

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
ALAIN DUTHEILLET DE LAMOTHE
apresentadas em 1 de Julho de 1971 *

*Senhor Presidente,
Senhores Juizes,*

As disposições essenciais deste texto são as seguintes:

As origens do presente processo são bastante longínquas.

Por um tratado assinado no Luxemburgo em 27 de Outubro de 1956, relativo à navegabilidade do rio Mosela, a República Federal da Alemanha, a República Francesa e o Grão-Ducado do Luxemburgo comprometeram-se, mediante um acordo muito complexo, a tornar acessível aos barcos de uma certa tonelagem o curso do Mosela entre Thionville e Koblenz, de forma que, tendo em conta cláusulas anexas ao mesmo tratado, estes barcos pudessem circular da Lorena ao Atlântico.

A assinatura deste tratado e sobretudo a realização dos seus objectivos colocavam ao Governo luxemburguês o problema da beneficiação de um ou de vários portos no Mosela na parte do curso deste rio que constitui a fronteira entre o Grão-Ducado e a Alemanha Federal, relativamente à qual já existiam acordos internacionais muito antigos aos quais regressaremos daqui a pouco.

O problema das instalações portuárias na margem luxemburguesa do Mosela foi resolvido por uma lei de 22 de Julho de 1963, relativa à beneficiação e à exploração de um porto fluvial na região de Mertert.

1. Será criado um porto fluvial no Mosela, na região de Mertert, devendo o perímetro exacto deste porto ser fixado por decretos ministeriais.

2. A beneficiação e a exploração desse porto são confiados a uma sociedade de economia mista (que foi a seguir denominada Sociedade do porto fluvial de Mertert). O Estado luxemburguês concedia gratuitamente a esta sociedade os terrenos necessários e participava, até ao limite máximo de cinco milhões de francos, na constituição do seu capital inicial. Qualquer que fosse a percentagem do capital constitutivo da participação do Estado luxemburguês, o Governo luxemburguês designaria, pelo menos, metade dos membros do conselho de administração e metade dos membros do colégio dos comissários.

3. Finalmente, o artigo 12.º da lei previa que a beneficiação, o estabelecimento ou a exploração de qualquer porto, cais de embarque ou de desembarque no Mosela necessitavam de uma autorização governamental concedida após parecer da sociedade de economia mista, e que esta sociedade seria igualmente consultada para o exercício, pelo Governo luxemburguês, do direito de observador que possui por força de acordos internacionais sobre a instalação de portos ou de cais na margem alemã do Mosela.

* Língua original: francês.

Este último artigo da lei de 1963 foi depois julgado insuficiente e foi precisado e completado por uma lei de 1968.

Esta lei compõe-se de dois artigos:

- o artigo 1.º modifica o artigo 12.º inicial, prevendo, nomeadamente, que a autorização de exploração de portos ou de cais fora do perímetro concedido à sociedade do porto de Mertert poderá incluir condições restritivas relativas, designadamente, «à natureza, à proveniência ou ao destino e à quantidade das mercadorias a carregar ou a descarregar».
- o segundo artigo da lei de 1968 acrescenta à lei de 1963 um artigo 13.º, que prevê sanções penais contra, por um lado, quem explorar um porto ou um cais sem autorização, e, por outro, os titulares de uma autorização que não respeitem as condições ou as limitações incluídas nessa autorização.

São estas últimas disposições que estão directamente na origem do litígio a propósito do qual os órgãos jurisdicionais luxemburgueses solicitaram a intervenção do Tribunal, nos termos do artigo 177.º do Tratado de Roma.

Uma empresa familiar luxemburguesa, a sociedade J. P. Hein, explorava, desde há muito tempo, uma empresa de dragagem no Mosela.

A realização dos trabalhos de navegabilidade fazia evidentemente perder a esta empresa o seu objecto social essencial.

Portanto, procurou «reconverter-se», como hoje se diz.

Após a aprovação da lei de 1963, a empresa Hein pediu às autoridades competentes autorização para aumentar o cais que tinha construído na região de Bech Kleinmacher, para aí efectuar certas operações de comércio.

Foram-lhe concedidas várias autorizações temporárias, quer antes quer após 14 de Julho de 1965, data em que o porto de Mertert entrou em funcionamento.

Finalmente, em 17 de Fevereiro de 1967, as autoridades luxemburguesas concederam à sociedade Hein autorização para utilizar o seu cais, mas unicamente para operações estritamente limitadas:

- 1) devia tratar-se de operações efectuadas por conta da própria sociedade Hein, e não por conta de outrem;
- 2) as operações deviam satisfazer as condições seguintes: «descarregamento de areia, de gravilha, de cascalho, de saibro e de pedras, provenientes de saibreiras ou de pedreiras, a britar ou a separar por ela» (trata-se da sociedade Hein) «no local, e carregamento destas mercadorias após selecção e britagem».

Em 1968, e com algumas semanas de intervalo, os gestores dos portos de Trier, na Alemanha, e de Mertert, no Grão-Ducado do Luxemburgo, tomaram conhecimento de que a firma Hein tinha utilizado o seu porto para operações relativas a produtos carboníferos.

À palavra «carvão», os dois gestores desses portos reagiram como faziam antigamente os velhos cavalos de batalha quando as trombetas tocavam ao ataque.

O porto de Trier, em primeiro lugar (e isso mostra bem que não se trata apenas de um conflito entre luxemburgueses), depois, o porto de Mervelt, apresentaram ao Procureur d'État do Luxemburgo queixas dirigidas contra a firma Hein, baseadas nas disposições do artigo 13.º da lei de 1968.

Por sentença do tribunal correctionnel do Luxemburgo, datada de 20 de Fevereiro de 1970, confirmada por um acórdão da Cour supérieure de justice do Grão-Ducado, de 15 de Fevereiro de 1971, os órgãos jurisdicionais luxemburgueses competentes decidiram:

1) que os factos imputados aos acusados estavam provados e eram proibidos pelas disposições da lei de 22 de Julho de 1963, na redacção que lhe foi dada pela lei de 26 de Junho de 1968;

2) que, no entanto, se devia sobrestar na decisão quanto à culpabilidade dos acusados e à pena até que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, nas condições previstas pelo artigo 177.º do Tratado de Roma, se tenha pronunciado sobre as questões seguintes:

«a) se, de uma maneira geral, no domínio em questão, o direito comunitário confere directamente direitos aos particulares (sujeitos jurídicos nacionais) e se, em particular, é esse o caso na matéria regulamentada pela lei luxembur-

guesa de 22 de Julho de 1963, que tem por objecto a beneficiação e a exploração de um porto fluvial no Mosela, na redacção que lhe foi dada pela lei de 26 de Junho de 1968, que tem o mesmo objecto;

b) caso seja respondido afirmativamente à primeira questão, se, e em que medida, as disposições das referidas leis são incompatíveis quer com o texto e o espírito do Tratado de Roma, quer com as medidas de natureza regulamentar, ou outras obrigações estabelecidas pelos órgãos competentes instituídos pelos ditos tratados».

I

A Comissão e mais ainda o Governo luxemburguês contestam formalmente a regularidade deste reenvio prejudicial e pedem ao Tribunal que declare as duas questões inadmissíveis:

— a primeira, por ser demasiado imprecisa para que o Tribunal lhe possa responder,

— a segunda, porque o Tribunal não é competente para se pronunciar sobre a compatibilidade de uma lei nacional com as disposições do Tratado.

A — No que respeita à segunda questão, é certo que, tal como ela é apresentada ao Tribunal, este é incompetente para lhe responder.

Todavia, não é a primeira vez que o Tribunal se confronta com uma tal dificuldade e, até agora, ultrapassou-a sempre sem formalismo e num espírito de colaboração confiante com os juízes nacionais. Com efeito, em casos parecidos, admitiu sempre que o que lhe era pedido numa formulação inadequada era, na realidade, que interpretasse disposições comunitárias a fim de permitir ao órgão jurisdicional nacional aplicá-las correctamente e retirar todas as consequências que elas possam implicar (v., designadamente, o acórdão de 21 de Outubro de 1970, Lesage, 20/70, Collect. 1969-1970, p. 537).

Propomos ao Tribunal que adopte a mesma atitude neste caso, se bem que a circunstância de o juiz luxemburguês não ter precisado as disposições do direito comunitário cuja interpretação necessita torne a vossa tarefa mais difícil; e isto leva-nos a examinar a admissibilidade da primeira questão.

B — No que diz respeito à primeira questão, é evidentemente lamentável que os juízes luxemburgueses não tenham precisado mais claramente as disposições do Tratado de Roma ou do direito comunitário derivado cuja interpretação e definição do âmbito de aplicação pedem ao Tribunal.

Efectivamente, sendo-lhe submetida uma questão ao abrigo do artigo 177.º do Tratado, o Tribunal só pode interpretar o direito comunitário para ajudar o juiz nacional a decidir o litígio que lhe está submetido.

Ora, é bem evidente que é o juiz nacional quem está melhor colocado para determinar quais são as disposições comunitárias cuja interpretação necessita e, ao precisar muito exactamente quais são estas disposições, facilita simultaneamente o papel do Tribunal e o seu.

Mas a imprecisão da questão apresentada deve levar o Tribunal a considerá-la inadmissível?

Não o pensamos, por duas razões:

- 1) É oportuno frisar que, embora a decisão dos tribunais luxemburgueses suscite as maiores reservas quanto à forma como é formulada, merece, do ponto de vista comunitário, os mais vivos elogios no que respeita às considerações gerais que a precedem.

Com efeito, admite, sem mesmo considerar necessário recordá-lo, o princípio segundo o qual, mesmo em matéria penal, a aplicabilidade de uma lei nacional posterior ao Tratado de Roma ou a uma outra disposição do direito comunitário derivado pode ser posta em causa pela existência da ordem jurídica comunitária.

A este propósito, não nos devemos esquecer que a Cour supérieure de justice do Luxemburgo foi o primeiro dos órgãos jurisdicionais supremos dos Estados-membros a afirmar, no seu acórdão de 14 de Julho de 1954, este primado do direito comunitário.

Esta consideração deve, em nossa opinião, entrar em linha de conta para determinar a extensão do esforço de interpretação que o Tribunal pode fazer para admitir a regularidade do reenvio.

- 2) Este esforço pode, julgamos, permitir delimitar com suficiente exactidão as

disposições do Tratado cuja interpretação é necessária ao juiz luxemburguês para decidir o litígio que lhe é submetido, e vamos tentar demonstrá-lo ao Tribunal.

II

Para delimitar as questões relativamente às quais é necessária ao juiz luxemburguês uma interpretação do Tribunal, é preciso evidentemente proceder *in limite litis* a um certo trabalho de «desaterro», por vezes mesmo de «escavação arqueológica».

A este respeito, gostaríamos de apresentar ao Tribunal as quatro observações prévias seguintes:

A — Primeira observação

No presente caso, o Tribunal só deve tomar em consideração as disposições do Tratado de Roma e, eventualmente, do direito comunitário derivado deste Tratado.

Isso simplifica o problema, uma vez que o Tribunal sabe como são complexas, examinadas no âmbito do Tratado CECA, as questões suscitadas tanto pelos acordos relativos à navegabilidade do Mosela como pela sua aplicação, e conhece as controvérsias que este assunto provocou ¹.

1 — V., sobre este ponto:

- *Revue de la navigation intérieure et rhénane*, 1957, p. 147;
- Centre pour l'étude scientifique des transports de Rotterdam: *Le régime relatif à la navigation de la Moselle*, étude collective, 1960;
- Scholtens, in revista neerlandesa *Verkeer*, n.º 4, 1960, p. 200-215.

Mas o órgão jurisdicional luxemburguês só submeteu ao Tribunal, e só podia aliás legalmente submeter-lhe, questões relativas ao Tratado CEE.

B — Segunda observação

Convém, em nossa opinião, afastar do debate os tratados internacionais relativos ao Mosela, mesmo se uma parte da legislação luxemburguesa de 1963 e de 1968 deles resulta mais ou menos directamente.

Alguns desses tratados são muito antigos.

Como o Tribunal sabe, o acto final do Congresso de Viena atribuiu à Prússia todas as partes do Ducado do Luxemburgo situadas a leste do Mosela, do Sûre e do Our, com excepção da cidade de Vianden.

A delimitação das fronteiras do Luxemburgo foi fixada por um tratado anexo, celebrado em Aix-la-Chapelle em 26 de Junho de 1816, entre o rei dos Países Baixos, na qualidade de grão-duque do Luxemburgo, e o rei da Prússia.

O artigo 27.º deste tratado institui o que se costuma chamar agora o «condomínio» do Luxemburgo e da Alemanha no curso do Mosela-fronteira.

Com efeito, dispõe que «em toda a parte onde ribeiras, riachos ou rios fizerem fronteira, serão comuns aos dois Estados...», mas cada

Estado será exclusivamente encarregado de velar pela conservação das margens situadas do seu lado.

Não poderá ser feita, no curso dos rios, nem no estado actual das margens, qualquer inovação, nem ser autorizada qualquer concessão ou derivação de águas sem a intervenção e o consentimento dos dois governos...

Também, mais recentemente, o tratado sobre a navegabilidade do Mosela inclui, pelo menos num dos seus artigos, o artigo 29.º, certas cláusulas relativas aos portos.

Mas a existência destes acordos internacionais, em nossa opinião, não tem influência directa na aplicação do Tratado de Roma.

Com efeito, trata-se de convenções celebradas exclusivamente entre Estados-membros antes da entrada em vigor do Tratado.

Estas convenções não entram, pois, no âmbito de aplicação do artigo 234.º, que só abrange os tratados concluídos entre, por um lado, um ou vários Estados-membros e, por outro lado, Estados terceiros.

Aliás, o Tribunal decidiu, no acórdão de 27 de Fevereiro de 1962, Comissão/Itália (10/61, Colect. 1962-1964, p. 1), que mesmo quando um tratado como o do GATT vinculava simultaneamente Estados-membros entre si e estes Estados-membros com Estados terceiros, contudo, «o Tratado da Comunidade Económica Europeia tem primazia nas matérias que regula sobre as convenções celebradas antes

da sua entrada em vigor entre os Estados-membros, incluindo as convenções celebradas no âmbito do GATT».

O mesmo se passa *a fortiori*, julgamos, em relação a convenções como as que acabámos de referir, que foram celebradas unicamente entre Estados-membros ou Estados nos direitos dos quais se substituíram os Estados-membros.

Ficámos um pouco inquietos a este respeito por ouvir no outro dia o representante do Governo luxemburguês esboçar uma tese segundo a qual, sendo o Tratado de Aix-la-Chapelle um tratado «político», um tratado de delimitação de fronteiras, nenhuma das suas cláusulas teria podido ser afectada pela entrada em vigor do Tratado de Roma.

Se se tomasse à letra a tese assim delineada, ela seria manifestamente exagerada, como mostra o exemplo seguinte que propositadamente escolhemos nos limites do absurdo: numerosos tratados de paz incluem, a par de cláusulas territoriais, obrigações de ordem comercial (cláusula da nação mais favorecida, etc.); não ocorre à ideia de ninguém pretender que estas cláusulas económicas ou comerciais permaneceram forçosamente aplicáveis posteriormente à entrada em vigor do Tratado do mercado comum, porque as cláusulas territoriais contidas nos mesmos acordos continuam a produzir efeitos.

Seja qual for a natureza dos tratados celebrados anteriormente à entrada em vigor do Tratado de Roma, as disposições deste último, nas matérias que regulamenta, têm primazia sobre as cláusulas dos ditos tratados relativas às mesmas questões.

Aliás, é exactamente porque reconheceram este princípio geral do primado do Tratado de Roma que os autores deste Tratado consagraram um artigo particular, o artigo 233.º, a certas convenções anteriores que vinculam alguns dos Estados-membros entre si, convenções entre as quais não figuram os acordos que acabamos de mencionar.

Se fosse necessário, entendemos que seria oportuno recordar este princípio do primado do Tratado de Roma nas matérias que regula sobre todos os outros acordos internacionais celebrados anteriormente entre os Estados-membros.

Mas isso é necessário no presente caso?

Pela nossa parte, não o entendemos.

O órgão jurisdicional luxemburguês não suscitou esta questão.

Além disso, o artigo 109.º do Tratado de Viena, do qual o Tratado de Aix-la-Chapelle é apenas um texto de aplicação, assim como o artigo 29.º, segundo parágrafo, do tratado sobre a navegabilidade do Mosela, instituem um princípio de não discriminação perfeitamente conforme com as obrigações subscritas pelos Estados-membros quando assinaram o Tratado CEE.

Nestas condições, não pensamos que seja indispensável invocar no acórdão a questão da eventual interferência de tratados anteriores com as disposições do Tratado de Roma.

C — *Terceira observação*

A nossa terceira observação diz respeito a uma questão que foi suscitada pela firma Hein e pela Comissão nas observações apresentadas na audiência. Trata-se de saber se o Tribunal pode limitar-se, no presente caso, a interpretar certas disposições do Tratado ou se deve igualmente interpretar, a propósito deste processo, um texto do direito comunitário derivado, o Regulamento (CEE) n.º 1017/68 do Conselho.

Como a Comissão, pensamos que é conveniente afastar do debate este regulamento comunitário, mas reconhecemos de bom grado que esta solução não é evidente.

Com efeito, este regulamento, relativo à aplicação de regras de concorrência nos sectores dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável, indica, no artigo 1.º, que visa não só as empresas de transporte propriamente ditas, mas também as operações dos «auxiliares de transporte». Assim sendo, pode colocar-se a questão de saber se sociedades que exploram portos não cabem na categoria dos «auxiliares de transporte».

Não o pensamos, por duas razões:

— por um lado, no vocabulário muito particular do direito dos transportes, a expressão «auxiliares de transporte» tem geralmente um alcance relativamente limitado; transitários, empresas de agrupamento de encomendas ou de manutenção, etc.;

— por outro lado e sobretudo, a aplicação do Regulamento n.º 1017/68 às empresas portuárias levaria a consequências extremamente ilógicas.

Efectivamente, este regulamento só se aplica aos transportes fluviais. Resulta que, se se quisesse aplicá-lo aos portos, só os portos fluviais lhe ficariam submetidos, enquanto os portos simultaneamente fluviais e marítimos lhe ficariam submetidos apenas relativamente a uma fracção da sua actividade, fracção que seria bem difícil de isolar do restante dessa actividade.

Pensamos, portanto, que são somente disposições do Tratado que o Tribunal deverá interpretar a propósito do presente processo.

D — Quarta observação

E isto leva-nos directamente à nossa última observação; quais são, das disposições do Tratado, aquelas cuja interpretação é susceptível de esclarecer o juiz luxemburguês?

Sem dúvida alguma, o artigo 90.º, que é o único cujo sentido e alcance foram discutidos pelo Governo luxemburguês, pela Comissão e pela firma Muller-Hein.

Mas não deveríamos invocar igualmente um outro artigo do Tratado, o artigo 37.º?

Perguntamo-lo porque seria legítima, entendemos, uma interrogação sobre a questão de saber se um monopólio, mesmo limitado à

utilização de uma pequena parte do domínio fluvial de um Estado, não se inclui no âmbito de aplicação do artigo 37.º, quando esse monopólio, por muito limitado que seja, se combina com um regime de autorização relativo ao conjunto do domínio público fluvial e que dá à autoridade pública poderes tão alargados como os que resultam do artigo 12.º da lei luxemburguesa de 22 de Julho de 1963, na redacção que lhe foi dada pela lei de 1968.

Reflectindo, e não sem uma certa hesitação que não esconderemos ao Tribunal, não pensamos que este deva, no presente processo, interpretar o artigo 37.º do Tratado, e isso por duas razões:

a) Por maiores que sejam os poderes que o Tribunal se reconheça para extrair das decisões dos juizes nacionais as questões que estes pretenderam na realidade submeter-lhe, eles não podem ir até ao ponto de levar o Tribunal a examinar questões que o juiz nacional, manifestamente, não entendeu colocar-lhe (v., neste sentido, o acórdão de 6 de Maio de 1971, Cadillon, 1/71, Collect. 1971, p. 115).

Ora, neste caso, é manifesto que, tendo em conta a fundamentação da decisão de reenvio, o juiz luxemburguês só submeteu ao Tribunal problemas relativos à compatibilidade da lei luxemburguesa com as disposições do capítulo I do título I da terceira parte do Tratado relativa à política da concorrência, e não com as que figuram na segunda parte do Tratado.

b) Mas é sobretudo manifesto que a sociedade do porto de Mertert não constitui um organismo através do qual, *de jure*, o Estado luxemburguês controle, dirija ou

influencie sensivelmente, directamente ou indirectamente, as importações e as exportações entre os Estados-membros; as disposições dos tratados internacionais relativas à não discriminação, que ainda há pouco citávamos, bastam para o demonstrar.

A única questão que poderia então colocar-se no que diz respeito à aplicação do artigo 37.º consistiria em perguntar se este organismo desempenha *de facto* um papel equivalente.

Uma tal apreciação seria muito delicada; segundo certas informações publicadas na imprensa, a criação e a exploração deste porto, cujo défice inquieta o contribuinte luxemburguês, teriam tido essencialmente por efeito desenvolver o tráfego ferroviário alemão e belga.

Seja como for, tomar partido sobre uma tal questão implicaria um exame de dados de facto, exame a que o Tribunal não pode entregar-se no âmbito da competência que lhe confere o artigo 177.º do Tratado.

É pois unicamente à volta do artigo 90.º que se deve centrar o debate.

A este respeito, tendo em conta as preocupações expostas nos fundamentos da decisão pela qual se procedeu ao reenvio, pensamos que o Tribunal pode deduzir dessa decisão as três questões seguintes:

1) Uma sociedade de economia mista criada por lei, em cujo capital um Estado participa e para a gestão da qual o refe-

rido Estado obtém da lei nacional prerrogativas especiais, pode considerar-se como uma das empresas referidas no artigo 90.º

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão:

Em que condições deve considerar-se que essa empresa, quando está encarregada da beneficiação e da exploração de um porto fluvial, gere um serviço de interesse económico geral, na acepção do disposto no n.º 2 do artigo 90.º?

3) O artigo 90.º, n.º 2, tem efeito directo?

III

A resposta à primeira questão assim delimitada parece-nos dever ser positiva.

Com efeito, o artigo 90.º, no seu todo, diz respeito às empresas públicas em geral ou às empresas — públicas ou privadas — às quais os Estados concedem direitos especiais ou exclusivos.

O artigo 90.º, n.º 2, estabelece um regime especial para aquelas empresas que estão encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal.

O conceito de empresa pública, derivado dos conceitos anglo-saxónicos de «public corporation» ou de «public enterprise», é um conceito mais económico que jurídico e,

apesar dos múltiplos trabalhos consagrados a esta questão, designadamente no decurso dos colóquios de Bruxelas em 1963 e de Bruges em 1969, seria perigoso procurar dar, actualmente, uma definição geral no plano comunitário.

Esta definição só poderá resultar pouco a pouco da jurisprudência do Tribunal que, progredindo caso a caso, lhe delimitará os contornos, bem como, sob o controlo do Tribunal, dos regulamentos, directivas ou decisões comunitárias.

Mas no caso de uma sociedade como a criada pela lei luxemburguesa de 1963, a questão é, em nossa opinião, relativamente fácil de resolver.

Certamente, a circunstância de o Estado participar no capital de uma sociedade não é, pensamos, suficiente, por si só, para conferir a esta sociedade a natureza de uma empresa pública na acepção do artigo 90.º do Tratado.

Pode efectivamente encontrar-se casos em que a participação do Estado no capital de uma empresa não lhe dê *ipso facto* um carácter público.

Mas essa sociedade deve, em nossa opinião, ser considerada como uma empresa pública quando dois elementos se juntam à participação do poder público no seu capital.

1. A criação da sociedade resulta de um acto unilateral do poder público, no presente processo, uma lei. Na verdade, a criação da sociedade implica a celebração de um con-

trato de sociedade entre os que participam na constituição do seu capital, mas o acto unilateral do poder público é o fundamento deste contrato de sociedade, contrato do qual certas cláusulas seriam mesmo, em muitos casos, ilegais, se o acto unilateral da autoridade pública não existisse.

2. A participação do Estado na gestão da sociedade é independente do capital que ele detém. Este é, em nosso entender, um critério essencial. Quando numa sociedade de economia mista o número dos membros que representam a autoridade pública nos órgãos de gestão depende não da parte do capital detido ou de cláusulas especiais do pacto social, mas de disposições adoptadas por um acto unilateral da autoridade pública, não se está perante uma empresa privada com uma simples participação financeira do Estado ou de um outro organismo público, mas uma empresa pública na acepção do artigo 90.º do Tratado. O organismo público, com efeito, não actua só enquanto accionista, mas por força do seu «imperium». Ora, esse é o caso da sociedade cuja natureza o juiz luxemburguês é chamado a apreciar. Nos termos da lei de 1963, o Estado designa pelo menos metade do número dos administradores e dos membros do colégio dos comissários e continuaria a designá-los mesmo se, na sequência de um aumento ou de uma diminuição de capital, a repartição deste viesse a mudar consideravelmente.

Acrescentamos finalmente que, no caso em apreço, a sociedade cuja natureza o juiz luxemburguês deve apreciar parece ser não só uma empresa pública, mas também uma empresa à qual são concedidos, pelo menos num certo perímetro, direitos especiais e exclusivos.

É pois sem grande hesitação que propomos ao Tribunal que declare: uma sociedade de

economia mista criada por lei, em cujo capital um Estado participa e para a gestão da qual o referido Estado obtém da lei nacional prerrogativas especiais, constitui uma das empresas referidas no artigo 90.º do Tratado.

IV

A segunda questão levará o Tribunal, julgamos, a precisar o alcance do n.º 2 do artigo 90.º

Com efeito, se o n.º 1 deste artigo estabelece princípios aplicáveis a todas as empresas públicas, o n.º 2 estabelece uma regulamentação particular para as empresas que gerem um serviço de interesse económico geral.

Como escrevia excelentemente um autor [relatório Drago no colóquio de Bruxelas (Março de 1963)], «não há coincidência entre o conceito de empresa pública e o de serviço de interesse económico geral, mas existem zonas comuns».

Em nossa opinião, é precisamente numa dessas «zonas comuns» que se situa, em determinadas condições, uma empresa pública encarregada da exploração de um porto.

Como sublinharam todos os participantes dos colóquios de Bruxelas e de Bruges, o conceito de serviço de interesse económico geral é extremamente lato e foi por esta razão, parece, que os autores do Tratado o preferiram ao conceito mais tradicional de certos direitos nacionais, mas provavelmente mais restrito, de serviço público económico ou de serviço público de carácter industrial e comercial.

Pensamos, pela nossa parte, que uma empresa encarregada da exploração de um porto fluvial gere um serviço de interesse económico geral quando duas condições estão preenchidas:

- a) deve tratar-se, evidentemente, de um porto público e não, salvo talvez casos absolutamente excepcionais, de um porto reservado às necessidades de uma ou várias empresas;
- b) deve tratar-se de um porto cujo tráfego interesse à actividade económica geral.

Na verdade, esta precisão pode parecer inútil se só pensarmos no caso submetido ao juiz luxemburguês, visto que o porto de Mertert assegura por si só a quase totalidade do tráfego fluvial do Luxemburgo. Todavia, pensamos que esta precisão é útil, de forma a reservar para o futuro a posição que o Tribunal seria levado a tomar se o problema lhe fosse colocado, por exemplo, a propósito da actividade cada vez mais importante das empresas que gerem portos públicos reservados ao que agora se chama «navegação de recreio».

Pensamos pois que, se estas duas condições estão preenchidas, uma empresa encarregada da exploração de um porto gere um serviço de interesse económico geral.

V

Falta a terceira questão que se pode deduzir da decisão do tribunal luxemburguês: a de saber se o artigo 90.º, n.º 2, é directamente

aplicável e cria por si só direitos que os particulares podem invocar perante o seu órgão jurisdicional nacional.

juiz luxemburguês, não prejudicará em nada, na nossa opinião, a que tomará um dia sobre o efeito directo do artigo 90.º, n.º 1.

A Comissão e o Governo luxemburguês, em desacordo sobre a resposta a dar a esta questão, estiveram, no entanto, de acordo sobre um ponto.

No que diz respeito ao artigo 90.º, n.º 2, pensamos que não preenche nenhuma das condições estabelecidas pela jurisprudência para determinar as disposições do Tratado que têm um efeito directo.

Entendem, com efeito, que os dois primeiros números do artigo 90.º são indissociáveis e que, se se reconhece ou se se nega um efeito directo a um destes números, a mesma solução impõe-se, *de plano*, para o outro.

Em traços largos, como dizia o advogado-geral J. Gand a propósito do processo 57/65 (Alfons Lütticke, Colect. 1965-1968, p. 361), para que uma disposição do Tratado que impõe uma obrigação aos Estados ou aos particulares tenha efeito directo, a jurisprudência do Tribunal exige:

Não partilhamos este ponto de vista.

Estes dois números instituem, pensamos, dois sistemas autónomos que, certamente, não deixam de estar inter-relacionados, mas que não têm necessariamente o mesmo alcance jurídico.

1) que a obrigação seja precisa;

2) que não inclua nenhuma reserva;

O n.º 1 estabelece *obrigações que se impõem aos Estados* no que diz respeito às suas empresas públicas ou às empresas às quais reconhecem direitos especiais.

3) que não necessite, para ser posta em prática, de nenhum acto jurídico das instituições comunitárias.

O n.º 2, dentro de certos limites que fixa, impõe *obrigações a certas empresas*: as encarregadas da gestão de um serviço de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal.

Ora, parece-nos que a simples leitura do artigo 90.º, n.º 2, mostra que esta disposição não preenche nenhuma destas condições.

Portanto, a decisão que o Tribunal tomará sobre o efeito directo do artigo 90.º, n.º 2, único cuja interpretação pode interessar ao

Este número estabelece, é certo, uma obrigação de princípio: para as empresas a que respeita, a de aplicarem as regras do Tratado; mas esta obrigação é instituída com uma importante reserva, a de que só se impõe na medida em que a aplicação destas regras

não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular confiada à empresa.

Não se pode verdadeiramente dizer que se trata de uma obrigação precisa e sem reservas.

Finalmente, o número termina com o que se poderia chamar «a reserva da reserva»: a não aplicação das regras do Tratado não deve afectar o desenvolvimento das trocas comerciais *de maneira* que contrarie os *interesses da Comunidade*.

Assim, para ser posta em prática, necessita da intervenção das autoridades comunitárias, prevista aliás no n.º 3 do artigo 90.º

Por outras palavras, as empresas referidas no artigo 90.º, n.º 2, devem, em princípio, respeitar o Tratado; no entanto, podem não se submeter às regras que ele estabelece se estas regras constituírem um obstáculo de direito ou de facto à sua missão, mas só no limite em que o desrespeito destas regras não afecte as trocas comerciais numa medida contrária aos interesses da Comunidade.

Com efeito, quem, a não ser estas autoridades, poderia decidir, designadamente, se medidas ou comportamentos contrários às regras do Tratado afectam ou não o desenvolvimento das trocas comerciais e se o afectam de maneira *contrária* aos interesses da Comunidade?

Portanto, propomos que o Tribunal declare que o artigo 90.º, n.º 2, não tem efeito directo.

Concluimos, pois, que o Tribunal deve declarar que:

- 1) Uma sociedade de economia mista criada por lei, em cujo capital um Estado participa e para a gestão da qual o referido Estado obtém da lei nacional prerrogativas especiais, constitui uma das empresas referidas no artigo 90.º do Tratado.
- 2) Quando essa empresa está encarregada da beneficiação e da exploração de um porto público fluvial cujo tráfego interessa à actividade económica geral, gere um serviço de interesse económico geral na acepção do n.º 2 do artigo 90.º do Tratado.
- 3) O artigo 90.º, n.º 2, do Tratado não é directamente aplicável e, portanto, não cria por si só para os particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devam salvaguardar.