram serviços à demandante, têm direito, qualquer que seja o ponto de vista, a um pagamento, e, consequentemente, que o pedido da demandante não satisfaz as exigências do artigo 633.° do Código de Processo Civil italiano. Todavia, parece resultar do despacho de reenvio que o tribunal nacional pode, de facto, acolher o pedido da demandante, se a base da imposição de encargos for reputada incompatível com o direito comunitário. As consequências de uma tal decisão, incluindo a sua possível incompatibilidade com as exigências de direito processual italiano, são matéria de direito substantivo e processual do Estado-Membro.

24. Portanto, sou de opinião que todas as questões submetidas pelo tribunal nacional no quadro do presente processo são admissíveis e devem ser respondidas pelo Tribunal de Justiça, excepto, como indiquei acima, em relação às questões relativamente às quais eu penso que a informação fornecida no despacho de reenvio, vista à luz das observações divergentes apresentadas perante o Tribunal de Justiça, é insuficiente. Proponho também que, ao responder às questões submetidas, o Tribunal de Justiça tenha em atenção no seu acórdão as específicas dificuldades apresentadas pelos pedidos de decisão prejudicial apresentados *inaudita altera parte* ou em processos sumários, no contexto da salvaguarda da eficácia do processo do artigo 177.° como um instrumento efectivo de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais.

V — Análise

A — *A primeira questão*

i) Introdução

25. Pela sua primeira questão, o tribunal nacional deseja essencialmente saber, particularmente à luz do acórdão no processo Ligur Carni, se é compatível com o artigo 30.° do Tratado que regras legislativas ou outras italianas obriguem as companhias de navegação com sede em outros Estados-Membros, e que desejam atracar navios nos portos italianos, a recorrer aos serviços de empresas de pilotagem da barra locais. Ainda que não expressamente posta em termos alternativos, existe um segundo aspecto desta questão, que é, saber se a combinação do monopólio de empresas locais com a exigência de pagar «a esta(s) contrapartidas (eventualmente) desproporcionadas relativamente ao custo efectivo dos serviços prestados» («versando a detta impressa corrispettiva anche sproporzionati rispetto al costo effettivo dei servizi resi») é compatível com o artigo 30.°

ii) Observações

26. A demandante alega que, como resultado do monopólio concedido aos grupos de

pilotos da barra, é obrigada a pagar somas avultadas pelo fornecimento de serviços de pouco ou nenhum valor ou utilidade para ela. Apoia-se no acórdão Ligur Carni para sustentar a sua opinião de que, como também usa os seus *ferries* para transportar mercadorias da Córsega, França, para Itália, as concessões exclusivas concedidas aos grupos de pilotos da barra locais têm por consequência tornar as importações de outro Estado-Membro «mais onerosas e mais difíceis»; consequentemente, alega, as normas nacionais impugnadas constituem uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa às importações, contrária ao artigo 30.° do Tratado [40].

27. Os grupos de pilotos da barra alegaram que minaria a distinção que deve existir entre o âmbito de aplicação, por um lado, do artigo 30.° e, por outro, do artigo 59.° o facto de se considerar que o primeiro é susceptível de ser aplicado a normas nacionais que não têm por objectivo regular o tráfego de mercadorias e que só tem efeitos completamente incertos, indirectos ou aleatórios sobre a livre circulação de mercadorias. Referem-se aos acórdãos e conclusões do advogado-geral Lenz e Léger, respectivamente, nos processos Peralta e Centro Servizi Spediporto em apoio da sua opinião de que as regras relativas ao fornecimento de serviços de transporte não podem, simplesmente porque o objecto do serviço de transporte relevante são mercadorias, ser consideradas como caindo na alçada do artigo 30.° [41]. A este propósito, alegam que a incidência dos custos dos serviços que eles prestam no custo final dos produtos importados não é superior a 0,05%. A título subsidiário, alegam que, mesmo que o artigo 30.° possa aplicar-se, em princípio, o Tribunal de Justiça devia aplicar a sua jurisprudência Keck e Mithouard [42] e declarar que as normas impugnadas não têm como objecto a regulamentação do comércio e não fazem qualquer distinção, de direito ou de facto, entre produtos importados e produtos nacionais.

28. A Comissão é também de opinião de que o artigo 30.° é inaplicável. Nas suas observações escritas, cita, *inter alia*, os n.os 24 e 41, dos acórdãos Peralta e Centro Servizi Spediporto respectivamente e, em particular, a declaração do Tribunal de Justiça de que uma legislação que «não estabelece qualquer distinção segundo a origem das mercadorias transportadas», não tem por objecto «regular as trocas comerciais de mercadorias com os outros Estados-Membros e... os efeitos restritivos eventualmente produzidos na livre circulação de mercadorias são demasiado

40 — Podia também ser alegado, ainda que a Corsica Ferries não o tenha procurado fazer no presente caso, que elas são incompatíveis com o artigo 34.° do Tratado enquanto equivalentes a uma restrição quantitativa às exportações, uma vez que, provavelmente, também carregaram exportações italianas nos seus *ferry-boats* durante o período pertinente.

41 — V., respectivamente, os acórdãos de 14 de Julho de 1994, Peralta (C-379/92, Colect., p. I-3453), e de 5 de Outubro de 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Colect., p. I-2883). Os grupos de pilotos da barra referem-se, em particular, ao ponto 40 das conclusões que o advogado-geral Léger proferiu no processo Centro Servizi Spediporto em que se referiu, a ela aderindo, à declaração do advogado-geral Lenz no ponto 51 das suas conclusões no processo Peralta de que a demarcação seria baseada no princípio de que devem aplicar-se as disposições do artigo 59.° do Tratado «a todas as situações em que o entrave à circulação de mercadorias surja como mero reflexo do entrave colocado aos serviços (transfronteiriços)».

42 — Acórdão de 24 de Novembro de 1993 (C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097).

aleatórios e indirectos para que a obrigação que estabelece possa ser vista como susceptível de entravar o comércio entre os Estados-Membros».

iii) Análise

29. Concordo com a Comissão e com os grupos de pilotagem da barra. A aplicabilidade do artigo 30.° do Tratado a uma medida nacional não depende, de facto, do grau dos seus efeitos no comércio. Resulta claro da jurisprudência do Tribunal de Justiça que nenhuma regra *de minimis* condiciona a aplicação do artigo 30.° [43]. Não obstante, o Tribunal de Justiça, quer antes quer depois do seu acórdão no processo Keck e Mithouard, tem coerentemente exigido que as normas que se aplicam indistintamente a produtos nacionais e importados devem ter um efeito proteccionista, para que um entrave ao comércio para efeitos do artigo 30.° deva ser declarado. Isto pode ser ilustrado pelos acórdãos nos processos Peralta e Centro Servizi Spediporto, por exemplo, que diziam respeito a normas que afectam, respectivamente, os operadores de transportes marítimos e rodoviários, mas cuja aplicação não dependia da origem das mercadorias transportadas. O Tribunal de Justiça considerou, não obstante os efeitos indirectos e importantes de tais normas no custo do transporte dos produtos importados, que tais regras não podiam ser consideradas, em princípio, como caindo na alçada do artigo 30.° Penso que os princípios declarados nessa jurisprudência podem ser aplicados no presente caso. A obrigação geral de recorrer aos serviços de um grupo de pilotos da barra local sempre que um operador de transporte, independentemente do seu Estado-Membro de estabelecimento, leva um dos seus navios a atracar num porto italiano não pode, em princípio, ser considerada como uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa.

30. Penso que a analogia invocada pela Corsica Ferries com a obrigação que afecta os transportadores de carne fresca no processo Ligur Carni é errada. Ainda que o objectivo das normas impugnadas no presente processo seja, como no processo Ligur Carni, reservar o fornecimento de um serviço a empresas, elas próprias, envolvidas no fornecimento de serviços, a semelhança termina aí. No processo Ligur Carni a finalidade da aplicação da norma italiana regional impugnada era específica: o transporte municipal de carne do matadouro municipal para o lugar do destino final devia ser confiado a uma empresa de transporte local ou executado pelo transportador responsável pelo transporte da carne para a municipalidade (de outras partes de Itália ou de outros Estados-Membros), mediante pagamento «de um determinado montante à empresa (local) concessionária» [44]. O Tribunal de Justiça considerou que esta norma era uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa, «desde que essa regulamentação tenha por efeito tornar mais onerosas e difíceis as importações das mercadorias provenientes de outros Estados-Membros...» [45]. Pelo contrário, a finalidade das normas impugnadas no

43 — V., por exemplo, o acórdão de 13 de Março de 1984, Prantl (16/83, Recueil, p. 1299, n.° 20), em que o Tribunal de Justiça declarou que, para efeitos do artigo 30.°, não era necessário que uma medida impugnada tenha um efeito sensível nas trocas comerciais.

44 — V. acórdão Ligur Carni, já referido, n.° 36.

45 — *Ibidem*, n.° 38.

presente caso é geral e, tal como o agente da Comissão sublinhou convenientemente na audiência, a sua aplicação não é dependente do transporte de quaisquer mercadorias específicas. Assim, as normas aplicam-se *sempre que* um navio atraca num porto italiano, independentemente das mercadorias que são transportadas, *se algumas o forem.* O que determina a sua aplicação é a utilização, pelos fornecedores de serviços de transporte marítimo, dos portos italianos e, em consequência, os seus efeitos sobre os custos das mercadorias importadas são inteiramente fortuitos. Consequentemente, rejeitaria o argumento da Corsica Ferries de que a obrigação de recorrer aos serviços do grupo de pilotos da barra local cai no âmbito do artigo 30.° do Tratado.

Consequentemente, não penso que o Tribunal de Justiça tenha informação em que possa basear uma resposta a este aspecto da primeira questão.

32. Pelas razões acima expostas, estou convencido de que as normas nacionais como as que estão em causa no presente processo não são incompatíveis com o artigo 30.° do Tratado.

B — *A segunda questão*

31. A demandante mantém, além disso, que, uma vez que as mercadorias transportadas para Itália por meios de transporte marítimos são mais as importadas do que as nacionais, o que é discutível, as tarifas excessivas por serviços de pilotagem da barra incidem mais pesadamente sobre as importações. Se bem que tais efeitos possam, teoricamente, ser suficientemente adversos para que o artigo 30.° seja aplicado [46], o tribunal nacional não fez qualquer apreciação do nível de tarifas impostas pelos grupos de pilotos da barra.

33. Pela segunda questão o tribunal nacional deseja saber se a concessão exclusiva atribuída aos grupos de pilotos da barra locais, combinada com o alegado poder discricionário de fixar tarifas, constitui uma restrição proibida à liberdade de prestação de serviços de transporte marítimo. Não penso que a forma através da qual as tarifas são determinadas possa, independentemente da compatibilidade com o artigo 59.° do Tratado da atribuição da concessão exclusiva relativamente aos serviços de pilotagem da barra, constituir uma restrição à liberdade de prestação de serviços, ainda que possa, de facto, agravar os efeitos de uma restrição que se entenda existir na atribuição dessas concessões. A Corsica Ferries, todavia, refere-se ainda à possibilidade de a imposição de tarifas excessivas poder constituir uma violação pela Itália do artigo 90.°, conjugado com o artigo 59.° Uma vez que o tribunal nacional não levan-

46 — No acórdão de 4 de Abril de 1968, Stier (31/67, Colect. 1965-1968, p. 831), ainda que, é verdade, no contexto de um caso relativo a uma imposição interna, o Tribunal de Justiça declarou que a imposição de um encargo «... de um montante tal que a livre circulação de mercadorias no mercado comum ficasse comprometida não era permitida». No seu acórdão de 11 de Dezembro de 1990, Comissão/Dinamarca (C-47/88, Colect., p. I-4509, n.° 13), o Tribunal de Justiça declarou, referindo-se ao seu acórdão Stier que «tal prejuízo para a livre circulação de mercadorias, todavia, só poderá ser apreciado eventualmente à luz das regras gerais contidas nos artigos 30.° e seguintes do Tratado».

tou este problema na sua terceira questão, não penso que seja adequado ou necessário ao Tribunal de Justiça abordá-lo na sua resposta [47].

i) A aplicação *prima facie* da liberdade de prestação de serviços

34. O Conselho, pela adopção do regulamento de 1986 [48], como foi observado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Corsica Ferries, aplicou o princípio da liberdade de prestação de serviços, de harmonia com o artigo 59.° do Tratado, aos transportes marítimos entre Estados-Membros [49]. Além disso, a demandante, enquanto sociedade estabelecida em França e controlada por uma sociedade do Luxemburgo e prestando serviços em Itália, é claramente abrangida no âmbito de aplicação *ratione personae* do artigo 59.° do Tratado e do artigo 1.° do regulamento de 1986 [50].

ii) A existência de discriminação

35. Contrariamente ao que acontecia no primeiro processo da Corsica Ferries, as regras impugnadas no presente caso parecem conter uma discriminação ostensiva ou dissimulada, contrária ao artigo 59.° do Tratado e ao artigo 9.° do regulamento de 1986. Por um lado, no porto de Génova a obrigação de recorrer aos serviços de pilotagem da barra fornecidos pelo grupo de pilotos da barra aplica-se *de facto* a todas as companhias de navegação, enquanto em La Spezia, por outro, todos os armadores cuja arqueação bruta exceda 500 toneladas têm de recorrer aos serviços do grupo de pilotos da barra de La Spezia. Não obstante, a demandante referiu-se ao facto de mais empresas de transporte nacionais do que não nacionais poderem explorar navios que escapam à obrigação de recorrer aos serviços dos grupos de pilotos da barra [51]. Assim, ainda que seja possível que as regras aplicáveis no porto de La Spezia possam ser indirectamente discriminatórias, não considero que a Corsica Ferries possa invocar uma tal eventual discriminação. Uma empresa tal como a demandante que explora grandes *car-ferries* modernos, não pode ser comparada com um grupo hipotético de empresas nacionais de transporte concorrentes que exploram navios cuja arqueação bruta não excede 500 toneladas. A meu ver, na ausência de elementos de facto relevantes relativamente aos concorrentes italianos da demandante fornecidos pelo tribunal nacional, tal comparação não responderia à questão que foi submetida no caso presente. O limiar de 500 toneladas não pode, sem mais, ser comparado com medidas de protecção da pesca que estavam em causa no processo Comissão/Irlanda, que dificilmente

47 — Nas suas observações escritas relativas à segunda questão, a demandante invocou também a possibilidade de a imposição de encargos excessivos imputável às autoridades públicas italianas poder constituir uma violação dos artigos 9.° e 12.° do Tratado. Uma vez que cabe exclusivamente ao tribunal nacional determinar quais as questões que deve submeter ao Tribunal de Justiça, a tentativa por parte da demandante de invocar os artigos 9.° e 12.° do Tratado é manifestamente inadmissível: v., por exemplo, os acórdãos de 9 de Dezembro de 1965, Singer (44/65, Colect. 1965-1968, pp. 251, 253), e de 12 de Novembro de 1992, Kerafina-Keramische und Finanz-Holding e Vioktimatiki (C-134/91 e C-135/91, Colect., p. I-5699, n.° 16), bem como o ponto 13 das conclusões que o advogado-geral Cosmas proferiu, em 2 de Outubro de 1997, no processo Annibaldi (C-309/96, Colect., p. I-7493).

48 — Regulamento (CEE) n.° 4055/86, já citado na nota 4.

49 — V., em particular, o n.° 26.

50 — Segundo o artigo 1.°, n.° 4, consideram-se «serviços de transporte marítimo» entre outros, «os transportes marítimos intracomunitários» a saber «o transporte por mar de passageiros ou mercadorias entre os portos de um Estado-Membro e portos ou instalações off-shore de um país terceiro».

51 — Nas suas observações orais, a Corsica Ferries sustentou, sem ser contraditada, que todos os navios que beneficiam da isenção são explorados por nacionais ou empresas italianos, para a prestação de serviços de cabotagem local ou para a pesca.

se aplicavam à «frota de pesca irlandesa» que não tinha «embarcações» (abrangidas por essas medidas) [52]. O elemento de comparação adequado para a Corsica Ferries devem ser as empresas de transporte italianas que utilizam barcos de tamanho igual aos seus *car-ferries*. Uma vez que tais operadores italianos estão sujeitos às mesmas tarifas que a demandante, não surge qualquer questão de discriminação directa ou indirecta.

iii) A existência de restrição à liberdade de prestação de serviços

36. Em seguida, é necessário examinar se pode considerar-se que as concessões exclusivas constituem, não obstante, uma restrição não discriminatória à liberdade de as empresas de transporte, como a demandante, prestarem serviços de transporte marítimo para e a partir dos portos italianos.

a) A natureza dos serviços de pilotagem da barra

37. Infelizmente, é em relação à natureza dos serviços de pilotagem da barra que o carácter unilateral da exposição feita ao tribunal nacional, que está claramente reflectida no seu despacho de reenvio, é mais surpreendente. Segundo a Corsica Ferries, a operação de pilotagem da barra consiste essencialmente em amarrar e desamarrar um navio usando cabos e amarras específicos (v. ponto 7, *supra*) equivalendo apenas a receber cabos do navio e fixá-los aos cabeços de amarração na doca e vice-versa.

38. Todavia, um quadro inteiramente diferente emerge das observações dos grupos de pilotos da barra. Contestam fortemente a descrição trivial avançada pela demandante. Alegam que o serviço constitui um dos três serviços náuticos de carácter técnico fornecidos nos portos, que são fundamentais para a manutenção da segurança nas águas portuárias e, além disso, que possui todas as características de um serviço fornecido no interesse público [53]. Referem-se, em particular, aos seguintes aspectos:

i) a atracagem correcta do barco no cais, incluindo a fixação do navio ao cabeço de amarração;

ii) assegurar que o navio atracado permaneça fixo ao seu ancoradouro durante o período total da sua permanência no

52 — Acórdão de 16 de Fevereiro de 1978 (61/77, Colect., p. 169, n.º 70).

53 — Os outros dois serviços são, na sua opinião, a pilotagem e reboque.

porto, e, em particular, durante a carga e a descarga de passageiros e mercadorias;

iii) a intervenção sempre que seja necessário alterar ou reforçar as amarras do navio, particularmente, quando condições instáveis de tempo podem exigir a sua mudança para outro ancoradouro;

iv) assegurar, antes de o navio partir, que o itinerário que se propõe utilizar para sair do porto está livre e, quando haja obstáculos, removê-los antes de a âncora ser levantada;

v) cooperar inteiramente com a tripulação do navio durante a sua saída do porto e até atingir o alto mar.

Sublinham que estes serviços devem ser prestados 24 horas por dia, 365 dias por ano e sob o controlo das autoridades marítimas competentes, particularmente do comandante do porto. A este propósito, o comandante do porto pode exigir que os grupos de pilotos da barra forneçam outra assistência, em particular quando ocorrerem no porto condições climatéricas perigosas.

39. Tendo em conta a posição que a seguir tomarei em relação ao problema da restrição à prestação de serviços, é desnecessário tomar posição acerca das descrições em confronto. Nem seria apropriado. Isso é da competência do tribunal nacional. Obviamente, a protecção contra os riscos para a vida e a saúde do homem, bem como para o ambiente, criados pela atracagem e desatracagem temerária ou negligente de navios, particularmente em portos grandes e movimentados como o de Génova e o de La Spezia, constitui um objectivo político legítimo a prosseguir pelos Estados-Membros, na ausência de medidas comunitárias de harmonização adequadas [54]. Cabe, na verdade, ao tribunal nacional determinar se esse objectivo é alcançado, ou mais bem alcançado, pela atribuição de concessões exclusivas nos serviços de pilotagem da barra.

b) Observações relativas à existência de uma restrição

40. A demandante alega essencialmente que, enquanto sociedade francesa que fornece

54 — O primeiro passo para o desenvolvimento de uma ampla política comunitária foi dado pela Comissão com a publicação, em 24 de Fevereiro de 1993, de uma comunicação intitulada «Para uma política de segurança marítima comum»; v. COM(93) 66 final.

serviços de transporte marítimo entre a Córsega e a Itália, a obrigação de recorrer aos serviços prestados pelos grupos de pilotos da barra locais constitui uma restrição à sua liberdade de fornecer serviços transfronteiriços, enquanto, nos portos franceses, tais serviços são facultativos. Os grupos de pilotos da barra apoiam-se particularmente na opinião do advogado-geral Elmer no processo Job Centre de que a orientação jurisprudencial do acórdão Keck e Mithouard desenvolvida pelo Tribunal de Justiça relativamente ao artigo 30.° do Tratado podia igualmente ser aplicada ao artigo 59.° do Tratado [55]. Assim, uma vez que as normas impugnadas não têm por finalidade regular comércio no sector de serviços e uma vez que os seus efeitos exercidos nesse sector ocorrem todos em Itália e afectam da mesma maneira todos os fornecedores de serviços de transporte marítimo, não restringem a prestação de tais serviços e, consequentemente, caem fora da alçada do artigo 59.° A Comissão está, na generalidade, de acordo com esta posição [56].

c) Análise

41. Deve notar-se em primeiro lugar que a alegada restrição no presente caso não se refere à prestação de serviços de pilotagem da barra. A Corsica Ferries, ao afirmar o direito de recorrer às suas próprias tripulações treinadas e ao equipamento moderno presente nos seus *car-ferries* bem equipados para ancorar os seus próprios *ferries*, não pretendeu que a atribuição de concessões exclusivas em Itália aos grupos de pilotos da barra constituísse, *per se*, uma restrição à liberdade de prestar serviços de pilotagem da barra transfronteiriços nos portos italianos. A restrição que alegou refere-se, em vez disso, à prestação de serviços de transporte marítimo e compreende essencialmente a proibição, *de jure* ou *de facto*, que afecta os operadores de transporte marítimo, de providenciarem eles próprios no sentido da atracagem dos seus navios e, em particular, os custos adicionais que o recurso obrigatório aos grupos de pilotos da barra locais pode implicar.

42. O Tribunal de Justiça tem constantemente sustentado que «o artigo 59.° do Tratado exige não só a eliminação de qualquer discriminação contra o prestador de serviços em razão da sua nacionalidade, mas também a supressão de qualquer restrição, ainda que indistintamente aplicada a prestadores nacionais e de outros Estados-Membros, quando seja susceptível de impedir ou entravar de alguma forma as actividades do prestador estabelecido noutro Estado-Membro, onde preste legalmente serviços análogos» [57]. É difícil formular uma definição objectiva das espécies de medidas nacionais que são susceptíveis de constituir tais «restrições». No seu recente acórdão no processo Reisebüro Broede/Sanker foram enunciadas como as

55 — Acórdão de 19 de Outubro de 1995, Job Centre (C-111/94, Colect., p. I-3361, ponto 27 das conclusões).

56 — Em sua opinião, os custos acrescidos que podem resultar das normas impugnadas não afectam os custos dos serviços fornecidos pelas empresas não italianas mais gravemente do que os das empresas de transporte marítimo nacionais.

57 — V., por exemplo, os acórdãos de 25 de Julho de 1991, Säger (C-76/90, Colect., p. I-4221, n.° 12), e de 5 de Junho de 1997, SETTG (C-398/95, Colect., p. I-3091, n.° 16).

que, ainda que indistintamente aplicáveis a prestadores nacionais e de outros Estados-Membros, eram, não obstante, «... susceptível de impedir, entravar ou tornar menos atractivas as actividades do prestador estabelecido noutro Estado-Membro, onde preste legalmente serviços análogos» [58].

43. Em casos como os dos processos Säger e Reisebüro Broede, as normas nacionais em questão consistiam em o Estado-Membro em cujo território o prestador de serviços desejava prestar um certo serviço proibir a prestação desse serviço a quem não possuísse certas qualificações, que não eram exigidas pelo Estado-Membro do estabelecimento do prestador de serviços. É fácil ver que tais normas, ainda que não discriminatórias, podem constituir restrições à liberdade de prestação de serviços transfronteiriços. Por outro lado, tal como o Tribunal de Justiça considerou no acórdão Reisebüro Broede, elas podem tornar impossível prestar o serviço no Estado-Membro de acolhimento, desde que as actividades nele exercidas pelo prestador de serviços estrangeiro sejam fornecidas numa base puramente temporária [59]. Em casos como o do processo Säger, por outro lado, a obrigação imposta ao prestador de serviços, que permanece no seu próprio Estado-Membro, de obter uma licença do Estado-Membro de destino do serviço, cuja concessão está por sua vez dependente da posse de um diploma especial (nacional) nesse Estado, é igualmente susceptível de impedir o acesso ao mercado em questão. Os prestadores de serviços nacionais estão provavelmente melhor colocados para adaptar as suas actividades às exigências de tal medida. Assim, os efeitos prejudiciais de uma norma, como a que estava implicada no processo SETTG, em que uma lei grega qualificava imperativamente sob certo tipo legal a relação de trabalho dos guias de turismo estrangeiros que desejassem prestar serviços ocasionalmente a título independente na Grécia, eram inequívocos [60]. Nos termos utilizados pelo Tribunal de Justiça no acórdão Alpine Investments BV, tal regulamentação «condiciona directamente o acesso ao mercado dos serviços nos outros Estados-Membros. Assim, é susceptível de entravar o comércio intracomunitário de serviços» [61].

44. Penso que as medidas em questão no presente processo estão mais próximas das discutidas no processo Peralta. Os seus efeitos sobre a liberdade de prestação de serviços são demasiado remotos e indirectos para serem susceptíveis de afectar directamente o acesso ao mercado da prestação de serviços de transporte marítimo. A exigência de usar os serviços de grupos de pilotos locais não sujeita o fornecimento de serviços em causa, ou seja, os serviços de transporte marítimo, a quaisquer outras condições além do recurso obrigatório a um serviço ocasional. Na ausência de elementos de facto relevantes fornecidos pelo tribunal nacional, não estou convencido de que exista qualquer «restrição», para efeitos do artigo 59.° do Tratado, no presente processo [62].

58 — Acórdão de 12 de Dezembro de 1996 (C-3/95, Colect., p. I-6511, n.° 25).

59 — V., *ibidem*, n.° 27.

60 — Acórdão já referido na nota 57; v., em especial, os n.os 17 e 18 do acórdão e o ponto 27 das conclusões do advogado-geral Lenz.

61 — Acórdão de 10 de Maio de 1995 (C-384/93, Colect., p. I-1141, n.° 38).

62 — De facto, mesmo que o tribunal nacional tivesse, no fim de contas, apurado que os grupos de pilotos da barra prestam um serviço puramente rotineiro, não havia razão para supor que os efeitos do que teria então de ser classificado como tarifas excessivas incidiriam mais onerosamente sobre os operadores de transporte marítimo não nacionais do que sobre os operadores de transporte marítimo nacionais.

45. À luz desta conclusão, não acho necessário examinar se a alegada restrição pode ser justificada.

C — *A terceira questão*

i) Introdução

46. A terceira questão submetida pelo tribunal nacional tem a ver com possível aplicação, por um lado, do artigo 85.° conjugado com o artigo 5.° e, por outro, do artigo 86.° conjugado com o artigo 90.°, n.° 1, do Tratado. Primeiramente, o tribunal nacional deseja saber se o artigo 85.°, conjugado com o artigo 5.°, do Tratado se opõe a uma legislação nacional que obriga os utentes de portos a pagar tarifas por serviços de pilotagem da barra que foram aprovadas por todos os membros individuais de uma associação nacional de prestadores de serviços de pilotagem da barra. Em segundo lugar, deseja apurar se as normas nacionais são compatíveis com os artigos 86.° e 90.°, n.° 1, lidos em conjugação, dado que não só conferem, *de jure* ou *de facto*, um monopólio relativamente ao fornecimento de serviços de pilotagem da barra em portos mas também permitem à entidade beneficiária de tais concessões, em portos de tal dimensão e importância para o comércio intracomunitário como o de Génova e o de La Spezia, impor efectivamente tarifas que são desproporcionadas em relação ao custo real do fornecimento dos serviços de pilotagem da barra em questão, e, além disso, que variam de porto para porto. Tendo em consideração a declaração do tribunal nacional de que, em Itália, «a lei não estabelece os critérios a que... deve atender» a autoridade administrativa competente «para determinação da taxa», bem como a acusação central de que estas tarifas resultam de um acordo anticoncorrencial entre os vários fornecedores de serviços de pilotagem da barra em Itália, devo começar por resumir as apresentações diametralmente opostas do processo de determinação de tarifas fornecidas, com efeito, somente nas observações apresentadas ao Tribunal de Justiça.

ii) As normas que regulam a fixação de tarifas de pilotagem da barra

47. A opinião manifestada pelo tribunal nacional (v. n.° 9, *supra*) é que as autoridades administrativas competentes adoptam algumas vezes e subsequentemente tornam obrigatórias as tarifas de pilotagem da barra tal como estabelecidas «por acordo entre empresas do sector...». A demandante apoia totalmente esta apreciação. O acordo relevante, em sua opinião, foi celebrado em 26 de Julho de 1990 pela ANGOPI (Associação dos Grupos de Pilotos da barra) e pela Comita Utenza Portuale (representantes de certas associações de empresas que usam serviços portuários) [63]. De acordo com a Corsica Ferries, as partes nesse acordo solicitaram, em 20 de Setembro de 1990, ao Ministro della

63 — A Corsica Ferries, nas suas observações escritas, alega que os utentes do porto que são partes no acordo incluem agentes marítimos, expedidores e representantes de armadores. Em sua opinião, as tarifas excessivas acordadas têm pouco efeito sobre tais utentes, uma vez que, na realidade, elas afectam principalmente os fornecedores de serviços de transporte marítimo.

Marina Mercantile (Ministro da Marinha Mercante) que adoptasse «imediatamente as medidas necessárias para assegurar a aplicação do acordo». Em 15 de Maio de 1991, o ministro respondeu para o efeito que a determinação das tarifas era matéria regida por acordo entre os fornecedores de serviços de pilotagem da barra [64]. Consequentemente, a Corsica Ferries alega que as autoridades italianas abdicaram elas próprias, pelo menos durante o período em causa, dos poderes que tinham por força do artigo 212.° do regulamento nacional e se limitaram a aprovar e tornar obrigatórias tarifas estabelecidas por um acordo privado.

48. Os grupos de pilotos da barra, a Itália e a Comissão contestam esta apreciação nas suas observações apresentadas perante o Tribunal de Justiça. Os grupos de pilotos da barra afirmam que as tarifas são adoptadas pelo Ministero dei Trasporti e della Navigazione, ou directamente ou através dos seus vários órgãos descentralizados. Esse ministério adopta, por decisão, uma estrutura (il modello organizzativo) para a determinação das tarifas em cada porto italiano, tendo em consideração quer o número de empresas de pilotagem da barra e o equipamento que devem adquirir com vista a prestar os serviços, quer a natureza de serviço público e universal desses serviços. Uma vez que tanto os grupos de pilotos da barra como todos os grupos que representam os utentes do porto são envolvidos nas discussões que precedem a fixação das tarifas, alega-se que o processo é totalmente transparente e objectivo. A Lei n.° 160/89, de 5 de Maio de 1989 (a seguir «Lei de 1989»), adopta um número de medidas em relação ao transporte marítimo e a concessões [65]. Os grupos de pilotos da barra alegam que, segundo o artigo 9.° da Lei de 1989, foi estabelecido um sistema objectivo «cost-plus» (custo + margem) para determinação de tarifas, ou seja, um sistema pelo qual as tarifas eram essencialmente determinadas de acordo com a arqueação bruta do navio, permitindo com descontos para utentes habituais das instalações portuárias, tais como os exploradores de *car-ferries* como a Corsica Ferries. A finalidade do sistema «cost-plus» é a repartição dos custos implicados no fornecimento de um serviço de pilotagem da barra universal numa base proporcional entre os vários utentes do porto [66]. Os princípios subjacentes a este sistema foram, durante o período em causa, estabelecidos em várias circulares ministeriais [67]. Pareceria que o Decreto n.° 1453 de 20 de Outubro de 1994 do CAP de Génova e o despacho n.° 231 de 27 de Setembro de 1994 do comandante do Departamento Marítimo de La Spezia, estarão em conformidade com as disposições estabelecidas nas circulares e, consequentemente, prevêem um sistema de tarifas por escalões [68].

49. À luz da nítida diferença entre as observações da Corsica Ferries e as das outras

64 — V. telegrama n.° 5201974 (a seguir «o telegrama»), cuja cópia foi anexada às observações escritas da demandante.

65 — GURI, n.° 103 de 5 de Maio de 1989.

66 — Diz-se que a fórmula matemática utilizada toma em consideração todas as despesas efectuadas no fornecimento de serviços de pilotagem da barra, incluindo salários, baseados no salário mínimo nacional, a par de vários outros factores de correcção alegadamente objectivos.

67 — Nomeadamente, as Circulares n.^{os} 95/1990 e 98/1994 do Ministero della Marina Mercantile, revogadas em último lugar pela Circular n.° 8/1994 de 29 de Setembro de 1994.

68 — Assim, de acordo com as observações escritas da Comissão, segundo o Decreto n.° 1453 no porto de Génova o montante mínimo de 30 000 liras aplicado a navios com uma arqueação bruta entre 0 e 250 000 toneladas, enquanto o montante máximo de 2 631 000 liras aplicado àqueles cuja arqueação estivesse entre 80 001 e 90 000 toneladas.

partes e da Comissão relativamente ao processo de formação de tarifas, o Tribunal de Justiça perguntou à demandante, por meio de uma questão escrita, se a sua apreciação podia ser conciliada com a das outras partes no que respeitava à Lei de 1989. Na sua resposta, a Corsica Ferries alega essencialmente que a disposição relevante (artigo 9.°, n.° 7, da Lei de 1989) diz respeito apenas aos serviços de cabotagem e que, de qualquer forma, não confere poderes ao Ministro della Marina Mercantile para adoptar regras que unifiquem tarifas a nível nacional. Além disso, salienta que nenhumas medidas legais foram adoptadas para dar aplicação à Lei de 1989 relativamente ao transporte marítimo, uma vez que as circulares ministeriais não têm efeito jurídico vinculante em direito italiano [69]. Alega que os critérios gerais para determinação das tarifas contidos nas circulares em causa representam meramente o fruto ou de decisões administrativas arbitrárias ou de acordos proibidos que foram aprovados e tornados obrigatórios pelas autoridades públicas.

50. A caracterização do alcance das circulares avançada pela Corsica Ferries, na sua resposta escrita à questão do Tribunal de Justiça, foi expressamente contestada pelo agente que representou a Itália na audiência. Alegou que a Lei de 1989 e as circulares continuam pertinentes para o presente reenvio, a despeito das críticas avançadas pela Corsica Ferries. Alega que a reestruturação das tarifas de pilotagem da barra para cabotagem foi alargada pelas circulares em questão ao transporte marítimo; por outras palavras, as circulares foram aplicadas como se elas fossem legalmente vinculantes.

iii) Competência do Tribunal de Justiça

51. O Tribunal de Justiça não tem competência no quadro do processo previsto no artigo 177.°, para resolver este lamentável conflito respeitante às normas que regem o processo de determinação das tarifas. Não pode, por isso, em minha opinião, fornecer uma resposta definitiva à terceira questão. Não obstante, a ligação entre esta questão e o litígio pendente no tribunal nacional é clara; se a apreciação que faz a demandante do processo de fixação de tarifas for correcta, a responsabilidade da Itália por qualquer violação das regras de concorrência daí resultante seria, sob reserva de uma possível justificação fundada no artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, totalmente clara. O tribunal nacional podia, portanto, prover o pedido da demandante no processo principal e ordenar que os montantes pagos fossem reembolsados. Todavia, é, no mínimo, inquietante que o Tribunal de Justiça seja privado da apreciação do tribunal nacional sobre um sistema de disposições administrativas e legislativas nacionais que parecem ser eventualmente pertinentes. É oportuno, não obstante, examinar brevemente os princípios do direito comunitário que seriam relevantes para a apreciação a fazer pelo tribunal nacional do pedido de reembolso da Corsica Ferries, baseada no direito comunitário da concorrência.

69 — O acórdão do Tribunal Constitucional italiano de 1 de Junho de 1995, GURI de 1 de Junho de 1995, é citado em apoio desta alegação. Ainda que a demandante aceite que o artigo 9.°, n.° 7, permite ao Ministro della Marina Mercantile fixar tarifas na ausência de acordo entre os operadores económicos interessados, tal só pode ser feito, alega, depois de as comissões parlamentares competentes serem consultadas o que, afirma a demandante, não ocorreu no presente caso.

iv) Análise

a) Aplicação *prima facie* das regras de concorrência

52. O tribunal nacional avançou no seu despacho de reenvio um certo número de conclusões de facto relevantes. Em primeiro lugar, apurou (o que dificilmente deixa lugar a dúvidas) que a Corsica Ferries presta serviços que «têm, em si mesmos, natureza transfronteiriça». Os grupos de pilotos da barra sustentam que os efeitos das tarifas sobre os custos da prestação de serviços de transporte marítimo transfronteiriços não são susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros. Se a Itália for responsável por fazer aplicar a nível nacional os efeitos de acordos anticoncorrenciais locais, penso que o potencial efeito de tal acção não pode ser descrito como sendo *de minimis* apenas pelo facto de os custos adicionais para cada uma das empresas de transporte marítimo poderem ainda ser relativamente menores [70]. De qualquer forma, a aplicação das regras de concorrência do Tratado não depende da produção de efeitos reais sobre a concorrência. Um efeito potencial basta, o que se afigura difícil de excluir neste caso [71].

53. Em segundo lugar, sustenta-se que a maioria dos titulares de concessões para o fornecimento de serviços de pilotagem da barra em portos italianos coordenaram, pelo menos, as suas posições em relação às tarifas a cobrar, aparentemente através da sua associação representativa, ANGOPI. A este respeito, os grupos de pilotos da barra contestam essencialmente a posição do tribunal nacional de que as tarifas efectivas aplicadas resultam de acordos entre grupos de pilotos da barra, homologadas pelas autoridades marítimas. Em sua opinião, as actividades conjuntas dos prestadores de serviços de pilotagem da barra limitam-se a participar num processo administrativo de fixação de tarifas, essencialmente transparente e objectivo, que é levado a cabo sob a supervisão global do ministro competente. Cabe, naturalmente, ao tribunal nacional apurar os elementos que permitam saber definitivamente se, para efeitos do artigo 85.° do Tratado, há um acordo anticoncorrencial entre empresas [72] nos portos de Génova e de La Spezia, ou uma decisão de associações de empresas (por exemplo, a ANGOPI e a Comita

70 — Os montantes cuja recuperação é pedida no requerimento apresentado pela demandante no processo principal (v. ponto 3, *supra*) dificilmente se afiguraria exíguo.

71 — V., por exemplo, o acórdão de 30 de Junho de 1966, Société technique minière (56/65, Colect. 1965-1968, pp. 381, 387) e, muito recentemente, o acórdão de 11 de Dezembro de 1997, Job Centre (C-55/96, Colect., p. I-7119, a seguir o acórdão «Job Centre II»).

72 — Como o tribunal nacional reconheceu expressamente que os grupos de pilotos da barra quer de Génova quer de La Spezia são empresas para efeitos do artigo 90.°, n.° 1, do Tratado, penso que eles devem também ser considerados como empresas para efeitos do artigo 85.° e 86.° do Tratado, uma vez que, ainda que o artigo 90.° se refira a «empresas a que os Estados-Membros concedam direitos especiais ou exclusivos», a noção subjacente não é diferente da usada nos artigos 85.° e 86.° A declaração do tribunal nacional reconhece simplesmente o facto de aos grupos de pilotos da barra, de facto, terem sido atribuídos certos direitos exclusivos pelas autoridades marítimas nos portos de Génova e de La Spezia. A este propósito, sou de opinião de que a referência feita pelos grupos de pilotos da barra na audiência ao processo que deu origem ao acórdão de 18 de Março de 1997, Diego Cali (C-343/95, Colect., p. I-1547) é errada. Neste caso, o Tribunal de Justiça julgou no sentido de que um serviço de vigilância antipoluição fornecido obrigatoriamente no porto petrolífero de Génova-Multedo não era de tal modo de natureza económica que justificasse a aplicação das regras do Tratado relativas à concorrência, uma vez que constituía «uma missão de interesse geral que se enquadra em funções essenciais do Estado em matéria de protecção do ambiente no domínio marítimo» e, assim, «pelo seu objecto e pelo regime a que está sujeita, liga-se ao exercício de prerrogativas de protecção do ambiente» (v. n.os 22 e 23). Ainda que seja alegado no presente processo que o serviço de pilotagem da barra prestado pelo grupo de pilotos da barra é prestado no interesse económico geral, não penso que os seus alegados objectivos de serviço público bastem para o privar da natureza comercial que lhe é inerente.

Utenza Portuale). Só no caso de tal facto se verificar, surgirá o problema de saber se a Itália é responsável pelos efeitos restritivos da concorrência de um tal acordo ou decisão [73].

54. Finalmente, no que toca à possível aplicação do artigo 86.°, o tribunal nacional concluiu que a atribuição dos seus direitos exclusivos aos grupos de pilotos da barra teve o efeito de colocar cada um deles numa posição dominante numa parte substancial do mercado comum. A este propósito, penso que é suficiente notar que, nos casos Porto de Génova e Corsica Ferries, o Tribunal de Justiça já declarou, em relação aos monopólios legais relativos, respectivamente, ao trabalho de doca e à prestação de serviços de pilotagem no porto de Génova, que, «tendo designadamente em conta o volume de tráfego nesse porto e a importância que reveste este último em relação ao conjunto das actividades de importação e exportação por via marítima no Estado-Membro em questão, esse mercado pode ser considerado como constituindo uma parte substancial do mercado comum» [74]. Todavia, considero que o direito processual italiano permite às partes no litígio contestarem essa apreciação num processo contraditório. Não obstante, se os grupos de pilotos da barra cometeram quaisquer abusos das suas respectivas posições dominantes, a Itália, que é responsável por lhes ter atribuído os seus monopólios legais, pode ser considerada responsável.

b) Artigo 85.°

55. Os princípios que regem a eventual responsabilidade dos Estados-Membros por violações do artigo 85.° do Tratado estão agora bem estabelecidos. O Tribunal de Justiça, mais recentemente, confirmou no seu acórdão Sodemare e o. [75] que resulta de «jurisprudência constante que a conjugação dos artigos 85.° e 86.° com o artigo 5.° do Tratado impõe a proibição de os Estados-Membros tomarem ou manterem em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas» [76]. Essencialmente, existem

73 — A terceira questão submetida neste processo diz respeito à responsabilidade da Itália por possíveis actividades anticoncorrenciais e, em consequência, não suscita a questão da eventual responsabilidade concorrente dos próprios grupos de pilotos da barra por tais actividades, se estivessem empenhados em tais empresas por sua própria iniciativa. Tal responsabilidade, com efeito, não poderia ser invocada se os grupos de pilotos da barra fossem efectivamente obrigados pelas normas italianas a aplicar tarifas anticoncorrenciais tornadas obrigatórias pelas autoridades marítimas italianas competentes: v., por exemplo, o recente acórdão de 11 de Novembro de 1997, Comissão e França/Ladbroke Racing (C-359/95 P e C-379/95 P, Colect., p. I-6265, n.° 33), em que o Tribunal de Justiça declarou «se às empresas é imposto por uma legislação nacional um comportamento contrário à concorrência, ou se esta legislação cria um quadro jurídico que, por si só, elimina qualquer possibilidade de comportamento concorrencial da sua parte, os artigos 85.° e 86.° *não são aplicáveis*» (não sublinhado no original); e também o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1996, Asia Motor France e o./Comissão (T-387/94, Colect., p. II-961, n.os 60 e 61). É de salientar que, nas suas conclusões de 18 de Setembro de 1997, o advogado-geral Tesauro recomendou que o Tribunal de Justiça rejeitasse o recurso interposto por uma das recorrentes (Somaco) no processo Asia Motor France e o./Comissão (Somaco/Comissão, C-401/96 P, ainda pendente).

74 — Nas minhas conclusões de 9 de Outubro de 1997 no processo Silvano Raso e o. (C-163/96) (v. ponto 55), exprimi a opinião de que um monopólio relativamente à prestação de trabalho temporário no porto de La Spezia era susceptível de constituir, como o tribunal nacional declarou no seu despacho de reenvio nesse caso, uma posição dominante sobre uma parte substancial do mercado comum.

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

76 — *Ibidem*, n.° 41.

duas vias amplamente definidas pelas quais os Estados-Membros podem violar as suas obrigações decorrentes do artigo 85.° em conjugação com o artigo 5.° Primeiro, podem exigir ou favorecer a adopção de práticas anticoncorrenciais envolvendo duas ou mais empresas ou associações de empresas, ou dar aplicação aos efeitos de tais práticas. Em segundo lugar, podem despir as suas próprias regras da sua natureza legislativa, delegando o poder de decisão nos operadores económicos privados.

56. No presente processo, é incontroverso que as tarifas impugnadas eram, pelo menos formalmente, adoptadas pelas autoridades marítimas competentes no porto de Génova e de La Spezia. A alegação nuclear da demandante é que essas autoridades se limitam a aprovar automaticamente escalões de tarifas estabelecidas em conluio, ou pelos membros da ANGOPI, ou por essa associação em colusão com representantes, ou associações representativas, de outros utentes do porto. Já salientei a ausência de consenso em relação a esta alegação. Foi chamada a atenção do Tribunal de Justiça, em particular, para várias circulares ministeriais que, qualquer que seja o seu valor legal em direito público italiano devem, pelo menos, influenciar as autoridades portuárias quando estas fixam as tarifas da pilotagem da barra. Que as decisões de tais autoridades podem, apesar dessas circulares, aprovar automaticamente ou confirmar amplamente tarifas pré-determinadas por acordos anticoncorrenciais é, de facto, possível. Todavia, na ausência de conclusões do tribunal nacional em relação a essas circulares — para as quais, deve salientar-se, a demandante não remeteu na sua petição —, não estou persuadido, à luz da informação disponível no Tribunal de Justiça, de que, em relação às tarifas aplicadas nos seus portos pelo fornecimento de serviços de pilotagem da barra, a Itália, através das autoridades marítimas ou portuárias descentralizadas, tenha cometido qualquer infracção ao artigo 85.°, em conjugação com o artigo 5.°, do Tratado. Ainda que esta conclusão pareça um pouco débil, posso apenas recordar a linha orientadora destas conclusões: a ausência de uma matriz legal e factual satisfatória para uma decisão útil neste processo. A demandante optou por levantar sérias questões em relação a pretensos acordos anticoncorrenciais e à possível existência de abuso de uma posição dominante dentro dos condicionamentos de um processo nacional que não admite que a parte adversária seja ouvida nem permite a esclarecida determinação judicial de questões essenciais de direito e de facto. Quando instado na audiência a justificar esta opção, o advogado da demandante invocou o prazo inerente ao processo contraditório em Itália, um argumento que dificilmente coincide com os princípios jurídicos fundamentais relativos à equidade processual. Para ser mais preciso, o advogado-geral Gulmann, nas suas conclusões no processo Telemarsicabruzzo, colocou particular ênfase na necessidade de conclusões sobre a matéria de facto em processos de concorrência. Nesse processo, diferentemente do que se passou em processos como Meng [77], Reiff [78] e DIP e o. [79], faltam esses critérios.

77 — Acórdão de 17 de Novembro de 1993 (C-2/91, Colect., p. I-5751).

78 — Acórdão de 17 de Novembro de 1993 (C-185/91, Colect., p. 5801).

79 — Acórdão de 17 de Outubro de 1995 (C-140/94, C-141/94 e C-142/94, Colect., p. I-3257).

c) Artigo 86.°

57. Segundo a demandante, a Itália é responsável pelo abuso, por parte dos grupos de pilotos da barra, das suas posições dominantes nos portos de Génova e de La Spezia. Apoiando-se em particular no acórdão Porto di Genova, afirma que há dois aspectos relativos ao alegado abuso. Em primeiro lugar, o uso de serviços desnecessários imposto à Corsica Ferries e, em segundo lugar, as tarifas impostas por esses serviços não desejados são totalmente desproporcionadas aos custos da respectiva prestação, tal como resulta do facto de variarem injustificadamente de porto para porto. Quanto aos custos, a demandante alega que não só as tarifas são baseadas nos custos globais da prestação de um serviço de pilotagem da barra permanente, mas incluem também várias outras componentes «adicionais», tais como uma imposição de 1% para assistência técnica fornecida pela ANGOPI a grupos de pilotos da barra individuais e a imposição de 1% para uma espécie de fundo «de seguro». É também alegado que as tarifas não são aplicadas de forma totalmente objectiva, por causa dos efeitos de uma política de descontos alegadamente não transparente. A Corsica Ferries afirma que os grupos de pilotos da barra são inevitavelmente conduzidos a cometer esses abusos em consequência do direito que lhes é atribuído pelas normas italianas impugnadas. Além disso, é alegado que estas não são cobertas pela derrogação contida no artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, uma vez que o serviço de pilotagem da barra não pode ser considerado como um «serviço de interesse económico geral».

58. Não admira que os grupos de pilotos da barra, apoiados pela Itália, neguem a existência de qualquer abuso. Quanto à imposição de tarifas que excedem o custo real do serviço prestado, apoiam-se no artigo 90.°, n.° 2, do Tratado e alegam que tais tarifas são necessárias para permitir às empresas de pilotagem da barra cumprir efectivamente a missão de fornecer um serviço universal. As diferenças de tarifas cobradas de porto para porto reflectem a influência das circunstâncias locais que a fórmula de cálculo das tarifas toma em consideração, por meio de factores de correcção, aquando do cálculo das tarifas. Na audiência, foi afirmado que a Corsica Ferries não sofreu qualquer abuso por parte dos grupos de pilotos da barra em virtude da sua posição dominante, uma vez que beneficia de um dos mais elevados descontos. A Comissão, ainda que reservando expressamente a sua posição, na audiência, quanto à prática da concessão de descontos sobre tarifas publicadas, alega que a participação dos utentes do porto no processo de fixação de tarifas parece garantir que as tarifas fixadas não são desproporcionadas. Todavia, alega que, em última instância, caberá ao tribunal nacional apurar se elas são excessivas, tendo em conta não somente os custos imediatos dos serviços de pilotagem da barra para as empresas como a Corsica Ferries mas também os custos de manutenção do serviço universal.

59. Está bem assente que a mera criação por um Estado-Membro de uma posição dominante através da atribuição de um direito exclusivo não pode, por si só, ser considerada incompatível com o artigo 86.° do

Tratado [80], e que «um Estado-Membro apenas viola as proibições contidas [nos artigos 86.° e 90.°, n.° 1] se a empresa em questão, for levada, pelo mero exercício do direito exclusivo que lhe foi conferido, a explorar a sua posição dominante de forma abusiva» [81]. Uma vez que os Estados-Membros têm, assim, liberdade, na ausência de regras comunitárias específicas, para criar monopólios legais, o único problema no caso presente é saber se a adopção pelas autoridades portuárias das tarifas por escalões que foram aplicadas à Corsica Ferries constitui um abuso das posições dominantes desses grupos, *pelo qual a Itália é responsável.*

60. Uma vez que o direito comunitário não impede actualmente a Itália de conceder direitos exclusivos em relação ao fornecimento de serviços de pilotagem da barra nos seus portos, o alegado abuso em causa compreende essencialmente a imposição de tarifas que excedem os custos da prestação dos serviços, mais uma margem razoável de lucro. Pela minha parte, acho difícil entender como um mero excesso no preço de um serviço, que o tribunal nacional considere provado, poderá resultar, no contexto do pedido da Corsica Ferries pela via artigo 633.° do Código de Processo Civil italiano, no reembolso do montante total dos montantes pagos. Todavia, em coerência com a posição que adoptei já na secção IV, *supra*, partirei do princípio de que o tribunal nacional pode considerar que qualquer remuneração excessivamente abusiva justifica um reembolso completo [82].

61. É alegado, no presente processo, que a fórmula matemática para o cálculo das tarifas inclui um elemento a acrescer ou a deduzir aos custos e à margem de lucro que é destinada a cobrir o custo do fornecimento de serviços de pilotagem da barra de carácter universal. Em minha opinião, a compatibilidade com o artigo 86.° do Tratado da inclusão desse elemento secundário depende da questão de saber se o serviço em causa pode ser considerado como constituindo, para efeitos do artigo 90.°, n.° 2, um serviço «de interesse económico geral». O Tribunal de Justiça tem declarado coerentemente que, tratando-se «de uma disposição que permite, em determinadas circunstâncias, uma derrogação às normas do Tratado, a definição das empresas que a podem invocar deve ser interpretada de forma estrita» [83]. No acórdão Porto di Genova, o Tribunal de Justiça declarou que o fornecimento de serviços portuários não apresentava uma natureza que fosse

80 — V., por exemplo, o recente acórdão do Tribunal de Justiça no processo Job Centre II, já citado na nota 71, *supra*, n.° 31.

81 — *Ibidem.*

82 — O Tribunal de Justiça declarou nos acórdãos de 26 de Junho de 1979, McCarren (177/78, Recueil, p. 2161, n.° 25) que, quando um encargo foi pago em violação do direito comunitário, ainda que surja, em princípio, um direito ao reembolso, «compete... ao órgão jurisdicional nacional apreciar, nos termos do direito nacional, em cada caso específico, se e em que medida a taxa paga pode ser reembolsada...», e de 13 de Dezembro de 1983, Lewis e o. (222/82, Recueil, p. 4083, n.° 41), que cabia ao «tribunal determinar, segundo o seu direito nacional, se e em que medida [um] direito a reembolso é virtualmente compensado pelas vantagens directas *que as actividades [que deram lugar à retribuição em causa]* forneceram ao contribuinte interessado».

83 — V. os acórdãos de 21 de Março de 1974, BRT (127/73, Colect. 1974, p. 165, n.° 19), e de 17 de Julho de 1997, GT-Link (C-242/95, Colect., p. I-4449, n.° 50).

necessariamente de interesse económico geral porque não revelava características especiais face às das outras actividades económicas [84], enquanto, no processo GT-Link, adoptou a posição de que a operação de exploração de um porto comercial não era uma exploração de um serviço de interesse económico geral [85]. Neste caso, todavia, é alegado que o objectivo das normas nacionais é garantir, no interesse da segurança do porto, que esteja disponível um serviço de pilotagem da barra universal. Tal como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão BRT «cabe assim ao juiz nacional esclarecer se uma empresa que invoca a seu favor as disposições do artigo 90.°, n.° 2, para beneficiar de uma derrogação às normas do Tratado foi efectivamente encarregada por um Estado-Membro da gestão de um serviço de interesse económico geral» [86]. Estou convencido, todavia, de que, se o tribunal nacional apurasse que as autoridades marítimas italianas competentes confiaram aos grupos de pilotos da barra uma missão dessa natureza, então a aplicação da proibição contida no artigo 86.° relativamente à componente adicional das tarifas que representa o custo adicional da prestação, a todo o tempo e a todos os utentes dos portos de Génova e de La Spezia, dum serviço de pilotagem da barra universal seria susceptível de constituir obstáculo ao cumprimento dessa missão, na acepção do artigo 90.°, n.° 2. Por esta razão, a inclusão de tal elemento nos encargos não seria compatível com o artigo 86.°, em conjugação com o artigo 90.°, n.° 1.

VI — Conclusão

62. À luz de tudo o que precede, recomendo que o Tribunal de Justiça responda às questões submetidas pelo Tribunale di Genova como se segue:

1) As normas ou práticas administrativas nacionais de um Estado-Membro que impedem indistintamente companhias de navegação nacionais e companhias de navegação estabelecidas noutros Estados-Membros de atracar ou desatracar os seus navios à entrada e à saída dos portos do primeiro Estado, a menos que recorram aos serviços de pilotagem da barra prestados por empresas que beneficiam de direitos exclusivos em relação à prestação de tais serviços, e que

84 — Já citado, n.° 27. De facto, o advogado-geral Van Gerven observou que «se semelhantes operações também estivessem abrangidas pelo conceito de serviços de interesse económico geral, este podia abranger praticamente todas as actividades económicas»; v. n.° 27 das suas conclusões.

85 — V. local citado, em particular, n.° 52.

86 — Já citado, n.° 22.

exigem a tais companhias de navegação o pagamento a essas empresas de montantes que não são proporcionados ao custo real dos serviços prestados, não são incompatíveis com o artigo 30.° do Tratado;

2) O Regulamento (CEE) n.° 4055/86 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, conjugado com o artigo 59.° do Tratado, não veda a um Estado-Membro a possibilidade de impor uma exigência a todas as companhias de navegação, independentemente do Estado-Membro do seu estabelecimento, cujos navios demandem os seus portos, de recorrerem a serviços de pilotagem da barra fornecidos por titulares de concessões exclusivas nesses portos;

3) Um Estado-Membro que confira a uma empresa um direito exclusivo de fornecer serviços de pilotagem da barra que se considere constituírem uma parte substancial do mercado comum e de impor tarifas obrigatórias que podem não ser proporcionadas ao custo real da prestação de serviços, não viola o artigo 86.°, em conjugação com o artigo 90.°, n.° 1, do Tratado, na ausência de um abuso caracterizado e, em particular, tal não acontece simplesmente por as tarifas incluírem um elemento destinado a cobrir os custos de um serviço de pilotagem da barra disponível à escala nacional;

4) Na ausência de conclusões do tribunal nacional em matéria de facto específica, não é possível dar uma resposta à terceira questão, na parte em que se refere a uma violação do artigo 85.°, em conjugação com o artigo 5.°, do Tratado.