

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

F. G. JACOBS

apresentadas em 27 de Fevereiro de 1997 *

Índice

Antecedentes e legislação nacional	I - 4088
O processo C-90/94, Haahr Petroleum	I - 4092
Os processos apensos C-114/95 e C-155/95, Texaco e Olienselskabet	I - 4093
O processo C-242/95, GT-Link	I - 4096
Natureza do adicional	I - 4100
Remuneração de serviços?	I - 4105
O artigo 84.º e o Regulamento n.º 4055/86	I - 4109
Compatibilidade do adicional com o artigo 95.º	I - 4112
Legalidade do adicional relativamente a países terceiros com os quais a Comunidade tem acordos de comércio livre	I - 4116
Legalidade do adicional relativamente a países terceiros com os quais a Comunidade não tem acordos de comércio livre	I - 4118
Aspectos relativos à concorrência	I - 4120
GT-Link	I - 4120
Ónus da prova	I - 4121
O artigo 86.º	I - 4123
O artigo 90.º, n.º 2	I - 4127
Texaco e Olienselskabet	I - 4128
Questões relativas à restituição do adicional	I - 4128
O efeito das condições processuais nacionais	I - 4128
O efeito da afectação das receitas da taxa	I - 4135
O efeito da repercussão do adicional	I - 4137
Restituição de um encargo contrário ao artigo 86.º	I - 4138
Conclusão	I - 4139

* Língua original: inglês.

1. O Østre Landsret (Dinamarca) apresentou uma série de questões relativas à compatibilidade com o direito comunitário de um adicional anteriormente aplicado pela Dinamarca às mercadorias importadas do estrangeiro para determinados portos marítimos e do sistema de taxas portuárias em geral.

2. Embora nem o processo C-90/94 (Haahr Petroleum) nem o processo C-242/95 (GT-Link) tenham sido apensados aos processos apensos C-114/95 e C-115/95 (Texaco e Olieelskabet), existe uma sobreposição substancial das questões suscitadas em todos os processos. Proponho-me, portanto, apresentar conclusões conjuntas.

3. As demandantes nos processos Haahr Petroleum e Texaco e Olieelskabet importam petróleo, produtos petrolíferos e combustíveis sólidos para a Dinamarca através dos portos demandados. A demandante no processo GT-Link explora serviços de *ferries* entre o porto dinamarquês de Gedser, propriedade da demandada, e os portos alemães de Travemünde e Rostock.

geral dos regulamentos portuários ajuda a compreender o funcionamento das taxas portuárias.

5. Por razões de ordem geográfica, a Dinamarca tem, relativamente à sua dimensão, um número excepcionalmente elevado de portos e de instalações portuárias e as importações e exportações são principalmente feitas por mar (no processo Haahr Petroleum o Ministério dos Transportes indica o número de 70% para as importações). Os portos utilizados para o transporte comercial de mercadorias, veículos e pessoas (dos quais existem 73) são classificados, para efeitos de regulação, como portos comerciais. A autorização para criar um porto comercial é concedida pelo ministro dos Transportes. A maioria dos portos com autorização para exploração comercial são operadores independentes sob o controlo dos municípios; alguns são propriedade do Estado, pertencendo ao Ministério dos Transportes ou aos caminhos-de-ferro estatais dinamarqueses; há também algumas empresas privadas autorizadas a criar portos comerciais, que exploram segundo as condições estabelecidas na respectiva autorização. O porto de Copenhaga tem um estatuto especial, incluindo um sistema próprio de taxas.

Antecedentes e legislação nacional

4. Todos os processos dizem respeito à legalidade de certas taxas portuárias cobradas na Dinamarca. Algum conhecimento do quadro

6. Os portos demandados nos processos Haahr Petroleum e Texaco e Olieelskabet são portos comerciais, cuja maioria é gerida pelos municípios, sendo alguns geridos pelo Estado ou privados. Durante os períodos em questão em todos os três processos, os

portos comerciais eram regidos pela Lei n.º 239, de 12 de Maio de 1976, sobre portos comerciais¹ (a seguir «lei de 1976»). O porto em causa no processo GT-Link é propriedade da demandada Danske Statsbaner (a seguir «DSB»), que é a companhia de caminhos de ferro estatais dinamarquesa. Embora o Ministério das Obras Públicas tenha isentado os portos propriedade da DSB das disposições da lei de 1976, os portos isentos estavam sujeitos a regulamentações paralelas que fixavam as taxas portuárias aos mesmos níveis que as estabelecidas para os portos comerciais provinciais nos termos da lei de 1976. A DSB explora também um serviço de *ferries* a partir de Gedse em concorrência com a demandante no processo GT-Link.

7. São devidas várias taxas pela utilização de portos públicos e de alguns portos comerciais privados na Dinamarca (incluindo o porto demandado no processo Haahr Petroleum). São devidas taxas sobre navios e sobre mercadorias pela acostagem no porto, bem como pelo embarque e desembarque de mercadorias, veículos e pessoas. São devidas taxas especiais pela utilização de guias, armazéns e entrepostos, etc. As taxas são pagas directamente às autoridades portuárias ou, no caso de portos comerciais públicos, a uma empresa locatária de espaços nos cais. Neste último caso, a locatária obriga-se, nos termos de um contrato-tipo elaborado pelo ministério, a pagar ao porto um montante determinado de taxas anuais sobre navios e sobre mercadorias. Se as suas receitas forem inferiores a tal montante, terá que cobrir o défice.

8. Nos termos da lei de 1976, as taxas sobre navios e sobre mercadorias eram fixadas centralmente pelo Ministério das Obras Públicas (actualmente Ministério dos Transportes), após negociações com as direcções dos portos comerciais. As taxas eram estabelecidas em regulamentos elaborados para cada porto, em conformidade com os regulamentos comuns assim instituídos. A prática ministerial era a de fixar os níveis das taxas de modo a constituir fundos para cobrir os encargos de gestão e manutenção dos portos e assegurar um grau razoável de autofinanciamento para as necessárias ampliações e modernizações. As tarifas eram calculadas com base nas condições económicas dos 22 portos comerciais provinciais considerados mais importantes em termos de volume de tráfego comercial. Assim, nos períodos em questão, as taxas sobre navios e sobre mercadorias eram, com algumas excepções, idênticas nos portos demandados e no porto de que a DSB era proprietária.

9. A taxa sobre navios é devida por todos os navios, embarcações e instalações flutuantes pelo direito de acostar no porto ou nos canais de acesso. É calculada em montante fixo, dependente da tonelagem bruta (registada), de cada vez que o navio entra no porto ou como montante mensal. Estão isentas da taxa, nomeadamente, as embarcações com menos de 100 toneladas brutas (registadas). No porto de Gedser, a regulamentação aplicável exigia aos operadores de *ferries* o pagamento de um montante mensal por cada embarcação, com base na tonelagem bruta (registada), que dava direito a atracar ilimitadamente durante o mês em questão.

¹ — A lei de 1976 foi substituída, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1991, pela Lei n.º 316 de 16 de Maio de 1990.

10. A taxa sobre mercadorias é devida, pelo menos, desde 1930. A disposição básica sobre a taxa sobre mercadorias nos regulamentos aplicáveis a todos os portos demandados e ao porto propriedade da DSB tinha a seguinte redacção no período entre 1984 e 31 de Março de 1990:

«II. Taxa sobre mercadorias

Disposições gerais

As regras estabelecidas na presente secção serão aplicadas ao cálculo da taxa sobre mercadorias. No caso de mercadorias importadas de fora da Dinamarca, acrescerá a esta taxa um adicional de 40%.»

11. A taxa sobre mercadorias é devida sobre todas as mercadorias carregadas, descarregadas, embarcadas ou desembarcadas de outro modo no porto ou nos canais de acesso. A taxa é calculada num montante por tonelada. Os regulamentos dispõem que a taxa será paga, em princípio, pela embarcação ou pelo seu agente local antes da partida da embarcação, mas na prática é suportada pelo destinatário ou pelo remetente das mercadorias, a quem o navio tem o direito de exigir o reembolso; no entanto, foi declarado na audiência que na maioria dos portos as autoridades

portuárias facturam este encargo directamente ao destinatário das mercadorias. A taxa é aplicada quando as mercadorias transpõem o cais. Há isenções e tarifas especiais para determinadas categorias de mercadorias, não sendo nenhuma delas relevante nos processos em apreço. A receita gerada pelo adicional sobre as importações destina-se aos portos, como parte do seu rendimento global proveniente das taxas.

12. A taxa de base aplica-se quer às mercadorias que entram num porto por navio quer às mercadorias que saem de um porto por navio. No caso de mercadorias importadas de fora da Dinamarca para um porto comercial por navio, independentemente do país de origem das mercadorias, era devido um adicional de 40% durante os períodos em questão. Este adicional está em causa em todos os processos; a taxa de base sobre as mercadorias está também em causa no processo GT-Link.

13. O adicional acrescia à taxa desde 1956 e até à sua abolição no âmbito da alteração do regime tarifário nos portos provinciais, em 31 de Março de 1990. Foi introduzido no contexto de um ajustamento geral do nível das taxas portuárias, elaborado à luz de um relatório da comissão das tarifas para os portos e pontes, instituída pelo Ministério das Obras Públicas em 1954. Tal relatório continha as seguintes considerações sobre o

aumento das taxas aplicáveis às mercadorias importadas:

«B. Proposta de aumento das tarifas

A comissão considera que os necessários aumentos das tarifas deverão ser aplicados quer à taxa sobre navios quer à taxa sobre mercadorias, no entanto, o aumento não deve ser tal que ponha em causa o objectivo (aumento das receitas dos portos), pelo desvio total ou parcial do tráfego comercial dos portos, sendo as mercadorias então transportadas por estrada ou por caminho-de-ferro. Tal aconteceria, decerto, em grande medida no caso dos transportes internos se, por exemplo, se applicasse um aumento indiscriminado à percentagem geral das taxas sobre navios e sobre mercadorias.

Os aumentos das taxas devem portanto ser impostos às categorias de transporte que podem considerar-se menos sensíveis a aumentos e que são também fontes tão importantes de receitas que um aumento, por pequeno que seja, gerará a pretendida receita adicional sem afectar de modo apreciável o nível dos preços.

mercadorias estrangeiras, uma vez que a maior parte das mercadorias que são importadas ou exportadas pela Dinamarca é, naturalmente, transportada por mar, pelo que se pode em certa medida ignorar o risco de este tráfego ser desviado dos portos pelo simples facto de a taxa sobre mercadorias ser aumentada.

Embora a taxa sobre mercadorias corresponda apenas a uma pequena percentagem do preço das mercadorias, deverão fazer-se todos os esforços para assegurar que os aumentos da taxa sejam feitos de modo a reduzir ao mínimo qualquer enfraquecimento da posição concorrencial das empresas. A solução mais adequada pode portanto ser que parte da receita adicional gerada pela taxa sobre mercadorias resulte exclusivamente de um aumento da taxa sobre mercadorias importadas. Um tal aumento terá decerto algum efeito em actividades de exportação, como a agricultura (pela importação de fertilizantes e rações) e a indústria (pela importação de matérias-primas). No entanto, como a taxa sobre mercadorias sobre tais materiais e matérias-primas é substancialmente inferior à imposta ao produto acabado em que são utilizados, o efeito do aumento da taxa sobre as importações é muito mais reduzido para as empresas em questão do que o efeito do aumento das taxas sobre as exportações.»

... no que respeita à taxa sobre mercadorias, a implementação do princípio acima referido implica a necessidade de concentração nas

14. A comissão recomendou também um pequeno aumento da taxa sobre navios; não é claro se este aumento foi posto em prática.

15. Verifica-se que a taxa sobre mercadorias, na tarifa de base, é aplicada no porto de Copenhaga, mas não o adicional sobre as importações. Este aspecto não é directamente relevante para os processos em apreço, mas é referido por diversas partes no contexto de vários argumentos. Aparentemente, a legislação é aplicada de tal modo que não é devido adicional no porto do destino final, quando, tecnicamente, as mercadorias são importadas (embora não sejam desembarcadas) para Copenhaga por mar, de outro país, e são depois transportadas por mar para outro porto comercial na Dinamarca onde são desembarcadas.

geral das taxas portuárias, em cujo contexto o adicional foi abolido, com efeitos a partir de 1 de Abril de 1990. Para assegurar que os portos continuassem a receber os mesmos proveitos, foi aumentada a taxa de base sobre as mercadorias, aplicável às mercadorias independentemente da sua proveniência. Desde então, a legislação sobre taxas portuárias tem vindo a ser liberalizada em diferentes fases; os portos comerciais podem agora estabelecer livremente as suas próprias taxas.

16. Numa troca de correspondência informal entre a Comissão e a Dinamarca, iniciada pouco depois da sua adesão à Comunidade em 1973, a Comissão informou a Dinamarca da sua opinião de que o adicional sobre as importações era contrário ao artigo 95.º do Tratado. A correspondência cessou em 1977, sem que qualquer das partes tivesse tomado qualquer iniciativa. A questão ressurgiu em 1988, quando a demandante Haahr Petroleum escreveu à Comissão pedindo-lhe que verificasse se o adicional sobre as importações tinha sido autorizado. A Comissão escreveu ao Governo dinamarquês, reiterando a sua opinião de que o adicional era contrário ao artigo 95.º

O processo C-90/94, Haahr Petroleum

17. Com base nessa carta, o Governo dinamarquês decidiu proceder a uma revisão

18. A demandante no processo Haahr Petroleum importa para a Dinamarca, desde 1984, petróleo e gasolina provenientes de outros Estados-Membros e de países terceiros, através dos portos comerciais de Åbenrå, Ålborg, Horsens, Kastrup, Næstved, Odense, Struer e Vejle, para os refinar e revender. Todos estes portos estão sob controlo municipal, à excepção do porto de Kastrup, que é privado. Por petição apresentada em 5 de Novembro de 1991, a demandante pediu ao Østre Landsret que condenasse os portos demandados a restituir todos os adicionais sobre as importações que lhe foram cobrados de 1 de Janeiro de 1984 até 31 de Março de 1990, que se elevam a cerca de 9,6 milhões de DKR. O Østre Landsret decidiu suspender a instância e, por acórdão de

8 de Março de 1994, pediu ao Tribunal que se pronunciasse a título prejudicial sobre as seguintes questões:

- «1) O adicional especial sobre as importações correspondente a 40% da taxa geral cobrada sobre as mercadorias deve considerar-se abrangido pelas normas do Tratado CEE relativas à união aduaneira, concretamente os artigos 9.º a 13.º, ou pelo artigo 95.º?»
- 2) As normas do Tratado CEE relativas à união aduaneira, concretamente os artigos 9.º a 13.º, ou o artigo 95.º, devem ser interpretadas no sentido de que é incompatível com as referidas disposições a cobrança de um adicional especial sobre as importações correspondente a 40% da taxa geral cobrada sobre as mercadorias, no caso de o adicional sobre as importações apenas ser cobrado sobre mercadorias provenientes do estrangeiro?
- 3) No caso de resposta afirmativa à questão 2, em que condições pode uma taxa desta natureza ser justificada pelo seu carácter de retribuição ou por considerações de política de transportes, nos termos do artigo 84.º, n.º 2²?

4) A eventual incompatibilidade com o Tratado CEE abrange todo o adicional especial sobre as importações cobrado após a adesão da Dinamarca ao Tratado CEE, ou apenas o aumento do adicional após a referida adesão?

5) No caso de se considerar que o adicional sobre as importações é incompatível com o direito comunitário, poderá um eventual pedido de restituição caducar nos termos das normas nacionais nessa matéria, de forma a excluir total ou parcialmente a restituição do adicional sobre as importações?»

19. O Østre Landsret referiu posteriormente que tencionava pedir uma decisão prejudicial em dois outros processos (Texaco e Olieselskabet) que suscitavam questões semelhantes e que não decidiria sobre o processo Haahr Petroleum enquanto não houvesse decisões em todos os processos.

Os processos apensos C-114/95 e C-155/95, Texaco e Olieselskabet

20. As demandantes nestes processos importam para a Dinamarca produtos petrolíferos

2 — Embora a terceira questão no processo Haahr Petroleum (ao contrário da questão correspondente nos processos Texaco e Olieselskabet) se refira à taxa e não ao adicional, resulta claramente da sua posição no sistema das questões, no seu conjunto, que é a situação do adicional e não a taxa sobre mercadorias em geral que está em causa.

refinados, como gasóleo e gasolina e (no caso da Texaco) combustíveis sólidos, de outros Estados-Membros, de países com os quais a Comunidade celebrou acordos de comércio livre e de países que não são Estados-Membros e que não têm qualquer acordo de comércio livre com a Comunidade.

21. Os demandados no processo Texaco são os portos comerciais de Middelfart, Åhrus, Struer, Esbjerg, Ålborg, Skagen, Fredericia, Nørre Sundby, Hobro, Randers, Åbenrå e Thyborøn. Os demandados no processo Olieselskabet são o Ministério dos Transportes e os portos comerciais de Fredericia, Køge, Odense, Holstebro-Struer, Vejle, Åbenrå, Ålborg, Åhrus, Frederikshavn e Esbjerg. Todos os portos acima referidos estão sob controlo municipal, à excepção dos portos de Esbjerg, Skagen, Thyborøn e Frederikshavn, que são geridos pelo Estado.

22. Nos autos pendentes no Østre Landsret relativos ao processo C-114/95, a Texaco pede que seja declarado que os portos demandados estão obrigados a restituir todos os adicionais sobre as importações cobrados de 1 de Maio de 1988 a 31 de Março de 1990, que se elevam a cerca de 3,2 milhões de DKR. Nos autos relativos ao processo C-115/95, a Olieselskabet pede que se declare que os portos demandados estão, solidariamente com o Ministério dos Transportes, obrigados a restituir os adicionais sobre as importações cobrados de 1 de Janeiro de 1988 a 1 de Abril de 1990, que se elevam a cerca de 2,5 milhões de DKR, e que se reconheça que têm o dever de restituir os adicionais cobrados durante o período decorrido entre 1 de Julho de 1977 a 31 de

Dezembro de 1987. Ao tempo do acórdão de reenvio, não tinha sido possível quantificar o montante relativo a este último período.

23. O órgão jurisdicional nacional suspendeu a instância e apresentou as seguintes questões (as questões 1 a 4, embora com pequenas diferenças de redacção, são comuns a ambos os processos; as questões 5 a 7 só foram apresentadas no processo C-115/95):

«1) A compatibilidade com o direito comunitário de um adicional de 40% a uma taxa geral sobre mercadorias, que é cobrada num Estado-Membro quando da importação de mercadorias, por via marítima, de um outro Estado-Membro, deve ser apreciada nos termos

A — das normas do Tratado relativas à união aduaneira, nomeadamente dos artigos 9.º a 13.º, eventualmente conjugados com os artigos 18.º a 29.º e do Regulamento n.º 2658/87³ do Conselho, adoptados em execução dos mesmos, ou

— do artigo 95.º?

³ — Regulamento (CEE) n.º 2658/87 do Conselho, de 23 de Julho de 1987, relativo à nomenclatura pautal e estatística e à pauta aduaneira comum (JO L 256, p. 1).

ou, na medida em que se considere que se trata de prestações pelas quais é paga uma retribuição ⁴, nos termos

B — do artigo 84.º do Tratado e do Regulamento n.º 4055/86 do Conselho, relativo à livre prestação de serviços ⁵, ou

— dos artigos 90.º e 86.º do Tratado relativos ao abuso de posição dominante, em cujo contexto se pergunta se o Regulamento n.º 4055/86 do Conselho é pertinente para a avaliação da compatibilidade do adicional com o direito comunitário?

2) É compatível com a ou as disposições de direito comunitário considerada(s) na resposta à primeira questão o facto de se cobrar um adicional de 40% a uma taxa geral sobre mercadorias quando da importação de mercadorias por via marítima de um outro Estado-Membro?

3) A resposta à segunda questão será a mesma no caso de as mercadorias serem importadas, por via marítima, para um Estado-Membro a partir de um país terceiro com o qual a Comunidade Económica Europeia tenha um acordo com disposições análogas ao artigo 6.º e ao artigo 18.º do acordo entre o Reino da Suécia e a Comunidade Económica Europeia, e deve a apreciação ser efectuada nos termos de tal acordo (acordo de comércio livre)?

4) A resposta à segunda questão será a mesma no caso de as mercadorias serem importadas para um Estado-Membro directamente de um país terceiro com o qual a Comunidade Económica Europeia não tenha qualquer acordo (acordo de comércio livre)?

5) Resulta do direito comunitário que um Estado-Membro que fixou ou aprovou uma taxa contrária ao direito comunitário é responsável pelo reembolso da taxa ainda que o produto da mesma reverta a favor de entidades administrativas autónomas sob gestão autárquica?

6) Tendo em consideração que resulta da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que o reembolso de imposições cobradas em violação do direito comunitário deverá processar-se de acordo com as condições materiais e formais

4 — As palavras «na medida em que se considere que se trata de prestações pelas quais é paga uma retribuição» não constam das questões apresentadas no processo *Olieselskabet*.

5 — Regulamento (CEE) n.º 4055/86 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, que aplica o princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos entre Estados-Membros e Estados-Membros para países terceiros (JO L 378, p. 1).

estabelecidas nas legislações nacionais, e que, no n.º 12 do processo 199/82, San Giorgio, foi declarado que o direito de obter o reembolso de imposições cobradas por um Estado-Membro em violação das normas do direito comunitário é a consequência e o complemento dos direitos conferidos aos particulares pelas disposições comunitárias que proibem os encargos de efeito equivalente a direitos aduaneiros ou, conforme o caso, a aplicação discriminatória de imposições internas, pergunta-se se a jurisprudência do Tribunal de Justiça deve ser entendida no sentido de que o direito comunitário implica uma obrigação incondicional de restituição das imposições que, na sequência das respostas às questões 1 a 4, sejam eventualmente declaradas contrárias ao direito comunitário, entendendo-se, porém, que as condições adicionais para a apreciação da obrigação de reembolso dependem da legislação nacional pertinente nos limites fixados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça?

- 7) No caso de vir a ser declarado que o adicional de 40% à taxa geral sobre as mercadorias é contrário ao direito comunitário, inclusive aos acordos celebrados (acordos de comércio livre), será compatível com o direito comunitário que um prazo de caducidade para os pedidos de reembolso estabelecido na lei nacional comece a correr a partir de uma data anterior à data da revogação pelo Estado-Membro em questão da imposição contrária ao direito comunitário?»

O processo C-242/95, GT-Link

24. A demandante, GT-Link A/S, explora um serviço de *ferries* entre Gedser (na Dinamarca) e Travemünde (na antiga Alemanha Ocidental) desde 1987 e um serviço de *ferries* entre Gedser e Rostock (na antiga Alemanha de Leste) desde 1990. Parece que os *ferries* são principalmente utilizados por veículos pesados de mercadorias. A demandada, Danske Statsbaner (a seguir «DSB»), companhia estatal dinamarquesa de caminhos de ferro, é uma empresa propriedade do Estado. As suas principais actividades giram à volta da exploração de caminhos-de-ferro e de serviços de *ferries*; é também proprietária, nomeadamente, do porto de Gedser, a partir do qual explora serviços de *ferries* em concorrência com a GT-Link.

25. O regulamento aplicável ao porto de Gedser dispunha que: i) no caso de mercadorias transportadas em veículos motorizados registados, a bordo de *ferries* explorados pela GT-Link na rota Gedser-Travemünde, a taxa sobre mercadorias era devida ao porto de Gedser e pagável à DSB com base numa declaração semanal a apresentar pela GT-Link A/S; ii) os navios da DSB, incluindo os navios fretados, estavam isentos de taxas portuárias, independentemente de serem utilizados como navios-farol ou de sinalização, ou de outro modo; e iii) os navios pertencentes aos caminhos de ferro estatais alemães estavam isentos do pagamento de taxas portuárias (quer da taxa sobre os próprios navios quer da taxa sobre mercadorias quanto às mercadorias por eles transportadas), do mesmo modo que a DSB

estava isenta do pagamento de taxas nos portos pertencentes aos caminhos de ferro estatais alemães.

aduança, concretamente pelos artigos 9.º a 13.º ou pelo artigo 95.º?

26. O direito da GT-Link de utilizar o porto de Gedser foi concedido por acordo entre a GT-Link e a DSB. Tal acordo impunha à GT-Link o pagamento ao porto de taxas sobre navios e taxas sobre mercadorias (sobre as mercadorias transportadas a bordo dos seus navios por veículos motorizados registados), nos termos dos regulamentos, o que aquela devidamente fez desde Fevereiro de 1987, quando começou a explorar a rota Gedser-Travemünde. Em Setembro de 1989, a GT-Link intentou uma acção no Østre Landsret pedindo que a DSB fosse condenada a restituir 30 396 000 DKR respeitantes a taxas portuárias aplicadas pela DSB desde Fevereiro de 1987 a Dezembro de 1989, ou, em alternativa, a restituir o adicional sobre as importações pago pela demandante durante o mesmo período e que se eleva a 6 016 000 DKR.

27. O Østre Landsret suspendeu a instância e apresentou as seguintes questões ao Tribunal:

«1) Um adicional especial de 40% a uma taxa geral sobre mercadorias, como vem descrito na presente decisão, devido pela utilização de portos que são autorizados pelo Ministério dos Transportes a exercer actividade como portos comerciais, deve considerar-se abrangido pelas normas do Tratado CEE relativas à união

2) As normas do Tratado CEE relativas à união aduança, concretamente os artigos 9.º a 13.º, ou o artigo 95.º, devem ser interpretadas no sentido de que é incompatível com as referidas disposições a cobrança de um adicional especial correspondente a 40% da taxa geral cobrada sobre as mercadorias, no caso de o adicional apenas ser cobrado sobre mercadorias provenientes do estrangeiro?

3) Em caso de resposta afirmativa à segunda questão, em que condições pode uma taxa desta natureza ser justificada pelo seu carácter de remuneração de um serviço ou por considerações de política de transportes, nos termos do capítulo do Tratado CEE relativo aos transportes?

4) Uma eventual incompatibilidade com o Tratado CEE abrange todo o adicional especial que é cobrado após a adesão de um Estado ao Tratado CEE, ou apenas o aumento do adicional após essa data?

- 5) O direito comunitário estabelece exigências especiais relativamente às normas nacionais sobre o ónus da prova quanto ao preenchimento dos requisitos previstos no artigo 86.º do Tratado CEE?
- 6) No caso de se considerar que uma empresa pública que possui e explora um porto comercial detém uma posição dominante, poderá constituir um abuso dessa posição, contrário ao artigo 86.º do Tratado, o facto de o porto comercial cobrar as taxas acima descritas fixadas pelo Ministério dos Transportes pela utilização de portos comerciais públicos e privados?
- 7) Em caso de resposta afirmativa à sexta questão, as pessoas ou empresas às quais foi cobrada a taxa têm direito, nos termos das normas comunitárias, a exigir a sua restituição ou uma indemnização?
- 8) No caso de se considerar que uma empresa pública que possui e explora um porto comercial detém uma posição dominante, constituirá um abuso dessa posição, contrário ao artigo 86.º do Tratado, o facto de o porto comercial isentar das taxas portuárias descritas na presente decisão a sua própria empresa ou a empresa de *ferry-boats* que com ela coopera?
- 9) Em caso de resposta afirmativa às primeira, segunda, quarta, sexta e/ou oitava questões, as obrigações da demandada ou a missão especial que lhe é confiada podem determinar que o seu comportamento seja legitimado por força do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado?»
28. No processo Haahr Petroleum, foram apresentadas observações escritas pela Haahr Petroleum, pelos portos demandados, pelo Ministério dos Transportes, interveniente, pelo Reino Unido e pela Comissão. Nos processos Texaco e Olieelskabet foram apresentadas observações escritas pela Texaco, pela Olieelskabet, pelo Ministério dos Transportes conjuntamente com os portos estatais demandados, pelos portos municipais demandados e pela Comissão. No processo GT-Link foram apresentadas observações escritas pela GT-Link, pela DSB e pela Comissão.
29. Na audiência comum a todos os processos estiveram representados a Haahr Petroleum, a Texaco, a Olieelskabet, a GT-Link, os portos municipais, o Ministério dos Transportes conjuntamente com os portos estatais demandados e a Comissão. A DSB notificou o Tribunal antes da audiência de que, tendo entretanto vendido o porto de Gedser à sociedade-mãe da GT-Link, não se faria representar.

30. Proponho-me abordar os diversos problemas levantados pelas questões apresentadas pela ordem a seguir exposta.

31. Em primeiro lugar, procurarei saber se o adicional da taxa sobre a importação de mercadorias é um direito aduaneiro ou um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro, na acepção dos artigos 9.º a 13.º do Tratado, ou uma imposição interna, na acepção do artigo 95.º do Tratado (questão 1 nos processos Haahr Petroleum e GT-Link; questão 1-A nos processos Texaco e Olieelskabet). Esta análise abrangerá: i) a questão de saber se o adicional pode justificar-se como retribuição dos serviços prestados ou com base na política de transportes (questão 3 nos processos Haahr Petroleum e GT-Link; questão 1-B nos processos Texaco e Olieelskabet); ii) a questão de saber se uma eventual incompatibilidade com o direito comunitário se aplica a todo o adicional cobrado desde a adesão da Dinamarca à Comunidade ou apenas ao aumento ocorrido após a adesão (questão 4 nos processos Haahr Petroleum e GT-Link), e iii) a legalidade do adicional quer quanto a outros Estados-Membros (questão 2 em todos os processos), quer quanto a países terceiros com os quais a Comunidade tenha ou não acordos de comércio livre (questões 3 e 4 nos processos Texaco e Olieelskabet).

32. Em segundo lugar, procurarei saber se o adicional em particular (questão 1-B nos

processos Texaco e Olieelskabet) ou o sistema de taxas portuárias em geral, tal como é aplicado no porto de Gedser (questões 6, 8 e 9 no processo GT-Link) é contrário aos artigos 86.º e 90.º do Tratado. No âmbito desta análise, apreciarei a legalidade de uma norma nacional relativa ao ónus da prova (questão 5 no processo GT-Link).

33. Por fim, abordarei os seguintes aspectos relativos à restituição do adicional e das taxas portuárias: i) o efeito de a) condições processuais nacionais em geral (questão 6 no processo Olieelskabet), b) em especial, um prazo de caducidade nacional para acções de restituição (questão 5 no processo Haahr Petroleum), e c), mais especificamente, a legalidade do facto de tal prazo de caducidade ter começado a correr antes de o Estado-Membro em questão ter abolido o adicional (questão 7 no processo Olieelskabet); ii) o efeito, na obrigação de restituição, do facto de o produto da taxa ter sido atribuído a operadores independentes sob controlo municipal (questão 5 no processo Olieelskabet), e iii) o direito à restituição de pessoas ou empresas que pagaram a taxa no caso de se vir a considerar que a mesma foi cobrada em violação do artigo 86.º do Tratado (questão 7 no processo GT-Link).

Natureza do adicional

efeito equivalente e de aumentar aqueles que já aplicam nas suas relações comerciais mútuas.

34. O órgão jurisdicional nacional levanta, em todos os processos, a questão de saber se o adicional da taxa sobre a importação de mercadorias é abrangido pelas normas do Tratado sobre a união aduaneira, incluindo os artigos 9.º a 13.º, ou pelo artigo 95.º do Tratado.

Artigo 13.º

...

35. Os artigos 9.º, 12.º e 13.º do Tratado dispõem, no que interessa para os presentes processos:

«Artigo 9.º

2. Os encargos de efeito equivalente aos direitos aduaneiros de importação, em vigor entre os Estados-Membros, serão por estes progressivamente suprimidos durante o período de transição...»

1. A Comunidade assenta numa união aduaneira que abrange a totalidade do comércio de mercadorias e implica a proibição, entre os Estados-Membros, de direitos aduaneiros de importação e de exportação e de quaisquer encargos de efeito equivalente...

36. O órgão jurisdicional nacional refere também, nos processos Texaco e Olieelskabet, os artigos 18.º a 29.º do Tratado, que respeitam ao estabelecimento da pauta aduaneira comum, e o Regulamento n.º 2658/87 ⁷.

37. O artigo 95.º do Tratado dispõe:

Artigo 12.º

«Nenhum Estado-Membro fará incidir, directa ou indirectamente, sobre os produtos dos outros Estados-Membros imposições

Os Estados-Membros abster-se-ão de introduzir entre si novos direitos aduaneiros de importação e de exportação ou encargos de

⁷ — Referido na nota 3.

internas, qualquer que seja a sua natureza, superiores às que incidam, directa ou indirectamente, sobre produtos nacionais similares.

muito ténue; isso reflecte-se na força dos argumentos apresentados subsidiariamente por todas as demandantes.

Além disso, nenhum Estado-Membro fará incidir sobre os produtos dos outros Estados-Membros imposições internas de modo a proteger indirectamente outras produções.

Os Estados-Membros eliminarão ou corrigirão, o mais tardar no início da segunda fase, as disposições existentes à data da entrada em vigor do presente Tratado que sejam contrárias às disposições precedentes.»

38. O objectivo destas disposições é atingir a neutralidade entre mercadorias importadas e nacionais dos Estados-Membros, de modo a facilitar a livre circulação das mercadorias e o estabelecimento do mercado comum. Os artigos 9.º a 13.º impõem uma proibição absoluta de direitos aduaneiros e de encargos de efeito equivalente; uma vez que tal proibição seria inútil se pudesse ser contornada pela imposição de uma carga fiscal interna mais elevada às mercadorias importadas, é completada pelo artigo 95.º, que proíbe a imposição indirecta discriminatória. Como seria de esperar, face à identidade de objectivos e à natureza complementar do artigo 95.º, a linha que separa os conceitos paralelos de direitos aduaneiros e encargos de efeito equivalente, por um lado, e imposições internas contrárias ao artigo 95.º, por outro, é

39. Em princípio, a diferença pode residir no facto de um encargo ser ilegal no seu todo e uma imposição só o ser parcialmente, ou seja, na medida em que exceda o ónus (efectivo ou potencial) que incida sobre os produtos nacionais. Evidentemente, no caso em apreço, todo o adicional seria, em qualquer caso, ilegal. Há no entanto nestes processos outra diferença substancial: uma boa parte do adicional em questão foi paga sobre importações de países terceiros e, conforme se verá nesse contexto⁸, a legalidade do adicional depende de ser correctamente analisado como um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro ou como uma imposição interna discriminatória.

40. Por ténue que possa ser a linha que separa os dois conceitos, num caso específico, é claro que uma determinada taxa não pode ser simultaneamente um encargo de efeito equivalente nos termos dos artigos 9.º a 13.º e uma imposição interna nos termos do artigo 95.º⁹ A tese de que as duas disposições se excluem mutuamente, já consagrada pela sua constante repetição, baseia-se não só em diferenças conceptuais – por exemplo, o facto de os encargos de efeito equivalente e a imposição interna serem regidos por sistemas

8 — V. n.º 103 a 111.

9 — Acórdão de 16 de Junho de 1966, Lütticke (57/65, Colect. 1965-1968, p. 363, em especial p. 366).

diferentes ¹⁰, de os artigos 9.º a 13.º visarem quaisquer obstáculos ao comércio intracomunitário, enquanto o artigo 95.º se limita aos obstáculos que favoreçam os produtos nacionais ¹¹, e de os encargos de efeito equivalente deverem ser «pura e simplesmente» abolidos, enquanto o artigo 95.º prevê apenas a eliminação de qualquer forma de discriminação no tratamento de produtos nacionais e importados ¹² –, mas também na justificação mais pragmática de que os calendários iniciais, para o cumprimento pelos Estados-Membros das disposições em questão, eram diferentes ¹³. O Tribunal forneceu algumas orientações para se distinguir entre os dois conceitos.

elementos essenciais ¹⁶. Nos acórdãos de 1969, o Tribunal declarou:

«um encargo pecuniário, por mais reduzido que seja, imposto de forma unilateral, qualquer que sejam a sua denominação e técnica, que incida sobre as mercadorias nacionais ou estrangeiras devido ao facto de atravessarem a fronteira, quando não é um direito aduaneiro propriamente dito, constitui um encargo de efeito equivalente... mesmo que não seja cobrado em benefício do Estado, que não exerça qualquer efeito discriminatório ou proteccionista e que o produto tributado não se encontre em concorrência com uma produção nacional;

41. Embora os seus contornos tenham evoluído ligeiramente ao longo das décadas, mantém-se inalterada a definição essencial de encargos de efeito equivalente, inicialmente desenvolvida pelo Tribunal numa série de acórdãos de princípio proferidos nos anos 60. Esta definição, elaborada em 1969 ¹⁴ e utilizando elementos formulados em acórdãos anteriores ¹⁵, continua a ser citada nos mais recentes acórdãos como contendo os

...

... resulta dos artigos 95.º e seguintes que o conceito de encargo de efeito equivalente não abrange as imposições que incidem da mesma maneira, no interior do Estado, sobre os produtos nacionais similares ou comparáveis, ou que, pelo menos, na ausência de tais produtos, se incluam no âmbito de uma imposição interna geral...»

10 — V. acórdão Lütticke, referido na nota 9.

11 — Acórdão de 22 de Outubro de 1974, Demag (27/74, Recueil, p. 1037, n.º 7, Colect., p. 459).

12 — Acórdão de 18 de Junho de 1975, IGAV (94/74, Colect., p. 241, n.º 13).

13 — Acórdão de 8 de Julho de 1965, Deutschmann (10/65, Recueil, p. 469, em especial p. 607, Colect. 1965-1968, p. 157).

14 — Acórdão de 1 de Julho de 1969, Comissão/Itália (24/68, Recueil, p. 193, p. 57, Colect. 1969-1970 (processo da «taxa de estatística», n.ºs 9 e 11); acórdão de 1 de Julho de 1969, Diamantarbeiders (2/69 e 3/69, Colect., p. 63, n.ºs 18 e 20).

15 — Em especial no acórdão de 14 de Dezembro de 1962, Comissão/Luxemburgo e Reino da Bélgica (2/62 e 3/62, Colect. 1962-1964, p. 147), no acórdão Deutschmann, referido na nota 13, e no acórdão de 10 de Dezembro de 1968, Comissão/Itália (7/68, Colect., p. 887).

16 — V., por exemplo, o acórdão de 14 de Setembro de 1995, Simitzi (C-485/93 e C-486/93, Colect., p. I-2655, n.º 15), e o acórdão de 7 de Dezembro de 1995, Ayuntamiento de Ceuta (C-45/94, Colect., p. I-4385, n.º 28).

42. A referência a «mercadorias nacionais ou estrangeiras» reflecte o facto de a definição ter sido usada de modo idêntico em ambos os acórdãos de 1969, um dos quais respeitava a direitos de importação e o outro a direitos de importação e de exportação. A definição foi reformulada para se referir apenas a mercadorias importadas em muitos dos acórdãos subsequentes¹⁷. A importância da origem dos produtos tributados foi sublinhada numa série posterior de acórdãos, que começou com o acórdão Steinike e Weinlig¹⁸, em que o Tribunal completou a definição acima referida (ou pequenas variações da mesma):

«A característica essencial de um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro, que o distingue duma imposição interna, é que o primeiro incide exclusivamente sobre o produto importado enquanto a segunda incide conjuntamente sobre produtos importados e nacionais.»

43. Esta característica essencial é invocada para sustentar simultaneamente os argumentos a favor e contra a classificação de um adicional aos direitos de importação de mercadorias como encargo de efeito equivalente. Chega-se assim ao que considero ser o cerne da questão nos processos em apreço, ou seja,

se o adicional pode ser considerado isoladamente: se for considerado uma taxa separada e distinta, é claro que se aplica apenas a importações e é, *prima facie*, contrário aos artigos 9.º a 13.º; se, no entanto, for considerado uma aplicação específica da taxa sobre mercadorias como um todo, tratar-se-á então de um aspecto de uma taxa mais ampla aplicada a mercadorias nacionais e importadas, abrangida pelo artigo 95.º e contrária a tal artigo na medida em que produz efeitos discriminatórios. Neste contexto, é importante distinguir o facto de uma taxa ser cobrada no momento da importação da questão de saber se é aplicada apenas a importações: a primeira questão é conceptualmente separada desta última. O facto de a importação constituir o facto gerador do imposto não é determinante para a sua classificação nos termos dos artigos 9.º a 13.º, por um lado, ou 95.º, por outro: o facto gerador do imposto, no que respeita ao imposto sobre o valor acrescentado na importação, por exemplo, verifica-se com a importação, mas tal não significa, evidentemente, que se trata de um encargo sobre as importações.

44. Note-se que o facto de uma imposição ou taxa ser cobrada por um organismo de direito público que não o Estado ou de ser cobrada em seu benefício e de ser um encargo especial ou adequado a um determinado fim não impede que tal imposição ou taxa seja abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 95.º¹⁹

17 — V., por exemplo, o acórdão de 14 de Dezembro de 1972, Marimex (29/72, Recueil, p. 1309, n.º 6, Colect., p. 473); o acórdão de 19 de Junho de 1973, Capolongo (77/72, Colect., p. 253, n.º 12), e o acórdão IGAV, referido na nota 12, n.º 10.

18 — Acórdão de 22 de Março de 1977 (78/76, Colect., p. 203, n.º 28); v. também o acórdão de 5 de Maio de 1982, Schul (15/81, Recueil, p. 1409, n.º 19); o acórdão de 7 de Maio de 1987, Co-Frutta (193/85, Colect., p. 2085, n.º 9), e, mais recentemente, as conclusões do advogado-geral G. Tesouro relativos ao acórdão Ayuntamiento de Ceuta, referido na nota 16.

19 — Acórdão de 22 de Março de 1977, Iannelli e Volpi (74/76, Colect., p. 175, n.º 19).

45. Uma análise da estrutura da taxa sobre mercadorias e do adicional confirma a tese de que o adicional se inclui no âmbito das imposições internas e, como tal, deve ser avaliado à luz do artigo 95.º A taxa é aplicada quer a produtos nacionais, quer a produtos importados, sendo parte de um sistema geral de imposições internas devidas pela utilização de portos comerciais e das suas instalações. É devida relativamente a todas as mercadorias desembarcadas no porto, quer cheguem do estrangeiro quer de outro porto comercial dinamarquês. A taxa varia, no entanto, consoante a categoria das mercadorias, sendo composta por uma taxa de base e por uma percentagem suplementar; esta estrutura básica vigorou desde 1937. Resulta com clareza do historial legislativo do adicional que o mesmo foi introduzido como um aumento da tarifa a que a taxa sobre mercadorias existente seria aplicada a mercadorias importadas e não como uma nova taxa distinta. O fundamento jurídico para aplicação da taxa de base e do adicional era o mesmo, a saber, os regulamentos dos portos demandados, decretados pelo ministro dos Transportes nos termos da lei de 1976. Por fim, as isenções e as tarifas especiais para determinadas categorias de mercadorias aplicavam-se igualmente ao adicional.

46. As modalidades de cobrança do adicional corroboram também o argumento de que o adicional é parte integrante da taxa geral sobre mercadorias. Não há formalidades administrativas específicas associadas à aplicação do adicional. Quer a taxa de base, quer o adicional, são cobrados simultaneamente pelas mesmas autoridades e calculados por referência ao peso das mercadorias e, para efeitos de determinar se há lugar a qualquer

isenção ou tarifa especial, ao tipo de mercadorias. O facto gerador da taxa (ou seja, o desembarque) é o mesmo em ambos os casos e as receitas assim obtidas revertem, sem distinção, para o porto em causa. A proveniência das mercadorias e, conseqüentemente, a tarifa da taxa efectivamente devida, só é determinada quando é feito o cálculo definitivo.

47. A *Olieselskabet*, como parte do seu argumento principal segundo o qual o adicional é um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro, alega que, ainda que o adicional pareça uma imposição interna, é no entanto um encargo de efeito equivalente, uma vez que é utilizado indirectamente para defender o comércio de produtos nacionais. A *Olieselskabet* cita o acórdão *Capolongo*²⁰ em defesa do seu argumento.

48. Nesse acórdão, o Tribunal declarou que uma contribuição integrada num regime geral de imposições internas, aplicada sistematicamente aos produtos nacionais e aos produtos importados segundo os mesmos critérios, pode, apesar de tudo, constituir um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro de importação, quando tal contribuição seja exclusivamente destinada a actividades que beneficiem especificamente o

20 — Referido na nota 17.

produto nacional abrangido pela imposição²¹. A Olieelskabet defende que, uma vez que o adicional reverte em benefício de cada porto, contribuindo assim para o transporte de produtos nacionais, internamente ou através da exportação, a preços mais baixos que resultam do facto de estarem sujeitos à taxa sobre mercadorias mas não ao adicional, este se integra assim na excepção estabelecida pelo acórdão Capolongo e será, como tal, um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro.

49. Na minha opinião, este argumento assenta numa concepção errada. A excepção do acórdão Capolongo aplica-se quando as receitas de uma taxa aplicada indistintamente a produtos nacionais e importados beneficia exclusivamente os produtos nacionais²². Nos processos em apreço, as receitas da taxa sobre mercadorias no seu conjunto, que revertem para os portos em causa e financiam as suas infra-estruturas, beneficiam quer as importações quer os produtos nacionais que sejam carregados ou descarregados em tal porto.

50. Na minha opinião, portanto, o adicional da taxa sobre mercadorias inclui-se no âmbito da estrutura das imposições internas gerais, pelo que a sua compatibilidade com o direito comunitário deve ser apreciada à luz do artigo 95.º do Tratado.

Remuneração de serviços?

51. Várias partes argumentam que o adicional representa uma remuneração de serviços prestados e, como tal, não é um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro. Uma vez que não considero que o adicional esteja abrangido, em qualquer caso, pelo âmbito da definição de encargo de efeito equivalente, sou de opinião de que o argumento é irrelevante nos processos em apreço. Apreciá-lo-ei, no entanto, para o caso de ser considerado relevante; note-se que o Ministério dos Transportes, no processo Haahr Petroleum, avança tal argumento no contexto do artigo 95.º O ministério alega que o adicional não será discriminatório para os efeitos desse artigo se for de facto uma remuneração de serviços adicionais prestados às importações, uma vez que, em tais circunstâncias, as importações e as mercadorias nacionais não podem considerar-se comparáveis.

52. O Tribunal aceitou, embora com relutância, que «não (é) de excluir que, em determinadas hipóteses, a prestação de um serviço perfeitamente individualizado possa dar lugar a uma eventual contraprestação proporcional ao referido serviço»²³. Em tais casos, o pagamento em questão não será considerado um encargo de efeito equivalente e pode ser legal. Devem no entanto respeitar-se critérios rigorosos para que um encargo seja abrangido por tal definição: o serviço prestado tem que representar um benefício específico e identificável concedido efectiva e

21 — N.º 14 do acórdão.

22 — V. também o acórdão IGAV, referido na nota 12, n.º 17, e o acórdão de 25 de Maio de 1977, Cucchi (77/76, Collect., p. 353, n.º 17).

23 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1975, Cadsky (63/74, Collect., p. 115).

individualmente²⁴ e deve existir uma relação directa entre o montante pago e tal benefício²⁵.

53. Na minha opinião, o argumento segundo o qual, nos processos em apreço, o adicional é simplesmente uma remuneração de serviços que beneficiam o importador não é convincente pelas seguintes razões.

54. Alega-se que o adicional remunera o uso quer das instalações portuárias em geral, quer das instalações específicas de que as importações necessitam.

55. Como a *Olieselskabet* salienta, o uso das instalações portuárias em geral é, em princípio, coberto por taxas separadas, a saber, a taxa sobre navios e outras taxas específicas referidas no acórdão de reenvio. Acresce que não deve esquecer-se que o adicional representa apenas uma parte do total da taxa sobre mercadorias cobrada por um determinado porto: a taxa cobrada a um nível de base sobre todas as importações e exportações corresponde também, presumivelmente, a uma remuneração por certos serviços portuários. Será talvez defensável que tais taxas são

portanto, na realidade, uma remuneração de serviços, mas, na medida em que o sejam, é evidente que os mesmos serviços não podem constituir, simultaneamente, a contrapartida do adicional. Em qualquer caso, o facto de a taxa sobre mercadorias e a taxa sobre navios ser estabelecida centralmente e ser, portanto, idêntica em todos os portos, apesar das diferenças que existem quanto ao leque de serviços prestados e de o adicional ser cobrado à taxa de 40% em todos os portos, enfraquece tal argumento. Por fim, como a *Haahr Petroleum* (e, *mutatis mutandis*, a *GT-Link*) salienta, um determinado navio com um carregamento de mercadorias importadas beneficia, de facto, dos mesmos serviços que um navio equivalente com um carregamento de mercadorias nacionais.

56. Os portos demandados e o Ministério dos Transportes alegam que as mercadorias importadas do estrangeiro tendem a ser transportadas em navios maiores, que necessitam de instalações especiais, canais para navios de grande calado, etc., e que o adicional é portanto uma remuneração pelos serviços adicionais necessários para as importações. Note-se que tanto a *Texaco* como a *Olieselskabet* contestam a premissa deste argumento, acrescentando a *Texaco* que a distância entre os portos dinamarqueses e muitos portos estrangeiros não é maior do que a distância entre portos dinamarqueses. Pode também duvidar-se da validade do argumento no caso de *ferries* que transportam veículos pesados de mercadorias, indo e vindo em direcções opostas, como se verifica no processo *GT-Link*. Em qualquer caso, há várias falhas neste argumento.

24 — V. acórdão Comissão/Itália, referido na nota 14, n.º 16.

25 — V. por exemplo, o acórdão de 2 de Maio de 1990, *Bakker Hillegom* (C-111/89, *Collect.*, p. I-1735, n.ºs 12 a 16).

57. Em primeiro lugar, como a Haahr Petroleum, a Olieelskabet e a Comissão salientam, a dimensão dos navios já se reflecte no nível da taxa sobre navios que estes pagam, sendo tal taxa calculada em função da tonelagem bruta registada dos navios. Com efeito, o deslocamento e, consequentemente, a dimensão de um determinado navio que importe mercadorias pode considerar-se reflectida, indirectamente, na taxa de base sobre mercadorias, uma vez que esta é calculada por referência ao peso das mesmas. Note-se que o Ministério dos Transportes e a DSB confirmam este aspecto, declarando que a taxa sobre mercadorias se baseia no peso precisamente porque as despesas de desembarque, área de cais, etc. dependem do peso das mercadorias em questão.

58. Em segundo lugar, como salientam a Olieelskabet e a GT-Link, se o objectivo do adicional fosse o pagamento das instalações portuárias especiais exigidas por navios maiores, atingir-se-ia esse resultado de modo mais justo estruturando o adicional em conformidade, por exemplo isentando os navios mais pequenos (embora se o adicional continuasse apenas a ser pago relativamente às importações, seria ainda assim, *prima facie*, contrário ao direito comunitário, do mesmo modo que o adicional ora em questão).

59. Acresce que, conforme salientam a Haahr Petroleum, a Olieelskabet e a Comissão, os navios que transportam mercadorias para exportação utilizam, presumivelmente, as mesmas zonas de águas profundas do mesmo modo que os navios que transportam

mercadorias para importação; mais uma vez, as mercadorias assim transportadas não estão sujeitas a um adicional correspondente. A GT-Link alega, por outro lado, que as mercadorias importadas não beneficiam de nenhum serviço específico além dos prestados relativamente às mercadorias exportadas.

60. Por fim, um navio que importe mercadorias estrangeiras através de Copenhaga, onde tal adicional não é devido, e que depois prosiga para um dos outros portos comerciais, onde desembarca as mercadorias, solicita das instalações portuárias o mesmo que solicitaria se tivesse importado as mercadorias directamente por esse porto comercial, mas não é devido qualquer adicional neste caso²⁶; o Ministério dos Transportes e os portos demandados nos processos Texaco e Olieelskabet declaram até que o mesmo se verifica quando um navio passa por outro porto dinamarquês sem aí descarregar as mercadorias. Também este aspecto me parece anular qualquer argumento segundo o qual o adicional seria uma remuneração por serviços correspondentes ao uso de instalações portuárias especiais.

61. Resulta aliás claramente dos antecedentes históricos da instituição do adicional, tal como são descritos no acórdão de reenvio²⁷, que a razão principal para se impor um adicional específico sobre as mercadorias

²⁶ — V. n.º 15.

²⁷ — V. n.º 13.

importadas, em vez de aumentar, em geral, as tarifas das taxas sobre navios e das taxas sobre mercadorias existentes, foi evitar desviar o tráfego nacional para os caminhos-de-ferro e para as estradas e não qualquer razão relativa à contrapartida pelo aumento da utilização das instalações portuárias por navios que transportassem mercadorias importadas. Como a *Olieselskabet* salienta, não há aliás no relatório da comissão para as tarifas das taxas dos portos e pontes qualquer referência à dimensão dos navios como factor relevante para a recomendação de se impor um adicional à importação.

62. Os portos demandados no processo *Haahr Petroleum* e os portos municipais nos processos *Texaco* e *Olieselskabet* alegam que, uma vez que a utilização dos portos não é obrigatória, o adicional é uma remuneração. Este argumento é obviamente falacioso: embora o Tribunal tenha declarado que a remuneração de um serviço obrigatório, como por exemplo uma inspecção sanitária, será em princípio considerada um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro²⁸, daí não resulta que uma remuneração por um serviço não obrigatório escape ao âmbito da definição de encargo de efeito equivalente.

63. Acresce que tal argumento não pode em caso algum considerar-se sustentável, salvo se o serviço em questão for genuinamente opcional, o que raramente será o caso de serviços prestados por uma empresa pública que goza

de um monopólio ou quase monopólio. Os portos demandados tentam contrapor que, uma vez que não há, aparentemente, adicional sobre as importações à taxa única sobre as mercadorias aplicada no porto de Copenhaga, a demandante poderia ter evitado o seu pagamento enviando as mercadorias para esse porto e transportando-as a partir daí por caminho-de-ferro, por estrada, ou por navio mais pequeno. Este argumento sugere no entanto, quando muito, que o adicional não é uma simples remuneração pela utilização de instalações portuárias, pois caso contrário seria incorrecto não o aplicar também em Copenhaga, que é, de longe, o maior porto. Em qualquer caso, não pode fazer-se qualquer comparação válida com a situação de Copenhaga sem mais elementos sobre as taxas aplicadas nesse porto — os documentos dos autos pouco mais dizem além de que tem o seu próprio sistema de taxas.

64. Por fim, quanto ao argumento de que o adicional é uma remuneração de serviços, os portos demandados e o Ministério dos Transportes no processo *Haahr Petroleum*, os portos municipais nos processos *Texaco* e *Olieselskabet* e a *DSB* referem o acórdão *SIOI*²⁹, em que o Tribunal declarou que, para determinar se direitos ou taxas representam os custos de transporte ou outras prestações relacionadas com o trânsito, é necessário ter em conta não só os serviços directa e especificamente relacionados com o movimento de mercadorias, mas também os benefícios mais gerais que resultam da

28 — V., por exemplo, os acórdãos referidos no acórdão de 31 de Janeiro de 1984, IFG (1/83, Recueil, p. 349, n.º 8).

29 — Acórdão de 16 de Março de 1983 (266/81, Recueil, p. 731).

utilização das águas e das instalações portuárias cuja navegabilidade e manutenção está a cargo das autoridades públicas³⁰. Este acórdão é citado para refutar o argumento de que um encargo que é igual em todos os portos não pode por isso considerar-se proporcional ou directamente ligado ao serviço que alegadamente se remunera. Na minha opinião, este argumento ignora o aspecto essencial de que todos os utilizadores das instalações portuárias devem pagar os benefícios mais genéricos referidos no acórdão SIOT, uma vez que tais benefícios estão à disposição de todos e são utilizados por todos, e não apenas pelos importadores, ao passo que só estes últimos estão sujeitos ao pagamento do adicional em questão.

65. Os demandados no processo Haahr Petroleum referem ainda a proposta da Comissão relativa aos aeroportos³¹, que, na sua opinião, reflecte, *mutatis mutandis*, a perspectiva do Tribunal no acórdão SIOT quanto às taxas portuárias. Diz-se no preâmbulo da proposta:

«Considerando que é desejável que os utentes paguem não apenas as taxas aplicáveis às instalações e serviços aeroportuários que utilizam, independentemente da origem do tráfego na Comunidade, como ainda uma parte

justa dos custos relativos ao fornecimento de instalações e serviços aeroportuários que sejam considerados essenciais para um funcionamento dos aeroportos eficiente, seguro e compatível com o ambiente»³².

66. A proposta não tem, naturalmente, valor jurídico. Em qualquer caso, o considerando acima citado deve ser lido à luz do artigo 12.º, n.º 1, da proposta, que exige que as taxas sejam, nomeadamente, não discriminatórias. Note-se que a Comissão declara, na exposição de motivos, que há diferenças, na maioria dos Estados-Membros, entre as taxas aplicáveis ao tráfego aéreo interno e as aplicáveis ao tráfego aéreo intracomunitário e exorta as autoridades portuárias a eliminarem tais diferenças que não sejam, comprovadamente, relativas a diferenças de custos³³.

O artigo 84.º e o Regulamento n.º 4055/86

67. O Ministério dos Transportes dinamarquês, os portos estatais demandados e a DSB alegam que nem a própria taxa sobre as mercadorias, nem o adicional sobre as importações, são abrangidos pelos artigos 9.º a 13.º ou 95.º do Tratado; são, pelo contrário,

30 — *Ibidem*, n.ºs 20 e 21 do acórdão.

31 — Proposta de regulamento (CEE) do Conselho relativo a um procedimento de consulta entre os aeroportos e os seus utentes e aos princípios de estabelecimento das taxas de aeroporto [COM(90) 100 final] (JO 1990, C 147, p. 6).

32 — *Ibidem*, décimo considerando.

33 — N.º 15, C, alínea d), da exposição de motivos.

abrangidos pelas normas do Tratado referentes aos transportes (artigos 74.º a 84.º e, em especial, artigo 84.º, n.º 2) e pelo Regulamento n.º 4055/86³⁴.

68. O artigo 84.º, n.º 2, fundamento jurídico do Regulamento n.º 4055/86, permite ao Conselho, deliberando por maioria qualificada, decidir se, em que medida e por que processo, podem ser adoptadas, para os transportes marítimos e aéreos, disposições adequadas, e inclui disposições processuais. Não é necessário, para efeitos de apreciação deste argumento, expor aqui o regulamento que, como o nome indica, pretende liberalizar a prestação dos serviços de transporte marítimo.

69. O Ministério dos Transportes dinamarquês, os portos estatais demandados e a DSB alegam que a taxa é cobrada para atingir objectivos de política de transporte legítimos, a saber, o financiamento dos portos comerciais e a aplicação ao tráfego marítimo de longa distância de taxas mais elevadas que ao de curta distância. Na sua opinião, decorre do acórdão *Corsica Ferries France*³⁵ que as taxas que visem objectivos de política de transportes devem ser apreciadas à luz das regras do Tratado sobre transportes e, em especial, do artigo 84.º, n.º 2, e do Regulamento n.º 4055/86. Com respeito ao período que antecedeu a entrada em vigor do regulamento (1 de Janeiro de 1987), a Dinamarca era livre de aplicar regras como as ora em questão.

70. O acórdão *Corsica Ferries France* respeitava a taxas cobradas pelas autoridades aduaneiras francesas ao operador de *ferries* entre a Córsega e a Itália. As taxas eram aplicadas a todos os passageiros que viajassem de ou para um porto situado na Europa e, como tal, aplicavam-se a todos os passageiros que embarcassem, desembarcassem, ou transbordassem em portos corsos. Em contrapartida, os operadores de *ferries* entre a Córsega e a França continental só estavam sujeitos ao pagamento de taxas pelos passageiros que viajassem para a Córsega. Alegou-se que as taxas eram contrárias ao artigo 59.º do Tratado.

71. O Tribunal salientou que, nos termos do artigo 61.º, n.º 1, do Tratado, a livre prestação de serviços em matéria de transportes é regulada pelas disposições constantes do título relativo aos transportes e que foi apenas através do Regulamento n.º 4055/86 que o Conselho adoptou as medidas necessárias para a realização da livre prestação de serviços no sector dos transportes marítimos entre os Estados-Membros. O Tribunal concluiu que no momento em questão nesse processo, isto é, em 1981 e em 1982, a livre prestação de serviços no sector dos transportes marítimos não fora ainda realizada e, conseqüentemente, os Estados-Membros podiam cobrar taxas do tipo das que estavam então em causa³⁶.

72. Na minha opinião, a analogia com o acórdão *Corsica Ferries France* é fraca e o argumento que nela se baseia não é convincente. Como salientaram a *Texaco* e a

34 — Regulamento referido na nota 5.

35 — Acórdão de 13 de Dezembro de 1989 (C-49/89, Colect., p. 4441).

36 — *Ibidem*, n.ºs 10, 13 e 14 do acórdão.

Olieselskabet, a taxa em questão naquele caso era uma taxa devida pelo armador relativamente aos passageiros embarcados, desembarcados ou transbordados em certos portos marítimos e, como tal, era obviamente susceptível de afectar a livre prestação de serviços de transporte marítimo, que é objecto do Regulamento n.º 4055/86. Pelo contrário, uma taxa sobre a importação de mercadorias, suportada pelo destinatário ou pelo remetente das mesmas, pode mais naturalmente ser vista como susceptível de afectar a livre circulação de mercadorias e, pela sua natureza fiscal, será abrangida pelo artigo 95.º Em qualquer caso, como é defendido pela Olieselskabet, resulta com clareza do acórdão *Corsica Ferries Italia*³⁷ que o Regulamento n.º 4055/86 não permite comportamentos discriminatórios que caiam no seu âmbito: nesse acórdão, entendeu-se que o regulamento proibia um Estado-Membro de aplicar taxas diferentes por serviços idênticos, quando as taxas constituíssem uma discriminação indirecta dos operadores económicos em razão da sua nacionalidade.

73. Em qualquer caso, como salientou a Olieselskabet, resulta claramente de anterior jurisprudência do Tribunal que o simples facto de uma taxa ser cobrada no contexto de uma política de transportes não a exclui do âmbito de aplicação do artigo 95.º³⁸

74. Tal não significa, naturalmente, que o adicional não possa, além do mais, como sugere a Comissão, ter efeitos restritivos na liberdade de prestar serviços de transporte marítimo e ser, como tal, pelo menos contrário ao Regulamento n.º 4055/86 a partir da data de entrada em vigor deste regulamento. Embora no acórdão *Corsica Ferries France* se declare que o sector dos transportes marítimos não estava liberalizado até essa data, pelo que medidas restritivas da livre prestação de serviços podiam ser permitidas antes dessa data, daí não decorre necessariamente que uma medida explicitamente discriminatória fosse permitida. No entanto, na minha opinião, não é necessário decidir este aspecto para efeitos dos presentes processos; acresce que não foi integralmente abordado pelas partes.

75. No processo *Haahr Petroleum*, o Ministério dos Transportes refere a proposta da Comissão sobre os aeroportos³⁹ em apoio do seu argumento segundo o qual considerações de política de transportes podem justificar taxas diferenciais em aeroportos e, por analogia, em portos. A proposta parece no entanto ser de pouca utilidade a este respeito: exige que as taxas de utilização dos aeroportos sejam não discriminatórias e razoavelmente relacionadas com os custos das instalações e dos serviços prestados, havendo apenas a possibilidade de reduzir as taxas em regiões isoladas, o que deve ser notificado como auxílio de Estado.

37 — Acórdão de 17 de Maio de 1994 (C-18/93, *Colect.*, p. I-1783, n.º 32 a 37).

38 — *V.*, por exemplo, o acórdão de 16 de Fevereiro de 1977, *Schöettle* (20/76, *Colect.*, p. 87).

39 — Proposta referida na nota 31.

76. Através de um argumento ligeiramente diferente baseado nos transportes, o Ministério dos Transportes, no processo Haahr Petroleum, e a DSB alegam que não há justificação para se considerar o adicional ou mesmo — apesar do nome — a taxa sobre mercadorias uma imposição sobre mercadorias: é antes uma imposição relacionada com uma determinada forma de transporte. A conclusão que se retiraria é que, não sendo aplicado às mercadorias, o adicional não seria abrangido pelo artigo 95.º

77. A estrutura e os antecedentes da taxa sobre mercadorias em geral e do adicional em particular são argumentos de peso contra tal interpretação. Note-se em especial, como foi referido pela Comissão, que a taxa é calculada por referência ao peso das mercadorias e suportada, em última análise, pelo destinatário das mesmas. Ainda que se desse o caso, no entanto, de o adicional ser aplicado a uma forma de transporte e não às mercadorias transportadas, isso não seria suficiente por si para o subtrair ao âmbito do artigo 95.º: como a Olieselskabet salienta, no acórdão Schöttle ⁴⁰ o Tribunal declarou que, face à economia geral e aos objectivos do artigo 95.º, o conceito de imposição sobre um produto deve ser interpretado em sentido lato e que um encargo cobrado sobre os transportes internacionais rodoviários de mercadorias em função da distância percorrida no território nacional e do peso das mercadorias em causa se incluía no âmbito desse conceito ⁴¹.

40 — Acórdão referido na nota 38.

41 — N.ºs 13 e 16 do acórdão. V. também as minhas conclusões relativas ao acórdão de 19 de Maio de 1992, Comissão/Alemanha (C-195/90, Colect., p. I-3141, n.ºs 41 a 48).

78. Acresce que o facto de as mercadorias importadas por outro meio — por exemplo, via Copenhaga ou por estrada ou ar — não estarem sujeitas à taxa não impede, ao contrário do que afirma a DSB, que a mesma seja uma imposição sobre mercadorias, tal como não impede isso o facto de certas mercadorias dela estarem isentas: o que é relevante para a classificação da imposição são as mercadorias por ela abrangidas, não as que lhe escapam.

Compatibilidade do adicional com o artigo 95.º

79. Mantenho pois a minha opinião de que o adicional da taxa sobre mercadorias, sendo cobrado no quadro de uma tributação interna geral, cabe no âmbito do artigo 95.º do Tratado. Uma vez que é claramente discriminatório, o adicional é ilegal.

80. Os demandados no processo Haahr Petroleum alegam que a diferença de tributação pode ainda assim ser compatível com o artigo 95.º, uma vez que o Tribunal aceitou já imposições internas diferenciadas com base em critérios objectivos. Os portos municipais nos processos Texaco e Olieselskabet e a DSB alegam além disso que a dimensão do navio importador é um critério objectivo que

justifica o adicional. Estes argumentos baseiam-se na incapacidade de distinguir duas questões diferentes.

dos artigos 9.º a 13.º: no entanto, se o seu efeito for discriminatório, será contrário ao artigo 95.º

81. É certo que o Tribunal declarou, relativamente cedo, que encargos pecuniários incluídos num regime geral de imposições internas abrangendo sistematicamente, segundo critérios idênticos, os produtos nacionais e os produtos importados, cabiam no âmbito do artigo 95.º e não no dos artigos 9.º a 13.º A referência aos critérios idênticos, repetida em muitos acórdãos subsequentes, surge porque no acórdão Marimex, o primeiro dos acórdãos em que o princípio foi formulado⁴², o órgão jurisdicional nacional tinha perguntado especificamente se era relevante para a classificação do encargo em questão (respeitante a controlos sanitários de gado vivo e de carne de vaca e de vitela à passagem da fronteira) o facto de os animais e carne correspondentes, de produção nacional, estarem sujeitos a um encargo «determinado segundo critérios de cálculo que não são comparáveis aos critérios utilizados para determinar o montante do encargo pecuniário que onera os animais vivos e a carne de bovino importados». Neste contexto, é claro que o Tribunal formulou o princípio *para efeitos de classificação do encargo*: o encargo em questão no acórdão Marimex, em que o encargo nacional pretensamente equivalente era calculado segundo critérios que não eram comparáveis, era um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro; pelo contrário, um encargo aplicado aos produtos nacionais e importados segundo os mesmos critérios deve ser apreciado à luz do artigo 95.º e não

82. Assim, por exemplo, no acórdão Chemical Farmaceutici⁴³, invocado pelos demandados no processo Haahr Petroleum, aparentemente em defesa do seu argumento, o Tribunal apreciou a legalidade, nos termos do artigo 95.º, da aplicação de diferentes níveis de imposição ao álcool produzido por fermentação e ao álcool sintético. Declarou que a distinção com base em critérios objetivos, como a natureza das matérias-primas utilizadas ou os processos de produção empregados era compatível com o direito comunitário desde que, nomeadamente, as regras específicas fossem tais que evitassem qualquer forma de discriminação, directa ou indirecta, relativamente a importações de outros Estados-Membros⁴⁴.

83. Há numerosos acórdãos em que o Tribunal apreciou se diferentes níveis de imposição, baseados em critérios objetivos, tinham no entanto como efeito discriminar os produtos importados, em violação do artigo 95.º⁴⁵ Não considero no entanto que sejam relevantes para os processos em apreço, em que a imposição é cobrada a uma taxa explicitamente mais elevada nas importações de mercadorias de outros Estados-Membros.

⁴³ — Acórdão de 14 de Janeiro de 1981 (140/79, Recueil, p. 1).

⁴⁴ — *Ibidem*, n.º 14.

⁴⁵ — V. também as minhas conclusões relativas ao acórdão de 30 de Novembro de 1995, Casarin (C-113/94, Colect., p. I-4203, em especial os n.ºs 21 a 27).

42 — Acórdão referido na nota 17.

84. Acresce que o conceito de diferentes níveis de imposição baseados em critérios objectivos pressupõe uma relação directa entre a diferença e os critérios. É claro que nos processos em apreço a dimensão do navio importador não pode ser considerada como tal, uma vez que não está relacionada com a aplicação do adicional.

85. Por fim, apreciarei a importância, para efeitos da legalidade do encargo, da produção nacional dos produtos em causa. Embora esta questão não tenha sido discutida em profundidade nas observações escritas, foi suscitada na audiência.

86. Parece-me que o artigo 95.º seria aplicável aos processos em apreço ainda que não houvesse produção nacional dos produtos em questão. O simples facto de num dado momento não existir produção nacional de um determinado produto não significa que um Estado-Membro possa instituir normas fiscais que prevejam expressamente que as importações sejam tributadas mais severamente do que seriam os mesmos produtos nacionais se existissem. O primeiro parágrafo do artigo 95.º aplica-se a normas que, *pelos seus próprios termos*, tributem os produtos importados mais severamente, actual ou potencialmente, do que os produtos nacionais. É certo que, quando não há produtos nacionais, a imposição não protege directamente a produção existente. No entanto, ao tributar mais severamente as importações do mesmo produto, um Estado-Membro beneficia a potencial produção nacional e incita os fabricantes a transferir a produção para o seu território.

87. As dificuldades que surgem com a tese contrária são particularmente visíveis no caso de uma imposição geral como a que está em causa nos processos em apreço. Seria impraticável defender que a medida da ilegalidade do adicional geral sobre as importações variava diariamente consoante a existência de produção nacional de certos tipos de mercadorias e que o importador de um lote de mercadorias poderia reaver o adicional só quanto à parte do lote relativamente à qual pudesse provar que havia produção nacional no momento em que a imposição foi cobrada.

88. Acresce que se verificaria uma lacuna no Tratado se um adicional imposto exclusivamente às importações fosse considerado como abrangido pelo âmbito do artigo 95.º e não pelo dos artigos 9.º a 13.º, por se integrar num sistema geral de imposições internas, mas se concluisse que não violava o artigo 95.º em razão da inexistência de produção nacional no momento em questão. Os presentes processos são completamente diferentes dos processos, que têm surgido com mais frequência no Tribunal, em que se põe a questão da similitude ou permutabilidade de produtos importados e de produtos nacionais sujeitos a diferentes impostos ou a diferentes níveis de imposição. Nesses casos, é naturalmente necessária uma comparação entre o produto nacional e o produto importado.

89. É certo que no acórdão Comissão/Dinamarca⁴⁶ o Tribunal declarou que

46 — Acórdão de 11 de Dezembro de 1990 (C-47/88, *Collect.*, p. I-4509, n.º 10).

«o artigo 95.º não pode ser invocado contra imposições internas que incidem sobre os produtos importados, na falta de produção nacional similar ou concorrente». Nesse caso, no entanto, a imposição em questão, uma taxa de registo sobre veículos automóveis novos, aplicava-se indistintamente aos produtos importados e nacionais. A imposição não fornecia qualquer incentivo aos fabricantes para mudarem a produção para a Dinamarca. A questão era, nesse caso, a de saber se a imposição era, ainda assim, contrária ao artigo 95.º, porque, na falta de produção nacional, se aplicava, *na prática*, apenas às importações e a uma taxa excepcionalmente elevada. O Tribunal só poderia considerar que havia discriminação se partisse do princípio de que a Dinamarca teria aplicado uma taxa de imposição mais baixa se houvesse uma produção nacional significativa. Penso que o desfecho desse processo teria sido diferente se — por analogia com os presentes processos — as normas dinamarquesas tivessem, pelos seus próprios termos, imposto um adicional, especificamente aos automóveis importados, superior à taxa normal de imposição aplicada internamente e às importações.

90. O órgão jurisdicional nacional, no processo GT-Link, pergunta se, no caso de o Tribunal considerar que o adicional sobre as importações é, *prima facie*, contrário aos artigos 9.º a 13.º ou 95.º, ele pode no entanto ser lícito nos termos do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado. Analisarei esta disposição em pormenor mais adiante⁴⁷, no contexto de uma possível defesa da conclusão de que a

cobrança das taxas portuárias é contrária às regras de concorrência do Tratado e remeto para as observações que faço nesse contexto, que se aplicam também, *mutatis mutandis*, no presente contexto.

91. A questão final levantada pelo órgão jurisdicional nacional relativamente à legalidade do adicional à luz dos artigos 9.º a 13.º ou do artigo 95.º é a de saber se, sendo o adicional declarado incompatível com o Tratado, tal conclusão se aplica a todo o adicional cobrado desde a adesão da Dinamarca à Comunidade ou apenas ao aumento do adicional que entrou em vigor após essa data.

92. Da redacção da questão não resulta clara a pergunta do órgão jurisdicional nacional. À primeira vista, parece sugerir que a taxa do adicional aumentou após a adesão da Dinamarca à Comunidade e perguntar se todo o adicional cobrado desde 1973 é ilegal ou se o é apenas o montante do aumento subsequente. A taxa do adicional manteve-se no entanto inalterada desde que o mesmo foi instituído em 1954, pelo que a pergunta não pode ter este sentido.

93. Há no entanto outra interpretação da questão. Embora a *percentagem* do adicional, enquanto percentagem da taxa sobre mercadorias subjacente, não tenha sido alterada desde a adesão da Dinamarca, a própria taxa

47 — V. n.ºs 136 a 140.

sobre as mercadorias e, conseqüentemente, o *montante* devido a título de adicional por um determinado peso de mercadorias importadas aumentou: segundo o acórdão de reenvio no processo Haahr Petroleum, o adicional por tonelada de petróleo aumentou regularmente de 308 øres em 1984 para 388 øres em 1990, reflectindo um aumento da taxa de base sobre as mercadorias de 770 øres para 970 øres durante o mesmo período. Segundo os portos demandados no processo Haahr Petroleum, o adicional sobre produtos petrolíferos era, em 1973, de 186 øres. O órgão jurisdicional nacional pode portanto estar a perguntar se o adicional sobre as importações é inteiramente ilegal ou apenas na medida do aumento que sofreu desde 1973.

94. Sendo correcto, como julgo ser, analisar o adicional como incluindo-se no âmbito do artigo 95.º, a questão é irrelevante: o adicional é inteiramente ilegal. Se, no entanto, o Tribunal decidisse, pelo contrário, que o adicional era um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro, a questão também seria irrelevante no que respeita às importações de outros Estados-Membros: embora tais aumentos possam ter sido contrários à obrigação de *standstill* contida no artigo 36.º do acto de adesão⁴⁸, que exigia a abolição progressiva de tais encargos, todos os encargos deveriam ter sido abolidos, segundo o calendário previsto nessa norma, antes de qualquer dos períodos em questão nos presentes processos.

48 — Acto relativo às condições de adesão e às adaptações dos Tratados — Adesão às Comunidades Europeias do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (JO 1972, L 73, p. 14).

95. No entanto, no que respeita às importações de países terceiros com os quais a Comunidade não tinha, ao tempo, acordos de comércio livre, poderá sustentar-se que qualquer aumento após 1973 era contrário à pauta aduaneira comum e, conseqüentemente, ilegal. Analisarei este aspecto mais adiante, no contexto geral da legalidade do adicional nessas circunstâncias.

Legalidade do adicional relativamente a países terceiros com os quais a Comunidade tem acordos de comércio livre

96. O artigo 95.º proíbe a tributação discriminatória de produtos de outros Estados-Membros. O órgão jurisdicional nacional perguntou também, nos processos Texaco e Olieleskabet, se o adicional sobre as importações era lícito, na medida em que era cobrado sobre mercadorias provenientes de um país terceiro com o qual a Comunidade Económica Europeia tinha celebrado um acordo contendo disposições correspondentes aos artigos 6.º e 18.º do acordo de comércio livre que, ao tempo, vigorava entre a Comunidade e a Suécia⁴⁹. A questão põe-se porque parte do adicional cuja restituição a Texaco e a Olieleskabet pretendem obter foi aplicado a importações de produtos petrolíferos e de combustíveis sólidos provenientes

49 — Regulamento (CEE) n.º 2838/72 do Conselho, de 19 de Dezembro de 1972, relativo à conclusão de um acordo entre a Comunidade Económica Europeia e o Reino da Suécia e que adopta disposições para a sua aplicação (JO L 300, p. 96; EE 11 F2 p. 98).

da Noruega e da Suécia. As disposições pertinentes do acordo de comércio livre então em vigor entre a Comunidade e a Noruega⁵⁰ eram idênticas às que a seguir serão expostas.

97. O artigo 6.º do acordo entre a Comunidade e a Suécia proíbe os encargos de efeito equivalente aos direitos aduaneiros de importação. O primeiro parágrafo do artigo 18.º dispõe:

«As partes contratantes abster-se-ão de qualquer medida ou prática interna de natureza fiscal que estabeleça, directa ou indirectamente, uma discriminação entre os produtos de uma parte contratante e os produtos similares originários da outra parte contratante.»

98. Pelos motivos que atrás expus, relativamente à sua aplicação às importações de outros Estados-Membros, não considero que o adicional tenha as características de um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro. Na minha opinião, trata-se, no entanto, claramente de uma «medida... interna de natureza fiscal que estabelece... uma discriminação entre os produtos [importados e nacionais]», na acepção do artigo 18.º do acordo de comércio livre com a Suécia.

99. No acórdão Kupferberg⁵¹, o Tribunal apreciou uma disposição idêntica constante

do antigo acordo de comércio livre entre a Comunidade e Portugal. O Tribunal declarou que a mesma era directamente aplicável e susceptível de conferir aos operadores económicos individuais direitos que os órgãos jurisdicionais devem proteger⁵². É certo que o Tribunal declarou no acórdão Kupferberg, já referido, e no acórdão Metalsa⁵³ que as interpretações do artigo 95.º do Tratado não se podiam aplicar por simples analogia ao acordo de comércio livre em questão (neste último caso, entre a Comunidade e a Áustria): o Tribunal prosseguiu, declarando, no entanto, que a disposição relevante do acordo de comércio livre devia ser interpretada segundo os termos em que estava redigido e à luz do objectivo que pretendia atingir no regime de comércio livre estabelecido pelo acordo.

100. Nos processos em apreço, o adicional é contrário quer à letra quer aos objectivos do acordo de comércio livre em questão, os quais são expressos no sentido de assegurar condições equitativas de concorrência no comércio entre as partes contratantes e de eliminar os obstáculos às trocas comerciais⁵⁴. O adicional é portanto, na minha opinião, contrário ao artigo 18.º do acordo de comércio livre entre a Comunidade e a Suécia, uma vez que é aplicado a mercadorias provenientes da Suécia e contrário, *mutatis mutandis*, às disposições correspondentes de outros acordos de comércio livre. Devo referir que não fico convencido pelo argumento dos portos municipais, nos processos Texaco e

50 — Regulamento (CEE) n.º 1691/73 do Conselho, de 25 de Junho de 1973, relativo à conclusão de um acordo entre a Comunidade Económica Europeia e o Reino da Noruega e que adopta disposições para a sua aplicação (JO L 171, p. 1; EE 11 I 4 p. 18).

51 — Acórdão de 26 de Outubro de 1982 (104/81, Recueil, p. 3641).

52 — *Ibidem*, n.º 27 do acórdão.

53 — Acórdão de 1 de Julho de 1993 (C-312/91, Colect., p. I-3751).

54 — Artigo 1.º, alíneas b) e c).

Olieselskabet, segundo o qual o adicional, que, conforme alegam, é abrangido pelo artigo 95.º, não cabe no âmbito de aplicação do artigo 18.º do acordo de comércio livre porque está relacionado com os transportes. Estes portos alegam que a afirmação do Tribunal no acórdão Schöettle⁵⁵, segundo a qual o conceito de imposição sobre um produto deve, para efeitos do artigo 95.º, ser interpretado em sentido lato, não deve ser extensivo ao artigo 18.º No entanto, ainda que este argumento fosse válido, não seria, na minha opinião, relevante para os processos em apreço, uma vez que é manifesto que o adicional é uma imposição sobre mercadorias.

livre entre a Comunidade e a Suécia devia ser interpretada do mesmo modo que a expressão constante do Tratado⁵⁸.

Legalidade do adicional relativamente a países terceiros com os quais a Comunidade não tem acordos de comércio livre

101. Na minha opinião, e pelas razões atrás expostas⁵⁶, o artigo 18.º é aplicável aos processos em apreço, ainda que não houvesse produção nacional dos produtos em questão.

102. Note-se que, como o Ministério dos Transportes e os portos estatais salientaram nos processos Texaco e Olieselskabet, o Tribunal declarou, no acórdão Legros e o.⁵⁷, que a expressão «encargos de efeito equivalente» do artigo 6.º do acordo de comércio

103. Nos processos Texaco e Olieselskabet, o órgão jurisdicional nacional perguntou também se o adicional sobre as importações era lícito, uma vez que era cobrado na importação de mercadorias de um país terceiro com o qual a Comunidade Económica Europeia não tinha qualquer acordo de comércio livre no momento em causa. A questão põe-se porque parte do adicional cuja restituição a Texaco e a Olieselskabet pedem foi cobrada sobre importações de produtos petrolíferos e de combustíveis sólidos da Polónia e da antiga Alemanha de Leste. Note-se que o argumento da Texaco, segundo o qual essa parte do adicional é ilegal, se baseia no entendimento de que o adicional é um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro, embora o seu principal argumento quanto à legalidade do adicional seja o de que ele não é um encargo dessa natureza, devendo pelo contrário ser apreciado no âmbito do artigo 95.º do Tratado.

55 — Acórdão referido na nota 38.

56 — N.ºs 85 a 89.

57 — Acórdão de 16 de Julho de 1992 (C-163/90, Colect., p. I-4625).

58 — *Ibidem*, n.º 26 do acórdão.

104. O Tribunal declarou⁵⁹ que um imposto que seja abrangido pelo artigo 95.º, na medida em que é aplicado a produtos provenientes de outros Estados-Membros, não é abrangido por tal artigo no que respeita a produtos importados directamente de países terceiros⁶⁰.

105. Assim, na ausência de qualquer acordo específico com os países terceiros em questão, o adicional não é ilegal na perspectiva do direito comunitário, uma vez que se aplicava a mercadorias importadas desses países.

106. As mercadorias provenientes de países terceiros e já em livre prática na Comunidade antes de serem importadas para a Dinamarca seriam no entanto abrangidas pelo artigo 95.º; ver o acórdão Co-Frutta⁶¹.

107. A situação seria no entanto diferente se o adicional fosse apreciado como encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro. Embora, pelas razões atrás expostas, não considero que deva ser essa a perspectiva de apreciação, proponho-me abordar sucintamente esta questão, que foi discutida com algum vigor em algumas observações escritas e na audiência. A questão não é meramente

académica, uma vez que em todos os processos as demandantes importaram parte das mercadorias em causa de países terceiros com os quais a Comunidade não tinha, ao tempo, acordos de comércio livre.

108. No segundo acórdão *Diamantarbeiders*⁶², o Tribunal abordou em pormenor a questão de saber se um Estado-Membro era livre de aplicar encargos de efeito equivalente a direitos aduaneiros às importações de países terceiros, na ausência de acordos de comércio livre.

109. O Tribunal referiu a pauta aduaneira comum, instituída nos termos dos artigos 18.º a 29.º do Tratado e introduzida pelo Regulamento (CEE) n.º 950/68⁶³ do Conselho, posteriormente revogado pelo Regulamento n.º 2658/87⁶⁴. O Tribunal declarou:

«Os Estados-Membros não podem, a partir do estabelecimento da pauta aduaneira comum, introduzir unilateralmente novos encargos às importações provenientes directamente de países terceiros nem aumentar aqueles que nessa data se encontravam em vigor.

59 — Acórdão de 9 de Junho de 1992, *Simba* e o. (C-228/90 a C-234/90, C-339/90 e C-353/90, *Colect.*, p. I-3713), e acórdão de 13 de Julho de 1994, *O'IO* (C-130/92, *Colect.*, p. I-3281); v. também a jurisprudência anterior referida pelo advogado-geral Lenz no acórdão *Simba* e o.

60 — N.º 18 do acórdão *O'IO*, n.º 14 do acórdão *Simba* e o.

61 — Acórdão referido na nota 18.

62 — Acórdão de 13 de Dezembro de 1973 (37/73 e 38/73, *Colect.*, p. 633).

63 — Regulamento de 28 de Junho de 1968 relativo à pauta aduaneira comum (JO L 172, p. 1; EE 02 P1 p. 11).

64 — Regulamento referido na nota 3.

Compete às instituições da Comunidade a redução ou a supressão dos encargos existentes sobre as importações provenientes directamente de países terceiros»⁶⁵.

desse, contrariamente à minha opinião, que o adicional era um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro.

110. O Tribunal declarou também que os encargos que já vigorassem ao tempo da adesão à Comunidade só podiam ser declarados incompatíveis com o direito comunitário mediante disposições adoptadas pela Comunidade⁶⁶. Naquele processo, operadores que importavam diamantes de países terceiros tinham contestado a legalidade de um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro de importação: o beneficiário do encargo (um fundo social para os trabalhadores de diamantes) respondeu alegando que os nacionais dos Estados-Membros não podiam provar a existência de qualquer incompatibilidade do encargo com o Tratado, a menos que a Comissão, agindo nos termos dos artigos 155.º e 169.º do Tratado, tivesse determinado a existência de um obstáculo grave ao funcionamento da união aduaneira e da pauta aduaneira comum e tivesse intervindo para abolir o encargo. Seguindo as conclusões do advogado-geral Warner, o Tribunal aceitou o argumento.

111. O mesmo princípio aplicar-se-ia, *mutatis mutandis*, ao adicional em questão nos processos em apreço se o Tribunal enten-

Aspectos relativos à concorrência

GT-Link

112. O órgão jurisdicional nacional pergunta se, partindo do princípio de que uma empresa pública que detém e explora um porto comercial ocupa uma posição dominante, poderá constituir abuso dessa posição, em violação do artigo 86.º do Tratado, i) a cobrança pelo porto comercial das taxas sobre mercadorias e sobre navios estabelecidas pelo Ministério dos Transportes pela utilização de portos comerciais públicos e privados (questão 6) ou ii) a não cobrança pelo porto comercial das taxas sobre mercadorias e sobre navios aos seus próprios serviços de *ferries* ou ao dos seus parceiros comerciais (questão 8), e se, sendo a resposta à questão 6 ou à questão 8 afirmativa, os deveres e tarefas particulares confiados à DSB podem resultar na conclusão de que a situação é no entanto admissível nos termos do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado (questão 9). O órgão jurisdicional nacional pergunta também se o direito comunitário impõe requisitos especiais relativamente às normas nacionais sobre o ónus da prova de que se verificam as condições de aplicação do artigo 86.º (questão 5).

65 — Dispositivo do acórdão. V. também, mais recentemente, o acórdão de 5 de Outubro de 1995, Aprile (C-125/94, Colect., p. I-2919), e o acórdão de 7 de Novembro de 1996, Cadi Surgelés e o. (C-126/94, Colect., p. I-5647).

66 — N.º 20 do acórdão.

113. O artigo 86.º, que proíbe o abuso, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, dispõe que o abuso pode, nomeadamente, consistir em:

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

...

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

...»

114. O artigo 90.º dispõe, quanto ao que é relevante para os presentes processos:

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

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...»

115. A DSB, empresa estatal de caminhos de ferro, é manifestamente uma empresa para os efeitos do artigo 86.º e uma empresa pública para os efeitos do artigo 90.º, n.º 1; de qualquer modo, as questões pertinentes partem desse princípio.

Ónus da prova

116. Antes de passar às questões essenciais de concorrência que foram suscitadas, abordarei a quinta questão do órgão jurisdicional nacional.

117. Esta questão parece respeitar a um procedimento dinamarquês, «provokation». Segundo tal procedimento, uma das partes pode convidar a outra a revelar informações relevantes. Se a parte que a tal foi convidada não o fizer e se o tribunal entender que ela dispõe de facto da informação, o tribunal pode inverter o ónus da prova dos factos em questão, fazendo-o recair sobre essa parte ⁶⁷.

118. A questão põe-se porque a GT-Link, em apoio da sua principal alegação no processo principal, segundo a qual as taxas portuárias eram contrárias ao artigo 86.º do Tratado, pediu à DSB que apresentasse contas do porto de Gedser relativas aos anos de 1988 e de 1989, com o objectivo específico de determinar o nível dos lucros. Aparentemente, a DSB não apresentou essas contas. Consequentemente, a GT-Link pediu a peritos contabilistas que preparassem estimativas das contas do porto de Gedser, com base nos números do orçamento operacional de 1991 fornecidos pela DSB, conjugados com os princípios contabilísticos aplicáveis às empresas públicas dinamarquesas; a GT-Link pretende basear-se nessas contas estimadas, excepto se a DSB provar que são incorrectas.

119. Na minha opinião, nada leva a crer que a norma nacional seja criticável, tal como se apresenta. É claro que «todas as modalidades

de prova cujo efeito seja tornar impossível na prática ou extremamente difícil a obtenção da restituição de encargos cobrados em violação do direito comunitário» seriam incompatíveis com o direito comunitário ⁶⁸: não é esse, no entanto, o efeito da regra processual em questão. Com esta reserva, a restituição de imposições só pode ser pedida no contexto das condições materiais e formais estabelecidas pelo direito nacional ⁶⁹.

120. O mesmo princípio aplica-se, *mutatis mutandis*, a uma norma nacional relativa à prova ou ao processo e que se aplique a acções judiciais destinadas a assegurar a protecção dos direitos dos particulares decorrentes do efeito directo do direito comunitário, incluindo as normas nacionais sobre o ónus da prova de que estão preenchidas as condições de aplicação do artigo 86.º Note-se, neste contexto, que o artigo 86.º confere direitos directos relativamente aos particulares atingidos, os quais devem ser salvaguardados pelos órgãos jurisdicionais nacionais ⁷⁰.

121. Passarei agora às questões de fundo de concorrência levantadas pelo órgão jurisdicional nacional no processo GT-Link.

68 — Acórdão de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio (199/82, Recueil, p. 3595, n.º 14).

69 — *Ibidem*, n.º 12 do acórdão.

70 — Acórdão de 27 de Março de 1974, BRT (127/73, Collect., p. 165, n.º 22).

67 — Artigo 344.º, n.º 2, do Código de Processo dinamarquês.

O artigo 86.º

122. As questões 6 e 8 são formuladas partindo do princípio de que o proprietário e explorador do porto ocupa uma posição dominante. A GT-Link esforça-se no entanto consideravelmente por provar que a DSB tinha de facto uma posição dominante, aparentemente preocupada pela relutância do Tribunal em responder a questões hipotéticas. Na minha opinião, tal preocupação é infundada. O facto de, para efeitos da decisão prejudicial, o órgão jurisdicional nacional pedir ao Tribunal que pressuponha uma determinada situação de facto, que, em última análise, caberá ao órgão jurisdicional nacional verificar, não exclui a competência do Tribunal para responder às questões apresentadas.

123. Se o Tribunal responder afirmativamente às duas questões, o órgão jurisdicional nacional terá, naturalmente, que confirmar que a DSB tinha de facto uma posição dominante nos termos do artigo 86.º, antes de decidir se esta disposição foi violada.

124. Na questão 6, a GT-Link sustenta que o facto de uma empresa em posição dominante cobrar preços injustificadamente elevados pela utilização das suas instalações constitui um abuso e apresenta vários números para comprovar a sua tese de que as taxas são injustificadamente elevadas. Os argumentos da DSB centram-se no facto de as tarifas das taxas serem fixadas de modo centralizado, no

sentido de permitir que os portos, no seu conjunto, se autofinanciem; alega que cobrar taxas estabelecidas desse modo não constitui abuso de posição dominante.

125. Na minha opinião, estes argumentos não são relevantes para a questão apresentada. É certo que, se as taxas são injustificadamente elevadas, podem constituir condições de transacção não equitativas, na acepção do artigo 86.º, alínea a); no entanto, a questão de saber se é esse o caso é da competência do órgão jurisdicional nacional. A minha interpretação da questão 6 é que o órgão jurisdicional nacional pretende saber não se as taxas em si são não equitativas, na acepção do artigo 86.º, mas se um comportamento abusivo por parte de uma empresa pública que ocupa uma posição dominante pode ser aceitável por ter sido praticado em conformidade com uma exigência ou autorização de uma autoridade pública.

126. Como o Tribunal salientou, o conceito de abuso é um conceito objectivo⁷¹: o abuso pode portanto verificar-se, por exemplo, independentemente de qualquer elemento de culpa imputável à empresa dominante⁷². De igual modo, a vontade é um elemento dispensável: o Tribunal declarou que o facto de o comportamento abusivo ser encorajado pela legislação nacional não o exclui do

71 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, I Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Recueil, p. 461, especialmente p. 541).

72 — V. as minhas conclusões relativas ao acórdão de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Collect., p. I-1979, especialmente p. I-2006).

âmbito do artigo 86.º⁷³; da mesma maneira, o facto de a legislação nacional pretensamente exigir a uma empresa que actue de modo abusivo não impede que o comportamento seja ilegal e inexecutível, embora possa ser um factor relevante se, num processo na Comissão, se puser a questão da aplicação de uma coima.

artigo 85.º do Tratado, que proíbe certos acordos, decisões e práticas concertadas anti-concorrenciais: o Tribunal declarou que seria incompatível com a obrigação de um Estado-Membro de não adoptar nem manter em vigor quaisquer medidas susceptíveis de retirar eficácia ao artigo 85.º, se exigisse ou favorecesse a adopção de acordos, decisões ou práticas concertadas contrárias ao artigo 85.º ou reforçasse os seus efeitos⁷⁵.

127. Acresce que, como a Comissão salienta, a legislação nacional que exige a uma empresa pública, ou a uma empresa a quem um Estado-Membro tenha concedido direitos especiais ou exclusivos, que actue em violação do artigo 86.º é incompatível com o direito comunitário. Embora o artigo 86.º se dirija às empresas, o Tratado impõe aos Estados-Membros o dever de não adoptarem nem manterem em vigor qualquer medida que possa retirar eficácia a tal disposição. Este dever decorre quer, em geral, do artigo 5.º, que exige aos Estados-Membros que se abstenham de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do Tratado, quer, mais especificamente, do artigo 90.º, n.º 1, que dispõe que, no caso de empresas públicas e de empresas a quem os Estados-Membros concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária, *designadamente*, ao disposto nos artigos 85.º a 94.º⁷⁴. Neste contexto, pode fazer-se uma analogia com a perspectiva do Tribunal relativamente ao

128. Recorde-se, relativamente à questão 8, que: i) a DSB estava de facto isenta do pagamento de taxa sobre mercadorias pelas mercadorias transportadas por veículos automóveis a bordo dos seus *ferries*, enquanto a GT-Link tinha que pagar à DSB taxa sobre mercadorias pelas mercadorias transportadas, pelo mesmo modo, nos seus *ferries*; ii) os navios da DSB estavam isentos da taxa sobre navios e iii) os navios pertencentes aos caminhos de ferro estatais alemães estavam isentos de taxas portuárias (quer sobre mercadorias quer sobre navios) em Gedser, do mesmo modo que a DSB estava isenta de taxas nos portos pertencentes aos caminhos de ferro estatais alemães. Tais portos incluem presumivelmente os dois portos alemães servidos pela GT-Link e pela DSB a partir de Gedser, a saber, Rostock e Travemünde. Por uma questão de simplicidade, referir-me-ei aos caminhos de ferro estatais alemães como «DB», uma vez que parece haver alguma discrepância quando às entidades envolvidas. Segundo o acórdão de reenvio e a DSB, a isenção aplica-se a navios que inicialmente pertenciam à Deutsche Bahn, mas que foram depois transferidos para a filial da Deutsche

73 — Acórdão de 16 de Novembro de 1977, GB-Inno-BM (13/77, Colect., p. 753, n.º 34); v. também o acórdão de 10 de Dezembro de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova* (C-179/90, Colect., p. I-5889, e em especial as conclusões do advogado-geral Van Gerven, pp. 5916).

74 — Acórdão GB-Inno-BM, referido na nota 73, n.º 29 a 32; v. também o acórdão Höfner e Elser, referido na nota 72, n.º 26 e 27.

75 — Acórdão de 30 de Abril de 1986, *Asjes e o.* (209/84 a 213/84, Colect., p. 1425, processo «Nouvelles Frontières», n.º 72).

Bahn, Deutsche Fähregesellschaft Ostsee GmbH; os portos alemães em questão pertencem, ao que parece, à Deutsche Bahn. Segundo a GT-Link, a isenção aplica-se a navios da Deutsche Bundesbahn e da (supostamente extinta) Deutsche Reichsbahn.

de taxas portuárias pela utilização dos portos alemães correspondentes. Alega, de novo, que a exigência do pagamento recíproco de taxas seria uma mera formalidade.

129. A GT-Link sustenta que os serviços prestados pela DSB à GT-Link e à DB eram os mesmos, a saber, permitir aos *ferries* a utilização do porto. É, como tal, incontestável que foram aplicadas condições desiguais a prestações equivalentes, em violação do artigo 86.º, alínea c), do Tratado.

132. A Comissão sustenta que o facto de uma empresa que explora tanto o porto como o seu próprio serviço de *ferries* cobrar taxas a um dos seus concorrentes mas não a si própria representa, *prima facie*, a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes feitas a esse concorrente, contrária ao artigo 86.º, alínea c). Além disso, se as taxas cobradas resultarem num lucro injustificado após o pagamento dos custos de exploração do porto, verificar-se-á a existência de preços não equitativos, na acepção do artigo 86.º, alínea a). Se, pelo contrário, as taxas reflectirem meramente os custos de exploração do porto pela DSB, acrescidos de uma margem de lucro razoável, não haverá, consequentemente, violação do artigo 86.º.

130. A DSB faz uma série de afirmações. Em primeiro lugar, declara que o facto de não aplicar taxas a si própria pela utilização das suas próprias instalações portuárias claramente não constitui um abuso. Em segundo lugar, declara que isentar-se, deste modo, das taxas não pode ser discriminatório, uma vez que suporta os custos de exploração do porto. Destas duas afirmações retira a conclusão de que não está numa posição económica melhor pelo facto de não pagar as taxas. Por fim, alega que, se lhe fosse exigido o pagamento das taxas, isso não passaria de uma mera formalidade, uma vez que estaria a pagar-se a si própria.

133. Na minha opinião, é essencial separar as questões distintas do lucro excessivo e da isenção de taxas. Como já foi indicado, o facto de uma empresa em posição dominante cobrar preços excessivos pode, por si só, constituir um abuso contrário ao artigo 86.º, alínea a). A questão 8, que pergunta se pode constituir abuso de uma presumida posição dominante o facto de o porto não cobrar taxas aos seus próprios *ferries* ou aos de um seu parceiro comercial, respeita exclusiva-

131. Quanto à isenção da DB do pagamento das taxas, a DSB declara que a isenção não implica a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes: deve-se apenas ao facto de a própria DSB estar também isenta

mente à questão da isenção de taxas, embora, como se verá mais adiante, as duas questões estejam interligadas.

134. Conforme a Comissão declara, a isenção da DSB, na qualidade de operadora de determinados serviços de *ferries*, das taxas portuárias aplicadas à GT-Link, sua concorrente nessas linhas, parece, à primeira vista, ser um caso manifesto de aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes relativamente a outros operadores, colocando-os portanto em desvantagem concorrencial, em violação do artigo 86.º, alínea c). As primeiras impressões podem, no entanto, ser enganadoras e uma análise mais aprofundada pode revelar que condições aparentemente desiguais são de facto comparáveis.

135. Parece-me no entanto que o artigo 86.º, alínea c), pode ser aplicável na medida em que a DSB subsidia a sua exploração de *ferries* ao não imputar a essa parte da sua actividade o custo dos serviços portuários utilizados, cobrando a utilização das instalações portuárias aos concorrentes que exploram serviços de *ferries* no mesmo mercado. A comparação das condições aplicadas pela DSB, na qualidade de operador portuário, à GT-Link e à DSB na qualidade de operador de *ferries* torna-se difícil pelo facto de todas as operações serem conduzidas no interior da mesma entidade, não existindo, eventualmente, contas separadas. Em tais circunstâncias, pareceria necessário que o órgão jurisdicional nacional determinasse se os preços cobrados pela DSB, na qualidade de operador de *ferries*, são suficientes para cobrir uma

parte adequada dos seus custos como operador portuário, acrescidos de uma margem de lucro razoável. Não havendo contas separadas, o órgão jurisdicional nacional pode considerar relevante determinar se os preços cobrados pela DSB pelas sua exploração de *ferries* são anormalmente baixos e, caso o sejam, se tal pode explicar-se por outros factores. Se o órgão jurisdicional nacional verificar que a DSB cobra preços excessivos pelas suas operações portuárias, isso pode proporcionar maior margem de manobra para conceder subsídios cruzados em benefício das suas outras actividades.

136. No que respeita à isenção da DB de taxas portuárias, é necessário, para apurar se existe violação do artigo 86.º, determinar o montante que a DB cobraria a um terceiro pelos serviços prestados à DSB. A DSB pode então prestar à DB, gratuitamente, serviços de valor correspondente a tal montante (sendo o valor dos serviços da DSB calculado à taxa aplicável a terceiros), sem infringir o artigo 86.º, alínea c). Nesse caso, o acordo corresponde simplesmente a uma compensação de débitos e é portanto irrelevante se as taxas aplicadas pela DSB pelas suas operações portuárias eram excessivamente elevadas [embora se deva ter em conta, como já foi referido, que as taxas injustificadamente elevadas podem violar o artigo 86.º, alínea a)].

O artigo 90.º, n.º 2

137. Por fim, o órgão jurisdicional nacional pergunta se o artigo 90.º, n.º 2, pode de facto servir de defesa à DSB, se o seu comportamento, consistente em aplicar taxas à GT-Link mas não a si própria ou aos seus parceiros comerciais, for, em princípio, considerado contrário ao artigo 86.º

138. Recorde-se que o efeito do artigo 90.º, n.º 2, é derrogar, designadamente, as regras de concorrência do Tratado, relativamente a empresas que explorem serviços de interesse económico geral, na medida em que a aplicação de tais regras constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes tenha sido confiada, desde que o desenvolvimento das trocas comerciais não seja afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

139. A GT-Link refere as constatações da Comissão na sua decisão relativa à recusa de acesso às instalações do porto de Rødby⁷⁶, no sentido de que a aplicação das regras de concorrência nesse caso (que respeitava à recusa do Governo dinamarquês de permitir que uma empresa succe exercesse a sua actividade a partir do porto de Rødby, propriedade da DSB e por ela explorado) não

constituía obstáculo à missão particular confiada à DSB, a saber, a organização de serviços de caminho de ferro e a gestão das instalações portuárias de Rødby.

140. Cabe ao órgão jurisdicional nacional investigar se a uma empresa que invoca o disposto no artigo 90.º, n.º 2, para obter uma derrogação das normas do Tratado, foi efectivamente confiada por um Estado-Membro a gestão de um serviço de interesse económico geral⁷⁷ e, sendo esse o caso, se a sua conduta é necessária para lhe permitir cumprir a sua missão⁷⁸. Deve ter-se em consideração que, uma vez que o artigo 90.º, n.º 2, prevê uma derrogação das normas do Tratado, tem que haver uma definição rigorosa das empresas que dela podem beneficiar⁷⁹. Note-se também que Governo dinamarquês declarou, nas observações escritas que apresentou no processo Haahr Petroleum, relativamente ao seu argumento de que as instalações e serviços portuários eram disponibilizados tendo como contrapartida o adicional de taxa sobre a importação de mercadorias, que tais serviços não eram prestações de interesse público, constituindo, pelo contrário, vantagens específicas do importador.

141. A DSB e a Comissão sustentam que a exploração de um porto pode ser de interesse económico geral⁸⁰. A Comissão acrescenta, no entanto, que parece não haver motivos

77 — Acórdão BRT, referido na nota 70.

78 — Acórdão de 27 de Abril de 1994, Almelo e o. (C-393/92, Colect., p. I-1477, n.º 50).

79 — Acórdão BRT, referido na nota 70, n.º 19.

80 — Acórdão de 14 de Julho de 1971, Muller e o. (10/71, Colect., p. 251).

76 — Decisão 94/119/CE da Comissão, de 21 de Dezembro de 1993 (JO 1994, L 55, p. 52).

para considerar que a aplicação do artigo 86.º neste caso impediria a DSB de desempenhar a sua missão de disponibilizar as instalações portuárias. A imposição que faz das taxas portuárias só constituiria um abuso se o órgão jurisdicional nacional concluísse que são excessivas ou discriminatórias, caso em que não podem considerar-se necessárias para o cumprimento da missão cometida à DSB. Na minha opinião, este argumento é inatacável e, conseqüentemente, concluo que não há lugar à aplicação do artigo 90.º, n.º 2, no processo em apreço.

tos de concorrência das taxas portuárias em geral, com base em suposições claramente definidas. Conseqüentemente, abordei com mais profundidade o artigo 86.º e, uma vez que também é relevante nesse contexto, o artigo 90.º, n.º 1, relativamente a esse processo.

Questões relativas à restituição do adicional

Texaco e Olieelskabet

142. As demandantes nestes processos alegam ainda que a aplicação do adicional sobre as importações pelos portos demandados e pelo Ministério dos Transportes é contrária aos artigos 90.º, n.º 1, e 86.º do Tratado.

143. Nestes processos, embora quer a Texaco quer a Olieelskabet apresentem argumentos convincentes no sentido de que os portos demandados são «empresas públicas [ou] empresas a que [os Estados-Membros] concedam direitos especiais ou exclusivos», o órgão jurisdicional nacional não apresentou informações suficientes para que o Tribunal possa chegar a qualquer conclusão no que respeita ao mercado relevante, para determinar a existência de uma posição dominante (individual ou colectiva): esta situação contrasta com o acórdão de reenvio e com as questões apresentadas relativamente ao processo *GT-Link*, em que se pede ao Tribunal que decida sobre determinados aspectos

144. Em três dos quatro processos em apreço⁸¹, o órgão jurisdicional nacional levantou questões de compatibilidade com o direito comunitário de condições processuais nacionais, em especial de prazos de caducidade para as acções de restituição de impostos indevidos e relativas à medida da responsabilidade do Estado pela restituição de um imposto ilegal pago pelo contribuinte a operadores independentes sob o controlo dos municípios.

O efeito das condições processuais nacionais

145. A quinta questão do órgão jurisdicional nacional no processo *Haahr Petroleum* é a de

81 — *Haahr Petroleum*, *Olieelskabet* e *GT-Link*.

saber se, sendo o adicional sobre as importações incompatível com o direito comunitário, podem ser invocados prazos de caducidade nacionais para inviabilizar acções de restituição. A sexta questão do órgão jurisdicional nacional no processo *Olieselskabet* está formulada em termos muito mais genéricos, mas resulta do acórdão de reenvio e das observações escritas apresentadas ao Tribunal que também respeita, essencialmente, à legalidade dos prazos de caducidade nacionais. Na sétima questão no processo *Olieselskabet* pergunta-se, de facto, se o prazo de caducidade, no caso de um imposto que venha a ser considerado contrário ao direito comunitário, não deve começar a correr senão depois de o imposto ter sido abolido. É evidente que estas questões relativas à compatibilidade com o direito comunitário de prazos de caducidade nacionais foram suscitadas pela incerteza sentida quanto ao efeito de prazos de caducidade nacionais sobre direitos baseados no direito comunitário, à luz do acórdão *Emmott*⁸² do Tribunal.

146. Na Dinamarca, o prazo de caducidade para intentar uma acção é em geral de 20 anos. Uma lei de 1908⁸³ excepciona no entanto uma lista de certas acções, para as quais o prazo é de cinco anos. Esta lista inclui acções de *condictio indebiti*, ou seja, acções de repetição do indevido. Ao que parece, tal disposição aplica-se a acções para obter a restituição de impostos pagos indevidamente. O prazo de cinco anos parece correr a partir da data em que o credor podia

reclamar o seu crédito (ou teria podido se tivesse actuado com normal diligência).

147. O Tribunal declarou repetidamente, numa extensa série de acórdãos, iniciada com os acórdãos *Rewe e Comet*⁸⁴, em 1976, que, não existindo normas comunitárias a esse respeito, cabia ao regime jurídico nacional de cada Estado-Membro determinar as condições processuais aplicáveis às acções judiciais destinadas a garantir a protecção dos direitos que os particulares podem retirar do efeito directo do direito comunitário, desde que tais condições não sejam menos favoráveis do que as relativas a acções semelhantes de natureza nacional, nem sejam formuladas de modo tal que tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito comunitário.

148. Este princípio aplica-se — e aplicou-se, de facto, pela primeira vez — a prazos de caducidade estabelecidos pelo direito nacional para a restituição de encargos cobrados em violação do direito comunitário. A fixação, por um Estado-Membro, de um prazo razoável para intentar uma acção de restituição de tais encargos não pode considerar-se como tornando a invocação do direito comunitário praticamente impossível ou excessivamente difícil⁸⁵. A fixação de tais prazos, relativamente a acções de natureza

82 — Acórdão de 25 de Julho de 1991 (C-208/90, Colect., p. I-4269).

83 — Lei n.º 274 de 22 de Dezembro de 1908.

84 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1976, *Rewe* (33/76, Colect., p. 813), e acórdão de 16 de Dezembro de 1976, *Comet* (45/76, Recueil, p. 2043, Colect., p. 835); v. também, mais recentemente, o acórdão de 8 de Fevereiro de 1996, *FMC e o.* (C-212/94, Colect., p. I-389, n.º 71).

85 — V. acórdão *Rewe*, n.º 5; acórdão *Comet*, n.º 17.

fiscal, é uma aplicação do princípio fundamental da segurança jurídica, que protege tanto o contribuinte como a administração em causa ⁸⁶.

149. Note-se, além disso, que no acórdão Just ⁸⁷ o Tribunal reafirmou explicitamente o princípio inicialmente formulado nos acórdãos Rewe e Comet, no contexto específico do prazo de caducidade dinamarques para a restituição de um imposto indevidamente pago. Nesse processo, perguntava-se, nomeadamente, ao Tribunal, se o direito comunitário continha normas importantes para decidir a questão da restituição de impostos declarados contrários ao artigo 95.º

150. O Tribunal salientou que os sistemas jurídicos nacionais tendiam a adoptar uma das duas perspectivas possíveis quanto ao problema dos impostos e outros encargos indevidamente pagos. Em certos casos, aplicavam-se condições processuais e prazos de caducidade específicos quer às reclamações apresentadas às autoridades fiscais, quer às respectivas acções judiciais: foi com vista ao funcionamento desses mecanismos de recurso que o Tribunal declarou, nos acórdãos Rewe e Comet, que era compatível com o direito comunitário fixar prazos de caducidade razoáveis. Noutros casos, as acções devem ser intentadas nos tribunais comuns: tais acções podem ser intentadas durante prazos variáveis e, nalguns casos, durante o

prazo de caducidade estabelecido pela lei geral ⁸⁸.

151. O Tribunal verificou que o sistema aplicado na Dinamarca pertencia a este último grupo: «a restituição de encargos indevidamente pagos é pedida nos tribunais comuns através de uma acção de repetição do indevido sujeita a um prazo de caducidade que é, em princípio, de cinco anos». O Tribunal invocou o princípio que tinha estabelecido nos acórdãos Rewe e Comet, reiterando que cabia com efeito ao sistema jurídico de cada Estado-Membro determinar as condições processuais aplicáveis às acções destinadas a assegurar a protecção dos direitos que decorrem para os cidadãos do efeito directo do direito comunitário, desde que tais condições não fossem menos favoráveis do que as aplicáveis a acções nacionais semelhantes, nem tornassem impossível na prática exercer os direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados a proteger ⁸⁹.

152. Põe-se então a questão de saber se tal princípio assente pode de algum modo ter sido afectado pelo acórdão Emmott ⁹⁰, que é invocado pela Haahr Petroleum e pela Olie-selskabet. No acórdão Emmott, que respeitava à directiva da igualdade de tratamento ⁹¹, a recorrente não tinha beneficiado da igualdade de prestações sociais, nos termos da directiva, até 28 de Janeiro de 1988, apesar de

88 — *Ibidem*, n.º 22 e 23.

89 — *Ibidem*, n.º 24 e 25.

90 — Acórdão referido na nota 82.

91 — Directiva 79/77/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social (JO 1979, L 6, p. 24; EE 05 F2 p. 174).

86 — Acórdão Rewe, n.º 5.

87 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 1980 (68/79, Recueil, p. 501).

a directiva produzir efeitos desde 23 de Dezembro de 1984. O pedido de T. Emmott de igualdade de prestações a partir de 23 de Dezembro de 1984 foi indeferido pelas autoridades irlandesas, alegando que o pedido não tinha sido feito no prazo de três meses a contar da data em que surge o fundamento do pedido, nos termos da lei irlandesa. O Tribunal declarou:

«Efectivamente, enquanto a directiva não for correctamente transposta para o direito nacional, os cidadãos não têm possibilidade de conhecer o verdadeiro alcance dos seus direitos. Essa situação de incerteza para os particulares subsiste mesmo após um acórdão no qual o Tribunal de Justiça tenha considerado que o Estado-Membro em causa não cumpriu as obrigações decorrentes da directiva e mesmo que este Tribunal tenha reconhecido que alguma ou algumas disposições da directiva são suficientemente precisas e incondicionais para poderem ser invocadas perante um órgão jurisdicional nacional.

Só a transposição correcta da directiva porá fim a esse estado de incerteza e só no momento dessa transposição é que fica criada a situação jurídica necessária para exigir aos cidadãos que façam valer os seus direitos.

Daqui decorre que, enquanto a directiva não estiver correctamente transposta, o Estado-Membro não pode invocar a extemporaneidade do um pedido apresentado por um particular com vista à protecção dos direitos que

lhe são reconhecidos pelas disposições da directiva e que um prazo processual nacional só pode começar a correr a partir desse momento»⁹².

153. A Olieelskabet sustenta, em especial, que as autoridades nacionais não podem invocar um prazo de caducidade, estabelecido pelo direito nacional, que começou a correr antes da data em que o adicional sobre as importações foi abolido, a saber, 1 de Abril de 1990. Este argumento baseia-se no acórdão Emmott, para sustentar a tese de que o regulamento dinamarquês que impôs o adicional contrário ao direito comunitário criou uma tal insegurança jurídica para a Olieelskabet que o direito comunitário impede que tal prazo de caducidade nacional comece a correr antes do momento em que os nacionais estavam numa posição de poder avaliar plenamente a extensão dos seus direitos.

154. Os demandados nos processos Haahr Petroleum (incluindo o Ministério dos Transportes, interveniente) e Olieelskabet procuram afastar-se do acórdão Emmott alegando que a proibição do artigo 95.º não é comparável com as disposições de uma directiva. Referem-se também, diversamente, ao acórdão Johnson⁹³ e ao acórdão Steenhorst-

92 — N.ºs 21 a 23 do acórdão.

93 — Acórdão de 6 de Dezembro de 1994 (C-410/92, Colect., p. 1-5483).

-Neerings⁹⁴, em defesa da sua interpretação do acórdão Emmott. O Reino Unido, que apresentou observações no processo Haahr Petroleum, refere-se de igual modo ao acórdão Steenhorst-Neerings, alegando que o Tribunal tinha reconhecido, nesse processo, que o princípio do acórdão Emmott era de aplicação limitada. A Comissão refere o princípio desenvolvido pelo Tribunal nos acórdãos Rewe e Comet e sustenta que um prazo de caducidade nacional para pedidos de restituição de impostos indevidamente pagos respeita as condições estabelecidas nesses acórdãos para a restituição de impostos cobrados em violação do direito comunitário.

155. Os acórdãos Steenhorst-Neerings e Johnson respeitavam a prazos aplicáveis a acções para pagamento de retroactivos de prestações sociais. O Tribunal declarou que o direito comunitário não impedia que se invocassem tais prazos ainda que a directiva em questão não tivesse sido devidamente transposta para o direito nacional. O Tribunal afastou-se do acórdão Emmott, observando que, nesse processo, a decisão podia explicar-se pelas «particulares circunstâncias do caso». Analisei estes três acórdãos, com alguma profundidade, nas conclusões que apresentei no processo Denkavit e o.⁹⁵ Não creio que seja necessário repetir tal análise nos presentes processos, apesar de os dois acórdãos mais recentes terem sido invocados

por algumas das partes que apresentaram observações. Na minha opinião, há outras razões pelas quais o acórdão Emmott, independentemente do seu exacto âmbito e alcance, não é, de qualquer modo, aplicável aos processos em apreço.

156. No acórdão Emmott, o Tribunal começou por reiterar o princípio estabelecido nos acórdãos Rewe e Comet. Declarou depois: «Embora, em princípio, a fixação de prazos razoáveis, sob pena de caducidade, satisfaça as duas condições acabadas de indicar, sempre haverá que tomar em conta o carácter especial das directivas»⁹⁶.

157. O Tribunal referiu em especial o facto de, apesar de as directivas deixarem às autoridades competentes a escolha da forma e dos métodos de transposição, os Estados-Membros terem que assegurar a aplicação integral das directivas de modo suficientemente claro e preciso, de maneira a que, quando uma directiva vise a criação de direitos a favor dos particulares, estes possam avaliar o alcance dos direitos conferidos e, se necessário, invocá-los perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Enquanto uma directiva não tiver sido integralmente transposta para a ordem jurídica interna, os particulares não podem avaliar o alcance dos seus

94 — Acórdão de 27 de Outubro de 1993 (C-338/91, Colect., p. I-5475).

95 — Acórdão de 11 de Junho de 1996 (C-2/94, Colect., p. I-2827; conclusões apresentadas em 7 de Março de 1996). (Note-se que o Tribunal, tendo declarado que a taxa em questão era legal, não se pronunciou sobre a questão dos prazos).

96 — N.ºs 16 e 17.

direitos. O Tribunal concluiu que, até ao momento em que a directiva seja correctamente transposta, um Estado-Membro que esteja em falta não pode invocar o atraso de um particular na propositura de uma acção contra o Estado para proteger os direitos que lhe foram conferidos pela directiva e que um prazo estabelecido pelo direito interno dentro do qual tal acção deve ser intentada não pode começar a correr antes desse momento ⁹⁷.

158. Às características específicas das directivas, referidas pelo Tribunal, poderão acrescentar-se mais alguns aspectos, referidos pelo advogado-geral J. Mischo. O advogado-geral exprimiou a opinião de que o prazo poderia ter começado a correr, relativamente a T. Emmott, «a partir da data em que a directiva deveria ter sido transposta no caso de se poder provar perante o juiz nacional que a requerente tomou conhecimento, nessa data, de que poderia invocar directamente o princípio da igualdade de tratamento consagrado no artigo 4.º da directiva». Não se podia, em princípio, presumir que um particular tivesse conhecimento do conteúdo das directivas, que eram dirigidas aos Estados-Membros, não sendo, ao tempo, exigida a sua publicação no Jornal Oficial e a partir de cujo texto não era, normalmente, possível determinar a data a partir da qual deveriam estar transpostas. Nem poderia um particular saber, antes de tal ser decidido pelo Tribunal, se uma determinada directiva ou disposição de uma directiva tinha efeito directo ⁹⁸.

159. Todos estes factores podem ser relevantes para determinar se, em casos especiais, a não transposição correcta de uma directiva pode tornar o exercício de direitos comunitários «excessivamente difícil» ou — usando a fórmula que sugeri nas conclusões que apresentei relativas ao acórdão Van Schijndel e Van Veen ⁹⁹ — «indevidamente difícil». Nenhum deles pode ter qualquer importância no contexto de pedidos de restituição de um imposto cobrado em violação do artigo 95.º

160. O Tribunal declarou, em 1966, que a proibição do artigo 95.º era «completa, juridicamente perfeita e, conseqüentemente, susceptível de produzir efeitos directos nas relações jurídicas entre os Estados-Membros e os seus nacionais... Do exposto resulta que... a proibição do artigo 95.º produz ¹⁰⁰ efeitos directos e atribui aos particulares direitos individuais que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar» ¹⁰¹.

161. Esta afirmação inequívoca anula qualquer argumento que procure extrapolar o princípio do acórdão Emmott para os processos em apreço.

97 — N.º 18 a 23.

98 — N.º 25 a 29 das conclusões.

99 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1995 (C-430/93 e C-431/93, Colect., p. I-4705).

100 — Embora o texto inglês utilize o pretérito, resulta da versão francesa que é o presente que é correcto.

101 — Acórdão Lütticke, referido na nota 9.

162. Como já foi referido, o Tribunal pretendia, no acórdão Emmott, assegurar que um particular que pretendesse exercer direitos decorrentes do direito comunitário não visse a sua tentativa frustrada por prazos de caducidade nacionais aplicáveis antes de ter a possibilidade de determinar o alcance desses direitos.

conclusões que apresentou relativas ao acórdão Just¹⁰³:

«desde a adesão da Dinamarca... os particulares podem invocar, perante os órgãos jurisdicionais nacionais... o artigo 95.º... que prevalece nessa medida sobre uma regulamentação nacional em contrário. Quando particulares invoquem esta disposição, a cobrança de encargos que violem o artigo 95.º deve ser declarada ilegal».

163. É evidente que está fora de questão que as demandantes nos presentes processos, ou qualquer pessoa que pretenda obter a restituição de impostos cobrados em violação do artigo 95.º, não tenham podido apreciar o alcance dos seus direitos, uma vez que tais direitos decorrem de uma disposição do Tratado que data de 1957, que foi inequivocamente declarada pelo Tribunal como tendo efeito directo em 1966, e que tem sido aplicada na Dinamarca — prevalecendo sobre normas nacionais em contrário — desde a sua adesão em 1 de Janeiro de 1973. Note-se que o facto de o Tribunal não ter até agora declarado a taxa em questão contrária ao direito comunitário não é relevante para a sua ilegalidade: um acórdão do Tribunal declara o direito, mas não o cria¹⁰². Assim, nas palavras do advogado-geral Reischl, nas

164. As mesmas observações valem, *mutatis mutandis*, para as disposições dos acordos de comércio livre, pelo menos quando tenham sido devidamente publicados. Como já referi¹⁰⁴, o Tribunal declarou em 1982 que uma disposição análoga à disposição ora em causa era directamente aplicável e susceptível de conferir a operadores económicos direitos que os órgãos jurisdicionais devem proteger¹⁰⁵.

165. A Haahr Petroleum parece ser de opinião de que os prazos de caducidade não lhe devem ser, de todo, aplicados, alegando que, face ao atraso com que a Comissão e o Governo dinamarquês se debruçaram sobre a ilegalidade do adicional em questão, seria

102 — V., por exemplo, o acórdão Rewe, referido na nota 84, n.º 7, e as conclusões do advogado-geral Warner, p. 825.

103 — Acórdão referido na nota 87, p. 530.

104 — No n.º 99.

105 — Acórdão Kupferberg, referido na nota 51, n.º 27.

«chocante» que os prazos nacionais pudessem prevalecer sobre o direito comunitário.

166. Este argumento teria como efeito a não aplicação de qualquer prazo de caducidade ao direito de acção das demandantes. Como referiu o advogado-geral Warner no processo Rewe ¹⁰⁶:

«Esta conclusão seria incompatível com a tradição comum dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, que consiste na aplicação da máxima "*interest rei publicae ut sit finis litium*", através, nomeadamente, da sujeição do exercício do direito de recurso a prazos (mesmo que estes, tal como a Comissão sublinhou, sejam sensivelmente diferentes), e igualmente com a orientação geral do direito comunitário tal como é expressa no artigo 173.º do Tratado CEE, no artigo 43.º do Estatuto do Tribunal e noutras numerosas disposições».

167. Consequentemente, sou de opinião de que — ainda que o acórdão Emmott possa ser correctamente interpretado como estabe-

lecendo um princípio geral sobre a inaplicabilidade de prazos de caducidade nacionais quando as directivas não tenham sido correctamente transpostas, o que não admito, como já expliquei nas conclusões que apresentei relativas ao acórdão Denkavit — não há fundamentos para extrapolar tal princípio para acções baseadas em disposições do Tratado que tenham efeito directo ou em acordos de comércio livre devidamente publicados.

O efeito da afectação das receitas da taxa

168. Na quinta questão apresentada pelo órgão jurisdicional nacional no processo Olie-selskabet pergunta-se se resulta do direito comunitário que um Estado-Membro que tenha aplicado ou aprovado uma taxa contrária ao direito comunitário é responsável pela restituição da taxa, ainda que as suas receitas tenham revertido para operadores independentes sob controlo municipal. A questão surge porque no processo principal a Olie-selskabet sustentou que o Ministério dos Transportes era responsável, solidariamente com os portos comerciais demandados, pela restituição do adicional sobre as importações. A questão é também, indirectamente, relevante para o processo Texaco, embora o

106 — Acórdão referido na nota 84, p. 824.

órgão jurisdicional nacional não tenha, nesse processo, apresentado especificamente a questão ao Tribunal: no processo Texaco, tal como no *Olieselskabet*, os portos demandados sob controlo municipal alegam que o Ministério dos Transportes, como autoridade responsável pela fixação das taxas, tem obrigação de os indemnizar por quaisquer montantes cuja restituição lhes possa ser exigida ou que devam pagar em consequência da taxa fixada.

restituição de encargos cobrados por um Estado-Membro em violação das normas do direito comunitário é consequência e complemento dos direitos que decorrem para os particulares das disposições comunitárias que proibem os encargos de efeito equivalente a direitos aduaneiros ou, conforme o caso, a aplicação de imposições nacionais discriminatórias ¹⁰⁹. Mais recentemente, no acórdão *Comateb* ¹¹⁰, o Tribunal referiu-se a esse acórdão, acrescentando que: «O Estado-Membro é, assim, em princípio, obrigado a restituir os impostos cobrados em violação do direito comunitário».

169. A *Olieselskabet* refere o acórdão *Francovich e o.* ¹⁰⁷, no sentido de que os Estados-Membros devem compensar os danos e perdas causados aos particulares por violações do direito comunitário pelas quais possam ser responsabilizados. Na minha opinião, no entanto, o princípio da responsabilidade dos Estados-Membros pela indemnização por danos e perdas estabelecido no acórdão *Francovich e o.* e posteriormente desenvolvido no acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame* ¹⁰⁸ não são rigorosamente relevantes para a questão de saber quem deve restituir um imposto cobrado em violação do direito comunitário.

170. O conceito de restituição é, por definição, mais simples que o de indemnização por danos. O Tribunal declarou que o direito à

171. É evidente que, na falta de normas comunitárias sobre a questão, cabe ao sistema jurídico de cada Estado-Membro determinar as condições processuais que regem as acções judiciais destinadas a assegurar a protecção dos direitos que decorrem para os particulares do efeito directo do direito comunitário, desde que tais condições não sejam menos favoráveis que as aplicáveis a acções semelhantes de natureza interna, nem sejam formuladas de tal modo que tornem impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito comunitário ¹¹¹. Este princípio aplica-se às condições processuais em geral,

107 — Acórdão de 19 de Novembro de 1991 (C-6/90 e C-9/90, *Collect.*, p. I-5357).

108 — Acórdão de 5 de Março de 1996 (C-46/93 e C-48/93, *Collect.*, p. I-1029).

109 — Acórdão *San Giorgio*, referido na nota 68, n.º 12.

110 — Acórdão de 14 de Janeiro de 1997 (C-192/95 a C-218/95, *Collect.*, p. 165, n.º 20).

111 — V. os acórdãos referidos na nota 84.

bem como às disposições internas relativas a prazos, atrás abordadas em pormenor. Serão portanto as disposições nacionais relativas à responsabilidade, nas presentes circunstâncias, pela restituição do imposto indevidamente pago, que em primeira análise determinarão contra quem deve ser intentada a acção respectiva, verificadas que estejam as duas condições acima referidas.

172. A expressão inglesa «virtually impossible» utilizada na segunda condição que o Tribunal exige às normas nacionais destinadas à protecção dos direitos que decorrem para os particulares do direito comunitário, surge nas versões francesas dos acórdãos em questão como «en pratique impossible»¹¹² ou «pratiqument impossible»¹¹³. Ambas as expressões têm claramente o sentido de «impossível na prática» e a primeira delas é inequívoca. Interpretar as condições que as normas nacionais devem satisfazer no sentido de afastar uma norma que tem como efeito impedir, na prática, o exercício de direitos decorrentes do direito comunitário é plenamente conforme com a jurisprudência do Tribunal nesta matéria.

112 — Por exemplo, nos acórdãos Rewe, referido na nota 84, Johnson, referido na nota 93, no acórdão de 14 de Dezembro de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Colect., p. I-4599), nos acórdãos Van Schijndel e Van Veen, referido na nota 99, e FMC e o., referido na nota 84.

113 — V., por exemplo, os acórdãos San Giorgio, referido na nota 68, Just, referido na nota 87, Francovich e o., referido na nota 107, e Emmott, referido na nota 82.

173. Assim, uma norma nacional que exigia, como a norma em questão, que o contribuinte começasse por intentar a acção contra a entidade cobradora do imposto não seria criticável, desde que a mesma norma se aplicasse também a acções destinadas a obter a restituição de impostos indevidamente pagos, nos termos da lei nacional. No entanto, quando uma norma nacional impede o contribuinte de, em tal caso, prosseguir a sua acção contra o Estado que tinha ilegalmente aplicado o imposto, no caso de não poder obter da entidade cobradora do imposto a sua restituição integral, por tal entidade se ter tornado insolvente, por exemplo (o que pode, aparentemente, ser o caso dos portos demandados se o pedido de restituição for deduzido contra eles), o efeito de tal norma será o de tornar impossível na prática o exercício de direitos conferidos pelo direito comunitário e, segundo o direito comunitário, o contribuinte teria o direito de obter a restituição do Estado-Membro responsável pela aplicação do imposto ilegal.

O efeito da repercussão do adicional

174. Por fim, note-se que, no contexto da restituição de um imposto ilegal, como excepção ao princípio geral segundo o qual um Estado-Membro é obrigado a restituir encargos cobrados em violação do direito comunitário, tal exigência não se aplica quando se prove que a pessoa a quem o pagamento de tais encargos foi exigido

acabou, de facto, por os repercutir ¹¹⁴. O Tribunal clarificou recentemente o âmbito desta excepção, declarando que um Estado-Membro pode opor-se à restituição, a um operador económico, de um imposto cobrado em violação do direito comunitário se se provar que o imposto foi integralmente suportado por outra pessoa e que a restituição ao referido operador constituiria um enriquecimento sem causa. Cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar, à luz das circunstâncias de cada caso, se tais condições se verificam. Se apenas parte do imposto foi repercutida, cabe às autoridades nacionais reembolsar o operador do montante que não foi repercutido. O facto de haver uma obrigação legal de incorporar o imposto no preço de custo não permite presumir que o imposto tenha sido repercutido na totalidade, ainda que a violação dessa obrigação implique uma sanção. Por fim, quando, apesar de o imposto ter sido repercutido no comprador, o direito nacional permita ao operador alegar que a cobrança do imposto ilegal lhe causou um prejuízo que exclui, no todo ou em parte, o enriquecimento sem causa, cabe ao órgão jurisdicional nacional daí extrair as consequências ¹¹⁵.

Restituição de um encargo contrário ao artigo 86.º

175. No processo GT-Link, o órgão jurisdicional nacional perguntou se, caso o Tribunal

declare que o facto de a DSB aplicar as taxas sobre navios e sobre mercadorias constitui um abuso de posição dominante nos termos do artigo 86.º, as pessoas ou empresas a quem tais taxas foram cobradas podem, nos termos do direito comunitário, pedir a sua restituição ou uma indemnização.

176. É ponto assente que o artigo 86.º cria directamente direitos para os particulares, que cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais salvaguardar ¹¹⁶. O princípio acima apontado aplicar-se-á em conformidade: cabe ao sistema jurídico do Estado-Membro em questão determinar as condições que regem acções destinadas à defesa de tais direitos, desde que respeitem as exigências de equivalência com as acções destinadas a defender direitos decorrentes das normas nacionais e de eficácia, ou seja, da possibilidade de facto de obter a restituição.

114 — V. o recente acórdão Comateb, referido na nota 110, n.º 21.

115 — Acórdão Comateb, n.º 35 e dispositivo.

116 — Acórdão BRT, referido na nota 70, n.º 16.

Conclusão

177. Consequentemente, sou de opinião de que o Tribunal deve responder do seguinte modo às questões que lhe foram apresentadas nos presentes processos:

No processo C-90/94, Haahr Petroleum:

- «1) A aplicação, por um Estado-Membro, de um adicional de 40% a uma taxa geral sobre mercadorias no respeitante a mercadorias importadas por navio de outro Estado-Membro é contrária ao artigo 95.º do Tratado CEE.

- 2) As acções destinadas a obter a restituição de taxas cobradas em violação do direito comunitário estão sujeitas às condições processuais, incluindo as normas sobre prazos de caducidade, estabelecidas pelo sistema jurídico do Estado-Membro em questão, desde que tais condições não sejam menos favoráveis que as aplicáveis a acções semelhantes de natureza interna e não estejam formuladas de modo a tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito comunitário.»

Nos processos apensos C-114/95 e C-115/95, Texaco e Olieselskabet:

- «1) A aplicação, por um Estado-Membro, de um adicional de 40% a uma taxa geral sobre mercadorias no respeitante a mercadorias importadas por navio de outro Estado-Membro é contrária ao artigo 95.º do Tratado CEE.

- 2) A aplicação, por um Estado-Membro, de um adicional de 40% a uma taxa geral sobre mercadorias no respeitante a mercadorias importadas por navio de um país terceiro é contrária a uma disposição de um acordo de comércio livre entre o país terceiro em questão e a Comunidade Europeia que corresponda ao artigo 18.º do acordo entre a Comunidade Económica Europeia e o Reino da Suécia.

- 3) A aplicação, por um Estado-Membro, de um adicional de 40% a mercadorias importadas por navio de países terceiros com os quais a Comunidade não tenha acordos de comércio livre não é contrária ao direito comunitário.

- 4) Um Estado-Membro que tenha aplicado ou aprovado uma taxa contrária ao direito comunitário é responsável pela sua restituição, ainda que a receita da taxa tenha revertido para operadores independentes sujeitos a controlo municipal, se, de outro modo, o contribuinte ficasse na prática impossibilitado de obter a restituição da taxa ilegal.

- 5) As acções destinadas a obter a restituição de taxas cobradas em violação do direito comunitário estão sujeitas às condições processuais, incluindo as normas sobre prazos de caducidade, estabelecidas pelo sistema jurídico do Estado-Membro em questão, desde que tais condições não sejam menos favoráveis que as aplicáveis a acções semelhantes de natureza interna e não estejam formuladas de modo a tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito comunitário.

- 6) O facto de um prazo nacional de caducidade, aplicável às acções para restituição de taxas cobradas em violação do direito comunitário começar a correr antes do momento em que o Estado-Membro em questão aboliu tal taxa não é contrário ao direito comunitário.»

No processo C-242/95, GT-Link:

- «1) A aplicação, por um Estado-Membro, de um adicional de 40% a uma taxa geral sobre mercadorias no respeitante a mercadorias importadas por navio de outro Estado-Membro é contrária ao artigo 95.º do Tratado CEE.

- 2) O direito comunitário não impõe quaisquer requisitos especiais relativamente às normas nacionais sobre o ónus da prova de que se verificam as condições de aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE, desde que tais normas não estejam formuladas de modo a tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito comunitário.

- 3) O facto de o direito nacional pretensamente exigir a uma empresa em posição dominante que actue de modo abusivo, na acepção do artigo 86.º do Tratado CEE, não impede que o comportamento seja ilegal ou inexecutável.

- 4) Cabe ao sistema jurídico do Estado-Membro em questão determinar as condições aplicáveis às acções destinadas a defender os direitos conferidos pelo artigo 86.º do Tratado CE, desde que tais condições não sejam menos favoráveis que as aplicáveis a acções semelhantes de natureza interna e não estejam formuladas de modo a tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito comunitário.

- 5) Quando uma empresa pública, que detém e explora um porto comercial, ocupa uma posição dominante, o facto de o porto comercial não aplicar taxas portuárias ao seu próprio serviço de *ferries* ou ao do seu parceiro comercial pode constituir um abuso de posição dominante contrário ao artigo 86.º do Tratado CEE. É possível determinar se de facto assim é, no primeiro caso, através da análise do nível dos seus preços e, no segundo caso, através da análise do nível dos encargos cobrados a terceiros e do valor dos serviços prestados, respectivamente, pela empresa e pelo seu parceiro comercial.

- 6) Nem os preços excessivos ou discriminatórios aplicados por uma empresa em posição dominante, nem um adicional sobre as importações cobrado em violação do direito comunitário podem ser considerados necessários para a realização da missão conferida a essa empresa, para os efeitos do artigo 90.º, n.º 2, do Tratado CEE.»