

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
GEORGES COSMAS
apresentadas em 10 de Dezembro de 1996 *

Índice

I — Observações preliminares	I - 1550
II — O enquadramento jurídico	I - 1550
A — As normas comunitárias	I - 1550
B — A legislação nacional	I - 1551
III — Matéria de facto	I - 1553
IV — As questões prejudiciais	I - 1554
V — Respostas às questões prejudiciais	I - 1555
A — Quanto à admissibilidade das questões prejudiciais	I - 1555
B — Quanto ao mérito	I - 1556
1) Quanto a saber se o SEPG é uma empresa	I - 1557
a) A jurisprudência do Tribunal de Justiça	I - 1558
b) A natureza económica ou não da actividade exercida pelo SEPG	I - 1562
c) A protecção preventiva do ambiente como actividade do poder público	I - 1565
2) Quanto a saber se o SEPG infringiu os artigos 86.º e 90.º, n.º 2, do Tratado	I - 1568
a) Resposta à primeira questão prejudicial: respeitante à delimitação do mercado relevante e ao problema de saber se o SEPG nele detém uma posição dominante	I - 1569
b) Resposta à segunda questão prejudicial: uso abusivo de uma posição dominante	I - 1572
i) Violação do artigo 86.º, segundo parágrafo, alínea a)	I - 1573
ii) Violação do artigo 86.º, segundo parágrafo, alínea c)	I - 1574
iii) Violação do artigo 86.º, segundo parágrafo, alínea d)	I - 1574

* Língua original: grego.

c) Resposta à terceira questão prejudicial: influência no comércio entre Estados-Membros	I - 1575
3) Quanto a saber se o SEPG é uma empresa encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral	I - 1576
VI — Conclusão	I - 1579

I — Observações preliminares

1. O Tribunale di Genova submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado, uma série de questões prejudiciais respeitantes à questão de saber se é compatível com o direito comunitário o monopólio, constituído pela autoridade portuária e de que beneficia uma sociedade portuária, no sector da prestação de serviços de protecção/intervenção para evitar a poluição do porto de Génova.

2. O presente processo exige que se examine a questão de saber em que medida são conformes com o disposto no artigo 86.º do Tratado os vários serviços obrigatórios que os portos dos Estados-Membros prestam. Apresenta, assim, algumas semelhanças com uma decisão de reenvio anterior do mesmo tribunal, sobre a qual foi proferido o acórdão de 10 de Dezembro de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova contra Siderurgica Gabrielli*¹ (a seguir «*Merci*»), tanto no que se refere ao enquadramento legislativo nacional como à organização das actividades no porto de Génova.

3. É importante, julgo, porque dá ao Tribunal de Justiça a oportunidade de decidir em que medida a protecção do ambiente constitui ou não uma actividade que se insere no núcleo essencial de actividades do poder público e, por conseguinte, em que medida um organismo, que tem como competência básica a prevenção da poluição, exerce uma actividade que constitui uma missão do Estado.

II — O enquadramento jurídico

A — As normas comunitárias

4. O artigo 86.º do Tratado proíbe, por incompatibilidade com o mercado comum, a exploração abusiva de uma posição dominante susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros. É este o teor do artigo:

«É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

¹ — C-179/90, *Collect.*, p. I-5889.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

designadamente ao disposto nos artigos 7.º e 85.º a 94.º, inclusive.

a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas.

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

b) ...

3. ...»

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência.

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.»

B — A legislação nacional

6. O porto de Génova é administrado por uma entidade pública, o Consorzio autonomo del porto (a seguir «CAP») ², à qual incumbem, por lei, competências tanto de natureza administrativa como económica respeitantes à administração do porto.

5. O artigo 90.º do Tratado dispõe:

7. Pela decisão (ordinanza) n.º 14, de 1 de Julho de 1986, o presidente do CAP aprovou

«1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado,

2 — A partir de 30 de Dezembro de 1994, o CAP foi substituído, nos termos do disposto na Lei n.º 84, de 28 de Janeiro de 1994, relativa à reforma da legislação portuária, pela Autorità portuale (autoridade portuária).

o regulamento de polícia e segurança portuária do Porto petroli di Genova-Multedo, isto é, do terminal petrolífero do porto de Génova (a seguir «Porto petroli»).

b) em caso de poluição, tanto por ocasião da partida de um navio como em terra, ocorrida aquando das operações de carga ou descarga, ou em qualquer outro caso:

8. A decisão (ordinanza) n.º 32 do presidente do CAP, de 23 de Agosto de 1991, alterou esse regulamento e criou um serviço obrigatório de vigilância e intervenção imediata por razões de protecção do domínio marítimo do porto contra uma eventual poluição na sequência de derrames de hidrocarbonetos.

9. Pela decisão (decreto) n.º 1186 do presidente do CAP, de 30 de Agosto de 1991, esse serviço foi confiado, em regime de concessão exclusiva, à empresa Servizi ecologici porto di Genova SpA (a seguir «SEPG»).

10. Resulta do artigo 1.º da decisão n.º 32 do presidente do CAP que foram atribuídas ao SEPG as seguintes competências:

«a) exercício de uma vigilância constante das águas, em função da presença de navios-cisterna acostados ou atracados nos cais, a fim de detectar imediatamente eventuais riscos de derrames de hidrocarbonetos ou de outras substâncias poluentes resultantes de delitos ou de contravenções;

1) comunicação imediata do facto às autoridades competentes, acompanhada de todas as informações úteis para avaliação da ocorrência;

2) execução, em tempo oportuno, sem prejuízo da imputação das despesas daí decorrentes aos responsáveis pela poluição, de todas as intervenções necessárias ou oportunas para conter a descarga e os riscos a esta ligados e para proceder à retirada e/ou à neutralização das substâncias descarregadas, bem como ao saneamento completo das águas afectadas.»

11. Pela decisão (decreto) n.º 1191 do presidente do CAP, de 30 de Agosto de 1991, foram aprovadas, para aplicação pelo SEPG, as tabelas de preços de prestação dos serviços conexos aos navios que utilizam o equipamento do Porto petroli, com base na respectiva arqueação e nas quantidades transportadas, bem como no tempo de intervenção exigido em caso de intervenção efectiva. Com esta decisão, foi imposta a todos os navios que utilizam o terminal do Porto petroli para carga e descarga de produtos petrolíferos e petroquímicos, independentemente do seu lugar de origem e da sua nacionalidade, a obrigação de pagamento dos serviços de prevenção/eliminação da poluição enumerados na tabela publicada pelo SEPG.

12. Porém, as decisões acima referidas do presidente do CAP não previam a aplicação dessa tabela à sociedade portuária SpA Porto petroli, por ele encarregada de levar a cabo as acções técnicas necessárias à carga e descarga de produtos petrolíferos, químicos e petroquímicos no Porto petroli.

III — Matéria de facto

13. A sociedade Diego Calì & Figli Srl (a seguir «Calì»), sociedade de direito italiano, que efectua, por conta de terceiros, o transporte por mar em navios-cisterna de produtos petroquímicos, utilizou, por várias vezes, nos anos de 1992 a 1994, os cais Ovest 2 e Ovest 3 do Porto petroli³, para descarga de acetona⁴.

14. Na região do golfo da Ligúria não existem outros terminais para carga e

descarga de produtos químicos e petroquímicos⁵.

15. As operações materiais de descarga não foram efectuadas pela Calì, mas sim pela sociedade portuária SpA Porto petroli di Genova. No entanto, os navios da Calì estavam equipados com instrumentos e sistemas próprios antipoluição.

16. O SEPG enviou à Calì facturas num montante total de 8 708 928 LIT, correspondente à «prestação de serviços» do SEPG à Calì. Esta recusou pagar-lhe esse montante, alegando que nunca se lhe tinha dirigido para pedir a prestação de qualquer serviço de eliminação da poluição no porto de Génova.

3 — O tribunal de reenvio explica que os cais Ovest 2 e Ovest 3 servem exclusivamente para carga e descarga de produtos petroquímicos e químicos, ao passo que os pontões Alfa, Beta, Gamma e Delta do Porto petroli servem para a carga e descarga de produtos petrolíferos.

4 — Como explica a Comissão (no ponto 9 das observações escritas que apresentou no Tribunal de Justiça), a acetona é, segundo a legislação comunitária em vigor, um produto químico perigoso, pela sua natureza inflamável, mas não poluente para o ambiente marítimo.

5 — Como salienta a Comissão (no ponto 7 das suas observações escritas), o Porto petroli de Génova, pela sua posição estratégica e pelas grandes quantidades de produtos que por ali transitam, por estar próximo das importantes regiões industriais do noroeste de Itália, é o principal porto italiano. Segundo os dados fornecidos pela Comissão, em 1993, os produtos petrolíferos e químicos transportados correspondiam a mais de 50% do movimento comercial registado no golfo de Génova. Mais precisamente, elevavam-se a 23 830 000 toneladas de um total de 43 225 000 toneladas. A Comissão acrescenta que o volume dos produtos que transitaram pelo porto de Génova excedeu sensivelmente o total dos produtos do mesmo sector que transitaram pelos portos de La Spezia, Livorno e Savone no seu conjunto. Finalmente, sublinha que o Porto petroli de Génova é o primeiro porto italiano para os produtos petrolíferos, que correspondem a 15% do total do volume de produtos petrolíferos transportados a nível nacional. Segundo a Calì, em 1995, mais de 50% dos produtos transportados no golfo de Génova eram produtos petrolíferos, químicos ou petroquímicos. Mais exactamente, foram transportadas 27 417 550 toneladas de produtos petrolíferos e 1 387 toneladas de resíduos de petróleo, e 745 553 toneladas de produtos químicos e 622 toneladas de resíduos destes produtos.

17. Em 22 de Dezembro de 1994, o SEPG obteve do presidente do Tribunale di Genova a condenação da Calì no pagamento daquele montante.

numa parte substancial deste, a imposição, por uma empresa concessionária exclusiva do serviço (ainda que com base numa decisão da entidade concedente), de tarifas

IV — As questões prejudiciais

18. No quadro do processo de oposição à injunção para pagamento, oposição deduzida pela sociedade Calì, o Tribunale di Genova, em despacho datado de 12 de Outubro de 1995, submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes três questões prejudiciais:

«1) Existe uma ‘posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste’, no caso de uma sociedade por acções, constituída por iniciativa de uma autoridade portuária nacional, ser encarregada de exercer, e de exercer efectivamente, com base numa concessão administrativa da referida autoridade, a gestão em exclusividade, no âmbito de um sector operativo portuário especializado na carga e descarga de produtos petrolíferos, de um serviço de ‘vigilância antipoluição’, cobrando aos utentes desse serviço, isto é, aos navios que acostam aos cais para as referidas operações, a correspondente taxa, fixada unilateralmente pela autoridade portuária com base na arqueação do navio e na quantidade de produtos desembarcados ou embarcados?

2) Tendo em conta a situação descrita em 1), e perante uma situação de posição dominante no mercado comum ou

— obrigatórias e independentes da prestação de um serviço efectivo de vigilância e/ou intervenção e que são aplicadas, segundo o regime do contrato de adesão, pelo simples facto de haver acostagem num cais do porto petrolífero e de aí serem realizadas operações de carga e descarga de produtos, quer petrolíferos quer químicos e petroquímicos;

— cujo valor é calculado, exclusivamente, com base na arqueação dos navios e nas quantidades transportadas, bem como, em caso de intervenção efectiva, em função da duração desta, mas não da natureza, da qualidade e da capacidade poluente do produto;

— que, pelo facto de incidirem exclusivamente sobre o navio (sujeito passivo da carga e descarga), penalizam um sujeito diferente daquele ao qual incumbe a execução das operações técnicas necessárias (no caso concreto, a SpA Porto petroli di Genova e os carregadores-destinatários

dos produtos), com a consequente e inevitável separação entre a pessoa responsável pela eventual poluição e a assunção dos custos do serviço antipoluição;

V — Respostas às questões prejudiciais

A — Quanto à admissibilidade das questões prejudiciais

— que correspondem a um serviço inútil para o navio, devido à natureza do produto transportado e/ou ao facto de o navio estar dotado de equipamento próprio e de sistemas antipoluição adequados ao tipo de produto a carregar ou descarregar;

— que fazem recair sobre o navio uma prestação patrimonial e o respectivo custo, adicional ao previsto no contrato celebrado entre o transportador e a sociedade que gere o porto e que não tem qualquer nexo funcional com o objecto do próprio contrato,

constitui uma exploração abusiva dessa 'posição dominante' e das respectivas 'práticas', na acepção do artigo 86.º do Tratado e, em especial, das hipóteses previstas nas alíneas a), c) e d)?

3) Caso se considere que nas hipóteses referidas nas alíneas 1) e 2) antecedentes se verificam uma ou mais práticas que constituem exploração abusiva de uma posição dominante, por uma empresa, na acepção do artigo 86.º do Tratado, decorre dessa situação um possível prejuízo para o comércio entre os Estados-Membros da União?»

19. No quadro do processo de oposição à injunção para pagamento, a Calì alegou que a resposta ao seu pedido se apoiava em duas hipóteses alternativas, sendo necessário, no caso da segunda, interpretar o artigo 86.º do Tratado.

20. Mais concretamente, segundo a Calì, se o Tribunale considerasse que os actos do CAP deviam ser interpretados no sentido de que se aplicam exclusivamente aos navios que efectuem cargas e descargas de produtos petrolíferos no Porto petroli e que não devem aplicar-se a navios que efectuem operações semelhantes de produtos petroquímicos, não seria necessário submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça para a resolução do litígio. Inversamente, tal já seria necessário, se o Tribunale considerasse que a tabela de prestação de serviços do SEPG destinada aos navios que utilizam as instalações do Porto petroli se aplica indistintamente a todos os navios que atracam nesse porto e aí efectuem cargas e descargas quer de produtos petrolíferos quer de produtos petroquímicos.

21. O Governo do Reino Unido, invocando a este respeito a jurisprudência Meilicke⁶, alega igualmente que, uma vez que o juiz

6 — Acórdão de 16 de Julho de 1992 (C-83/91, Colect., p. I-4871, n.º 29 a 32).

nacional não respondeu a esta importante questão de direito nacional, a remessa ao Tribunal de Justiça não é necessária, porque tal significaria que o Tribunal de Justiça teria que decidir sobre questões de natureza hipotética.

22. Julgo que os argumentos avançados pela Cali e pelo Governo do Reino Unido não podem ser aceites. E isto porque, segundo jurisprudência constante, os tribunais nacionais, que são os únicos a ter conhecimento directo das circunstâncias de facto do processo, podem apreciar, tendo em conta as particularidades do caso, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poderem proferir a sua própria decisão como o problema de saber se as questões que colocam ao Tribunal de Justiça são pertinentes para a solução do litígio perante eles pendente ⁷. O Tribunal de Justiça sublinhou igualmente, de forma reiterada, que o poder de apreciação do juiz nacional, para efeitos do disposto no artigo 177.º, «é igualmente extensivo à questão de decidir em que momento da instância cabe submeter ao Tribunal uma questão prejudicial» ⁸.

23. À luz desta jurisprudência, e dado que o Tribunal de Justiça «[dispõe] dos elementos de facto e de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são coloca-

das» ⁹, as questões prejudiciais submetidas pelo Tribunale não podem ser consideradas como manifestamente impertinentes para a resolução do litígio perante ele pendente ¹⁰. Por conseguinte, «na medida em que a invocação do texto em questão não [é] manifestamente errada», o Tribunal de Justiça deve proceder à análise das questões prejudiciais ¹¹.

B — Quanto ao mérito

24. Com as questões prejudiciais que coloca, o tribunal nacional pretende que o Tribunal de Justiça se pronuncie, nos termos do disposto no artigo 86.º do Tratado, sobre a questão de saber se houve, no caso do SEPG, uma utilização abusiva de uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste susceptível de afectar o comércio intracomunitário.

25. A primeira questão a decidir é seguramente se o SEPG constitui de facto uma empresa, para efeitos do direito comunitário da concorrência, e, em caso de resposta afirmativa, definir a seguir o mercado em que o SEPG ocupa uma posição dominante.

7 — V., por exemplo, o acórdão de 16 de Julho de 1992, *Asociación Española de Banca Privada e o.* (C-67/91, *Colect.*, p. I-4785, n.º 25). V. igualmente os acórdãos de 29 de Novembro de 1978, *Pigs Marketing Board* (83/78, *Colect.*, p. 821, n.º 25), e o acórdão de 27 de Outubro de 1993, *Enderby* (C-127/92, *Colect.*, p. I-5535, n.º 10).

8 — V., a título de exemplo, o acórdão de 27 de Junho de 1991, *Mecanarte* (C-348/89, *Colect.*, p. I-3277, n.º 48), e os acórdãos, mais antigos, de 10 de Março de 1981, *Irish Creamery e o.* (36/80 e 71/80, *Recueil*, p. 735, n.ºs 5 e segs.), e de 21 de Abril de 1988, *Pardini* (338/85, *Colect.*, p. 2041, n.º 8).

9 — Acórdão *Meilicke* (já referido na nota 6, n.º 32).

10 — V. igualmente o acórdão de 11 de Junho de 1987, *Pretore di Salò/X* (14/86, *Colect.*, p. 2545, n.º 16).

11 — Acórdão de 19 de Dezembro de 1968, *Salgoil* (13/68, *Colect.* 1965-1968, p. 903).

1) *Quanto a saber se o SEPG é uma empresa*

cia antipoluição que visa a segurança do porto de modo a proteger o ambiente marítimo (ponto 3 das observações deste Governo).

26. Segundo o Governo alemão e a Calì, o SEPG é uma empresa com uma posição dominante numa parte substancial do mercado comum, à luz da jurisprudência *Mer-ci*¹² e *Corsica Ferries*¹³.

27. A Calì alega que a relação entre o CAP, organismo público que atribui a concessão, e o SEPG tem natureza administrativa, ao passo que a relação entre este último e os utentes do Porto petroli procede de um contrato de adesão (contrato imposto), porque não resulta da livre vontade das partes contratantes, mas de uma imposição da autoridade portuária, o CAP, que impõe ao transportador contraente o recurso aos serviços de vigilância antipoluição prestados pelo SEPG.

28. Segundo o Governo italiano, a finalidade e o objecto do serviço gerido sob a forma de uma concessão exclusiva pelo SEPG demonstram que se trata de uma actividade que se distingue claramente dos outros serviços portuários que levaram a levantar as questões que se punham nos processos *Mer-ci* e *Corsica Ferries*, porque se trata de vigilân-

cia antipoluição que visa a segurança do porto de modo a proteger o ambiente marítimo (ponto 3 das observações deste Governo).

29. O SEPG sustenta que, através dos serviços de vigilância e prevenção da poluição no Porto petroli, de que beneficiam todos os navios que aí acostam, é garantida a segurança «passiva», como lhe chama, do porto e a segurança das regiões vizinhas de Génova, densamente povoadas, bem como das zonas de grande desenvolvimento turístico limítrofes. Contra o acto que determina o montante obrigatoriamente imposto pela emissão da correspondente factura em nome dos navios ancorados o recurso adequado é administrativo. No que se refere à prestação de determinados serviços para combate à poluição em caso de acidente, o SEPG sustenta que estes não têm carácter vinculativo, porque podem ser confiados pelo poluidor, caso este seja conhecido, a uma empresa da sua escolha, a expensas suas.

30. Por conseguinte, é necessário que nos debruçemos sobre a questão de saber se o SEPG, no que se refere à sua actividade de prevenção da poluição no Porto petroli, que constitui a sua actividade principal, cujo exercício, juntamente com a emissão da correspondente factura, está na origem do presente litígio, desenvolve uma actividade económica e, portanto, se está sujeito às regras da concorrência, como sustentam os Governos alemão, a Comissão e a Calì. O outro termo da alternativa consiste em considerar que a referida actividade do SEPG está ligada ao exercício de prerrogativas do poder

12 — Acórdão já referido na nota 1.

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

público, como sustentam nas suas observações o Governo francês e o SEPG, possibilidade esta, aliás, que a Comissão menciona igualmente nas observações escritas apresentadas.

31. Começarei por examinar a jurisprudência do Tribunal de Justiça respeitante à questão de saber que entidades é que constituem empresas para efeitos de direito comunitário da concorrência e, a seguir, analisarei a questão de saber se o SEPG é efectivamente uma empresa.

a) A jurisprudência do Tribunal de Justiça

32. O Tribunal de Justiça já se pronunciou, múltiplas vezes, sobre o problema de saber que entidades cabem no conceito de empresa e estão, portanto, sujeitas ao direito comunitário da concorrência. Foi, assim, decidido que «o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento»¹⁴. Ou seja, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o conceito de empresa deve ser interpretado em sentido lato. Por isso, constitui uma *conditio sine qua non* apurar se a actividade de um organismo ou de uma autoridade administrativa constitui exercício do poder público ou se é uma actividade económica de natureza industrial ou comercial «susceptível de ser exercida, pelo menos em princípio,

por uma empresa privada e com fim lucrativo»¹⁵.

33. Os exemplos na jurisprudência são bastantes. Assim, o Tribunal de Justiça, no processo Höfner e Elser, qualificou como empresa o Bundesanstalt für Arbeit alemão, por esta instituição pública exercer, como unidade autónoma, uma actividade económica no sector do recrutamento de trabalhadores¹⁶.

34. No processo Merci¹⁷, estava em causa o mercado da organização, por conta de terceiros, de operações portuárias de frete comum no porto de Génova, por uma determinada empresa, e a execução dessas operações por uma determinada companhia de trabalhadores portuários. Neste processo não foi contestado que se tratava de entidades que exerciam uma actividade económica. O Tribunal decidiu que essas entidades deviam ser consideradas como empresas às quais o Estado concede direitos exclusivos, na acepção do artigo 90.º, n.º 1, do Tratado. Entendeu igualmente que essas empresas e/ou companhias de trabalhadores não podiam ser consi-

14 — V., designadamente, o acórdão de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Colect., p. I-1979, n.º 21).

15 — V. n.º 9 das conclusões do advogado-geral G. Tesouro no processo SAT Fluggesellschaft mbH, no qual foi proferido o acórdão de 19 de Janeiro de 1994 (C-364/92, Colect., p. I-43).

16 — Mais precisamente, no acórdão Höfner e Elser (já referido na nota 14), a respeito de um organismo público de emprego que actua como intermediário na colocação e no recrutamento de trabalhadores, o Tribunal admitiu que este organismo podia ser caracterizado como uma empresa, explicando que, no âmbito do direito da concorrência, «a actividade de mediação de emprego é uma actividade económica» (n.º 21). E explicou que (n.º 22): «O facto de as actividades de colocação serem normalmente confiadas a serviços públicos não prejudica a natureza económica dessas actividades. As actividades de colocação nem sempre foram e não são necessariamente exercidas por entidades públicas.» Daí concluiu (n.º 23) que uma entidade deste tipo «pode ser considerada empresa para efeitos de aplicação das regras de concorrência comunitárias».

17 — Já referido na nota 1.

deradas como «empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral», na aceção do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado¹⁸.

35. No acórdão *Corsica Ferries*¹⁹, em que estavam em causa serviços de pilotagem obrigatória no Porto petroli de Génova, assegurados pela corporação de pilotos do porto de Génova (*Corporazione dei piloti del porto di Genova*), cuja qualificação como empresa não foi contestada, o Tribunal decidiu, tal como no caso *Merci*, que lhe «foi atribuído, pelos poderes públicos, o direito exclusivo de efectuar os serviços de pilotagem obrigatória no porto de Génova»²⁰, na aceção do artigo 90.º, n.º 1, do Tratado.

36. No processo *SAT Fluggesellschaft*²¹, o Tribunal, para apreciar se as actividades da Eurocontrol, à qual tinha sido, designadamente, confiada a organização comum dos serviços da navegação aérea no espaço aéreo dos países contratantes, constituíam activida-

des abrangidas pelo campo de aplicação dos artigos 86.º e 90.º do Tratado, depois de proceder à análise da natureza, do objecto e das regras que regiam as actividades do organismo em causa²², concluiu que não se tratava de uma empresa para efeitos dos artigos em questão.

37. O Tribunal entendeu que²³: «Consideradas na sua globalidade, as actividades da Eurocontrol, pela sua natureza, pelo seu objecto e pelas regras às quais estão sujeitas, estão ligadas ao exercício de prerrogativas, relativas ao controlo e ao policiamento do espaço aéreo, que são tipicamente prerrogativas de poder público. Não têm um carácter económico que justifique a aplicação das regras de concorrência do Tratado»²⁴. O Tribunal considerou que a cobrança de taxas de rota era indissociável das outras actividades da Eurocontrol²⁵. O Tribunal não examinou a questão de saber se, no quadro da actividade de cobrança das taxas de rota, e unica-

18 — Acórdão *Merci* (já referido na nota 1, n.º 28).

19 — Já referido na nota 13.

20 — N.º 39 e 42.

21 — Já referido na nota 15. O litígio neste processo tinha sido levado pela Eurocontrol aos tribunais belgas e dizia respeito à cobrança de taxas de rota devidas por uma companhia aérea (a *SAT Fluggesellschaft*) por voos por esta realizados durante um determinado período.

22 — Entre as funções que lhe tinham sido confiadas, contavam-se, designadamente, a cobrança, aos utentes, de taxas pela prestação de serviços de navegação, por conta das partes contratantes e de terceiros Estados que são partes contratantes nesse acordo (a convenção assinada em Bruxelas em 13 de Dezembro de 1960, na versão então em vigor), cobrança essa que poderia mesmo ser pela força, dispondo para tal dos meios adequados, nos termos do acordo multilateral respeitante às taxas de rota. O objecto do acordo era precisamente a criação de um sistema comum de fixação e cobrança de taxas de rota devidas pelos voos efectuados no espaço aéreo dos Estados contratantes.

23 — Acórdão *SAT Fluggesellschaft* (já referido na nota 15, n.º 30).

24 — Aliás, embora o Tribunal não tenha definido o conceito de poder público, a definição dada pelo advogado-geral H. Mayras nas conclusões que apresentou no processo *Reyners*, em que foi proferido o acórdão de 21 de Junho de 1974 (2/74, *Colect.*, p. 325), tornou-se clássica e é do seguinte teor: «A autoridade pública é a que decorre da soberania, do poder do Estado; implica, para quem a exerce, a faculdade de utilizar prerrogativas que exorbitam do direito comum, privilégios de autoridade e poderes coercitivos que se impõem aos cidadãos. A participação no exercício desta autoridade apenas pode, assim, emanar do próprio Estado, directamente, ou mediante delegação conferida a determinadas pessoas, mesmo estranhas à função pública.» V., igualmente, os n.ºs 22 e 23 das conclusões do advogado-geral F. Jacobs no processo *Höfner e Elser* (já referido na nota 14).

25 — N.º 28; v. também n.º 30.

mente neste — que constituía o objecto do pedido no processo principal — a Eurocontrol não era uma empresa à qual tivesse sido confiado um monopólio fiscal, na acepção do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado ²⁶.

38. Sublinhe-se que, neste último processo (SAT Fluggesellschaft), o Tribunal seguiu as conclusões do advogado-geral G. Tesauro, que tinha afirmado que «o exercício de funções que implicam o exercício da autoridade pública por um organismo só pode subtrair a globalidade das actividades desenvolvidas por esse organismo às regras de concorrência quando essas funções constituem um elemento indissociável do conjunto da actividade em questão», daí concluindo que «no caso em apreço, os serviços prestados (controlo-radar, informações meteorológicas, serviços de alerta) constituem um todo indissociável». E acrescentava: «a actividade de controlo aéreo constitui um monopólio natural no espaço em que é exercida e... uma concorrência entre dois organismos não só não é desejável como não seria, de facto, mesmo possível» ²⁷. E afirmava que ²⁸ não se coaduna com a qualificação de um organismo como empresa o exercício de uma actividade na qualidade de autoridade pública, o que tem como consequência que a entidade que actua na qualidade de autoridade pública não está sujeita às regras de concorrência do Tratado. E concluía que se tratava «de um serviço público estranho a qualquer ideia de exploração comercial com fim lucrativo, o que não é eventualmente incompatível, e com a mesma eficácia, com a

tentativa de uma gestão económica da actividade em questão».

39. Por outro lado, no acórdão Poucet ²⁹, o Tribunal decidiu que as caixas de doença ou os organismos que as coadjuvam na gestão do serviço de segurança social do Estado não exercem uma actividade económica mas «uma função de carácter exclusivamente social», porque esta actividade está sujeita a controlo pelo Estado ³⁰, «é... baseada no princípio da solidariedade nacional e desprovida de qualquer fim lucrativo». Além disso, «as prestações pagas são prestações legais independentes do montante das contribuições» ³¹. Sublinhou que estes sistemas de segurança social «assentam num sistema de inscrição obrigatória, indispensável à aplicação do princípio da solidariedade e ao equilíbrio financeiro dos referidos regimes» ³². Declinou igualmente que, na execução da sua missão, essas caixas «aplicam a lei e não têm, portanto, qualquer possibilidade de exercer

29 — Acórdão de 17 de Fevereiro de 1993, Poucet e Pistre (C-159/91 e C-160/91, Collect., p. I-637, a seguir «acórdão Poucet»).

30 — N.º 14. Algo semelhante foi sustentado pelo advogado-geral F. Jacobs, no n.º 64 das suas conclusões nos processos apensos Van Schijndel e Van Veen, em que foi proferido o acórdão de 14 de Dezembro de 1995 (C-430/93 e C-431/93, Collect., p. I-4705), em que estava em causa a caracterização jurídica de uma caixa profissional de pensões como empresa, mas o Tribunal não se pronunciou finalmente sobre esta questão.

31 — Acórdão Poucet (já referido na nota 29, n.º 18; v. também o n.º 8). No acórdão de 16 de Novembro de 1995, Fédération française de sociétés d'assurance e o. (C-244/94, Collect., p. I-4013), o Tribunal considerou que cabia no conceito de empresa, na aceção dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, um organismo encarregado da gestão de um sistema de seguro de velhice complementar que funciona segundo o princípio da capitalização, porque as contribuições de seguro são investidas no mercado financeiro e são posteriormente pagas sob a forma de uma renda vitalícia e não de capital. Entendeu, pois (n.º 12), que um organismo desse tipo, embora não prossiga fins lucrativos e o sistema por ele gerido tenha sido estabelecido por lei como facultativo, funciona com base nas regras definidas pelas autoridades administrativas e apresenta determinadas características de solidariedade (n.ºs 19 e 20), sendo as prestações por ele concedidas exclusivamente dependentes do montante das contribuições, constitui uma empresa na aceção dos artigos 85.º e seguintes do Tratado.

32 — Acórdão Poucet (já referido na nota 29, n.º 13).

26 — V., também, a este respeito, um acórdão, mais antigo, de 14 de Outubro de 1976, LTU/Eurocontrol (29/76, Collect., p. 629, n.º 4 e 5).

27 — N.º 13 das conclusões no processo SAT Fluggesellschaft (já referido na nota 15).

28 — V. n.º 9 das mesmas conclusões.

influência no montante das contribuições, na utilização dos fundos e na determinação do nível das prestações»³³.

40. É de salientar que o Tribunal, para decidir se uma actividade é ou não económica, analisa a natureza desta independentemente da entidade que a exerce. Declarou assim que³⁴ «O Estado [pode] agir quer no exercício da autoridade pública quer no exercício de actividades económicas de carácter industrial ou comercial, que se traduzem na oferta de bens ou serviços no mercado»³⁵ e que, para caracterizar uma actividade como actividade de uma empresa pública, não é relevante a inexistência de personalidade jurídica separada do Estado. Decidiu assim que: «Para se poder operar essa distinção é, portanto, necessário proceder, em cada caso, ao exame das actividades exercidas pelo Estado e determinar a que categoria pertencem»³⁶.

41. Resulta da jurisprudência do Tribunal e principalmente dos acórdãos SAT Fluggesellschaft e Poucet que não são empresas e que, por conseguinte, escapam totalmente ao direito comunitário da concorrência determinadas entidades, instituições de interesse público (geral), que exercem prerrogativas de poder público, ou seja, que exercem uma actividade específica da autoridade pública ou que exercem uma função de natureza puramente social.

42. Para chegar a essas conclusões, o Tribunal examinou em primeiro lugar a natureza das actividades exercidas para saber se eram ou não económicas e se podiam, em princípio, ser exercidas por uma empresa privada com fins lucrativos. Analisou também o objectivo por elas prosseguido e as normas por que se regem³⁷. Além disso, o Tribunal apreciou igualmente uma série de indícios que, por si sós, não bastam para excluir a natureza económica de uma actividade e a não sujeição desta às regras da concorrência. Mais precisamente, verificou em que medida é que a entidade cujas actividades eram objecto da sua análise funcionava segundo regras definidas pelas autoridades administrativas e, mais particularmente, se dispunha do poder de influenciar o montante da contrapartida exigida pelas prestações de serviços aos utentes e se tinha ou não fins lucrativos.

33 — Acórdão Poucet (já referido na nota 29, n.º 15).

34 — V. o acórdão de 16 de Junho de 1987, Comissão/Itália (118/85, Collect., p. 2599, n.º 7), no qual o Tribunal decidiu que a administração autónoma dos monopólios de Estado italianos (Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato) constituía uma empresa pública, que não tem personalidade jurídica separada do Estado, mas participava na actividade económica através da oferta de bens e serviços no mercado, no sector do tabaco manufacturado.

35 — Por exemplo, no acórdão de 11 de Julho de 1985, Comissão/Alemanha (107/84, Recueil, p. 2655, especialmente n.ºs 14 e 15), o Tribunal afirmou que só uma parte das actividades dos correios, exercida por um organismo de direito público, pode ser considerada uma actividade de uma autoridade pública, no sentido estrito da expressão.

36 — Acórdão Comissão/Itália (já referido na nota 34, n.º 7). V. também o acórdão de 27 de Outubro de 1993, Taillandier (C-92/91, Collect., p. I-5383, n.º 14). Além disso, no acórdão de 20 de Março de 1985, Itália/Comissão (41/83, Recueil, p. 873, n.º 20), o Tribunal considerou que as normas estabelecidas pela British Telecom, fazendo uso do poder regulamentar que lhe é legalmente reconhecido, devem ser consideradas como uma parte inseparável da sua actividade empresarial.

37 — V. acórdão SAT Fluggesellschaft (já referido na nota 15, n.º 30) e acórdão Poucet (já referido na nota 29, n.º 18).

b) A natureza económica ou não da actividade exercida pelo SEPG

também a protecção do ambiente do porto, e, em última análise, a boa conservação do património público.

43. *Ab initio*, é necessário precisar um ponto. Considero que a cobrança pelo SEPG dos montantes em causa — que está na origem do presente litígio — é indissociável das suas actividades de vigilância do domínio marítimo do porto, que, por essa razão, devem ser analisadas em conjunto para saber se o SEPG constitui, no exercício dessas actividades, uma empresa, para efeitos do direito comunitário da concorrência³⁸.

45. Na minha opinião, a actividade de vigilância para eliminação da poluição na área do Porto petroli, realizada pelo SEPG, não pode considerar-se como tendo natureza económica, isto é, esta sociedade não pode considerar-se como uma empresa na acepção do direito comunitário da concorrência.

44. A respeito da natureza económica ou não da actividade exercida pelo SEPG, tanto o tribunal nacional, no despacho de reenvio, como o SEPG e os Governos italiano e francês consideram que a finalidade básica das actividades do SEPG de prevenção da poluição é a segurança dos utentes do Porto petroli, dos bairros densamente povoados junto ao porto e, mais em geral, das zonas de Génova vizinhas do porto, que têm um desenvolvimento turístico importante, mas

46. Mais concretamente, a análise da natureza e do objecto das actividades do SEPG, tal como estas são definidas no artigo 1.º da decisão n.º 32 do presidente do CAP, consistentes no exercício de vigilância para eliminação da poluição, ou seja, na protecção do ambiente do porto e das zonas vizinhas, levamos a catalogá-las em determinadas categorias, em função do respectivo objecto. Em primeiro lugar, destinam-se à protecção do domínio marítimo do Porto petroli, isto é, à protecção do património público, no interesse do Estado e dos seus cidadãos. Em segundo lugar, têm como objectivo a protecção dos utentes do Porto petroli contra os perigos derivados de eventuais acidentes e, em terceiro lugar, a protecção das zonas limítrofes do Porto petroli, dos seus habitantes, mas também das empresas aí estabelecidas

38 — Relativamente ao ramo de actividades do SEPG, consistente em intervenções para neutralização das consequências de uma eventual poluição no Porto petroli, no caso de ocorrer um acidente ecológico e particularmente na sequência do derrame de produtos petrolíferos, químicos ou petroquímicos, considero que a actividade de depuração das águas poluídas deve ser realizada por um empresário, com pessoal especializado e equipamento adequado. Isto é, de natureza predominantemente económica e regida pelo princípio do «poluidor-pagador», desde que este seja conhecido.

que têm interesse directo em evitar qualquer acidente ecológico devido à acostagem de navios-cisterna.

isto é, que uma actividade consistente na vigilância do ambiente marítimo (para evitar a poluição deste), que a protecção do ambiente não pode constituir uma actividade empresarial, mas faz parte do núcleo de actividades do Estado.

47. A actividade de vigilância antipoluição do Porto petroli, realizada pelo SEPG, corresponde a uma necessidade fundamental da segurança tanto dos utentes do Porto petroli como dos habitantes das zonas limítrofes deste. Esta actividade, apesar de visar a protecção do ambiente — questão que abordarei a seguir —, liga-se imediatamente, se é que não é equivalente, ao policiamento do domínio marítimo do Porto petroli, e esta função pode, julgo, ser desempenhada por uma autoridade pública, independentemente da forma jurídica escolhida para a sua organização e a sua administração. Por conseguinte, a entidade jurídica à qual foram confiadas essas funções não pode ser considerada uma empresa na acepção do artigo 85.º e, portanto, a análise da questão de saber se constitui uma empresa à qual foi confiada a gestão de serviços de interesse económico geral, na acepção do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado, torna-se supérflua ³⁹.

48. Além do que acima se disse, considero que o Tribunal deve declarar, *expressis verbis*, que o desempenho dessas funções, ou seja, a protecção preventiva do ambiente pelo SEPG, é uma missão essencial do Estado;

49. À luz das considerações precedentes, entendo que a actividade de vigilância antipoluição do Porto petroli desenvolvida pelo SEPG não é concebível de forma a poder ser assegurada num regime de concorrência, porque tal comprometeria, se é que não invalidaria, a eficácia do mecanismo de protecção, tanto em relação ao ambiente do porto como à segurança dos utentes e dos residentes das zonas limítrofes. Trata-se de um serviço público isento de qualquer perspectiva de exploração comercial com fim lucrativo. Aliás, que se trata de um serviço prestado no interesse da colectividade resulta também do facto de que essa vigilância não é possível se não for exercida independentemente do pagamento por um determinado navio dos montantes devidos.

50. Outro elemento que nos leva a concluir que a actividade do SEPG não é económica, é o facto de a sua gestão estar sujeita a princípios de funcionamento que não são próprios de uma empresa privada, uma vez que o CAP, de acordo com a decisão n.º 1191 do seu presidente, aprova ele próprio as tabelas a aplicar pelo SEPG pela prestação dos seus serviços aos navios que utilizem os terminais

39 — Claro está que não é susceptível de contestação que a prestação desses serviços tem efeitos acessórios favoráveis, também do ponto de vista económico. Como o sublinha o Governo italiano, a simples criação desse serviço teve como consequência que os armadores puderam obter melhores condições e prémios mais favoráveis das companhias de seguros.

do Porto petroli. Isto é, o SEPG não pode adoptar decisões autonomamente, independentemente da vontade do CAP, actua por conta deste, sem qualquer poder significativo de influenciar a aprovação das tabelas⁴⁰ e limita-se a definir o montante devido em cada caso e a cobrá-lo.

51. Entendo, por último, que deve sublinhar-se que a partir do momento em que considerámos que a actividade para o exercício da qual é efectuado o pagamento não tem natureza económica, também não pode atribuir-se essa natureza à actividade consistente na cobrança desses pagamentos.

52. O SEPG sustenta que não é necessário que exista um qualquer laço contratual entre ele e a sociedade Calì para poder exigir desta última o pagamento dos preços fixados e que a obrigação desta é, no fim de contas, resultante do poder do CAP de exigir as imposições. E acrescenta que, relativamente aos montantes constantes das facturas emitidas pelos serviços de prevenção da poluição prestados pelo SEPG a cargo de todos os

navios que utilizam as instalações do Porto petroli, e cuja cobrança faz parte das suas competências, deveria declarar-se que têm uma natureza puramente fiscal.

53. Aliás, como referiu o representante do Governo italiano na audiência, esta característica do serviço de prevenção da poluição exclui a possibilidade de o considerar um mercado, porque falta o elemento da oferta e da procura, visto que o serviço em causa é efectuado de um modo geral no Porto petroli, independentemente da prestação de determinados serviços aos navios-cisterna ancorados, protege a limpeza do ambiente aquático e exerce vigilância destinada a evitar os riscos de poluição desse porto. Sublinhou que o SEPG não é responsável por eventuais acidentes perante o navio, mas apenas perante as autoridades portuárias de Génova. Facto este, segundo o Governo italiano, que distingue o caso ora em apreço do da pilotagem obrigatória no porto, em que, inversamente, o piloto responde perante o navio por eventuais acidentes por ele próprio provocados em consequência de manobras inadequadas.

40 — No processo SAT Fluggesellschaft (já referido na nota 15), o Tribunal sublinhou, por um lado, que esta organização internacional «A este título, age por conta dos Estados contratantes sem verdadeiramente ter o poder de influenciar o montante das taxas de rota» (n.º 29), e, por outro, que «As taxas são cobradas por conta dos Estados aos quais serão entregues, dedução feita de uma fracção da receita correspondente à aplicação de uma 'taxa administrativa' e que se destina a cobrir as despesas de cobrança das taxas» (n.º 23). No processo Poucet (já referido na nota 29), o Tribunal sublinhou igualmente que as caixas de segurança social não têm qualquer possibilidade de influenciar o montante das contribuições, a utilização do capital e o nível das prestações (n.º 15).

54. Gostaria de salientar, quanto a este aspecto, que, no presente caso, os montantes cobrados pelo SEPG para protecção contra a poluição no domínio marítimo do Porto petroli devem ser considerados como uma

imposição que é devida pelo particular em contrapartida do benefício que retira de uma determinada actividade administrativa dirigida à satisfação de um interesse fundamental da colectividade ⁴¹.

c) A protecção preventiva do ambiente como actividade do poder público

55. A consciencialização dos perigos que pesam sobre o ambiente nos nossos dias e a ocorrência frequente de catástrofes ecológicas graves ⁴² em todo o planeta, sensibilizaram e mobilizaram, em todo o mundo, não apenas os cidadãos mas também instituições privadas e públicas e os Governos, levando-os a actuar através da adopção de medidas para a sua protecção efectiva. E por aqui se pode ver que a importância da prevenção para evitar acidentes ecológicos é efectivamente capital, porque serve o interesse geral, não apenas da geração actual mas também das futuras ⁴³. Pode, pois, afirmar-se que o objectivo da protecção do ambiente

tem um valor fundamentalmente preventivo ⁴⁴.

56. A análise do Tratado e do direito comunitário derivado leva a concluir, na minha opinião, que a protecção do ambiente, sobretudo na sua forma preventiva, constitui uma actividade do poder público ⁴⁵, que só pode ser entendida como fazendo parte do núcleo fundamental das actividades estaduais ⁴⁶.

57. No artigo 2.º do Tratado determina-se expressamente que a Comunidade tem como missão promover, entre outros, o objectivo de «um crescimento... que respeite o ambiente». Nos termos do artigo 3.º, alínea k), do Tratado, a acção da Comunidade para alcançar os seus fins abrange «uma política no domínio do ambiente». Não me parece

41 — V. um raciocínio idêntico no n.º 14 das conclusões do advogado-geral G. Tesaro no processo SAT Fluggesellschaft (já referido na nota 15).

42 — Julho que bastará lembrar as graves e frequentes catástrofes ecológicas ocorridas na sequência de derrames de produtos petrolíferos, como por exemplo, os verificados nas costas da Bretanha e da Escócia, de fugas radioactivas (caso Chernobyl) ou da emissão para a atmosfera de substâncias químicas perigosas (fuga de dioxina em Seveso).

43 — Isto mesmo foi expressamente salientado na Declaração do Rio de Janeiro de 1992 (princípio 3) e, em 1987, no Relatório da Comissão Internacional para o Ambiente e o Desenvolvimento, mais conhecido como Relatório Brundtland.

44 — V. Dekleris, Michail (vice-presidente do Conselho de Estado helénico) — «O Dodekadeltos tou Perivallontos — Egkolpiou viosimou anartycheos» (o Dodecálogo do ambiente — Vademecum de um desenvolvimento viável), na série *Nomos kai Fysi — Vivliothiki Perivallontikou Dikaion*, Ed. A. N. Sakkoulas, Atenas-Comotini, 1966 (397 pp.). O autor sustenta que resulta do conjunto de diplomas legais respeitantes ao ambiente, tanto de direito internacional como comunitário ou nacional, o «princípio da ordem pública ecológica», como lhe chama, de acordo com o qual «a estruturação, a regulamentação e a vigilância do equilíbrio entre sistemas gerados pelo homem e ecossistemas é, em princípio, da responsabilidade do Estado, ao qual incumbe assegurá-lo» (pp. 67 e 119), que «o mercado tem evidentemente um papel complementar», a protecção do ambiente «é assegurada por meios científicos» (p. 119) e conclui que este princípio «é vinculativo para todos» (p. 67).

45 — A mesma conclusão se chega pela análise dos diplomas de direito internacional nesta matéria, especialmente as Declarações sobre o ambiente, de Estocolmo, de 1972 (princípios 17 e 18) e do Rio, de 1992 (princípios 4, 7 e 11), bem como a Agenda 21, de 1992, que desenvolveu os princípios da Declaração do Rio (v. as directrizes constantes do capítulo 8, respeitante à conjugação orgânica entre ambiente e desenvolvimento na adopção de decisões); v. Dekleris, M., *op. cit.*, pp. 122 e segs.

46 — Tal não significa, naturalmente, que o prosseguimento durável desse objectivo não exija a sensibilização e o concurso de todas as entidades e cidadãos interessados.

que o respeito do ambiente e a elaboração de uma política no domínio do ambiente, precisamente através da prevenção de ocorrências prejudiciais ao ambiente, possam ser concedidos sem a contribuição diligente das autoridades competentes.

ambiente devem ser integradas na definição e aplicação das demais políticas comunitárias.

...» (sublinhado meu) ⁴⁷.

58. O interesse crescente na protecção do ambiente resulta igualmente do facto de o título XVI do Tratado, no seu todo (artigos 130.º-R a 130.º-T), ser consagrado ao ambiente.

Nos termos do artigo 130.º-T, as medidas de protecção adoptadas pelo Conselho por força do artigo 130.º-S «não obstam a que cada Estado-Membro mantenha ou introduza medidas de protecção reforçadas», mas estas devem ser compatíveis com o Tratado e notificadas à Comissão ⁴⁸.

59. A disposição básica em matéria de protecção do ambiente é o artigo 130.º-R do Tratado, que dispõe:

60. Uma série de disposições de direito comunitário derivado e a jurisprudência do Tribunal de Justiça permitem-nos afirmar, na minha opinião, que a protecção do ambiente e, mais concretamente, as actividades de inspecção e fiscalização, destinadas a verificar em que medida a legislação e as práticas que visam a prevenção de acidentes nocivos para o ambiente são de facto aplicadas, constituem

«...»

2. A política da Comunidade no domínio do ambiente visará a um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos *princípios da precaução e da acção preventiva*, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador. As exigências em matéria de protecção do

47 — O artigo 130.º-R, n.ºs 1 e 4, prevê:

«1. A política da Comunidade no domínio do ambiente contribuirá para a prossecução dos seguintes objectivos:
— a preservação, a protecção e a melhoria da qualidade do ambiente;
— a protecção da saúde das pessoas;
— a utilização prudente e racional dos recursos naturais;
— a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente.

4. A Comunidade e os Estados-Membros cooperarão, no âmbito das respectivas atribuições, com os países terceiros e as organizações internacionais competentes...»

48 — Um exemplo é o artigo 24.º, n.º 1, da Constituição helénica, no qual se afirma que «a protecção do meio ambiente natural e cultural constitui uma obrigação do Estado. Para o cumprimento desta, o Estado deve adoptar medidas preventivas e repressivas...»

actividades do poder público, isto é, das autoridades públicas, dado que «a melhor política de ambiente é a que consiste em evitar, desde a sua origem, a criação de poluição ou de actos nocivos, em vez de combater os seus efeitos *a posteriori*»⁴⁹.

tecção do ambiente e da saúde bem como a ordem e a segurança públicas são referidas como motivos legítimos de determinadas actividades das autoridades nacionais. Podemos, portanto, considerar que são havidas por actividades próprias da autoridade pública⁵³.

61. Assim, relativamente à Directiva 84/631/CEE do Conselho⁵⁰, o Tribunal decidiu⁵¹, a respeito das transferências transfronteira de resíduos perigosos, que: «As autoridades nacionais competentes têm a faculdade de suscitar objecções e, por isso, proibir uma determinada transferência de resíduos perigosos... para fazer face aos problemas relativos, por um lado, à protecção do ambiente e da saúde e, por outro, à ordem e à segurança públicas»⁵². Assim, a pro-

62. Um argumento suplementar a favor do ponto de vista de que a prevenção para evitar acidentes ecológicos cabe nas actividades do poder público resulta da análise do disposto, por exemplo, na Directiva 93/75/CEE do Conselho⁵⁴. Mais precisamente, de acordo com o terceiro considerando, esta directiva criou um sistema de comunicação às autoridades competentes, de modo a estas poderem tomar as medidas preventivas necessárias relativamente aos navios que transportam mercadorias perigosas ou poluentes e que se dirijam para ou que partam dos portos comunitários. Do conjunto do disposto nesta Directiva 93/75 resulta que a prevenção dos riscos de poluição e dos riscos de acidentes graves aquando da transferência, por mar, de mercadorias perigosas ou poluentes se liga ao esforço mais geral de vigilância e segurança destinado à prevenção e à limitação dos danos que um eventual acidente criaria para as águas marinhas dentro e fora dos portos.

49 — Este é o primeiro dos princípios gerais da política comunitária do ambiente adoptados pelo Conselho e que foram definidos pelos ministros do Ambiente na sua conferência realizada em Bona a 31 de Outubro de 1972. V. o anexo, título II, à Declaração do Conselho das Comunidades Europeias e dos representantes dos Governos dos Estados-Membros reunidos no Conselho, de 22 de Novembro de 1973, relativa a um Programa de acção das Comunidades Europeias em matéria de ambiente (JO C 112, p. 1; EE 15 F1 p. 7).

50 — Directiva de 6 de Dezembro de 1984, relativa à vigilância e ao controlo na Comunidade das transferências transfronteira de resíduos perigosos (JO L 326, p. 31; EE 15 F5 p. 122), na redacção que lhe foi dada pela Directiva 86/279/CEE do Conselho, de 12 de Junho de 1986 (JO L 181, p. 13). Esta directiva estabeleceu um sistema completo, que diz principalmente respeito às movimentações transfronteira de resíduos perigosos, com o objectivo de os colocar em instalações definidas de modo preciso, e que se baseia na obrigação de o detentor dos resíduos comunicar antecipadamente, com exactidão, essa transferência.

51 — Acórdão de 10 de Maio de 1995, Comissão/Alemanha (C-422/92, Colect., p. I-1097, n.º 32).

52 — V. o Regulamento (CEE) n.º 259/93 do Conselho, de 1 de Fevereiro de 1993, relativo à fiscalização e ao controlo das transferências de resíduos no interior, à entrada e à saída da Comunidade (JO L 30, p. 1), que revogou a Directiva 84/631. V. também (artigo 30.º) a obrigação de adopção das medidas necessárias e, sobretudo, de um sistema de fiscalizações pelas autoridades competentes dos Estados-Membros, de modo a garantir a transferência dos resíduos em conformidade com o disposto no regulamento.

53 — No artigo 4.º da Directiva 78/319/CEE do Conselho, de 20 de Março de 1978, relativa aos resíduos tóxicos e perigosos (JO L 84, p. 43; EE 15 F2 p. 98), determina-se que: «Os Estados-Membros tomarão as medidas adequadas para promover com carácter de prioridade a prevenção, a reciclagem e a transformação de resíduos tóxicos e perigosos...». No artigo 15.º estabelece-se igualmente um sistema de controlo e fiscalização pelas autoridades competentes.

54 — Directiva de 13 de Setembro de 1993, relativa às condições mínimas exigidas aos navios com destino aos portos marítimos da Comunidade ou que deles saiam transportando mercadorias perigosas ou poluentes (JO L 247, p. 19). Esta directiva põe em vigor as convenções internacionais SOLAS e MARPOL, bem como a resolução A 648(16) da Organização Marítima Internacional (OMI).

Isto é, a vigilância e a fiscalização do cumprimento da legislação destinada à prevenção desse tipo de acidentes constituem funções do poder público e são exercidas com a finalidade de satisfazer um interesse público imperativo⁵⁵.

63. Da análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça resulta também que a protecção do ambiente é reconhecida como um «objectivo de interesse geral»⁵⁶, que justifica limitações à liberdade de exercício do comércio e à livre concorrência⁵⁷.

64. Por último, uma série de diplomas de direito comunitário⁵⁸ confirmam o ponto de vista de que a vigilância, destinada à protecção preventiva do ambiente, constitui uma função das autoridades públicas, que não pode considerar-se como tendo natureza económica.

2) Quanto a saber se o SEPG infringiu os artigos 86.º e 90.º, n.º 2, do Tratado

65. Nos termos da legislação italiana, o SEPG beneficia do direito exclusivo de vigi-

55 — É de referir que a Directiva 80/68/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1979, relativa à protecção das águas subterrâneas contra a poluição causada por certas substâncias perigosas (JO 1980, L 20, p. 43; EE 15 F2 p. 162) — como explicou o Tribunal de Justiça no seu acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, Comissão/Alemanha (C-131/88, Colect., p. I-825, n.º 7) — «visa garantir a eficaz protecção das águas subterrâneas da Comunidade, obrigando os Estados-Membros, através de disposições precisas e detalhadas, a preverem um conjunto de proibições, regimes de autorização e processos de controlo, por forma a impedir ou limitar as descargas de determinado número de substâncias», substâncias estas que são aliás enumeradas em dois anexos.

56 — V. acórdão de 7 de Fevereiro de 1985, ADBHU (240/83, Recueil, p. 531, n.º 15).

57 — V. acórdão de 14 de Outubro de 1987, Comissão/Dinamarca (278/85, Colect., p. 4069, n.º 16). No acórdão de 12 de Maio de 1987, Traen e o. (372/85, 373/85 e 374/85, Colect., p. 2141, n.º 22), respeitante a processos penais contra três empresários e um motorista de empresas de recolha de resíduos, porque tinham despejado resíduos em vários terrenos sem terem obtido previamente autorização para tal da autoridade competente prevista na Directiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos (JO L 194, p. 39; EE 15 F1 p. 129), o Tribunal decidiu que «com excepção dos limites habituais ao exercício de um poder discricionário, o poder de que dispõem os Estados-Membros na organização da fiscalização prevista no artigo 10.º da Directiva 75/442 apenas se encontra limitado pela exigência do respeito pelos objectivos dessa directiva, a saber, a protecção da saúde humana e do ambiente». Também daqui se pode deduzir que a protecção do ambiente constitui um objectivo de interesse geral, cuja realização, na minha opinião, constitui uma actividade ligada ao exercício do poder público. O acórdão Traen e o. é interessante porque, como acontece no caso ora em apreço em relação ao SEPG, a autoridade competente para o exercício da vigilância das descargas de resíduos era o director de uma sociedade de depuração das águas criada pelos poderes públicos.

58 — Por exemplo, depois da cimeira de Dublin de Junho de 1990, os participantes declararam que era desejo das autoridades e dos Governos da Comunidade que «a acção da Comunidade e dos seus Estados-Membros seja desenvolvida numa base coordenada e a partir dos princípios do desenvolvimento duradouro e do recurso à acção preventiva...», entendendo como «desenvolvimento duradouro» «um desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as suas próprias necessidades» (sublinhado meu). V. também a resolução do Conselho de 1 de Fevereiro de 1993 relativa a um programa comunitário de política e acção relacionado com o ambiente e o desenvolvimento sustentável (JO 1993, C 138, p. 1). O Conselho «Energia», que se reuniu no Luxemburgo em 20 de Junho de 1996, adoptou uma «posição comum» sobre os princípios e as condições da criação progressiva de um mercado único da energia eléctrica. O importante é que, de acordo com esta «posição comum», que se destinava a ser comunicada ao Conselho Europeu para que este lhe desse seguimento, a directiva que deverá ser adoptada prevê nomeadamente que [v. «Résumé de la 'position commune' du Conseil (établi par le secrétariat du Conseil) in EUROPE/ Documents n.º 1993, de 10 de Julho de 1996]: Os Estados-Membros podem impor às empresas do sector de electricidade obrigações de serviço público, relativamente à segurança do abastecimento, à regularidade, à qualidade e aos preços de fornecimento de energia eléctrica, bem como em relação à protecção do ambiente. Isto quer dizer que se reconhece que a protecção do ambiente é uma obrigação de serviço público e, portanto, uma missão do poder público. Finalmente, e a título de exemplo, remetemos para o quinto «Programa da Comunidade Europeia de política e acção em matéria de ambiente e desenvolvimento sustentável», elaborado pela Comissão, que tem por título «Em direcção a um desenvolvimento sustentável» (JO 1993, C 138, p. 5). É sintomático que, no capítulo 3, cuja epígrafe é «Agentes», se afirme que, até ao presente, os programas comunitários de acção no domínio do ambiente se basearam largamente em legislação e controlos envolvendo o Governo e a indústria transformadora. Salienta, porém, que o conceito de responsabilidade partilhada requer um envolvimento activo e muito mais alargado de todos os agentes económicos, incluindo as autoridades públicas, as empresas públicas e privadas sob todas as formas e, sobretudo, as pessoas em geral, quer como cidadãos quer como consumidores. Sublinha o papel das autoridades locais e regionais em áreas, como por exemplo, o controlo da poluição industrial.

lância (e de intervenção rápida) para protecção do ambiente marítimo e contra poluições eventuais na sequência de derrames de produtos petrolíferos. Por conseguinte, beneficia de direitos exclusivos na acepção do artigo 90.º, n.º 1, do Tratado.

66. O Tribunal de Justiça tem decidido de modo constante que «o comportamento de uma empresa abrangida pelo artigo 90.º, n.º 1, do Tratado deve ser apreciado face às disposições dos artigos 85.º, 86.º e 90.º, n.º 2 do Tratado»⁵⁹. Assim, acautelando a hipótese de o Tribunal decidir que o SEPG é uma empresa para efeitos de direito comunitário de concorrência, julgo necessário, depois de analisar a actividade do SEPG à luz do artigo 86.º, elucidar a questão de saber em que medida se poderá considerar o SEPG uma empresa encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral, na acepção do artigo 90.º, n.º 2, e que consequências teria uma tal caracterização.

a) Resposta à primeira questão prejudicial: respeitante à delimitação do mercado relevante e ao problema de saber se o SEPG nele detém uma posição dominante

67. O Governo do Reino Unido sustenta que, de acordo com a jurisprudência *Merci*, o

SEPG, que beneficia de direitos exclusivos e assegura um serviço de prevenção da poluição, detém uma posição dominante numa parte substancial do mercado comum. Alega que os serviços prestados pelo SEPG não parecem constituir um serviço distinto que se acrescente à utilização do porto, como no caso *Merci*, antes parecendo constituir um elemento indissociável da gestão do porto no seu conjunto. Explica que o que está abrangido no aspecto «vigilância» da actividade do SEPG é a vigilância exercida no porto de modo a detectar atempadamente a ocorrência de poluição. A intervenção efectuada em caso de poluição não constitui um serviço prestado ao navio poluidor, mas antes um elemento da gestão do porto assegurada em benefício de todos os utentes do porto e no interesse da boa utilização das instalações portuárias em geral.

68. Segundo o Governo do Reino Unido e a Comissão, a posição dominante é detida não pelo SEPG mas pela autoridade portuária, o CAP, no seu conjunto, que põe à disposição dos utentes as instalações portuárias. Os montantes cobrados pelo SEPG constituem uma parte do conjunto das taxas cobradas pela utilização do Porto petrolí.

69. A Comissão não contesta que as actividades de vigilância para prevenção da poluição em caso de cargas e descargas de produtos petrolíferos constituem um serviço de utilidade pública que apresenta características económicas. Porém, considerando que, na altura dos factos que interessam à decisão da causa, o SEPG era parte do CAP, sustenta que o CAP e o SEPG constituíam uma uni-

⁵⁹ — V., por exemplo, os acórdãos de 18 de Junho de 1991, *ERT* (C-260/89, *Colect.*, p. I-2925, n.º 28), e de 27 de Abril de 1994, *Almelo* (C-393/92, *Colect.*, p. I-1477, n.º 33).

dade económica única, de tal modo que todos os actos do SEPG podiam ser directamente imputados ao CAP. Invocando a jurisprudência *Merci* ⁶⁰, considera que o Tribunal tem decidido de forma reiterada que o CAP apresenta todas as características necessárias à qualificação como empresa, na acepção do artigo 86.º do Tratado.

70. A Comissão alega, além disso, que, para responder à questão de saber se há uma posição dominante e se as facturas emitidas pelo SEPG correspondem a uma prestação suplementar injustificada e não decorrente do objecto do contrato, que constitui um uso abusivo dessa posição dominante, o SEPG deve considerar-se como empresa pelo facto de dispor de instalações e equipamento para carga e descarga de produtos petrolíferos, petroquímicos e químicos no Porto petroli de Génova. E isto porque, do ponto de vista da Comissão, a Calì pediu para dispor desse equipamento e este serviço implica a obrigação de utilização do serviço de vigilância/ intervenção em caso de poluição, serviço este prestado pelo SEPG.

71. Esta argumentação do Governo do Reino Unido e da Comissão não pode ser aceite. Considero que a simples natureza das actividades exercidas pela sociedade SEPG — e não o facto de constituir ou não constituir uma unidade económica única com o CAP — é o elemento de importância decisiva que nos permite decidir se a actividade do SEPG

constitui ou não uma actividade de empresa, cujo comportamento deve ser analisado à luz dos artigos 86.º e 90.º do Tratado ⁶¹. Aliás, é o que nos pergunta o órgão jurisdicional nacional e julgo que não é necessário, para dar uma resposta útil, analisar também a questão de saber se o CAP é ou não uma empresa, na acepção do artigo 86.º e, sobretudo, uma empresa encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral.

72. Apesar do que acima se disse, sublinhe-se que resulta do acórdão *Merci* ⁶² que o Tribunal se refere não ao CAP mas, *expressis verbis*, a uma «empresa» de um Estado-Membro «tal como... a companhia do porto de Génova» ⁶³. Isto é, o Tribunal não se pronunciou sobre a questão de saber se, à luz do artigo 86.º, o CAP constitui uma empresa, mas sim se duas entidades determinadas eram empresas ⁶⁴. Mais precisamente, o Tribunal decidiu, a respeito da organização, por conta de terceiros, de operações portuárias de frete no porto de Génova por uma empresa portuária determinada ⁶⁵ e da exe-

61 — V. n.ºs 19 e segs. do acórdão SAT *Fluggesellschaft* (já referido na nota 15).

62 — Já referido na nota 1 (n.º 13).

63 — Aliás, decorre também do n.º 16 das conclusões do advogado-geral W. Van Gerven (já referidas na nota 60) que o exame da questão de saber se se tratava de empresas incidia exclusivamente sobre duas empresas portuárias (*Merci* e *Compagnia*) e não sobre o CAP no seu todo.

64 — O facto de, no n.º 27 do acórdão *Merci*, se afirmar que «nem dos documentos trazidos ao processo pelo tribunal nacional nem das observações apresentadas ao Tribunal de Justiça resulta que as operações portuárias têm um interesse económico geral com características específicas face a outras actividades da vida económica», não me parece excluir completamente que determinadas actividades exercidas na área de um porto apresentem essas características; de qualquer modo, o Tribunal não decidiu que o CAP constituía uma empresa para efeitos do direito comunitário da concorrência.

65 — Trata-se da sociedade *Merci convenzionali porto di Genova*.

60 — Mais precisamente, invoca o n.º 13 do acórdão *Merci* (já referido na nota 1) e o n.º 16 das conclusões apresentadas no mesmo processo pelo advogado-geral W. Van Gerven.

cução dessas operações por uma determinada companhia portuária de trabalhadores ⁶⁶, que essa empresa e/ou companhia ocupavam uma posição dominante, mas não podiam ser consideradas «encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral», na acepção do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado ⁶⁷, sem se pronunciar sobre a questão de saber se o CAP, como tal, era uma empresa ⁶⁸.

73. Por outro lado, no processo *Corsica Ferries* ⁶⁹, o Tribunal, ao analisar se existia uso abusivo de posição dominante no caso da empresa à qual tinha sido atribuído o direito exclusivo de prestação de serviços de pilotagem obrigatória no porto de Génova, delimitou o mercado como sendo «o dos serviços de pilotagem no porto de Génova» ⁷⁰. E também neste caso não se pronunciou sobre a questão de saber se o CAP constituía uma empresa em posição dominante num determinado mercado (o das operações portuárias no seu conjunto).

74. Segundo o SEPG, apesar de o Tribunal ter caracterizado, no acórdão *Merci*, o porto de Génova como uma parte substancial do mercado comum, esta posição não é transpo-

nível para o Porto petroli, e isto pelas dimensões deste (é uma parte do porto de Génova), pelo tipo de produtos que por ele transitam (produtos petrolíferos e petroquímicos) e pelas soluções alternativas existentes no sistema portuário.

75. Esta argumentação do SEPG, tal como foi formulada, não merece acolhimento. No presente caso, considero que a jurisprudência é clara. No acórdão *Merci*, o Tribunal decidiu que: «Tendo designadamente em conta o volume do tráfego no porto em questão e a importância que reveste este último em relação ao conjunto das actividades de importação e exportação por via marítima no Estado-Membro em questão, esse mercado pode ser considerado como constituindo uma parte substancial do mercado comum» ⁷¹.

76. O mercado em causa no presente processo é o da prestação de serviços de prevenção da poluição numa parte do porto de Génova, onde, graças às instalações portuárias especiais aí existentes, é possível a carga e descarga de produtos petrolíferos, químicos e petroquímicos. Dos dados sobre o volume de produtos transitados (petrolíferos, químicos e petroquímicos) relativos ao Porto petroli de Génova e correspondentes a uma percentagem significativa de todos os produtos que transitam em todo o porto, dados esses comunicados pelos representantes da Calì e da Comissão na audiência, resulta que através do Porto petroli de Génova é servida toda a região da Ligúria. É portanto evidente a sua importância estratégica, pela proximidade das importantes zonas industriais do

66 — Trata-se da *Compagnia unica lavoratori merci varie del porto di Genova*.

67 — Acórdão já referido na nota 1 (n.º 28).

68 — Tal seria, aliás, contra-indicado, uma vez que, segundo a legislação nacional, foram confiadas ao CAP tanto actividades económicas como administrativas.

69 — Acórdão já referido na nota 13.

70 — N.º 41.

71 — Acórdão já referido na nota 1 (n.º 15).

Noroeste de Itália. Com base na jurisprudência *Merci* ⁷², o mercado em que o SEPG actua (a prestação de serviços de prevenção da poluição no domínio do Porto petroli de Génova) deve considerar-se uma parte substancial do mercado comum.

77. Uma vez que, como decorre do despacho de reenvio e da legislação italiana em discussão, foi atribuído ao SEPG o monopólio das actividades de prevenção da poluição (bem como de intervenção em caso de acidente ecológico) numa parte substancial do mercado comum, este facto, por si só, segundo jurisprudência constante ⁷³, demonstra o carácter dominante da empresa em causa.

78. Pelas razões expostas, considero que a solução adoptada no processo *Merci* pode ser aplicada também no presente caso, isto é, poder-se-á considerar que, no ramo de actividade que é o seu, caracterizando-se como empresa que beneficia de um monopólio, o SEPG detém uma posição dominante numa parte substancial do mercado comum, lembrando, porém, que «o simples facto de se criar uma posição dominante por via da concessão de direitos exclusivos, na acepção do n.º 1 do artigo 90.º do Tratado, não é, enquanto tal, incompatível com o artigo 86.º», tal como tem decidido, de modo constante, o Tribunal de Justiça ⁷⁴.

b) Resposta à segunda questão prejudicial: uso abusivo de uma posição dominante

79. Uma vez que foi posta ao órgão jurisdicional nacional a questão de saber se o SEPG é uma empresa que explora abusivamente a posição dominante que detém no Porto petroli, de modo que ameaça falsear a concorrência no mercado intracomunitário, questão essa suscitada pela recusa da Calì de pagar as facturas respeitantes à utilização, pelos seus navios-cisterna, dos cais do Porto petroli, considero que esta questão deve ser examinada apenas do ponto de vista das actividades do SEPG consistentes na vigilância antipoluição. Não é, portanto, necessário analisar o que aconteceria no caso de efectivamente ter ocorrido um acidente que tivesse dado origem a poluição do ambiente do Porto petroli, questão esta sobre a qual o juiz nacional não tem que se pronunciar. Caso contrário, o Tribunal daria resposta a uma questão que não é necessária à solução do litígio perante ele pendente ⁷⁵, ou seja, pronunciar-se-ia sobre uma questão hipotética sobre a qual o juiz nacional não foi chamado a decidir ⁷⁶. Aliás, o Tribunal tem constantemente decidido que «não é competente para dar uma resposta ao órgão jurisdicional de reenvio, quando as questões que lhe são colocadas não têm qualquer relação com os factos ou o objecto da causa principal e não correspondem, deste modo, a uma

72 — Acórdão já referido na nota 1 (n.º 15). V. igualmente o acórdão *Corsica Ferries* (já referido na nota 13, n.º 41).

73 — V., por exemplo, os acórdãos *Merci* (n.º 14), *Höfner e Elser* (n.º 28) e *Corsica Ferries* (n.º 40), bem como o acórdão *ERT* (já referido na nota 59, n.º 31).

74 — Acórdão *Merci* (já referido na nota 1, n.º 16). V. igualmente o acórdão *Corsica Ferries* (já referido na nota 13, n.º 42).

75 — V. os acórdãos de 16 de Dezembro de 1981, *Foglia* (244/80, Recueil, p. 3045, n.º 21); de 8 de Novembro de 1990, *Gmurzynska-Bscher* (C-231/89, Collect., p. I-4003, n.º 20); de 28 de Março de 1993, *Kleinwort Benson* (C-346/93, Collect., p. I-615, n.º 24); e de 15 de Dezembro de 1995, *Bosman* (C-415/93, Collect., p. I-4921, n.º 60).

76 — V. o acórdão *Foglia* (n.ºs 18 e 20) e o acórdão de 3 de Fevereiro de 1983, *Robards* (149/82, Recueil, p. 171, n.º 19). V. também o acórdão de 15 de Junho de 1995, *Zabala Erasun e o.* (C-422/93, C-423/93 e C-424/93, Collect., p. I-1567, n.º 29).

necessidade objectiva para a solução do litígio no processo principal» ⁷⁷.

80. Depois deste esclarecimento preliminar, analisarei a questão de saber em que medida a validação, pelo CAP, das tabelas para uso pelo SEPG origina, nestas condições, uma exploração abusiva da sua posição dominante, na acepção do artigo 86.º, segundo parágrafo, alíneas a), c) e d) do Tratado.

i) Violação do artigo 86.º, segundo parágrafo, alínea a)

81. Segundo a Calì, o sistema de facturação imposto pelo CAP, independentemente do facto de, finalmente, não terem sido prestados, pelo SEPG, quaisquer serviços aos utentes do porto, sistema esse que não tem em consideração a perigosidade dos produtos transportados mas apenas a arqueação dos navios e as quantidades do produto, constitui uma condição não equitativa de transacção, na acepção da alínea a) do artigo 86.º Alega que são exigidas aos utentes do Porto petroli remunerações por serviços não solicitados e pelos quais são debitados preços desproporcionados.

82. Segundo o SEPG, a tabela por ele aplicada não constitui uma condição não equitativa de transacção, dado que o transportador pode incorporar o respectivo custo no preço do transporte. Pela natureza da actividade que exerce, os critérios utilizados para a definição do montante devido, proporcional à arqueação dos navios e às quantidades do produto, não podem considerar-se uma condição não equitativa de transacção. É isto porque, segundo alega, os preços são definidos depois de um inquérito específico e minucioso de especialistas do sector e de negociações com os utentes do Porto petroli e, em qualquer caso, tendo em conta o seu baixo montante, não podem ser considerados desproporcionados.

83. Se se tiver em conta a natureza dos serviços prestados pelo SEPG ⁷⁸, de um modo geral, a todos os utilizadores do Porto petroli, considero que os critérios com base nos quais é definido o montante das quantias devidas, proporcional à arqueação dos navios e às quantidades de produto transportadas e não à natureza, à qualidade e à capacidade poluente destes, não podem ser considerados uma condição de transacção não equitativa. Na minha opinião, são critérios aceitáveis, porque objectivos. Ao mesmo resultado se chega analisando o montante das quantias em

⁷⁷ — V., por exemplo, o acórdão de 5 de Outubro de 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Colect., p. I-2883, n.º 45), e o acórdão Corsica Ferries (já referido na nota 13, n.º 14).

⁷⁸ — A carga e a descarga de produtos petrolíferos, químicos e petroquímicos implicam um risco para o ambiente, que justifica a existência do serviço de vigilância in causa para evitar uma eventual poluição.

dívida, que é bastante baixo ⁷⁹, de tal modo que seria difícil, na minha opinião, considerar-se que houve violação do artigo 86.º, alínea a).

84. Inversamente poder-se-ia considerar que houve violação do artigo 86.º, alínea a), porque a posição dominante do SEPG, ao qual foi confiado, nos termos das disposições da lei nacional em discussão, um direito exclusivo, implica, por esta razão, uma remuneração por serviços não expressamente solicitados pela Calì ⁸⁰. O problema consiste em saber se esta exploração «abusiva» da sua posição dominante pode ser justificada ao abrigo do disposto no artigo 90.º, n.º 2, problema que analisarei adiante [em d)].

ii) Violação do artigo 86.º, segundo parágrafo, alínea c)

85. Segundo o tribunal nacional, a emissão obrigatória pelo SEPG de facturas que, pelo facto de incidirem exclusivamente sobre os navios acostados, afectam um sujeito de

direito diferente do obrigado a praticar os actos técnicos necessários ⁸¹, tem como consequência a inevitável inversão da responsabilidade pela eventual poluição e pelos custos da acção antipoluição. Isto é, o tribunal nacional põe, no fundo, a questão de saber se existe exploração abusiva de uma posição dominante, pela imposição de condições desiguais a prestações equivalentes, na acepção do artigo 86.º, segundo parágrafo, alínea c), do Tratado.

86. Esta argumentação não merece acolhimento. Não penso que se possa considerar que são impostas condições desiguais a prestações equivalentes, no presente caso, entre a SpA Porto petroli di Genova, que efectua as cargas e descargas, e os afretadores/destinatários do produto, por um lado, e os navios-cisterna, por outro, porque as quantias devidas só podem ser cobradas aos navios que utilizam as instalações portuárias e que poderiam, por qualquer razão, provocar um acidente ecológico, e porque, em última análise, são cobradas ao empresário em nome do qual o transporte e a carga e a descarga são efectuados.

iii) Violação do artigo 86.º, segundo parágrafo, alínea d)

87. Segundo a Calì, o serviço de vigilância antipoluição prestado pelo SEPG constitui

79 — Resulta do despacho de reenvio que, pela prestação de serviços do SEPG à Calì, esta recebeu uma ordem para pagamento de um montante global de 8 708 928 LIT. A Comissão explica que este montante corresponde a 18 facturas do SEPG emitidas a cargo da Calì pela utilização dos pontões do Porto petroli, de 31 de Janeiro de 1992 a 31 de Janeiro de 1994.

80 — No acórdão Mercei (já referido na nota 1), o Tribunal decidiu (n.º 19) que existia um comportamento abusivo, porque as empresas em posição dominante existentes, às quais tinham sido concedidos, nos termos da legislação nacional em discussão, direitos exclusivos, eram, por este motivo, entre outros, levadas «tanto a exigir o pagamento de serviços não solicitados como a facturar preços desproporcionados...»

81 — Neste caso, a SpA Porto petroli di Genova e os afretadores/destinatários da mercadoria.

uma prestação suplementar que não é necessária ao contrato de atracagem celebrado entre o transportador e o Porto petroli. Tratar-se-ia, portanto, de um aumento dos custos desnecessário e injustificado, sofrido pelo transportador, e tal seria contrário ao artigo 86.º, alínea d), do Tratado.

do SEPG se justifica à luz do disposto no artigo 90.º, n.º 2, questão que analisarei a seguir [em d)].

c) Resposta à terceira questão prejudicial: influência no comércio entre Estados-Membros

88. Segundo a Comissão, o CAP, através da sua filial SEPG, infringe o artigo 86.º, segundo parágrafo, alínea d), ao impor indistintamente a todos os navios que acostam no Porto petroli um serviço que, pela natureza do produto transportado (em caso de transporte de um produto não poluente do ambiente), é inútil e injustificado.

89. Esta argumentação baseada numa evidente subavaliação da importância que reveste a prevenção para protecção do ambiente do porto e para evitar acidentes ecológicos, no interesse dos utentes, só poderia considerar-se fundada, pelo menos à primeira vista, se ignorássemos completamente a natureza dos serviços prestados aos utentes do Porto petroli. Parece-me difícil, porém, admitir que o montante devido pelos serviços de vigilância antipoluição constitui um suplemento inútil e injustificado das despesas suportadas pelo transportador, mesmo que o navio deste disponha de equipamento antipoluição próprio, adaptado ao tipo de produto a carregar e descarregar. A questão que mais uma vez se põe é a de saber se essa exploração «abusiva» da posição dominante

90. Segundo a Calì, a facturação a que o SEPG procede leva a um agravamento injustificado do custo do transporte, que se repercute no custo dos produtos importados ou exportados. Portanto, o monopólio de que o SEPG beneficia falseia a concorrência em prejuízo de outras empresas, italianas ou originárias de outros Estados-Membros, interessadas em prestar no Porto petroli serviços idênticos.

91. Tendo em conta a grande importância do porto de Génova no comércio internacional e a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça ⁸², de acordo com a qual «o artigo 86.º não exige que se comprove que o comportamento abusivo afectou, de facto, de modo sensível, o comércio entre Estados-Membros, mas impõe que se comprove que esse com-

82 — V., por exemplo, os acórdãos de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão (322/81, Recueil, p. 3461, n.º 104); de 11 de Novembro de 1986, British Leyland/Comissão (226/84, Collect., p. 3263, n.º 20); e o acórdão Hoffner e Elser (já referido na nota 14, n.º 32).

portamento é susceptível de produzir tal efeito», julgo que, no presente caso, se poderia sustentar que o comportamento do SEPG, que consiste no abuso de uma posição dominante, na acepção do artigo 86.º, pode afectar o comércio entre Estados-Membros.

3) *Quanto a saber se o SEPG é uma empresa encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral*

92. Como foi salientado pelo representante do Governo italiano, tanto nas suas observações escritas como na audiência, o SEPG gere um serviço de utilidade pública. De onde decorre que pode ser considerado como uma empresa encarregada da gestão de um serviço público de interesse económico geral, para efeitos do disposto no artigo 90.º, n.º 2, e, em consequência, que as regras da concorrência não se aplicam ao caso em apreço.

93. Segundo o Governo do Reino Unido, deve considerar-se que, ao contrário do que acontecia no caso *Merci*, a autoridade portuária, com a qual o SEPG forma um todo único, presta um serviço de interesse económico geral, na acepção do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado.

94. A Comissão sustenta, em sentido contrário, que, segundo a jurisprudência *Merci*, as actividades portuárias, entre as quais se incluem as desenvolvidas pelo SEPG, não apresentam características especiais em relação às outras actividades da vida económica, que justifiquem a aplicação, nesse caso, da excepção prevista no artigo 90.º, n.º 2.

95. Nos termos do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado, «As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada.» Como este conceito («empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral») implica uma derrogação às regras comunitárias da concorrência, o Tribunal de Justiça interpreta-o em sentido estrito⁸³. Neste quadro, analisarei a seguir em que medida as regras da concorrência são aplicáveis também no caso do SEPG.

96. Não há dúvida de que as empresas encarregadas da gestão de um serviço de interesse

83 — V., por exemplo, o acórdão de 21 de Março de 1974, *BRT* (127/73, *Collect.*, p. 165, n.º 20).

económico geral⁸⁴ exercem «actividades que beneficiam directamente a colectividade»⁸⁵. No caso em apreço, na minha opinião, se se considerar o SEPG uma empresa à luz do direito comunitário da concorrência, deve-se, de qualquer modo, incluí-lo nesta categoria de empresas, pela natureza das actividades por ele exercidas.

97. Isto é, no presente caso, deve, segundo julgo, reconhecer-se que resulta dos elementos constantes dos autos comunicados pelo juiz nacional e das observações escritas apresentadas no Tribunal de Justiça que as actividades do SEPG, sendo embora actividades de natureza económica, são dirigidas à realização de um interesse económico geral. Penso que deve considerar-se que constitui gestão de um serviço de interesse económico geral o exercício de uma vigilância permanente das instalações portuárias, para evitar a poluição e para as manter num estado que permita, sem perigos, quer para os utentes do Porto petrolífero quer para os habitantes e empresários das zonas vizinhas deste, a normal acostagem e a carga e descarga dos navios-cisterna⁸⁶.

98. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para que a questão da aplicabilidade do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado se ponha, a gestão do serviço de interesse económico geral deve ter sido confiada a uma empresa determinada por um «acto da autoridade pública»⁸⁷. No caso ora em apreço, constituem um «acto da autoridade pública», na acepção acima referida, de atribuição da gestão de um serviço público de interesse económico geral a uma determinada empresa ou, mais precisamente, de definição das obrigações que impendem sobre a empresa no exercício dessa gestão, as decisões do presidente do CAP, pelas quais foi confiado ao SEPG, em regime de exclusividade, a prestação de serviços de vigilância antipoluição no porto de Génova.

99. Daqui surge a questão de saber se as limitações à concorrência são necessárias ao cumprimento pelo SEPG da missão específica que lhe foi confiada.

100. O Tribunal de Justiça admitiu a possibilidade de limitações à concorrência por parte de outros operadores económicos⁸⁸, mas só «na medida em que as mesmas se afigurem necessárias para permitir à empresa encarre-

84 — O Tribunal já considerou, por várias vezes, que certas actividades tinham um interesse económico geral, por exemplo: a manutenção da navegabilidade de uma importante rota fluvial (acórdão de 14 de Julho de 1971, Müller e o., 10/71, Colect., p. 251), a prestação de serviços no sector das telecomunicações (acórdão de 30 de Abril de 1974, Sacchi, 155/73, Colect., p. 223), a exploração de linhas aéreas não rentáveis do ponto de vista comercial (acórdão de 11 de Abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen e o., 66/86, Colect., p. 803) e os serviços de correios (acórdão de 19 de Maio de 1993, Corbeau, C-320/91, Colect., p. I-2533).

85 — Foi isto mesmo que afirmou o advogado-geral W. Van Gerven, no n.º 27 das conclusões no processo Mercier (já referido na nota 1). V. igualmente o n.º 137 das conclusões do advogado-geral M. Darmon no processo Almelo (já referido na nota 59).

86 — V., no acórdão Mercier (já referido na nota 1, n.º 27), um raciocínio semelhante do Tribunal de Justiça.

87 — V. os acórdãos BRT (já referido na nota 83, n.º 20); Ahmed Saeed Flugreisen e o. (já referido na nota 84, n.º 55); e de 14 de Julho de 1981, Züchner (172/80, Recueil, p. 2021, n.º 7).

88 — V. o acórdão Almelo (já referido na nota 59, n.º 49), relativo a uma empresa à qual tinha sido confiada, sob a forma de uma concessão exclusiva de direito público, a missão de garantir o fornecimento de energia eléctrica só de uma parte do território nacional.

gada de tal missão de interesse geral cumpri-la. A este respeito, é necessário ter em conta as condições económicas em que se encontra a empresa, nomeadamente os custos que deve suportar e as regulamentações, especialmente em matéria de ambiente, a que está sujeita». Declarou que ⁸⁹ competia ao órgão jurisdicional nacional examinar se a limitação à concorrência é necessária para permitir à empresa encarregada dessa missão de interesse geral cumpri-la ⁹⁰.

101. Tendo em conta os elementos constantes dos autos e das observações escritas apresentadas no Tribunal de Justiça, considero que a aplicação das regras da concorrência do Tratado poderia obstar ao cumprimento pelo SEPG da sua missão. Mais concretamente, além de, na prática, o exercício das actividades de vigilância antipoluição não poder ser concebido como podendo ser exercido por muitos organismos concorrentes entre si e, por esta razão, ineficazes, se fosse permitido aos empresários particulares concorrerem o organismo que beneficia dos direitos exclusivos nos sectores da sua escolha correspondentes a esses direitos, seria possível que estes se interessassem exclusivamente pelas actividades económicas lucrativas ligadas, por exemplo, à vigilância das cargas e descargas dos navios-cisterna só de algumas sociedades e que propusessem preços mais interessantes do que os aplicados pela instituição com

direitos exclusivos, dado que, ao contrário desta, os empresários privados não seriam obrigados, por motivos económicos, a compensar as perdas ocasionadas pelos sectores não rentáveis com os ganhos obtidos nos sectores mais rentáveis ⁹¹. Mas uma solução deste tipo significaria uma desvalorização da necessidade de uma protecção durável e eficaz do ambiente, necessidade esta cuja satisfação constitui uma missão da Comunidade e dos Estados-Membros.

102. Em resumo, caso o Tribunal considere — e só neste caso — que o SEPG é uma empresa, para efeitos de direito comunitário da concorrência, então, pela natureza das funções que lhe foram confiadas (protecção para evitar a poluição do ambiente), concluo que se trata de uma empresa encarregada de uma missão de interesse económico geral, na acepção do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado. Por conseguinte, compete ao tribunal nacional avaliar, com base nos elementos fornecidos pela sociedade interessada, o SEPG, quais as exigências do interesse público que deve satisfazer e que a forcem a actuar em contradição com o disposto nos artigos 86.º e 90.º, n.º 1, do Tratado ⁹².

91 — V., a propósito de um problema análogo, o acórdão Corbeau (já referido na nota 84, n.º 18).

92 — Evidentemente, se o órgão jurisdicional nacional chegar à conclusão de que as condições complementares do artigo 90.º, n.º 2, estão reunidas, pode, especialmente no que se refere à questão de saber se a missão confiada ao Estado-Membro e o cumprimento desta não constituem uma forma de desenvolvimento do comércio contrária aos interesses da Comunidade, dirigir-se, se assim o entender, à Comissão, para que esta lhe dê uma resposta a esta questão, fornecendo-lhe os elementos jurídicos e económicos com base nos quais possa responder à questão. É isto por analogia com o que foi declarado pelo Tribunal de Justiça relativamente à aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, por exemplo, no acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis (C-234/89, Colect., p. I-935, n.º 53), e no despacho, mais antigo, de 13 de Julho de 1990, Zwartveld e o. (C-2/88 Imm., Colect., p. I-3365, n.º 18). V. ainda o n.º 28 das conclusões do advogado-geral W. Van Gerven no processo Mercier (já referido na nota 1).

89 — V., por exemplo, os acórdãos Almelo (já referido na nota 59, n.º 50) e Corbeau (já referido na nota 84, n.º 16 a 19).

90 — V. também, a título de exemplo, os acórdãos Almelo (n.º 50) e Corbeau (n.º 20). V. igualmente o acórdão Ahmed Saced Flugreisen e o. (já referido na nota 84, n.º 55 a 57).

VI — Conclusão

103. Tendo em conta o que acima se disse, proponho que seja dada a seguinte resposta às questões prejudiciais submetidas pelo Tribunale di Genova:

«Não constitui uma empresa, na acepção dos artigos 86.º e 90.º do Tratado, uma sociedade portuária, como a descrita no despacho de reenvio, à qual foi confiada a protecção/vigilância para evitar a poluição do meio ambiente aquático de um porto.»