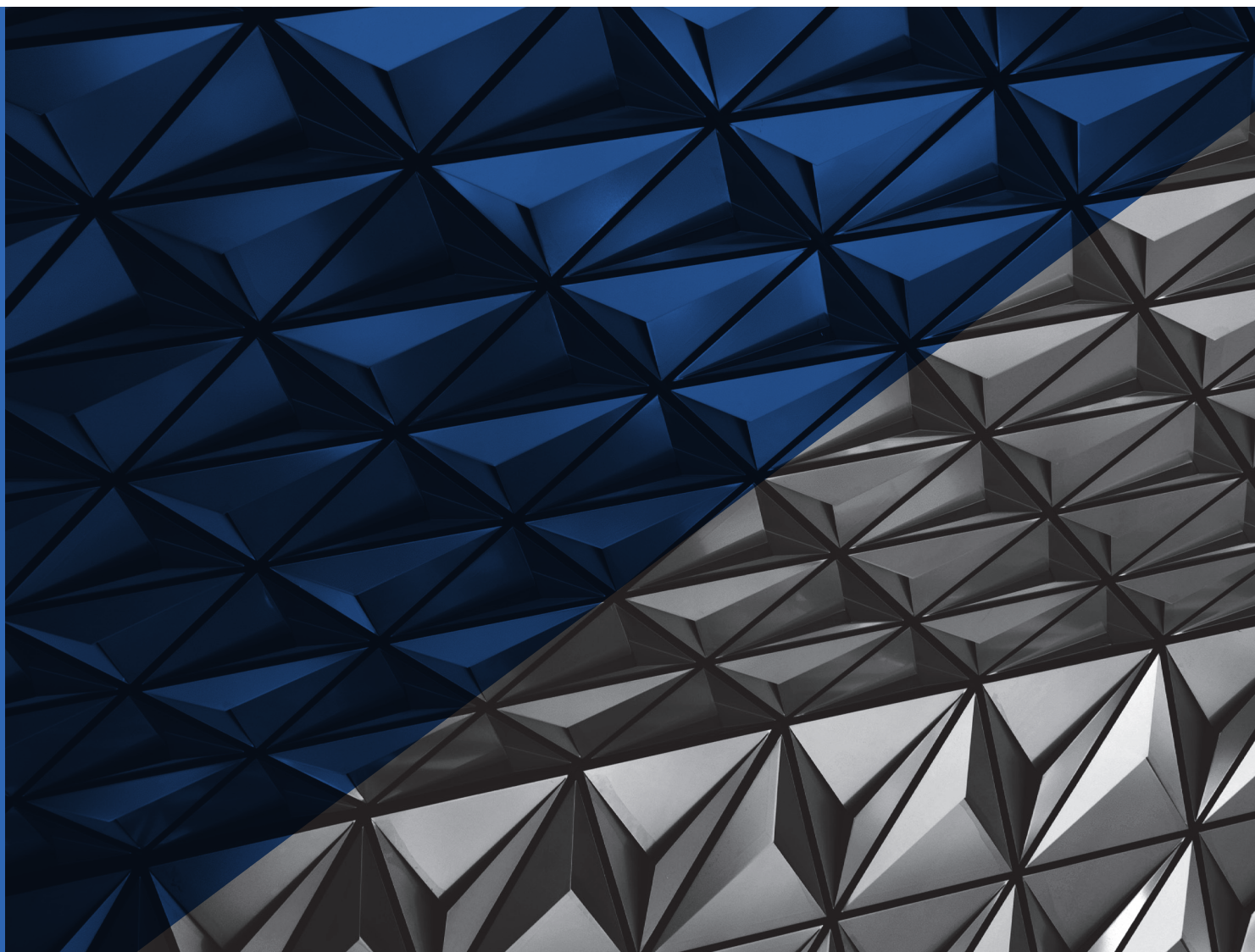


# **EMPRESAS MUNICIPAIS E DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

---

**PAULA VAZ FREIRE**



# ***Empresas Municipais e Direito da Concorrência***

Paula Vaz Freire

## **I. Regime jurídico do sector empresarial local (Lei n° 53-F/2006, de 29/12): normas relativas à defesa da concorrência**

## **II. Breve análise do regime jurídico da União Europeia e do regime jurídico nacional de defesa da concorrência**

1. Normas aplicáveis às empresas
2. Normas aplicáveis aos Estados
  - 2.1. Serviços de interesse económico geral (SIEG)
  - 2.2. Auxílios estatais

## **III. Articulação entre o regime jurídico de defesa da concorrência e o regime jurídico do sector empresarial local**

1. Sector empresarial local e serviços de interesse económico geral: conceito de SIEG; contrapartida de serviço público e auxílios públicos
2. Inaplicabilidade integral das normas da concorrência: critério do equilíbrio económico; serviços dissociáveis do serviço público

## **IV. Conclusão**

## **Referências bibliográficas**

## **I Regime jurídico do sector empresarial local (Lei nº 53-F/2006, de 29/12): normas relativas à defesa da concorrência**

O regime jurídico do sector empresarial local, aprovado pela Lei nº 53-F/2006, de 29 de Dezembro<sup>1</sup>, faz menção expressa às normas de defesa da concorrência em dois dos seus preceitos a saber: o artigo 10º e o artigo 25º.

O artigo 10º nº1 estabelece que, no âmbito da *respectiva actuação*, as empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas, se encontram sujeitas às normas de defesa da concorrência, nacionais e comunitárias. Nos termos do nº2 do referido artigo, as *relações* entre aquelas empresas (municipais, intermunicipais e metropolitanas) e as entidades participantes – isto é, municípios, associações de municípios ou áreas metropolitanas – devem também observar tais normas<sup>2</sup>. Outra referência consta do artigo 25º nº1, de acordo com o qual as empresas que tenham por objecto e missão a *gestão de concessões* também se encontram, genericamente, sujeitas às normas de defesa da concorrência<sup>3</sup>.

Mas, para além destas menções expressas outras disposições do *regime jurídico do sector empresarial local*, são também relevantes para compreender a articulação entre a actividade empresarial local e a disciplina de defesa da concorrência: A este respeito, importa atentar no disposto pelo artigo 12º relativamente à *contratação e escolha do parceiro privado*. Nos termos deste preceito, “*as empresas devem adoptar mecanismos de contratação transparentes e não discriminatórios, assegurando igualdade de*

---

<sup>1</sup> Lei nº 53-F/2006, de 29 de Dezembro, aprova o regime jurídico do sector empresarial local, revogando a Lei nº58/98, de 18 de Agosto, DR I 249.

<sup>2</sup> “Artigo 10º

*Sujeição às regras da concorrência*

1—*As empresas estão sujeitas às regras gerais de concorrência, nacionais e comunitárias.*

2—*Das relações entre as empresas e as entidades participantes no capital social não podem resultar situações que, sob qualquer forma, sejam susceptíveis de impedir ou falsear a concorrência no todo ou em parte do território nacional. (...)*”

<sup>3</sup> “Artigo 25º

*Princípios orientadores*

1—*As empresas encarregadas da gestão de concessões devem prosseguir as missões que lhes forem confiadas, sem prejuízo da eficiência económica e do respeito dos princípios de não discriminação e transparência, submetendo-se plenamente às normas da concorrência. (...)*”

*oportunidades aos interessados*” (nº1), devendo aplicar-se à selecção das entidades privadas “*os procedimentos concursais estabelecidos no regime jurídico da concessão dos serviços públicos em questão e, subsidiariamente, nos regimes jurídicos da contratação pública em vigor*” (nº2)<sup>4</sup>.

De acordo com estas normas, as formas de contratação, bem como os procedimentos de selecção de parceiros privados, encontram-se subordinadas à observância de princípios basilares capazes de assegurarem a concorrência, remetendo-se, a título subsidiário para a disciplina da contratação pública. Ora, como é sabido, nos termos do *Código dos Contratos Públicos*<sup>5</sup> “*à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência*” (artigo 1º nº4 do CCP).

Outras normas que integram o *regime jurídico do sector empresarial local*, ora em apreço, relativas, designadamente, ao *financiamento das empresas integradas no sector empresarial local pelas entidades participantes*, são também relevantes em sede da disciplina da defesa da concorrência, pelo que o artigo 13º e o artigo 25º nº3 merecerão oportunamente uma atenção mais detalhada.

## **II Breve análise do regime jurídico da União Europeia e do regime jurídico nacional de defesa da concorrência**

Apesar de não se adequar ao contexto da presente análise proceder a uma aturada exposição sobre o direito material de defesa da concorrência, não podem deixar de se

---

<sup>4</sup> “Artigo 12º

*Normas de contratação e escolha do parceiro privado*

1—*Sem prejuízo do disposto nas normas comunitárias aplicáveis, as empresas devem adoptar mecanismos de contratação transparentes e não discriminatórios, assegurando igualdade de oportunidades aos interessados.*

2—*À selecção das entidades privadas aplicar-se-ão os procedimentos concursais estabelecidos no regime jurídico da concessão dos serviços públicos em questão e, subsidiariamente, nos regimes jurídicos da contratação pública em vigor, cujo objecto melhor se coadune com a actividade a prosseguir pela empresa.*

3—*O ajuste directo só é admissível em situações excepcionais previstas nos diplomas aplicáveis, nos termos do número anterior.*”

<sup>5</sup> Aprovado pelo DL 18/2008, de 29/12, DR I 20.

evidenciar, sucintamente, os respectivos elementos estruturantes por forma a alcançar o seu âmbito de aplicação ao sector empresarial local.

Os regimes jurídicos, da União Europeia e nacional, de defesa da concorrência encontram-se disciplinados, nos seus princípios e normas fundamentais, respectivamente, nos artigos 101º a 109º do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (TFUE)<sup>6</sup> e na Lei 18/2003 de 11 de Junho (Lei da Concorrência, LdC)<sup>7</sup>. Trata-se de regimes materialmente similares, aplicando-se *as normas do direito europeu* às restrições e distorções da concorrência com efeitos no mercado comum, e *as normas do direito interno* aos comportamentos anticoncorrenciais com repercussões limitadas apenas ao mercado nacional.

Nos regimes jurídicos da União Europeia e nacional de defesa da concorrência, é possível distinguir, por um lado, as *normas aplicáveis às empresas* e, por outro, as *normas aplicáveis aos Estados*. Sobre elas versarão – em moldes necessariamente breves – as próximas linhas.

### ***1. Normas aplicáveis às empresas***

O âmbito material das normas de defesa da concorrência aplicáveis às empresas respeita, a três áreas fundamentais:

- (i) a *proibição de acordos entre empresas, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas* que tenham por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência (artigo 101º nº 1 do TFUE e artigo 4º nº 1 da LdC);
- (ii) a *proibição do abuso de posição dominante* (artigo 102º do TFUE e artigo 6º da LdC); e
- (iii) o *controle prévio das concentrações* pela Comissão, relativamente às concentrações com dimensão comunitária (Regulamento (CE) 139/2004<sup>8</sup>), ou pela

<sup>6</sup> Anteriores artigos 81º a 89º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE).

<sup>7</sup> Lei nº 18/2003, de 11/6 DR I 134; alterada pelo Decreto-Lei 219/2006, de 2/11, pelo Decreto-Lei 18/2008, de 29/1 e pela Lei 52/2008, de 28/8. No âmbito da presente análise releva, no essencial, o disposto nos artigos 3º a 13º da LdC.

<sup>8</sup> Regulamento (CE) 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004 relativo ao controlo das concentrações de empresas, J.O. L 24/1, 29.1.2004.

Autoridade da Concorrência, relativamente às concentrações com impacto relevante sobre o mercado nacional (artigos 8º a 12º da LdC)<sup>9</sup>.

## ***2. Normas aplicáveis aos Estados***

Por seu turno, as normas do direito da concorrência aplicáveis aos Estados, ou melhor, aplicáveis aos entes públicos em geral, respeitam aos (i) *serviços de interesse económico geral* e aos (ii) *auxílios de Estado*. Impõe-se analisá-las com um pouco mais de detalhe.

### **2.1. Serviços de interesse económico geral (SIEG)**

No âmbito do direito da concorrência da União Europeia o regime jurídico dos serviços de interesse económico geral é alcançado a partir da interpretação das normas constantes do artigo 106º do TFUE<sup>10</sup>. No nº1 do artigo 106º encontra-se consagrada a *regra geral* de sujeição das empresas públicas e das empresas titulares de direitos especiais ou exclusivos, ao regime de defesa da concorrência. Este preceito estabelece ainda um *dever de abstenção* dos Estados-Membros ao estatuir que estes não podem criar, por via legal ou contratual, regimes jurídicos que imponham ou permitam que as empresas públicas violem as normas de defesa da concorrência.

No entanto, o nº2 do artigo 106º do TFUE excepciona daquela regra geral as empresas encarregadas de serviços de interesse económico geral, ou melhor, prevê a *possibilidade de não aplicação integral das regras da concorrência* a tais empresas. Por outras palavras, tal significa que às empresas que prestem serviços de interesse

<sup>9</sup> A Lei da Concorrência tipifica ainda como prática proibida o *abuso de dependência económica*. De acordo com o disposto no artigo 7º da LdC, é proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre uma empresa sua fornecedora ou cliente.

<sup>10</sup> “Artigo 106º

(*ex-artigo 86º TCE*)

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 nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18º e 101º a 109º, 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 nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União.”*

económico geral poderão não se aplicar as regras de defesa da concorrência quando essa aplicação impossibilite o cumprimento da respectiva missão.

Uma norma idêntica encontra-se consagrada pela lei nacional de defesa da concorrência, no seu artigo 3º (LdC)<sup>11</sup>. Segundo este preceito, as empresas públicas e as empresas titulares de direitos especiais ou exclusivos concedidos pelo Estado encontram-se genericamente abrangidas pela disciplina jurídica de defesa da concorrência. Prevê-se porém que as empresas encarregadas por lei da gestão de serviços de interesse económico geral apenas ficarão submetidas à referida disciplina se esta não constituir um *obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada*.

## 2.2. Auxílios estatais

Os auxílios de Estado<sup>12</sup> são, em regra, proibidos na medida em que, constituindo vantagens financeiras atribuídas por entes públicos a determinadas empresas, colocam os respectivos beneficiários numa posição mais vantajosa relativamente a potenciais ou efectivos concorrentes.

No direito da União Europeia essa proibição resulta do nº 1 do artigo 107º do TFUE<sup>13</sup>. Este preceito consagra um princípio genérico de proibição dos auxílios estatais,

---

<sup>11</sup> “Artigo 3º

*Serviços de interesse económico geral*

1 — *As empresas públicas e as empresas a quem o Estado tenha concedido direitos especiais ou exclusivos encontram-se abrangidas pelo disposto na presente lei, sem prejuízo do disposto no número seguinte.*

2 — *As empresas encarregadas por lei da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio legal ficam submetidas ao disposto no presente diploma, 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.”*

<sup>12</sup> Atente-se que o vocábulo “Estado” deve ser interpretado de forma ampla como, desde há muito, tem vindo a ser clarificado pela jurisprudência europeia. Deve pois entender-se que estão em causa as ajudas concedidas pelos Estados ou provenientes de recursos estatais; trata-se de transferências de recursos públicos operadas por entes tanto da administração central, como da administração regional ou local; e quer por entidades de natureza jurídica pública ou como privada.

<sup>13</sup> “Artigo 107º

*(ex-artigo 87º TCE)*

1. *Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções. (...)”*

assente na presunção de que aqueles apoios distorcem a concorrência e afectam o comércio entre os Estados-Membros<sup>14</sup>.

No ordenamento jurídico nacional a proibição de auxílios de Estado, que distorçam a concorrência, resulta do artigo 13º nº 1 da LdC. No entanto, dispõe o nº 3 que “não se consideram auxílios as indemnizações compensatórias, qualquer que seja a forma que revistam, concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público”<sup>15</sup>.

### **III Articulação entre o regime jurídico de defesa da concorrência e o regime jurídico do sector empresarial local**

O *regime jurídico do sector empresarial local* encontra-se em consonância com os princípios e normas de defesa da concorrência atrás expostos. Assume, naturalmente, particular relevância para esta análise a disciplina jurídica relativa aos serviços de interesse económico geral e aos auxílios estatais. Desde logo, porque a criação de empresas por parte de entidades da administração local se encontra, frequentemente, justificada pela necessidade de uma mais eficiente prestação de serviços de interesse geral, mas também porque tendo as entidades participantes a natureza de entes públicos devem observar – na sua relação com as entidades participadas - regras e formas de financiamento insusceptíveis de causarem distorções anticoncorrenciais.

Importa, por isso, compreender com maior detalhe o *regime jurídico do sector empresarial local* neste domínio.

---

<sup>14</sup> O ordenamento comunitário incorpora igualmente, o reconhecimento de que os auxílios estatais podem contribuir para alcançar valiosos objectivos, designadamente quando constituem instrumentos utilizados no âmbito de políticas com efeitos virtuosos de prossecução do *interesse comum*. Nestes termos, alguns tipos de medidas de apoio público são, desde logo, qualificados, como compatíveis *de iure* com o mercado interno (nº2 do artigo 107º do TFUE), enquanto que outros podem ser considerados como tal, após a respectiva apreciação por parte da Comissão (nº3 do artigo 107º do TFUE).

<sup>15</sup> “Artigo 13º

*Auxílios de Estado*

1 — Os auxílios a empresas concedidos por um Estado ou qualquer outro ente público não devem restringir ou afectar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado.

(...)

3 — Para efeitos do disposto no presente artigo, não se consideram auxílios as indemnizações compensatórias, qualquer que seja a forma que revistam, concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público.”

## **1. Sector empresarial local e serviços de interesse económico geral: conceito de SIEG; contrapartida de serviço público e auxílios públicos**

Como é sabido, as empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas encontram o seu objecto social tipificado no artigo 5º, donde, apenas podem ser (i) *empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse geral* (artigos 18º a 20º da Lei 53-F/2006); (ii) *empresas encarregadas da promoção do desenvolvimento local e regional* (artigos 21º a 23º da Lei 53-F/2006); ou *empresas encarregadas da gestão de concessões* (artigos 24º e 25º da Lei 53-F/2006).

No que respeita às *empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse geral* prevê o nº 4 do artigo 10º do *regime do sector empresarial local* que às mesmas não se apliquem as regras de defesa da concorrência quando tal possa inviabilizar o cumprimento da respectiva missão<sup>16</sup>. Relevam também as normas relativas ao *financiamento das empresas integradas no sector empresarial local*, designadamente o artigo 13º, relativo à proibição de formas de compensação não previstas por lei<sup>17</sup>, e o artigo 25º nº3, de acordo com o qual é proibido o financiamento por parte das entidades participantes às empresas encarregadas da gestão de concessões<sup>18</sup>.

Da análise precedente pode, em primeiro lugar, concluir-se pela existência um *princípio geral* de sujeição das empresas integradas no sector empresarial local (empresas

---

<sup>16</sup> “Artigo 10º

*Sujeição às regras da concorrência*

(...)

4—O disposto nos nº 1 e 2 não prejudica regimes derogatórios especiais, devidamente justificados, sempre que a aplicação das normas gerais de concorrência seja susceptível de frustrar, de direito ou de facto, as missões confiadas às empresas locais encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral.”

<sup>17</sup> “Artigo 13º

*Proibição de compensações*

Não são admissíveis quaisquer formas de subsídios à exploração, ao investimento ou em suplemento a participações de capital que não se encontrem previstos nos artigos anteriores.”

<sup>18</sup> “Artigo 25º

*Princípios orientadores*

(...)

3—Não é permitida qualquer forma de financiamento por parte das entidades participantes às empresas encarregadas da gestão de concessões.”

municipais, intermunicipais e metropolitanas) às normas de defesa da concorrência. Como se sabe, para o direito da concorrência “empresa” consiste em “qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento.” (artigo 2º nº1 da LdC).

No entanto, a aplicabilidade integral das regras da concorrência “cede” quando tal aplicação ponha em causa obrigações de serviço de interesse económico geral. Há que acrescentar que essa “derrogação” deve ser *justificada, necessária e proporcional* ao cumprimento da missão de serviço público, o que pressupõe uma *apreciação casuística*.

Afigura-se portanto essencial proceder a uma clarificação do conceito de serviço de interesse económico geral.

A delimitação da **noção de serviços de interesse económico geral** tem de ser feita a partir das normas de direito originário e derivado da União Europeia, porquanto se trata, eminentemente, de um conceito comunitário densificado pela jurisprudência dos tribunais europeus ao longo do tempo, e importado com essa configuração para o ordenamento jurídico nacional.

Relevam para a compreensão da natureza e importância dos serviços de interesse económico geral os artigos 14º e 106º nº 2 do TFUE, bem como o protocolo anexo (nº 26) *Relativo aos Serviços de Interesse Geral* e o disposto no artigo 36º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>19</sup>.

Os serviços de interesse económico geral integram-se na categoria mais lata de serviços de interesse geral<sup>20</sup>. Cabe aos poderes públicos (i) classificar determinados

---

<sup>19</sup> Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2010/C 83/02), J.O. - C 83 (30 Março 2010), pp. 389-403: *Artigo 36º Acesso a serviços de interesse económico geral* “A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com os Tratados, a fim de promover a coesão social e territorial da União.”

<sup>20</sup> É possível defini-los como os serviços, económicos e não-económicos, que os poderes públicos classificam de interesse geral e que são objecto de obrigações de serviço público específicas. É aos poderes públicos que compete decidir da natureza e âmbito dos serviços de interesse geral: podem decidir prestar eles próprios o serviço ou confiar a sua prestação a terceiros, públicos ou privados, com ou sem fins lucrativos. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões que acompanha a comunicação “Um mercado único para a Europa do século XXI”. Os serviços de interesse geral, incluindo os serviços sociais de interesse geral: um novo compromisso europeu* {COM(2007) 724 final}.

Ainda quanto a esta distinção: artigo 2º nº3 e artigo 5º do CCP relativos aos serviços de interesse geral não económicos ou de interesse geral sem carácter industrial ou comercial.

serviços como de interesse geral e como tal objecto de obrigações de serviço público específicas; (ii) decidir da natureza e âmbito dos serviços de interesse geral; e (iii) decidir prestar eles próprios o serviço ou confiar a sua prestação a terceiros, públicos ou privados, com ou sem fins lucrativos<sup>21</sup>.

No âmbito dos serviços de interesse geral é possível distinguir entre serviço económicos e não-económicos. A prestação e a organização dos primeiros, isto é, dos *serviços de interesse económico geral* obedece às regras do mercado interno e às regras de concorrência estabelecidas no TFUE, por consubstanciarem *actividades de natureza económica*. Trata-se, por exemplo, de serviços de telecomunicações, fornecimento de electricidade e de gás, transportes, serviços postais, gestão de resíduos, abastecimento de água, tratamento de águas residuais, etc. Por seu turno, os *serviços não-económicos*, pela sua natureza, não se encontram abrangidos por legislação comunitária específica nem pelas regras do Tratado em matéria de mercado interno e concorrência. São qualificados como tal, por exemplo, os serviços associados a prerrogativas tradicionais do Estado como a polícia, a justiça ou os regimes de segurança social obrigatórios.

A partir desta classificação é possível proceder a uma interpretação mais precisa do *regime jurídico do sector empresarial local*.

Como se fez menção, o referido regime prevê a criação de empresas que tenham por objecto actividades de *interesse geral* (artigo 5º e artigos 18º a 21º). De acordo com o artigo 18º, consideram-se como tal as empresas que asseguram a universalidade e continuidade dos serviços prestados, a satisfação de necessidades básicas dos cidadãos, a coesão económica e social local ou regional e a protecção dos utentes<sup>22</sup>.

Por seu turno, e como também já se referiu, o artigo 10º nº 4º do *regime do sector empresarial local*, refere-se em particular aos serviços de *interesse económico geral*. Relativamente a estes, por consubstanciarem actividades económicas – revestidas de interesse geral – pode equacionar-se a sua prestação num contexto concorrencial, o que

---

<sup>21</sup> Atente-se a este respeito ao disposto no artigo 345º TFUE (ex-artigo 295º TCE) “Os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros.”

<sup>22</sup> A redacção deste preceito parece não ter sido a melhor pois utiliza, para a definição de serviço de interesse geral, tanto os tipos de missões ou finalidades como os princípios ou obrigações associadas ao serviço público. A prestação de serviços de interesse geral deve orientar-se pelos princípios da mutabilidade ou adaptabilidade, continuidade, igualdade, universalidade, eficiência, transparência e participação, acessibilidade e qualidade.

permite compreender a consagração de um princípio geral de subordinação às normas de defesa da concorrência, acompanhado da possibilidade de criação de regimes derogatórios especiais e da previsão normativa da inaplicabilidade integral da disciplina da concorrência quando tal se afigure necessário ao cumprimento das missões e obrigações de serviço de interesse geral.

A jurisprudência europeia foi chamada, por diversas vezes, a clarificar o *conceito de interesse económico geral* o que pressupõe, desde logo, a definição de *actividade económica*. Trata-se de uma actividade de oferta de bens ou serviços num determinado mercado, entendendo-se que um serviço deve ser considerado actividade económica se for *prestado contra pagamento* o qual não terá, necessariamente, de ser efectuado pelo utente. Entende-se ainda que a natureza económica de um serviço não depende do estatuto jurídico-económico do seu prestador (pode, por exemplo, ser prestado por um ente sem fins lucrativos) nem do tipo de serviço, mas sim da *forma* que assume o exercício, a organização e o financiamento da actividade em causa<sup>23</sup>.

A este respeito há que atentar, ainda, nos seguintes aspectos:

(i) O conceito de serviço de interesse económico geral deve ser alcançado através de um *critério funcional*, não podendo o interprete basear-se na mera qualificação legal ou contratual de uma empresa como prestadora desse tipo de serviços, pois não é de excluir a possibilidade de tal qualificação ser usada como expediente para subtrair uma empresa à disciplina de defesa da concorrência.

(ii) Há que assegurar a *igualdade* de condições de concorrência entre prestadores de serviço de interesse económico geral.

(iii) Uma mesma empresa pode exercer *actividades económicas e não-económicas* e estar, portanto, sujeita às regras de concorrência em certos aspectos das suas actividades

---

<sup>23</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, Proc. C-18/01, *Korhonen Oy*, J.O. (2003/C 171/05): “Uma sociedade anónima constituída, detida e gerida por uma autarquia local satisfaz uma necessidade de interesse geral (...) quando adquire serviços com o objectivo de promover o desenvolvimento de actividades industriais ou comerciais no território da referida autarquia. A fim de avaliar se essa necessidade é desprovida de carácter industrial ou comercial, compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar as circunstâncias que presidiram à constituição dessa sociedade e as condições em que a mesma exerce a sua actividade, incluindo, nomeadamente, a ausência de um fim lucrativo a título principal e a não assunção dos riscos associados à referida actividade, bem como o eventual financiamento público da actividade em causa”.

mas não noutros<sup>24</sup>, ou desenvolver actividades de serviço de interesse económico geral e, simultaneamente, outras actividades económicas integráveis em contextos concorrenciais de mercado.

Do que ficou dito pode concluir-se que deve ser feita uma apreciação *casuística e funcional*, que analise separadamente cada uma das actividades desempenhadas por uma mesma empresa<sup>25</sup>. Acresce ainda que, a “deficiente” qualificação de uma actividade como de interesse económico geral pode suscitar questões de difícil resolução em sede da disciplina dos **auxílios estatais**. A conexão entre estes aspectos – serviços de interesse económico geral e auxílios de Estado - resulta do facto de serem atribuídas compensações (indemnizações compensatórias) às empresas encarregadas da prestação daquele tipo de serviços. Ora, como melhor se verá, quando estas sejam “excessivas” e/ou selectivas ocultam auxílios de Estado incompatíveis com o mercado comum, susceptíveis de desvirtuar a *igualdade* de condições de concorrência entre prestadores de serviços. Por maioria de razão, a errada qualificação de uma actividade como de serviço de interesse económico geral e a correlativa atribuição de indemnizações compensatórias, à respectiva empresa prestadora, consubstancia uma forma indevida de apoio público.

Por estas razões percebe-se facilmente a necessidade de existirem normas reguladoras das relações de financiamento entre os entes públicos e as entidades empresariais de que são participantes.

Os prestadores de serviços de interesse económico geral podem receber compensações destinadas a cobrir os custos líquidos da prestação incluindo, se possível, um lucro razoável. Até à jurisprudência *Altmark*<sup>26</sup> entendeu-se que, tais compensações constituíam um auxílio de Estado compatível com o mercado comum<sup>27</sup>. No entanto, no acórdão *Altmark*, o Tribunal de Justiça veio afirmar que a compensação do serviço

<sup>24</sup> Uma entidade pode também exercer actividades não-económicas, ao funcionar como uma instituição de solidariedade social, e concorrer ao mesmo tempo com outros operadores noutra componente da sua actividade, ao efectuar operações financeiras ou imobiliárias mesmo que sem fins lucrativo (Acórdão do Tribunal de Justiça, Proc. C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, Col. 2006, p. II-289).

“É esse o caso de um estabelecimento público que, além das actividades puramente administrativas, nomeadamente, missões de polícia, exerce actividades de gestão e de exploração de aeroportos. Com efeito, estas últimas actividades são de natureza económica” (Acórdão do Tribunal de Justiça, Proc. C-82/01, *Aéroports de Paris*, Col. 2002, p. I-9297).

<sup>25</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, Proc. C-118/85 *Comissão / Itália*, Col. **1987**, p. 2599. Situações em que não é possível analisar separadamente as diferentes actividades: Acórdão do Tribunal de Justiça, Proc. C-205/03 *FENIN*, Col. **2006** p. I-6295; e Acórdão do TPI, Proc. T-155/04 *SELEX*, Col. 2006 página II-04797.

<sup>26</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, Proc. C-280/00, *Altmark*, Col. 2003, p. I-7747.

<sup>27</sup> Artigo 107º nº 1 e nº3 do TFUE.

público *não constitui um auxílio estatal*, na acepção do artigo 107º nº 1 do TFUE, desde que estejam reunidas, cumulativamente, quatro condições: (i) a empresa beneficiária deve ser incumbida de obrigações de serviço público, claramente definidas; (ii) os parâmetros de cálculo da compensação devem ser previamente estabelecidos; (iii) a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir os custos pelo cumprimento daquelas obrigações assim como um lucro razoável; (iv) e, quando a escolha da empresa não seja feita através de concurso público que permita a selecção do menor custo, a compensação deve ser calculada com base na análise de custos de uma empresa média<sup>28</sup>.

De harmonia com estes princípios, e nos termos do *regime jurídico do sector empresarial local* as compensações ou contrapartidas financeiras de serviço de interesse geral, estão obrigatoriamente sujeitas a *contratualização* (contrato de gestão), como decorre do artigo 20º da Lei 53-F/2006, proibindo-se qualquer outra forma de compensação, conforme dispõe o artigo 13º do mesmo diploma<sup>29</sup>.

## **2. Inaplicabilidade integral das normas da concorrência: critério do equilíbrio económico; serviços dissociáveis do serviço público**

Como se disse, as regras de defesa da concorrência são aplicáveis, se tal não constituir um obstáculo ao cumprimento da missão de serviço público. Isso não significa uma derrogação absoluta das normas de defesa da concorrência mas sim, a sua não aplicação integral na medida *necessária e proporcional* ao cumprimento das obrigações associadas à prestação de um serviço de interesse económico geral. Impõe-se, nesta medida, um esforço interpretativo capaz de delimitar o âmbito de aplicação das normas de defesa da concorrência. Mais do que uma pura e simples “sobreposição” do interesse público à disciplina de defesa da concorrência há, portanto, que compatibilizar a *prossecução de objectivos sociais* com os *imperativos da livre concorrência*, tanto mais

---

<sup>28</sup> Quando não se verificar alguma destas condições, a compensação constitui um auxílio de Estado, o qual pode ser justificado, isto é, declarado compatível com a concorrência no mercado interno ou no mercado nacional. Sobre estes aspectos: *Decisão da Comissão relativa à aplicação do nº2 do artigo 86º do Tratado CE aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidas a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral* (2005/842/CE), J.O. L-312/67.

<sup>29</sup> Acórdão do Tribunal de Contas Nº 16 /2010 – 27 de Abril - 1ª S/SS, Proc. 280/2010, EMEL: “Se, por um lado, o município pode determinar à empresa a realização de determinadas actividades, por outro, só poderá remunerá-la através de uma via contratual” (p. 13).

que os princípios orientadores do funcionamento concorrencial contribuem decisivamente para a melhor prossecução do interesse público.

A fim de alcançar essa compatibilização há que distinguir dois planos analíticos: o plano da forma de exercício das respectivas actividades por parte dos entes empresariais públicos e o plano do acesso a esse exercício.

Quanto ao primeiro destes aspectos não se configuram limitações a uma aplicação plena das normas de defesa da concorrência. Por outras palavras, as *normas de defesa da concorrência proibem* uma entidade empresarial pública ou privada titular de direitos especiais ou exclusivos *de actuar de forma anticoncorrencial, celebrando acordos restritivos ou abusando de uma posição dominante*<sup>30</sup>.

Assim, por exemplo, um acordo vertical entre um ente empresarial público e outros agentes a jusante em que o primeiro estabeleça preços mínimos de revenda, pode ser proibido nos termos do art. 101º nº 1 do TFUE<sup>31</sup>.

As empresas às quais são conferidos direitos especiais ou exclusivos<sup>32</sup> assumem, frequentemente, uma posição dominante<sup>33</sup>. De acordo com o *princípio de neutralidade* do direito da União Europeia relativamente ao regime da propriedade nos Estados-Membros (artigo 345º TFUE), os respectivos poderes públicos têm liberdade para criar monopólios<sup>34</sup>. Ora, como é sabido, as normas de defesa da concorrência não proibem a existência de uma posição dominante mas sim o *abuso* do poder de mercado a ela associado. Constitui abuso de posição dominante, proibido nos termos do artigo 102º do TFUE, por exemplo, a prática de preços desproporcionados, a prática de preços discriminatórios, a recusa

---

<sup>30</sup> Acórdão do TJ., Proc. C-179/90, *Merci*, Col. 1991, p. I-5889; Acórdão do TJ., Proc. C-13/77, *INNO*, Rec. 1977, p. 2115; Acórdão do TJ., Proc. C-41/90, *Höfner*, Col. 1991, p. I-01979; Acórdão do TJ., Proc. C-260/89, *ERT*, Col. 1991, p. I-2925; Acórdão do TJ., Proc. C-18/88, *RTT*, Col. 1991, p. I-5973; Acórdão do TJ., Proc. C-323/93, *La Crespelle*, Col. 1994, p. I-5077; Acórdão do TJ., Proc. C-18/93, *Corsica Feries*, Col. 1994, p. I-1783.

<sup>31</sup> Acórdão do TJ., Proc. C-13/77, *INNO*, Rec. 1977, p. 2115.

<sup>32</sup> Direitos especiais (conferidos, por lei, a um número limitado de agentes e/ou numa dada área geográfica) ou exclusivos (monopólio: p.ex. portos, radiodifusão); por definição, uma empresa titular de um direito exclusivo goza de uma posição dominante.

<sup>33</sup> Acórdão do TJ., Proc. C-30/87, *Bodson*, Col. 1987, p. 2479; Acórdão do TJ., Proc. C-311/84, *CBEM*, Col. 1985, p. 3261; Acórdão do TJ., Proc. C-322/81, *Michelin*, Col. 1983, p. 3461.

<sup>34</sup> Sobre os limites a esta liberdade: Acórdão do TJ., Proc. C-202/88, *França / Comissão*, Col. 1991, p. I-1223.

injustificada de venda / fornecimento, ou o encerramento de mercados conexos (potencialmente) concorrenciais, alavancado na posição dominante num dado mercado<sup>35</sup>.

No âmbito da respectiva actuação as empresas - independentemente do seu estatuto jurídico – estão portanto proibidas de adoptar comportamentos anticoncorrenciais que corporizem formas de abuso de posição dominante de exploração ou de exclusão.

Já no que respeita ao acesso ao exercício a determinadas actividades – confiadas a entidades empresariais públicas ou empresas privadas titulares de direitos especiais ou exclusivos – justificar-se-á, em determinadas condições, a inaplicabilidade plena da disciplina de defesa da concorrência.

Com efeito, a aplicação integral das normas de concorrência encontra-se limitada pela ideia de *equilíbrio económico* quando se esteja em presença de empresas encarregues de serviços de interesse económico geral. Este critério limitativo da plena aplicação da disciplina de defesa da concorrência foi precisado pela jurisprudência europeia. Entende-se, portanto, que a aplicação das regras de defesa da concorrência constitui um obstáculo ao cumprimento da missão de serviço de interesse económico geral quando *põe em causa as condições de equilíbrio económico*<sup>36</sup>. Quando assim é, justifica-se a não abertura do sector de actividade em causa a novos agentes económicos.

Mas, a invocação do critério do equilíbrio económico também comporta limitações, como foi esclarecido pela jurisprudência da União Europeia. Assim, entende-se que o equilíbrio económico-financeiro de uma empresa, encarregue de um serviços de interesse económico geral, não é posto em causa quando tal empresa *não satisfaz a procura relativamente a serviços conexos dissociáveis do serviço público* e estes passam a ser abertos à concorrência. Em síntese, “não se justificam limitações da concorrência relativamente a serviços específicos, dissociáveis do serviço de interesse económico geral, que satisfaçam necessidades específicas dos agentes económicos e que exijam

---

<sup>35</sup> Acórdão do TJ., Proc. C-18/88, *RTT*, Col. 1991, p. I-5973.

<sup>36</sup> Por exemplo ao limitar o *efeito de subsidiação cruzada*, isto é, a comercialização de um bem ou serviço com uma margem de lucro pequena ou nula, comercializando simultaneamente outro bem ou serviço associado / complementar com uma margem elevada a fim de obter um retorno globalmente satisfatório. Sobre o critério do equilíbrio económico: Acórdão do TJ., Proc. C 147-8/97, *Deutsch Post*, Col. 2000, p. I-825; Acórdão do TJ., Proc. C-75/99, *Ambulanz Glöckner*, Col. 2001, p. I-8089; Acórdão do TJ., Proc. C-157/94, *Comissão / Países Baixos*, Col. 1997, p. 5699.

certas prestações suplementares não integradas no serviço de interesse económico geral”

37.

#### **IV. Conclusão**

A partir da análise precedente é possível concluir ser de afastar o entendimento simplista de que as empresas às quais estão confiadas missões de prestação de serviços de interesse económico geral se encontram, por definição, subtraídas à aplicação das normas de defesa da concorrência. Esta perspectiva assenta na ideia de que a natureza das actividades desenvolvidas escapa à lógica de mercado, em virtude de estarem em causa bens que os mercados, espontaneamente, não produzem ou fornecem em quantidades e condições insuficientes para garantir patamares desejáveis de bem-estar social.

É certo que frequentemente essas “falhas” têm de ser colmatadas através da criação de entidades empresariais públicas ou da atribuição de direitos especiais ou exclusivos a empresas do sector privado – confiando-lhes a prestação de serviços de interesse económico geral - mas tais empresas também se encontram subordinadas à disciplina da concorrência<sup>38</sup>.

No entanto, a especificidade das actividades e missões desenvolvidas determina a necessidade de delimitar o âmbito de aplicação daquelas normas.

Assim, desde logo, os poderes públicos não podem criar, por via legal ou contratual, regimes que propiciem ou imponham a adopção de comportamentos anticoncorrenciais por parte das referidas empresas.

Por outro lado, no exercício da respectiva actividade aquelas entidades empresariais devem observar o disposto nas normas de defesa da concorrência abstendo-

---

<sup>37</sup> Acórdão do TJ., Proc. C-320/91, *Corbeau*, Col. 1993, p. I-2533: à “Régie des postes” tinha sido atribuído o direito exclusivo de recolher, transportar e distribuir o correio. Estava em causa a admissibilidade ou não da prestação por outro agente económico de serviços de encaminhamento do correio, recolha ao domicílio, alteração do destino durante o encaminhamento (não oferecidos pelo serviço postal tradicional). A titular do direito exclusivo invocava que a obrigação de desempenhar uma missão de interesse geral pressupunha condições de equilíbrio económico-financeiro (possibilidade de compensação entre os sectores de actividades rentáveis e os menos rentáveis) que justificavam a limitação da concorrência dos empresários privados nos sectores economicamente rentáveis. De acordo com o Tribunal de Justiça, essa limitação da concorrência não se justifica em todos os casos.

<sup>38</sup> Como claramente decorre do artigo 106º nº1 do TFUE; do artigo 3º nº1 da LdC e, para a presente análise, do artigo 10º da Lei 53-F/2006.

se de adoptar condutas que consubstanciem acordos ou práticas restritivas ou formas de abuso de posição dominante.

Por último, a existência de uma obrigação de serviço de interesse económico geral, a cargo de uma ou de algumas empresas, pode justificar o encerramento do mercado a potenciais concorrentes quando a eventual entrada desses novos agentes ponha em causa o equilíbrio económico das primeiras. No entanto, a abertura do mercado relativamente a serviços conexos dissociáveis do serviço público não põe em causa aquele equilíbrio.

## Referências bibliográficas

Cadete, Eduardo Maia

*Concorrência e Serviços de Interesse Económico Geral*, Principia, 2005

D’Alte, Sofia Tomé

*A nova configuração do sector empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos*, Almedina, 2007

Gonçalves, Pedro

*Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007

Jones, Alison and Brenda Sufrin

*EC Competition Law: Text, Cases and Material*, 3<sup>rd</sup> ed. Oxford University Press, 2008

Medeiros, Rui

“Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, In *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 69, Maio/Junho 2008

Mota de Campos, J.

*Manual de Direito Comunitário, O Sistema Institucional, A Ordem Jurídica, o Ordenamento Económico da União Europeia*, 2<sup>a</sup>. ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001

Ritter, Lennart and W. David Braun

*European Competition Law: A Practitioner’s Guide*, 3<sup>rd</sup> ed., Kluwer Law International, 2005