

OS SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL NA UNIÃO EUROPEIA: CONCORRÊNCIA E OBRIGAÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

Por MARIA DO ROSÁRIO ANJOS ⁽¹⁾

SUMÁRIO: 1. Enquadramento do tema do Direito Comunitário: do conceito de serviço público ao conceito de serviços e interesse económico geral; 1.1 A sujeição dos serviços públicos às regras do Direito Europeu da Concorrência; 1.2 O regime jurídico dos serviços de interesse económico geral: especificidades; 1.3 O artigo 90º, nº2 do Tratado de Roma: amplitude e limites da derrogação - 2. O artigo 90º, nº 2 à luz da jurisprudência comunitária; 2.1 Os Acórdãos Corbeau e Almelo traduzirão uma mudança de rumo jurisprudencial em matéria de serviço público? - 3. A eficácia do Direito Europeu da Concorrência; 3.1 Os poderes da Comissão; 3.2 O efeito directo do artigo 90º, nº2. - 4. O novo equilíbrio entre o princípio da concorrência e a salvaguarda do serviço público: conclusão

1. Enquadramento do tema no Direito Comunitário: do conceito de serviço público ao conceito de serviços de interesse económico geral

O Direito Comunitário não prevê, expressamente, uma noção de serviço público. O próprio conceito de serviço público revestiu desde sempre grande complexidade doutrinal, originando ao longo do tempo importantes e enriquecedoras construções

¹ Professora do Departamento de Direito da Universidade Lusófona do Porto e do Instituto Superior da Maia

jurídicas um pouco por toda a parte mas com particular destaque para a escola francesa que lhe terá dado origem com Léon Duguit e fortemente impulsionada desde então, sendo mesmo considerada que muito motivaram o Direito Administrativo suscitou divergentes posições doutrinárias nos diferentes estados membros, com diferentes tradições entre si. divergem apresentam e só pontualmente se refere a este conceito, como sucedia no artigo 77º do Tratado, actual artigo 73º do Tratado de Amesterdão², no contexto de referência à política comum de transportes. Fica, porém, por definir o sentido e alcance dessa noção à luz do direito comunitário. É que, se o Tratado não ignora em absoluto o conceito de serviço público, a verdade é que não o elegeu como conceito de referência, tendo preferido a designação de serviços de interesse económico geral. De todo o modo, incluem-se no âmbito destes conceitos as empresas de produção de bens e prestação de serviços à comunidade, tais como: fornecimento de energia, água, gás, telecomunicações, serviços postais, entre outros, que correspondem afinal aos serviços públicos de natureza económica ou prestacional reconhecidos como tal pela generalidade dos povos europeus. A razão pela qual o conceito não foi, sem mais, adoptado pelo Tratado prende-se com a controvérsia em torno do seu significado. Trata-se de um conceito muito controverso, volátil e que se caracteriza por uma certa ambiguidade. A noção de serviço público embora conhecida nos Estados membros sobre diferentes formas, não pode ser traduzida, no estado actual do direito comunitário, num conceito uniforme em todo o território comunitário, desde logo porque não há um conceito comum a todos os Estados membros, nem uma noção comunitária de serviço público. Mas, seguindo MICHEL BAZEX, entendemos que os

² Afigura-se útil uma chamada de atenção para o facto de uma parte significativa da jurisprudência de referência nesta matéria que enunciamos ao longo desta reflexão ter como referência as versões do Tratado anteriores a Nice, sendo importante referir que o actual artigo 86º nº 2, assim enumerado desde a versão de Amesterdão, ser o correspondente directo do artigo 90º, nº2, que durante décadas inspirou a

serviços de interesse económico geral a que se refere o legislador comunitário correspondem, pelo menos, a um conceito funcional de serviço público.³

O artigo 86º, nº2 do TUE⁴ optou por fazer referência ao conceito de serviços de interesse económico geral, mantendo intacta a redacção original do Tratado de Roma, a qual na opinião maioritária dos decisores europeus se revelou adequada e, sobretudo, ajustável à diversidade de concepções dos diferentes povos europeus nesta matéria. Uma redacção feliz na medida em que flexível e ajustável à evolução conceptual e ideológica naturalmente subjacente ao conceito de serviço público. Não há dúvida de que durante décadas a formulação do então artigo 90º, nº 2 permitira dirimir os conflitos de posições subordinados à apreciação do Tribunal, permitindo que este encontrasse as melhores soluções de conciliação dos princípios de defesa da concorrência e do funcionamento dos mercados afirmados no Tratado e as especificidades de concepção de serviço público vigentes em cada Estado Membro. Razão suficiente, parece-nos, para não alterar a sua redacção, mantendo-a intacta nas sucessivas versões do Tratado..... Falar do projecto da Constituição europeia.....

Desde sempre, porém, se colocaram alguns problemas de interpretação em torno desta disposição jurídica, dado que faz referência ao conceito de serviço de interesse económico geral mas sem avançar com uma definição, vincando propositadamente o carácter indeterminado do conceito. Ver Fausto Quadros.....

produção de muita doutrina e jurisprudência do Tribunal em Acórdãos que são até hoje considerados marcos fundamentais no entendimento jurisprudencial desta matéria.

³ Neste sentido cfr. MICHEL BAZEX - « L'appréhension des services publics par le droit communautaire », *Revue Française de Droit Administratif*, nº 2, Março/Abril de 1995, pág. 295 e ss. Proximo deste entendimento vd., ainda, ROBERT KOVAR - « Droit Communautaire et service Public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, nº 2, Abril / Junho de 1996, 32º Année, pág. 215 e ss.

⁴ Este artigo corresponde ao disposto, actualmente, no artigo 86º do Tratado de Amesterdão, para o qual transitou sem qualquer alteração de conteúdo.

Mas o legislador comunitário foi concedendo algumas importantes pistas de orientação para a interpretação adequada dos conceitos em presença. Assim, a sua inclusão na Parte III do Tratado significa, desde logo, que lhe são aplicáveis as regras da concorrência como sucede para todas as empresas em geral. Daqui resultando um tratamento jurídico comum ao das demais empresas (públicas ou privadas) que operam no mercado.

Mas, a sujeição às regras da concorrência e o seu funcionamento de acordo com a aplicação das leis do mercado, pode pôr em perigo a possibilidade de realização da missão de interesse público que lhes cabe assegurar. Desde logo, porque a prossecução dos objectivos de interesse geral, em obediência aos princípios da acessibilidade, igualdade e universalidade, típicos do serviço público, são intrinsecamente diversos daqueles que pautam a actuação das empresas no mercado. Enquanto as primeiras, para realizarem a sua missão de interesse público podem ter de suportar custos superiores aos proveitos e, conseqüentemente, suportar prejuízos em determinados segmentos de mercado, as segundas regem-se pelo objectivo de máximo lucro e, nessa medida, prosseguem a sua actividade de acordo com as regras económicas que imperam no mercado. Por isso, torna-se problemática a sujeição à concorrência das empresas encarregues da gestão de serviços de interesse económico geral, pelo que a introdução de soluções de matriz concorrencial nestes sectores de actividade obriga a algumas cautelas. Por isso o Tratado previu, no nº 2 do artigo 86º, por via de excepção, a possibilidade de afastamento do regime regra da sujeição às normas da concorrência. E, apesar da pressão exercida por alguns dos estados membros para, em sede de revisão do Tratado se alterar a disposição do artigo 90º, defendendo que esta norma viesse a acolher uma regra de protecção para os serviços de interesse geral mais ampla do que a existente, de modo que a sua protecção não resultasse da aplicação de uma excepção, mas antes de uma regra com igual força à da protecção da concorrência(FRANCESES),

a verdade é que a impossibilidade de um consenso determinou que se mantivesse a formulação original. Saiu claramente vencida a França, bastião do serviço público, que com convicção defendia a alteração do artigo com o sentido que referimos. Contudo, parece-nos que no actual estado de desenvolvimento da União Europeia e do direito comunitário, que lhe serve de suporte, seria imprudente avançar no sentido proposto pela França, na medida em que, sobre esta matéria, estamos muito longe de encontrar o consenso necessário. Por outro lado, o recurso a conceitos indeterminados permite sempre alguma flexibilidade de interpretação da norma pelo legislador, o que permite encontrar a melhor solução para cada caso. A jurisprudência do Tribunal sobre esta matéria revela bem essa possibilidade, como veremos de seguida.

Importa, assim, explicar o conteúdo dos normativos mais relevantes e o sentido e alcance dos conceitos jurídicos envolvidos.

Introduzir algumas páginas do artigo Economia Pura e referência rodapé

1.1 A sujeição às regras da concorrência

A grande diversidade de referências conceptuais é a razão determinante para o legislador comunitário utilizar, quer no Tratado quer no direito derivado, conceitos jurídicos muito amplos, tais como, “*serviços de interesse económico geral*”, “*missão de interesse geral*” ou, ainda, “*satisfação de objectivos de interesse geral*”.⁵ Como refere ROBERT KOVAR,⁶ a ideia parece ter sido a de preferir conceitos mais

⁵ A este propósito vd., por exemplo, os conceitos utilizados pelos seguintes documentos: - Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento Europeu e Comité Económico e Social, COM (96) 73 final, de 13 de Março de 1996 relativo ao serviço universal de telecomunicações; Directiva do Conselho nº 92/13/CEE de 25 de Fevereiro de 1992, JOCE nº L76 de 23 de Março de 1992 e Directiva do Conselho nº 93/38/CEE de 14 de Junho de 1993 relativas à regulamentação e procedimentos a seguir na regulação dos sectores da água, energia, transportes e telecomunicações.

⁶ Neste sentido vide ROBERT KOVAR - « Droit Communautaire et Service Public ... », pág. 217.

neutros do que o conceito de serviço público, o qual surge imbuído de um forte significado ideológico e se reveste de grande ambiguidade.

Sempre que nos propomos analisar um regime jurídico comunitário, qualquer que seja a matéria em causa, deparamos com o problema dos conceitos de direito comunitário serem muitas vezes difíceis de interpretar, porque são muito imprecisos, ou meramente aproximativos, demasiado genéricos ou muito específicos ou simplesmente diferentes do que é comum na nossa cultura jurídica.⁷

É, pois, compreensível a inquietação com que os Estados membros encaram as influências que advêm do direito comunitário sobre os direitos nacionais, sobretudo ao nível conceptual. Contudo, como refere C. BRÉCHON-MOULÈNES,⁸ hoje não existem conceitos jurídicos estáveis, e como exemplo disso indica precisamente o conceito de serviço público, acrescentando mesmo que o direito comunitário pode, afinal, ajudar-nos a recolocar e esclarecer o próprio direito interno sobre a matéria.

Aderimos, nesta questão, à opinião de ROBERT KOVAR⁹, segundo a qual o direito comunitário, ao adoptar no artigo 90º, nº2 a designação de serviços de interesse económico geral, utiliza um critério material ou funcional, de modo que, estas actividades de cariz económico, de interesse público geral, em nada se distinguem das que tradicionalmente são designadas por serviços públicos. Concluindo, por isso, que nada de essencial separa as noções de serviço público e serviços de interesse económico geral, pelo menos se o primeiro for visto como um conceito funcional.

Por outro lado apesar do Tratado partir da afirmação do princípio da concorrência como princípio fundamental da construção europeia, a verdade é que não

⁷ Neste sentido cfr. MICHEL BAZEX - « La Concession de Service Public et le Traité de Rome » in “ La Concession de Service Public face au Droit Communautaire “, AAVV, Collection Droit Public, Sirey, Paris, 1996, pág. 59 e ss.

⁸ Cfr. CHRISTINE BRÉCHON-MOULÈNES - « Comment le Droit Communautaire est-il venu vers la concession », in “ La Concession de Service Public face au Droit Communautaire”, AAVV, pág. 12 e ss.

impõe aos Estados que encetem uma política de liberalização radical dos serviços, nem tão pouco que adoptem um determinado modelo de gestão. É perfeitamente compatível com o espírito do Tratado a atribuição de serviços de interesse económico geral a empresas públicas, ou privadas, respeitando a tradição de cada Estado membro nesta matéria, exigindo apenas que, no desempenho da sua actividade, respeitem as regras do direito europeu da concorrência. À luz do direito comunitário vigente parecem-nos ver consagrados, quer o princípio da concorrência, quer o da salvaguarda das missões de interesse público. Sendo este último indispensável à construção de uma Europa mais solidária e coesa, objectivos que se destacam claramente na letra e, sobretudo, no espírito do Tratado.¹⁰ Além do mais, as intervenções comunitárias nesta matéria obedecem a uma ideia de equilíbrio, o qual se procura construir a partir de dois princípios que importa não perder de vista, a saber:

1º) **princípio do carácter evolutivo da aplicação dos preceitos comunitários e das noções jurídico-comunitárias**; assim, por exemplo, a interpretação da noção jurídica de « *serviços de interesse económico geral* » é muito versátil, o que se reflecte na própria evolução da jurisprudência do TJCE.

2º) **princípio de que a edificação dos Tratados não se baseia unicamente na concorrência**, como resulta claro do Tratado de Maastricht; assim, se o direito comunitário afirma, por um lado, a submissão ao princípio da concorrência, por outro lado, reconhece a existência de actividades que podem escapar a este regime, como sucede com os serviços de interesse económico geral.

⁹ Neste sentido vide ROBERT KOVAR - « Droit Communautaire et Service Public ... », pág. 215 e ss.

¹⁰ Neste sentido vide CHRISTIAN STOFFAËS - « Services Publics – Question d’Avenir », Commissariat Général du Plan, La Documentation Française, Paris, 1995, pág. 256 e ss.

Ao longo dos anos foram-se sucedendo as invocações do disposto no artigo 90º, nº 2 produzindo bastante jurisprudência sobre a matéria. São também mais numerosas as situações de invocação do nº2 do artigo 90º, o qual confere a possibilidade dos Estados membros justificarem e defenderem os seus serviços públicos da aplicação das normas da concorrência.

O âmbito de aplicação do direito europeu da concorrência define-se a partir do conceito de **empresa**, entendendo-se como tal toda e qualquer unidade económica que opere de maneira independente sobre o mercado, sendo indiferente a sua natureza jurídica. O critério delimitador atenta essencialmente na função ou natureza da actividade exercida, no caso, uma actividade de produção, distribuição ou prestação de serviços. A estas actividades de cariz económico opõe-se aquelas que se caracterizam pelo exercício de funções de administração / autoridade, as quais estão fora do âmbito de aplicação do direito europeu da concorrência.

Deste modo, as empresas encarregues da gestão de serviços de interesse económico geral enquadram-se no âmbito de aplicação das regras de concorrência do Tratado, podendo, todavia, beneficiar da derrogação prevista no artigo 90º, nº2. Cabe, assim, aos Estados membros determinar o que é de interesse económico geral¹¹ e à Comissão analisar, se as excepções ao Tratado se justificam. E uma vez que o Tratado faz referência ao conceito de serviço de interesse económico geral, mas não fornece uma noção, importa analisar cada caso em função do seu conteúdo, ou seja da missão que esse serviço desempenha. O próprio direito comunitário acolhe

¹¹ Esta possibilidade reservada aos Estados membros, traduz, afinal, uma das muitas expressões do princípio da subsidiaridade, acolhido pelo direito comunitário.

finalidades que extravasam o objectivo puro de concorrência e que impõem a salvaguarda dos princípios que caracterizam o serviço público.¹²

As regras da concorrência, como vimos, encontram o seu âmbito de aplicação nas actividades de natureza económica, mesmo quando estas satisfaçam objectivos de interesse geral, recebendo estas empresas um tratamento igual ao de todas as outras empresas que laboram no mercado, com a ressalva do disposto no artigo 90º, nº 2. Excluem-se do seu âmbito de aplicação as funções de autoridade e de solidariedade.¹³

Esta concorrência aberta, livre e leal implica algumas consequências de extrema importância. Desde logo a abertura das fronteiras ao comércio e à concorrência intracomunitária, tem como resultado económico imediato o abaixamento dos preços, fazendo desaparecer os lucros anormais e eliminando as empresas marginais, as quais foram subsistindo à custa de preços artificiais.¹⁴ Por outro lado, os monopólios nacionais tendem a desaparecer dando lugar a outras formas de mercado e o número de agentes nos mercados oligopolistas aumenta, verificando-se uma redução ou tendência para a diminuição do poder económico dos monopólios e oligopólios nacionais.¹⁵ Assim a concorrência põe em causa alguns interesses lucrativos dos empresários e favorece o consumidor. É justamente por isso que muitos tentam reagir falseando as suas regras, em defesa dos seus interesses de renda, egoísticos, contra a transparência das regras

¹² Neste sentido vd. MICHEL BAZEX - « La Concession de Service Public et le Traité de Rome », in “ La Concession ... ”, AAVV, pág. 60 e ss.

¹³ Neste sentido vide, entre outros, NICOLAS MOUSSIS - « As Políticas da CEE », Almedina, 4ª ed., 1978, pág. 123 e ss e G. BERNINI - « As Regras da Concorrência », in “Trinta Anos de Direito Comunitário”, Bruxelas, 1981, pág. 345 e ss.

¹⁴ Em análise económica entende-se por empresa marginal a que labora com uma estrutura de custos tal que o seu custo marginal iguala a receita marginal, não auferindo, portanto, lucros anormais. O fenómeno dos lucros anormais tende a desaparecer em mercados fortemente concorrenciais, nos quais por efeito das leis do mercado (lei da oferta, lei da procura e lei dos preços) os preços tendem a baixar com o aumento da oferta diminuindo a receita dos vendedores.

¹⁵ Nos termos do IX Relatório da Comissão sobre política de concorrência, a instauração de um regime de concorrência não falseado “ *deve contribuir para assegurar o bom funcionamento de um mercado comum instituído como fundamento da integração económica que se procura realizar* ”.

impostas pelo Tratado. Daí a tendência para a celebração de acordos entre empresas, “*ententes*”, com o fim de contrariar os objectivos da política de concorrência.¹⁶

O Tratado optou por definir os obstáculos à concorrência, proibidos às empresas e aos Estados, definindo os comportamentos violadores da concorrência, dispensando especial atenção aos comportamentos dos Estados que ponham em causa as regras da concorrência.

A Jurisprudência do TJCE veio esclarecer que a noção de empresa, no sentido dos artigos 85º e 86º do Tratado de Roma,¹⁷ compreende toda e qualquer entidade que exerça uma actividade económica. Logo, considera como tal todo o organismo que forneça ou preste bens e serviços em condições de mercado.¹⁸ Neste sentido, também as entidades gestoras de serviços de interesse económico geral, por desenvolverem uma actividade de produção e prestação de bens e serviços, são empresas no sentido atribuído pelo Tratado. Como salienta Moitinho de Almeida, “*a criação de um mercado comum não podia assentar exclusivamente na eliminação de obstáculos tarifários, de contingentes e de medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas, já que os Estados membros, recorrendo a monopólios de importação ou exportação com poderes discricionários, poderiam pôr em causa a unidade do mercado intracomunitário.*”¹⁹

Por isso, o artigo 90º, nº 1, do Tratado de Roma, dispõe que “*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*

¹⁶ Note-se que, em termos económicos, a forma de mercado de concorrência é aquela que mais favorece os consumidores, cujo interesse é comprar os bens ao mais baixo preço. Mas este não é o interesse dos ofertantes, os quais visam, sobretudo, defender uma elevada receita para a sua produção, o que é bem mais fácil em mercados monopolistas ou oligopolistas. Assim, quem ganha com a concorrência é a comunidade em geral em termos de acréscimo de bem estar, mas perdem os especuladores.

¹⁷ Actualmente, artigos 82º e ss do Tratado de Amesterdão.

¹⁸ Cfr. Acórdão TJCE, de 20 de Março de 1985, República Italiana contra Comissão das CE's - **Ac. BRITISH TELECOM** - Proc. nº 41/83, in Recueil 1985, pág. 873.

no presente Tratado”. Coloca-se aqui a questão da compatibilização dos monopólios de serviços públicos, tradicionais em muitos dos Estados membros, com as disposições do Tratado. A este propósito, e apesar dos benefícios económicos da concorrência, sempre se aceitou a possibilidade de restrições, justificadas por razões de defesa do interesse colectivo. Neste sentido tem-se avançado com um conceito de “ *workable competition* ” ou “ *concurrence praticable* “, com o sentido de se defender uma concorrência que, tolerando algumas restrições, assegure o dinamismo e a abertura mínima dos mercados. Ou seja, mesmo em sede geral, o conceito de concorrência adoptado é um conceito relativo e não absoluto.²⁰

Qualquer prática ou comportamento de empresas ou de Estados que altere a estrutura da concorrência, modificando as condições de acesso a esse mercado nacional por parte de entidades de outros Estados membros, afecta as relações comerciais intracomunitárias e enquanto tal é violador do direito comunitário da concorrência. Apesar disso, são admitidos pelas regras da concorrência acordos e práticas que permitam às empresas cooperar entre si, ou mesmo recorrer a mecanismos de concentração, desde que não prejudiquem os interesses dos consumidores e as trocas entre os Estados membros. Mas são proibidas as ajudas dos Estados às suas empresas públicas e aos monopólios nacionais, com o objectivo de impedir que favoreçam, por essa via, os seus próprios nacionais em detrimento dos seus concorrentes prejudicando o mercado interno.²¹

¹⁹ Cfr. J. C. MOITINHO de ALMEIDA - « Direito Comunitário, A Ordem Jurídica Comunitária, As Liberdades Fundamentais na CEE », Centro de Publicações do Ministério da Justiça, Lisboa, 1985, pág. 367.

²⁰ Neste sentido cfr., entre outros, **Ac. SABAM**, do TJCE, de 30/01/74, Proc. nº 127-73, in Recueil 1974, pág. 51 e ss, segundo o qual deverá ser esse o conceito a ser tido em conta como princípio orientador mas não em termos absolutos. Nele se afirma expressamente que “ o que está em causa é assegurar um determinado grau de « concorrência praticável» que é postulado pelo objectivo comunitário da unidade do mercado.”

²¹ Segundo VAN DAMME - « La Politique de la Concurrence dans la CEE », Bruxelas, 1980, pág.1055 (règles de fond relatives aux aides) : “... les aides visées à l'article 92° du traité sont déclarées

Assim, violam as normas da concorrência todos os acordos que ponham em causa a liberdade do comércio entre os Estados de modo a prejudicar a realização dos objectivos do mercado único.

Deste modo, o conceito de “ relevant market “ determina-se por referência à ideia de afecção do comércio intracomunitário. Trata-se, por isso, de um conceito cuja concretização terá de ser feita caso a caso. São, em geral, proibidos todos os acordos, práticas concertadas, “*ententes*”, entre empresas autónomas, que visem um determinado comportamento no mercado, em regra com carácter proteccionista, limitando as práticas concorrenciais, salvo se visarem as áreas da investigação, especialização ou cooperação para melhorar as condições de produção e de distribuição, as quais poderão, nesse caso, ser permitidas.

É igualmente incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal afecte o comércio entre os Estados membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante.

O Tratado não sugere, contudo, uma noção de posição dominante. A doutrina e a jurisprudência têm-se esforçado por contribuir para a sua definição. Tem-se entendido que “posição dominante” é aquela que se traduz na possibilidade da empresa assumir um comportamento independente, que lhe permita agir sem ter em conta os seus concorrentes, compradores e fornecedores. Neste sentido se pronunciou o TJCE no **Acórdão Höffman-La Roche** definindo posição dominante ” *como uma situação de poder económico detido por uma empresa, que lhe dá a possibilidade de impedir a manutenção duma concorrência efectiva no mercado, ao propiciar-lhe a adopção de comportamentos independentes face aos concorrentes, clientes e consumidores.*”

incompatibles avec le marché comum, « dans la mesure où elles affectent les échanges entre les Etats membres », c'est la, on le sait, une condition générale d'applicabilité des règles de concurrence de la CEE.”

Tendo em conta esta noção, é evidente que muitos dos serviços de que agora tratamos, por existirem no mercado, muitas vezes, em condições monopolísticas, assumem uma independência face a concorrentes, clientes e consumidores que, em muitos casos, se traduz numa posição dominante no mercado. Ou seja, em certos casos, é intrínseco à sua própria natureza, assumirem uma posição dominante.

Para determinar a existência de uma posição dominante teremos de atender: a critérios estruturais (elementos exteriores à empresa, quota de mercado detida, inexistência de concorrentes potenciais, etc), a critérios de comportamento (o tipo de actuação da empresa sobre o mercado, preços praticados, política comercial desenvolvida, entre outros) e, finalmente, a critérios de resultado (consequências ou resultados da estratégia seguida pela empresa).

A determinação da existência ou não de uma posição dominante está, igualmente, relacionada com a definição do **mercado relevante** porquanto só poderá ser considerada como tal a posição de domínio de uma empresa exercida sobre uma parte significativa do mercado. Ora, esta análise não pode ser puramente abstracta, é necessário considerar o mercado concreto e real em causa. Este mercado relevante, atendendo ao disposto no artigo 86º do Tratado há-de ser o mercado interno ou uma parte substancial do mesmo. Não se pode ser mais rigoroso nesta definição, já que ela terá de ser vista caso a caso. De todo o modo, há que atender à dimensão geográfica e material do mercado e pesquisar as condições reais do mercado, atendendo a todas as especificidades que cada caso oferece.

Resulta do exposto, contudo, que não se proíbe a aquisição de uma posição dominante, mas tão somente o seu abuso ou exploração abusiva, considerando como tal, por exemplo, a tentativa de eliminar concorrentes, monopolizando um determinado sector. Determinar o que se deve considerar como domínio abusivo de um mercado

determinado tem muito a ver, como se disse, com a capacidade efectiva de exercer influência sobre o seu funcionamento e sobre o comportamento das outras empresas mas, essencialmente, com as vantagens daí resultantes para o operador económico em posição dominante. Segundo a orientação do TJCE, em termos gerais, **entende-se por prática abusiva aquela que se traduz numa prática objectiva, que visa comportamentos de uma empresa em posição dominante que são susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado onde por um recurso a instrumentos diferentes do usual em mercado de concorrência, prejudicam a manutenção de um grau de concorrência aceitável.**²²

Ora, a prestação de serviços públicos assume neste contexto grande destaque derivado, mais uma vez, da atribuição de direitos especiais ou exclusivos, bem como da estrutura monopolística que lhe é característica. A questão coloca-se, tradicionalmente, como uma opção entre o modelo monopolístico ou concorrencial de organização destes serviços. Muitos dos Estados membros optam por um modelo de cariz monopolista, reconhecendo ou atribuindo certas vantagens a determinadas empresas sob as quais impende a obrigação de prestação de serviços públicos. Nestas circunstâncias, de facto e de direito, é vulgar depararmos com empresas encarregues da gestão de serviços de interesse económico geral em situação de posição dominante, o que não contraria o direito comunitário, a não ser que essa posição dominante seja usada de forma abusiva, nos termos descritos.

2. O regime jurídico dos serviços de interesse económico geral: especificidades

²² O mesmo entendimento pode ser confirmado pela análise do **Ac. UNITED BRANDS COMPANY** de 14 de Fevereiro de 1978, in *Recueil*, pág. 450 e ss. Mais recentemente, vd. *Ac. Silvano Raso*, de 12 de Fevereiro de 1998, *Proc. nº C-163/96*, in *Col. Jur.*, Parte I, 1998 – 2, pág. 377 e ss.

Este conjunto de ideias caracteriza o regime europeu da concorrência, aplicável às empresas europeias, mesmo quando desenvolvam actividades de interesse económico geral, ou se quisermos, quando prestem serviços públicos de natureza económica. Mas, a especial missão, de interesse público, que cabe a estas empresas realizar, nem sempre se compadece com a sujeição pura e simples às regras gerais da concorrência cujo sentido e alcance acabámos de analisar. Não é questionável a natureza económica que revestem estas empresas gestoras de serviços públicos, e enquanto tal, justifica-se que lhes seja aplicável o regime geral da concorrência. Contudo a especificidade do fim que visam realizar impõe que se reconheçam algumas especificidades de regime, o que foi reconhecido no artigo 90º nº2 do Tratado de Roma ²³ e que se manteve no artigo 86º, nº 2 do Tratado de Amesterdão. O princípio geral afirmado pelo Tratado é o da igualdade de tratamento entre entidades privadas e públicas. Ou seja, não deve haver discriminação. É o que resulta do disposto no artigo 90º, nº 1 e nº 2, 1ª parte. Dispõe o nº 1 que “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 7º e 85 a 94º”; sendo que “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 (...) - artigo 90º nº 2, 1ª parte.

O direito comunitário revela, como se vê, uma certa indiferença quanto ao modelo de empresa escolhido para a gestão dos serviços de interesse económico geral,

²³ Neste sentido vide, entre outros, JOÃO MOTA DE CAMPOS, « Direito... », pág. 575 e ss; LUÍS MORAIS - « O Mercado Comum e ...», pág. 146 e ss; MOITINHO DE ALMEIDA - « Direito ...» pág. 367 e ss.

os quais tanto podem ser assegurados por empresas públicas como privadas. Não existe propriamente um conceito uniforme ou comum de empresa pública. Mas, a jurisprudência e a doutrina comunitárias foram, ao longo do tempo, definindo uma **noção comunitária de empresa pública**.²⁴ Segundo a Comissão deve considerar-se como empresa pública qualquer "empresa sobre a qual os poderes públicos possam exercer directa ou indirectamente uma influência por força de direitos de propriedade, de participação financeira ou das disposições que regem a empresa em causa".²⁵ A Directiva 80/723/CEE de 25 de Junho de 1980, referente às relações de transparência entre os Estados membros e as suas empresas públicas²⁶, dispõe no artigo 2º que "empresa pública é aquela que se encontra, directa ou indirectamente, sobre uma influência dominante dos poderes públicos." O Conselho, refere esta noção na Directiva nº 90 / 531 / CEE de 17 de Setembro de 1990²⁷, considerando que "a influência dominante presume-se sempre que os poderes públicos, directa ou indirectamente, detêm a maioria do capital da empresa ou dispõem da maioria dos votos atribuídos às participações sociais ou podem designar mais de metade dos membros dos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização da empresa".²⁸

O Tribunal, por sua vez, seguindo o entendimento da Comissão e do Conselho sobre a matéria, considera empresas públicas todas as empresas, seja qual for a forma

²⁴ Neste sentido vide JOÃO MOTA CAMPOS, « Direito Comunitário », III - O Ordenamento Económico, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., pág. 575 e ss.

²⁵ Em relação à noção de empresa pública, vide, entre outros, **Ac. HÖFNER**, de 23 de Abril de 1991, in Recueil 1991, pág. 1979 e ss. Nos termos deste Acórdão considera-se empresa pública aquela entidade que fornece prestações em condições semelhantes às de mercado, em relação à qual os poderes públicos podem exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante.

²⁶ Cfr. Directiva 80/723/CEE de 25 de Junho de 1980, in JOCE nº L-195 de 29 de Julho de 1980, modificada pela Directiva de 24/7/85 in JOCE nº L - 229 de 28/8/1985.

²⁷ Cfr. Directiva do Conselho 90/531/ CEE de 17 de Setembro de 1990, in JOCE nº L-297 de 29 de Outubro de 1990.

²⁸ Refere a este propósito J. MOTA CAMPOS - « Direito ... », pág.577, que: " o Tribunal não adoptou como sua, para efeitos da aplicação do artigo 90º, esta noção comunitária, mas também a não repudiou, sendo de crer que nela se inspirarão futuramente quer a Comissão, no exercício dos poderes que lhe cabem em virtude do nº 3 do artigo 90º, quer a jurisprudência comunitária. ".

jurídica que revistam, sobre as quais os Estados possam exercer uma influência dominante, determinando o seu comportamento, as suas decisões comerciais e as suas relações com outros operadores ou agentes económicos.²⁹

Muitas das empresas que beneficiam de direitos de exclusivo ou especiais concedidos pelo Estado, bem como as empresas gestoras de serviços de interesse económico geral assumem a natureza de empresas públicas, à luz do entendimento comunitário supra referido. O princípio geral resultante do artigo 90º é o de que umas e outras se submetem às regras da concorrência. Por isso os Estados não podem exercer os seus poderes de tutela, intervenção ou influência directa sobre essas empresas com o propósito de lhes impor ou permitir comportamentos que possam ser qualificados como abusos de posição dominante ou para lhes conceder ajudas proibidas, susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados membros.

O princípio geral, é pois, o do respeito pelas regras da concorrência.

A questão da natureza pública ou privada das empresas é perfeitamente indiferente à luz do Tratado. Nada impede a existência de empresas públicas nos Estados membros, desde que sejam capazes de se sustentar por si mesmas, no mercado e em igualdade de circunstâncias com as restantes. O importante é que, quer as entidades públicas quer as privadas, recebam igual tratamento, encontrando-se umas e outras sujeitas às regras da concorrência.

O Tratado admite, também, a concessão de direitos de exclusivo, desde que as modalidades de organização e exercício de tais direitos não ponham em causa as

²⁹ Cfr. Ac. REPÚBLICA FRANCESA / COMISSÃO, de 6 de Julho de 1982, in Recueil 1982, pág. 2545.

disposições relativas à liberdade de circulação de mercadorias e de serviços, bem assim como as regras da concorrência.³⁰

Este regime é reforçado pela jurisprudência do Tribunal segundo a qual é imprescindível dissociar as funções de regulação das de desempenho de uma actividade de cariz económico e prestativa.³¹

Assim, no **Acórdão British Telecom**³² o Tribunal considerou que uma entidade não pode acumular o exercício de funções de interesse económico geral com funções de autoridade pública. A razão é que uma empresa detentora de direitos exclusivos ou especiais que além disso pudesse desempenhar funções de autoridade estaria em condições de falsear a concorrência pela via da prática de abusos de posição dominante.

Por outro lado, a Comissão, ao longo do tempo, foi afirmando com alguma insistência a inadmissibilidade de posições demasiado fortes ou mesmo dominantes, de certas empresas de serviços de interesse económico geral, que resultam do facto de poderem acumular actividades económicas integradas, controlando as infra-estruturas e, também, as redes de fornecimento ao público dos serviços produzidos. Este entendimento levou a Comissão a exigir, em alguns casos, a individualização destas actividades.³³ Contudo, esta ideia de desintegração tem sido apenas limitadamente reconhecida e aceite. Já no **Acórdão Commune d'Almelo**³⁴ o TJCE, invertendo um pouco tal entendimento, veio a reconhecer como aceitável essa acumulação como forma

³⁰ Neste sentido se pronunciou o TJCE no **Ac. ERT**, de 18 de Junho de 1991, referente à concessão de direitos exclusivos em matéria de radiodifusão: “ *O direito comunitário não se opõe à atribuição de um monopólio de televisão por considerações de interesse público, de natureza não económica...* ” - Cfr. Ac. TJCE de 18 de Junho de 1991, proc. nº 260/89, in Recueil 1991, pág. I-2925.

³¹ Como veremos mais adiante, só estas empresas que desempenham actividades de cariz económico e de prestação, poderão beneficiar do regime excepcional previsto no nº 2 do artigo 90º TR.

³² Cfr. Acórdão **BRITISH TELECOM**, cit. supra.

³³ Neste sentido vide ROBERT KOVAR - « Droit Communautaire et Service ... », RDDE, nºs 2 e 3 Abril-Junho e Julho-Setembro de 1996, pág. 493 e ss.

³⁴ Cfr. Ac. TJCE de 27 de Abril de 1994 - **Ac. ALMELO** -, proc. nº 393/92, in Recueil 1994, pág I-1508.

de permitir a prática de compensações financeiras entre elas, sobrevalorizando o equilíbrio financeiro da gestão destes serviços.

O regime jurídico aplicável aos serviços de interesse económico geral resulta, assim, estruturado nos seguintes princípios:

1º princípio geral segundo o qual todos os bens e serviços estão sujeitos às regras da concorrência, com a excepção do disposto no artigo 90º nº 2 do Tratado;

2º princípio da neutralidade do direito comunitário relativamente ao modelo seguido por cada Estado membro em relação às empresas encarregues da gestão de serviços de interesse económico geral, as quais podem ser públicas ou privadas, já que o Tratado não prejudica em nada o regime de propriedade nos Estados membros.

A este propósito refere ESTEVA MOSSO ³⁵ que coexistem, face ao Tratado de Roma, dois princípios opostos em matéria de monopólios: o que resulta do disposto no artigo 222º, que afirma a autonomia dos Estados em matéria de regime de propriedade, e o do artigo 3º que afirma, incondicionalmente, o princípio da liberdade de concorrência. O disposto no artigo 90º, nº 1 e 2, pode ser visto como um compromisso entre estes dois princípios.

Da análise do disposto no artigo 90º, nº1, em conjugação com os artigos 85º e 86º do Tratado, parece existir um princípio geral de interdição de monopólios, cuja existência sendo excepcionalmente admissível, terá de se justificar em razões ponderosas, escapando então à aplicação das regras da concorrência. Essa possibilidade de justificação reside, tão somente, no disposto no artigo 90º, nº 2.³⁶

³⁵ Cfr. C. ESTEVA MOSSO - « La compatibilité des monopoles de droit du secteur des Telecommunications avec les normes de concurrence du Traité CEE », in Cahiers de Droit Européen, nº 3-4, 1993, pág. 455 e ss.

³⁶ Neste sentido vide C. ESTEVA MOSSO - « La compatibilité des monopoles ...», pág. 458 e ss.

Deste modo, o artigo 90º do TR tem de ser interpretado como uma disposição de compromisso, a qual permite aos Estados membros conceder direitos especiais ou exclusivos a certas empresas, na medida em que estes se justifiquem à luz da missão que lhes cabe prosseguir, o que pode conduzir à monopolização de determinados sectores de actividades económicas consideradas de interesse geral. O nº 2 do artigo 90º excepciona e salvaguarda a possibilidade destas empresas não ficarem sujeitas às regras da concorrência, em virtude da sua missão ao serviço da realização de um interesse geral. Importa, assim, analisar os requisitos de aplicação deste dispositivo legal.

1.3 O artigo 90º, nº2 do Tratado de Roma: amplitude e limites da derrogação

Os Estados para conseguirem garantir a prestação de serviços públicos de interesse económico geral recorrem, normalmente, à concessão de direitos especiais ou de exclusivo a certas empresas (privadas ou públicas) como contrapartida das obrigações de serviço público que estas assumem, ficando assim numa situação de excepção, de privilégio face ao direito comum.

Por sua vez o Estado fica, em regra, investido de direitos de tutela e de fiscalização sobre a sua actuação, podendo mesmo em certos casos condicionar o comportamento dessas empresas. A atribuição desta situação de privilégio pode traduzir-se, o que sucede com alguma frequência, na concessão de um serviço público em regime de monopólio. Entende-se, face ao artigo 90º, que a extensão do monopólio deve, para efeitos de aplicação das regras da concorrência, ser aferida em face do interesse público que se procura realizar.³⁷

³⁷ Neste sentido vide J. MOTA CAMPOS - « Direito ... », III Vol. / O Ordenamento Económico, 2ª Ed., pág. 580. Segundo este Autor “*nem toadas as empresas submetidas a uma regulamentação ou estatuto especial entram na categoria de empresas beneficiárias de direitos especiais ou exclusivos prevista no*

Fica sujeita à apreciação jurisdicional, a questão de apurar, em cada caso concreto, as actividades que as empresas podem explorar em exclusividade e aquelas não são susceptíveis de furtar à concorrência.³⁸

Como vimos anteriormente, é complexo apurar em que consiste um serviço de interesse económico geral, devido à diversidade de concepções vigentes nos diferentes Estados membros. Refere a este propósito J. MOTA CAMPOS³⁹ que “ *a dificuldade de fornecer uma noção comunitária implica que em princípio deve ter-se em conta as diversas concepções nacionais sobre a matéria, sem prejuízo da competência do Tribunal comunitário para, em última análise, decidir se uma empresa encarregada da gestão de um determinado serviço fica ou não submetida ao artigo 90º, nº2.* ”

Importa, assim, determinar o âmbito de aplicação desta norma, a qual estabelece um regime de excepção ao princípio geral da sujeição às regras da concorrência. Determinar a amplitude da excepção

OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE NATUREZA ECONÓMICA NA UNIÃO EUROPEIA

contida no § 2º daquele artigo oferece algumas dificuldades pois estamos em presença de conceitos indeterminados, com um forte conteúdo programático e político.⁴⁰ De facto, estas empresas, embora se dediquem ao desempenho de uma actividade de cariz

artigo 90º (...) esta disposição só entra em jogo quando uma empresa está submetida a uma intervenção ou influência directa dos órgãos do Estado, autorizados a impor-lhe determinados comportamentos. “ Não basta, assim, que a empresa esteja obrigada a observar certas tarifas fixadas pelo Estado, ou a cumprir determinados objectivos de carácter técnico ou de outra natureza, para cair sob a alçada do artigo 90º.

³⁸ Sobre esta questão vd. Acórdão TJCE de 19 de Maio de 1995, Proc. nº 320/91, in Recueil 1995, pág I-2533 - **Ac. CORBEAU**. Cfr. ainda, Acórdãos TJCE de 14 de Julho de 1971 (proc. nº 10/71) e de 19 de Setembro de 1991, Proc. C - 179/90, respectivamente designados por **Ac. PORT DE MERTERT e PORTO DI GENOVA**, in Recueil 1971, pág 723 e 1990, págI- 5923 , respectivamente.

³⁹ Cfr. J. MOTA CAMPOS - « Direito ... », pág. 584.

económico, realizam simultaneamente uma missão de interesse público que lhes confere o direito a um tratamento jurídico especial. Sobre elas recaem obrigações particulares, que nada têm que ver com o desempenho normal de qualquer empresa de produção ou serviços privados. Desde logo, obrigam-se a fornecer um “*serviço universal*”⁴¹, isto é, que se destina a toda a colectividade não permitindo seleccionar apenas alguns segmentos de mercado como destinatários do mesmo. Deste conceito de serviço universal decorrem importantes obrigações de serviço público, garantindo aos cidadãos / consumidores a prestação de serviços essenciais destinados à satisfação de necessidades colectivas. A concessão de direitos especiais ou exclusivos pode funcionar, pois, como compensação financeira pelos custos agravados que estas empresas têm de suportar para cumprirem a sua missão. O TJCE reconheceu expressamente este entendimento nos **Acórdãos Paul Corbeau** e **Commune d’Almelo**, e, mais recentemente veio confirmar esse entendimento de forma muito expressiva.

O artigo 90º, nº2, funciona, pois, como uma causa de justificação para a inaplicabilidade das regras da concorrência às empresas nele referidas. A sua aplicação obedece a duas condições essenciais: em primeiro lugar, é necessário que a aplicação das regras da concorrência ponha em causa a missão de interesse público que lhes cabe realizar; e, em segundo lugar, é necessário que o desenvolvimento das trocas comunitárias não seja afectado.⁴² Deste modo, o disposto no artigo 90º, nº2 in fine, funciona como limite à derrogação estabelecida na 1ª parte daquele dispositivo.

Assim, para que possa funcionar a excepção prevista neste normativo exige-se que: 1) estejamos em presença dum serviço de interesse económico geral; 2) a empresa

⁴⁰ Cfr. VAN DAMME - « La Politique ... », pág. 1056.

⁴¹ A Comissão define este serviço universal como um fornecimento a um preço aceitável de prestações mínimas de um certo bem ou serviço, e com um certo nível de qualidade garantido.

⁴² Neste sentido, cfr. ISABEL JALLES - « Os Monopólios Estatais de Carácter Comercial », polic., Faculdade de Direito de Lisboa, 1979.

tenha sido investida nessa função por um acto explícito de poder público; 3) não sejam afectadas as trocas intracomunitárias; 4) exista uma total transparência das motivações para o funcionamento da derrogação. Esta última condição veio a ser definida pela jurisprudência do TJCE com o objectivo de defender a eficácia do direito comunitário face a intuítos menos claros que poderiam surgir em torno da aplicação deste normativo.

O que sucede na prática é que o controlo jurisdicional em torno da verificação destas condições ou requisitos de aplicabilidade do artigo 90º, nº 2 é muito exigente, de forma a salvaguardar a aplicação do direito comunitário sem aproveitamento por parte dos Estados membros para fins proteccionistas.⁴³ Embora os Estados possam utilizar diversos instrumentos para estruturar e gerir os seus serviços públicos de natureza económica, não podem contudo encetar acções que tenham por efeito aniquilar ou destruir o efeito útil do direito comunitário, nomeadamente a aplicação das regras da concorrência e a transparência de procedimentos utilizados nos mercados de serviços de interesse económico geral.

O Tribunal comunitário, com o auxílio de alguns contributos doutrinários importantes, veio esclarecendo, ao longo do tempo, a interpretação e os requisitos de aplicação deste regime jurídico.

Assim, a análise casuística que está subjacente às decisões do Tribunal representa um contributo imprescindível para a compreensão dos conceitos indeterminados a que o texto do Tratado faz apelo.

⁴³ Sobre a norma excepcional do Artigo 90º, nº 2, cfr. PAPPALARDO - « Régime de L'Article 90º », *Semaines de Bruges*, 1968, pág. 98 e ss; MARENCO - « Public Sector and Community Law », in *Common Market Law Review*, 1983pág. 516 e ss

A análise jurisprudencial permite concluir que é, seguramente, o disposto no artigo 90º do Tratado que confere alguma expressão às especificidades próprias dos serviços públicos, excepcionando-os face às regras gerais da concorrência.⁴⁴

Assim, o Tribunal reconhece que **sobre as regras do Tratado as instituições europeias construíram um verdadeiro regime jurídico comunitário dos serviços públicos, aplicável às empresas de interesse económico geral,**⁴⁵ reconhecendo a existência de um regime jurídico próprio para os serviços de interesse económico geral contemplados no Tratado. Por isso a jurisprudência mais rica nesta matéria é a que se relaciona, concretamente, com a aplicação do regime previsto no artigo 90º, nº 2, esclarecendo o seu conteúdo e alcance.⁴⁶

A primeira questão a esclarecer, em qualquer caso concreto em apreciação, é a de saber se estamos ou não em presença de uma empresa gestora de um serviço de interesse económico geral,⁴⁷ uma vez que estas empresas apenas estão sujeitas às regras da concorrência na medida em que a sua aplicação não seja um obstáculo ao cumprimento da *missão particular que lhes foi concedida.*⁴⁸ Todavia, esta situação de favor tem como limite a condição de não contrariar os interesses do mercado comum - artigo 90º, nº2, in fine. No **AC. PORT de MERTERT** o Tribunal é claro quando afirma que:

⁴⁴ Cfr., também neste sentido, Ac. TJCE de 12 de Julho de 1990, proc. nº 188/89 - **Ac. FORSTER** -, in Recueil 1990, pág.2535 e Ac. Télémarketing, Ac. TJCE de 3 de Outubro de 1985, proc. nº 311/84 - **Ac. TÉLÉMARKETING** -, in Recueil 1985, pág. 2756.

⁴⁵ Cfr. AC. FORSTER, cit. supra.

⁴⁶ Neste sentido cfr. ANNE WACHSMANN e FRÉDÉRIQUE BERROD - « Les Critères de Justification des Monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau », in Revue Trimestrielle de Droit Européenne, 1994, pág. 39 e ss.

⁴⁷ Quanto à noção de serviço de interesse económico geral vide, entre outros, Acórdãos **PORT de MERTERT** e **AHMED SAEED**. Assim, segundo a jurisprudência do TJCE, *um serviço é de interesse económico geral quando desenvolve uma actividade que represente um interesse maior para o Estado (Ac. Port de Mertert) ou quando representa um interesse público económico específico por referência a outras actividades da vida económica (Ac. Ahmed Saeed).*

⁴⁸ De notar que a noção de empresa deve ser interpretada de uma forma autónoma, isto é, com base no Tratado, não se aceitando o recurso a teorias de inspiração nacional. Neste sentido, cfr. BERNINI - « As Regras ... », pág. 381.

“ 13 - attendu que le paragraphe 2 de cet article n'énonce pas une règle inconditionnelle;

14 -qu'en effet, l'application de cette disposition comporte l'appréciation des exigences inhérentes, d'une part, à l'accomplissement de la mission particulière impartie aux entreprises dont s'agit et d'autre part, à la sauvegarde de l'intérêt de la Communauté “

Assim, podemos concluir, que para o TJCE o elemento caracterizador do conceito de empresa gestora de serviços de interesse económico geral, é substantivo e não formal. Isto é, há que atender apenas à missão que cabe à empresa realizar, sendo completamente indiferente a sua natureza pública ou privada, que não é aceite como critério utilizável na determinação do conceito. Aliás, os **Acórdãos SABAM, CORBEAU e ALMELO**, são esclarecedores nesta matéria, tendo o Tribunal declarado em todos eles que o mero controlo exercido pelas autoridades sobre a empresa em questão é insuficiente para lhe conferir, sem mais, a qualidade de empresa encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral. À luz do direito comunitário, tratar-se de uma empresa pública ou privada pouco importa já que umas e outras estão igualmente submetidas às regras da concorrência.⁴⁹ O que releva para aplicação do nº 2 do artigo 90º é apenas o facto da empresa estar encarregada da prossecução de um serviço público, de interesse económico geral e, portanto, do cumprimento de uma missão de interesse público.⁵⁰⁻⁵¹ O entendimento do que deva

⁴⁹ Como refere TOMÁS R. FERNÁNDEZ, a sujeição às regras da concorrência é uma realidade que se impõe à empresa pública nos mesmos termos em que se coloca para a privada. Nenhum tipo de ajuda à empresa pública é admissível porquanto tal resultaria no falsear do princípio da economia aberta e de livre concorrência, ao qual estas se encontram sujeitas na mesma medida que as privadas. - cfr. do A. - « Empresa Pública y...» pág. 38 ess

⁵⁰ Assim, parece que nem o direito originário nem o derivado impõem aos Estados uma forma jurídica determinada para os serviços de interesse económico geral, deixando aos Estados membros a liberdade de definir a sua política económica e os instrumentos a utilizar para o efeito.

considerar-se como missão de interesse público não difere do que é perfilhado pela doutrina. Assim, antes de mais, é necessário analisar se esse serviço dá resposta a **necessidades básicas dos cidadãos**.⁵² O Tribunal tem salientado, como traços caracterizadores destes serviços, a missão de interesse colectivo, a intervenção do poder público, regulamentando, gerindo ele próprio o serviço ou concessionando a sua exploração, exercendo, nesse caso, um poder de controlo sobre o concessionário ou concedendo direitos especiais ou exclusivos. Pode dizer-se que a jurisprudência do Tribunal tem demonstrado, sobretudo, preocupação em definir o quadro jurídico da empresa encarregue da gestão dum serviço público de interesse económico geral.⁵³ É interessante referir que, nesta matéria, a jurisprudência do Tribunal no caso CORBEAU⁵⁴, esclarece que **é necessário que o interesse público careça da concessão de direitos de exclusivo para a prestação do serviço público em causa e que a exclusividade seja proporcional às necessidades do serviço público ou à preservação do seu equilíbrio financeiro**, para que se possa aplicar o nº 2 do artigo 90º. Um outro aspecto importante é o da referência ao prejuízo económico e à preservação do equilíbrio financeiro do contrato que este acórdão veio também introduzir.⁵⁵

O facto destas empresas assumirem um interesse económico geral, situando-se ao abrigo do artigo 90º, nº 2 não impede que elas tenham de sujeitar-se ao respeito dos princípios fundamentais do Tratado. Daí que, uma empresa desta natureza, mesmo que

⁵¹ Neste sentido vd., entre outros, Acórdãos SACHI e Ac. PORTO DI GENOVA, cit. supra. - A ideia fundamental é a de que os Estados e as suas empresas públicas, se devem comportar como um investidor em economia de mercado.

⁵² Neste sentido vide STÉPHANE RODRIGUES - « Prospective du Service Public en Europe, Le marché intérieur; entre concurrence et utilité publique », *Révue des Affaires Européennes*, nº2, 1994.

⁵³ Segundo MOTA CAMPOS - « Direito... » vol.III, pág. 327, interesse económico geral existe se a gestão resultar de um acto do poder público e implicar o exercício de competências que normalmente incumbiriam ao próprio Estado ou a outros entes públicos.

⁵⁴ Cfr. **Ac. CORBEAU**, cit. supra.

⁵⁵ Neste sentido se pronunciou o TJCE nos **Ac. CORBEAU e ALMELO**. Assim, a jurisprudência do Tribunal parece aceitar duas ordens de justificações relativamente à existência de monopólios: 1ª) as de

beneficie da aplicação do nº 2, do artigo 90º, nem por isso pode violar, por exemplo, o artigo 86º do TR, praticando abusos de posição dominante. O Tribunal tem interpretado o disposto no artigo 90º, nº 2, de um modo bastante exigente, limitando as possibilidades de funcionamento da excepção que só poderá suceder quando:

a) se trate de uma “ empresa ”, pública ou privada, que desenvolva uma actividade de prestação, o que afasta desde logo a hipótese de aplicação deste regime a órgãos ou departamentos da administração pública, imbuídas de poder público;

b) a empresa que invocar o artigo 90º nº 2 deve estar incumbida duma missão de interesse económico geral;

c) as regras da concorrência impliquem um obstáculo que impossibilite o desempenho capaz do serviço de interesse económico geral.

Estas condições são constantemente referidas em todas as decisões do TJCE em que se aprecie a possibilidade de aplicação do artigo 90º, nº2.⁵⁶

Note-se ainda que, não basta que a sujeição às regras gerais da concorrência dificulte a realização da missão, é necessário que a coloque em risco de não realização.

Contudo, a evolução da jurisprudência do TJCE tem sido no sentido de flexibilizar a apreciação de algumas daquelas condições, sobretudo da última que referimos.

Assim, no Ac. PORT de MERTERT o TJCE afirmava que, para reconhecer a qualidade de empresa encarregue de um serviço económico de interesse geral, era necessário que tivesse sido adoptado um acto expresse, da autoridade pública nacional, nesse sentido e que estivesse claramente determinada, com transparência total, a natureza do interesse ou interesses a proteger, em virtude dos quais se justifica a

natureza não económica relacionadas com a protecção de exigências imperativas de ordem social, política ou outra; e 2º) as de natureza económica relacionadas com a gestão dum serviço de interesse geral.

atribuição dessa categoria. À luz desta jurisprudência, não era suficiente que a aplicação das regras da concorrência dificultasse a sua missão, sendo necessário demonstrar que não existia nenhum outro meio técnico ou económico utilizável para desempenhar tal função. A prova de tal facto era tão difícil que, por isso, muito poucas empresas conseguiam beneficiar do disposto no nº2 do artigo 90. Este entendimento foi sendo atenuado ao longo do tempo e sofreu mesmo uma certa inflexão nos casos CORBEAU e ALMELO como veremos mais adiante.

Por decisão de 13 de Julho de 1962, Ac. MANNESMANN, o TJCE definiu **empresa como uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, ligada a um sujeito juridicamente autónomo e prosseguindo, de forma durável, um fim económico determinado.**

Note-se que, não se exige o lucro como elemento caracterizador do conceito, basta que a entidade prossiga de forma duradoura uma actividade económica de produção ou de distribuição de bens ou serviços. Sendo assim, podem constituir empresas em sentido comunitário quaisquer entidades **desde que prossigam de forma duradoura uma actividade económica.**⁵⁷ A este propósito é interessante recordar o Ac. **Höfner**, de 23/4/91, no qual o Tribunal esclareceu que “ *no âmbito do direito europeu da concorrência, o conceito de empresa compreende qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do estatuto jurídico dessa entidade e do modo do seu financiamento* ”.⁵⁸ Quando essa actividade económica traduza a realização

⁵⁶ A título exemplificativo refira-se os Ac. SABAM; PORT DE MERTERT, CORBEAU E ALMELO, cit. supra.

⁵⁷ Neste sentido vd. Ac.TJCE de 17 de Fevereiro de 1993, proc. nº C - 159/91 - Ac. **CHRISTIAN POU CET** -, in Recueil 1993, pág I - 637.

⁵⁸ A propósito do conceito de empresa no sentido do artigo 90º do Tratado, vd. LUIS M. PAIS ANTUNES - « L'Article 90º du Traité CEE », in Revue Trimestrielle de Droit Européenne, nº 2, 1991, pág. 187 e ss.

de uma missão de interesse público, então poderá ser qualificado de serviço de interesse económico geral, como sucede com a energia, telecomunicações, correios, etc.⁵⁹

Finalmente, a aplicação do disposto no artigo 90º, nº 2 do Tratado, obedece ainda a uma outra condição suplementar, decorrente do princípio da proporcionalidade. Assim, as medidas assumidas que restrinjam a concorrência devem ser proporcionais aos objectivos de interesse público visados. Logo, deve ser apreciado, caso a caso, o carácter indispensável das restrições e a proporcionalidade das mesmas, sendo certo que é necessário demonstrar as condições referidas para pôr em funcionamento o regime do artigo 90º, nº2, o qual funciona por isso como uma derrogação ao regime regra da sujeição à concorrência.

Concluimos pois que, por estarmos em presença de conceitos indeterminados, a concretização dos requisitos de aplicação do artigo 90º, nº2, obriga a raciocínios jurídicos complexos, que se ligam com valorações sócio económicas e a juízos económico financeiros de difícil apreciação. Assim, há que proceder a uma análise casuística das situações e, a partir daí, fixar um quadro de critérios interpretativos que permita alguma orientação nas decisões do Tribunal.^{60 - 61}

O reconhecimento da existência de um interesse público de natureza não económica constitui, segundo a jurisprudência do Tribunal, um dos fundamentos básicos para o regime de excepção às regras da concorrência, de que podem beneficiar os serviços de que temos vindo a tratar. Neste sentido, o dispositivo do artigo 90º, nº2,

⁵⁹ Sobre a abordagem dos serviços de interesse geral vide Documento da Comissão sobre - « Les Services d'intérêt general en Europe », Prise de position de la Commission Européenne sur la Portée, la signification et la défense des services publics (services d'intérêt general) dans l'UE, EUROPE Documents, N° 2002/2003, de 20/9/96

⁶⁰ A propósito da volatilidade conceptual de algumas das disposições do Tratado relativas à concorrência, como, por exemplo, dos artigos 92º e 90º nº2, vd. C. BOTELHO MONIZ - « Unidade de Mercado e Competências dos Estados Membros na CEE - Interação de conceitos num ordenamento em evolução - », Faculdade de Direito de Lisboa, Policop., 1986.

⁶¹ Neste sentido vide também LUÍS MORAIS - « O Mercado Comum e os Auxílios Públicos - Novas Perspectivas », Almedina, 1993, pág. 146 e ss.

mais não é do que o reconhecimento da inevitabilidade da existência de serviços que não podem sujeitar-se às regras normais da concorrência, porquanto o mercado falha na sua provisão em condições de acessibilidade, igualdade e universalidade consideradas desejáveis e adequadas à prossecução do interesse público em presença.

Embora possam existir diferentes concepções nacionais sobre a matéria, o que releva em termos de aplicação do regime comunitário da concorrência é a concepção comunitária firmada na jurisprudência do TJCE. Ora, segundo a posição do Tribunal assumida nos Acórdãos CORBEAU e ALMELO, embora já aflorada em acórdãos anteriores, os obstáculos à livre concorrência resultantes de um direito exclusivo, exigido pelo interesse público e a ele proporcional, podem justificar-se, não só pelas derrogações expressas previstas nos artigos 36º e 56º, como **pelas exigências imperativas inerentes a um interesse geral de natureza não económica.** Assim, “*em aplicação da teoria da necessidade económica objectiva, a existência de um interesse público que torne indispensável a concessão de direitos exclusivos públicos e proporcionais não constitui violação dos artigos 85º e 86º do Tratado*”.⁶²

2.1 Os Acórdãos Corbeau e Almelo traduzirão uma mudança de rumo jurisprudencial em matéria de serviço público?

A jurisprudência do TJCE tem vindo a sofrer uma evolução muito significativa nesta matéria.

O Tribunal mostrou-se, desde sempre, bastante exigente na apreciação e verificação dos requisitos do nº 2 do artigo 90º, seguindo uma interpretação um pouco restritiva, do disposto neste normativo. Todavia, a evolução jurisprudencial tem sido no sentido de permitir cada vez mais a salvaguarda do princípio de serviço público inerente

às actividades de interesse económico geral. Tanto assim é que, progressivamente, à medida que foi aclarando o alcance e amplitude da derrogação contida no nº 2 deste artigo, foi vindo em defesa da salvaguarda dos direitos de exclusivo, reconhecendo e alargando as possibilidades de concessão de um serviço público em regime de monopólio. A extensão deste monopólio deve, porém, ser aferida em função do interesse público que se procura acautelar, cabendo ao Tribunal apurar, em cada caso concreto, a sua proporcionalidade e necessidade, dependendo deste juízo a sua aceitação ou não em face das normas da concorrência. Podemos dizer, também, que à medida que o TJCE se mostra mais sensível à ideia de salvaguarda do serviço público, foi-se afastando e contrariando a posição da Comissão, a qual se revela muito mais renitente no reconhecimento da existência das causas de justificação previstas no artigo 90º, nº 2.

63 _ 64

⁶² Cfr. Ac. CORBEAU, cit. supra.

⁶³ Neste sentido atente-se, por exemplo, na decisão da Comissão, de 16/01/91 (IJC) IJSSELCENTRALE, relativa ao fornecimento de electricidade nos Países Baixos. Em 26 de Maio de 1988 é apresentado um pedido à Comissão para esta averiguar da violação do disposto no artigo 85º TR. O pedido é da iniciativa da NV IGMO de Meppel, da Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV de Almelo, da NV Regionaal Energiebedrijven Salland de Deventer e do Município de Hoogeveen. e visa um acordo celebrado entre a NV Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven (SEP) e as empresas produtoras de electricidade dos Países Baixos, acordo que acusam de ser restritivo da concorrência à luz do direito europeu. Está em causa a aplicação do artigo 85º, importando analisar se um acordo de distribuição e cooperação, do qual resulta “proibida” expressamente a importação e exportação de electricidade, para aquele mercado, por parte de outras entidades que não sejam as envolvidas pelo acordo, é compatível com o direito da concorrência.

Na opinião da Comissão, o acordo de cooperação em causa, concretamente o disposto no seu artigo 21º, é restritivo da concorrência e resulta na violação do artigo 85º do TR, na medida em que tem por objecto ou efeito:

- a) a restrição de importações por parte de consumidores industriais privados;
- b) a restrição de exportações por parte de distribuidores e consumidores industriais, incluindo produtores independentes.

As partes intervenientes no acordo invocam, contudo, a excepção prevista no artigo 90º, nº2, alegando como causa de justificação a especial missão de interesse público que prosseguem.

Perante esta defesa, a Comissão depois de analisar a especificidade da missão em causa, o mercado relevante e as características do serviço prestado, conclui que: “ *a principal atribuição da SEP consiste em assegurar o funcionamento fiável e eficaz do fornecimento público de electricidade nacional a custos tão baixos quanto possível e de um modo socialmente responsável (art. 2º da lei da electricidade de 1989) e ainda a obrigação de fornecimento pelos produtores aos distribuidores. Nestas circunstâncias pode aceitar-se que tanto a SEP como os produtores que nela participam estão envolvidos na gestão de serviços de interesse económico geral. Porém, a aplicação das regras de concorrência não constitui obstáculo ao cumprimento da missão confiada, uma vez que o cumprimento dessa missão não exige o controlo absoluto das importações e exportações, incluindo as importações e exportações efectuadas por*

Neste sentido, os acórdãos Almelo e Corbeau, o primeiro referente a um acordo de distribuição de energia e o segundo à concessão de direitos exclusivos em matéria de serviços postais, traduzem uma nova leitura dos requisitos de aplicabilidade daquele artigo e uma mudança de concepção face a algumas questões suscitadas em torno da sua interpretação.⁶⁵

No caso **Paul Corbeau**⁶⁶, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre o exclusivo da recolha, transporte e distribuição de correio, atribuído à Régie des Postes, empresa belga, curando de saber se tal exclusivo violava ou não o disposto no Tratado em matéria de concorrência. Para tomar decisão o TJCE teve de analisar vários aspectos relacionados com a aplicação do artigo 90º. No caso em apreço, Paul Corbeau, comerciante em Liège, foi processado a pedido da Régie des Postes, no Tribunal Correccional de Liège com fundamento no facto de entre 1987 e 1991, ter recolhido, transportado e distribuído cartas fechadas ou abertas, anúncios, circulares, folhetos e outra correspondência de natureza vária, apesar da administração dos correios a cargo da Régie deter o monopólio postal. O Tribunal Belga, considerando que se trata de um problema de compatibilidade da legislação belga com o direito comunitário procede ao reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça.

Em termos muito sucintos, a Régie des Postes invoca o princípio da universalidade do serviço público prestado, que ela defende em termos muito amplos, de forma a conceber a concessão do direito de exclusivo como uma concessão da exploração do serviço universal do tráfego postal.

consumidores privados, e nomeadamente consumidores industriais, que, como vimos, é a consequência da aplicação do referido artigo 21º do acordo; pelo que, falham os pressupostos da aplicação da excepção prevista no artigo 90º, n.º 2 do TR. ”

⁶⁴ Repare-se, pois, no contraste desta decisão com a que o TJCE veio a assumir no Acórdão Almelo, relativamente à mesma questão, decidindo em sentido diverso ao entendimento da Comissão.

⁶⁵ Neste sentido cfr. ANNE WACHSMANN e FRÉDÉRIQUE BERROD - « Les Critères de Justification ... », pág. 42 e ss.

A defesa de Paul Corbeau, considerando haver violação das disposições do Tratado em matéria de concorrência, assenta no carácter específico dos serviços que oferece, traduzido na maior rapidez, correio expresso ou rápido, e na recolha e entrega ao domicílio, segmentos do mercado que não colidem com o exclusivo concedido à Régie.

Chamado a pronunciar-se o Tribunal declara que:

- o artigo 90º do Tratado se opõe a que uma regulamentação de um Estado membro que atribui a uma entidade, tal como a Régie des Postes, o direito exclusivo de recolher, transportar e distribuir o correio proíba, sob pena de sanções penais, um agente económico estabelecido nesse Estado de oferecer certos serviços específicos, que podem ser dissociados do serviço de interesse geral, que satisfazem necessidades específicas dos agentes económicos e que exigem certas prestações suplementares, que o serviço postal tradicional não oferece, **na medida em que esses serviços não ponham em causa o equilíbrio económico do contrato assumido pelo titular do direito de exclusivo.**

Com efeito, embora a obrigação, para o titular do direito de exclusivo, de desempenhar uma missão de interesse geral assegurando a prestação dos seus serviços em condições de equilíbrio económico, pressuponha a possibilidade de compensação entre os sectores de actividades mais rentáveis e as menos rentáveis e justifique, portanto, a limitação da concorrência dos operadores privados nos sectores mais rentáveis, essa limitação da concorrência não se justifica em todos os casos. Desde logo, ela não se justifica quando estejam em causa serviços específicos, dissociáveis do serviço de interesse geral, que satisfaçam necessidades específicas dos agentes económicos e que exijam certas prestações suplementares tais como, no que concerne

⁶⁶ Cfr. Ac. TJCE de 19/05/93 - Proc. nº 320/91, in Recueil pág. 2533 e ss.

ao encaminhamento do correio, a recolha ao domicílio, maior rapidez ou fiabilidade na distribuição ou, ainda, a possibilidade de alterar o destino durante o encaminhamento do correio, vantagens estas que o serviço postal tradicional não oferece, e na medida em que esses serviços, pela sua natureza e pelas condições em que são oferecidos - como o sector geográfico onde são prestados, por exemplo - não ponham em causa o equilíbrio económico do serviço público de interesse económico geral assumido pelo titular do direito de exclusivo.”

Assim, o princípio mais relevante afirmado neste Acórdão, **é o do equilíbrio financeiro dos serviços de interesse económico geral** assumidos pelo titular do direito de exclusivo, o qual deve beneficiar dessa garantia de modo a não permitir que a rentabilidade do contrato de concessão seja posta em causa e, desse modo, fique em perigo a possibilidade de prosseguir a missão de interesse público que lhe está subjacente: o fornecimento de um serviço universal nas melhores condições e a preços acessíveis.

A defesa deste princípio de equilíbrio financeiro do contrato de concessão afirmado pelo Tribunal, traduz, do nosso ponto de vista, o reconhecimento da aceitação de serviços em regime de monopólio com a justificação de evitar a entrada no mercado em causa de uma **concorrência destrutiva** ⁶⁷, no sentido de vir a provocar o aproveitamento pela concorrência dos segmentos de mercado mais rentáveis, conseguindo facilmente explorá-los em condições mais aliciantes do que as que poderiam ser oferecidas pela empresa concessionária, restando a esta a exploração dos segmentos menos rentáveis, não permitindo assim uma inteira cobertura dos custos a suportar com o cumprimento das obrigações de serviço público assumidas.

⁶⁷ Sobre os fundamentos económicos do serviço público vide Capítulo I, ponto 3.2, pág. 63 e ss desta dissertação.

Deste modo, a referida jurisprudência estende a amplitude da derrogação do nº2 de artigo 90º, e apresenta uma perspectiva mais relativizada do princípio da concorrência, resultando que esta não deve pôr em causa a rentabilidade económica do contrato de concessão.

Pelo que, concluindo, **poderá justificar-se a existência de um monopólio com o fundamento de evitar o aparecimento de uma concorrência que se revelaria destrutiva naquele sector de actividade.**

No caso **Almelo** ⁶⁸, o Tribunal foi solicitado a pronunciar-se sobre a questão de saber como devem interpretar-se os artigos 37º, 85º, 86º e 90º do TR face a uma proibição de importação de electricidade para fornecimento público, constante das condições gerais venda de uma empresa de distribuição regional de electricidade de 1985 e 1988, conjugada com uma proibição de importação constante de um acordo das empresas de produção de electricidade dos Países Baixos, o qual impõe uma cláusula de aquisição exclusiva com carácter recíproco, que tem por efeito barrar totalmente o acesso ao mercado em causa, tornando-o inacessível a eventuais concorrentes.

Neste caso, apreciadas as questões apresentadas em sede de reenvio prejudicial ao TJCE, **este decidiu que:**

- *na ausência de regulamentação comunitária de acesso de terceiros à rede de distribuição pública de energia eléctrica, **o artigo 90º não se opõe ao monopólio de importação de electricidade resultante de um acordo entre empresas nem à obrigação de aquisição exclusiva imposta a sociedades locais de distribuição de electricidade por sociedades regionais de distribuição, desde que se prove que são para garantia de quatro exigências:***

1ª uma obrigação de fornecimento ininterrupto a todos os utilizadores;

2ª uma igualdade de tratamento entre estes últimos no acesso aos bens;

3ª uma prevenção das distorções de concorrência entre produtores;

4ª uma protecção eficaz do ambiente.

Assim, a aplicação de uma cláusula de exclusividades nos termos referidos, opõe-se ao disposto no artigo 85º porque afecta a concorrência entre os Estados membros;

- violará ou não o artigo 86º dependendo de saber se as empresas envolvidas detenham uma posição dominante e se possa concluir que o seu comportamento é abusivo;

- porém, poderá caber no âmbito da excepção do artigo 90º, nº2 se concluirmos ser indispensável para a realização da missão de interesse geral que lhe está confiada.

Nestas decisões o Tribunal revela, sem dúvida, um entendimento sobre a aplicação do disposto no artigo 90º, nº 2 bastante mais elástica do que até então. Podemos dizer que esta evolução parece traduzir um maior empenho na defesa e aceitação da ideia de serviço público. Assim, o Acórdão Corbeau ao aceitar a possibilidade de derrogação às regras da concorrência para defesa do equilíbrio financeiro do contrato de concessão, porque essa pode ser a forma de garantir a existência de um serviço acessível a todos, prestado em condições de continuidade e igualdade de tratamento de todos os utentes, está afinal, a assumir a defesa dos princípios caracterizadores do serviço público.

No mesmo sentido o Acórdão Almelo veio definir, explicitamente, as exigências de acessibilidade, universalidade e igualdade, cuja garantia pode justificar a aplicação da excepção prevista no nº 2 do artigo 90º.⁶⁹

⁶⁸ Cfr. Ac. TJCE de 27/04/94, Proc. C - 393/92, in Recueil 1994, pág.I-1478 e ss.

⁶⁹ Sobre a evolução jurisprudencial que estes acórdãos traduzem vide conclusões do Advogado Geral DARMON, em relação ao caso Almelo, e do Advogado TESAURO, em relação ao caso Corbeau. É

Em conclusão, estas decisões assumem uma importância fundamental na evolução recente da jurisprudência do TJCE, porquanto traduzem uma interpretação bem mais generosa do Tribunal, nomeadamente em relação à amplitude da excepção consagrada no artigo 90º, nº 2, esclarecendo que o titular do direito de exclusivo deve, nomeadamente, poder beneficiar de condições economicamente aceitáveis para cumprir a sua missão de interesse geral.

Assim, as regras da concorrência podem ser afastadas não apenas quando tornem impossível o cumprimento pela empresa em causa da sua missão de serviço público, mas também quando ponham em perigo o seu equilíbrio financeiro ou quando tal seja imprescindível para garantir as melhores condições de continuidade, acessibilidade e igualdade de tratamento dos cidadãos. Afirmam, ainda, inequivocamente o efeito directo do artigo 90º, nº 2, reconhecendo a possibilidade de particulares e empresas invocarem directamente o dispositivo no artigo 90º, nº 2 junto das instâncias judiciais nacionais, e que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio analisar se os serviços em causa no litígio que lhe compete julgar preenchem os critérios definidos pelo TJCE necessários para a aplicação da excepção.⁷⁰

Esta concepção traduz um entendimento mais amplo do que o até então defendido pelo Tribunal, que pressupunha uma interpretação restritiva dos requisitos de aplicação da excepção, considerando apenas que só seriam de aceitar as restrições à concorrência indispensáveis à realização da missão de interesse económico geral.

Podemos colocar a questão com C. STOFFAËS no sentido de saber se estes Acórdãos constituíram ou não uma verdadeira viragem jurisprudencial. Alguns Autores

interessante notar que, ambos referem como um marco intermédio desta mudança de interpretação, num sentido francamente mais a favor da ideia de salvaguarda do serviço público, o Acórdão Ahmed Saeed de 11 de Abril de 1989, sobretudo no que respeita ao reconhecimento de efeito directo ao disposto no artigo 90º, nº 2.

entendem que sim, que estes Acórdãos constituem uma verdadeira viragem na jurisprudência do Tribunal. Outros entendem que não, que apenas corresponde a uma leitura positiva do disposto no artigo 90º, nº 2, não correspondendo a nada de novo.

C. STOFFAËS entende que a resposta àquela questão se situa entre as duas posições: porque, por um lado as soluções estão todas contidas no artigo 90º, nº 2, o qual beneficia da característica de ser uma norma aberta, mas não há dúvida que a jurisprudência dos Acórdãos Corbeau e Almelo traduzem uma leitura positiva daquele preceito. Os conceitos indeterminados e evolutivos contidos na letra da lei, permitem uma maior margem de livre apreciação ao julgador, que assim, pode ir trabalhando os conceitos e adaptar o seu sentido à medida da evolução da própria Comunidade e das principais correntes de pensamento.

De notar que, o Acórdão Almelo representa um avanço significativo na flexibilização da aplicação do nº2 do artigo 90º quando afirma que as restrições à concorrência devem ser admitidas na medida em que se afigurem necessárias para permitir à empresa incumbida duma missão de interesse geral cumpri-la, o que é diferente de ter que demonstrar que, sem beneficiar do disposto no nº 2 do artigo 90º, a empresa em causa fique impossibilitada de realizar a missão que lhe cabe.

Mas, sobretudo, foi a primeira vez que o TJCE procurou estabelecer critérios gerais para a definição dos principais conceitos envolvidos no texto legal, bem como dos requisitos formais da sua aplicação. Critérios que passam essencialmente pela continuidade do serviço, igualdade de tratamento e universalidade do serviço prestado, equilíbrio económico e financeiro do contrato de concessão (ou de outra natureza) por

⁷⁰ Sobre o problema do reconhecimento de efeito directo ao artigo 90º, nº 2, vide ponto 3. 2 deste capítulo.

via do qual a empresa em causa assumiu a obrigação de prosseguir uma determinada missão de serviço público.

Na nossa opinião, esta jurisprudência traduz um claro avanço no sentido de reconhecer um espaço de maior relevo e importância ao princípio do serviço público, e nesse sentido traduz uma certa mudança. Mas por outro lado, esta mudança não é algo que aconteça abruptamente, mas sim uma evolução lenta e gradual cuja expressão mais clara veio a ser consagrada nas referidas decisões. Neste sentido também os Acórdãos **SABAM e AHMED SAEED** marcam uma mudança de jurisprudência do Tribunal, pelo menos no que toca ao reconhecimento de efeito directo do artigo 90º, nº 2.⁷¹

Partilhamos, por isso, da opinião de C. STOFAËS nesta questão. Parece-nos que, por um lado, é inegável que o entendimento do Tribunal comunitário é hoje muito mais aberto e sensível à salvaguarda das especificidades do serviço público, sendo que a interpretação inicial do conteúdo do artigo 90º, nº 2 como norma de carácter excepcional de interpretação restritiva e limitada parece, efectivamente, ultrapassado. Contudo não parece que, do actual entendimento jurisprudencial, se possa extrair a negação desse mesmo carácter de excepção. O Tribunal, afirmando embora esse carácter excepcional, reconhece agora de uma forma mais ampla e permissiva a existência de causas de justificação relevantes para poder funcionar a excepção contida no referido artigo. Contudo as soluções estão perfeitamente contidas dentro dos limites que a própria lei define. Trata-se de uma norma de conteúdo suficientemente aberto e indeterminado, uma vez que a previsão de conceitos indeterminados e evolutivos, além da dimensão política e ideológica que comportam, permitem ao Tribunal evoluir no seu juízo,

⁷¹ Neste sentido vide conclusões dos Advogados DARMON, no caso Almelo e TESAURO no caso Corbeau.

enquadramento e soluções que vai estabelecendo nos sucessivos casos que, em concreto, tem de apreciar.

Este entendimento, mais generoso do ponto de vista da salvaguarda dos serviços públicos e da aceitação dos direitos de exclusivo e monopólios a eles associados, parece traduzir, isso sim, o reconhecimento, à luz do próprio direito comunitário, da existência de um princípio de protecção do serviço público cuja importância na construção da União não deve ser negligenciada, e que deve ser reconhecido pelas Instituições comunitárias em paralelo, e como limite, ao princípio da concorrência que inspira o ordenamento económico comunitário.

3.2 O efeito directo do artigo 90º, nº2

A importância desta questão prende-se essencialmente com o facto de saber se o artigo 90º, nº 2 pode ser invocado directamente perante os tribunais nacionais, seja por uma empresa que pretende ver reconhecida a seu favor a derrogação contida naquele dispositivo ou, em geral, por um qualquer interessado, parte processual, num processo em concreto em curso num Estado membro.⁷² Por exemplo uma empresa privada que pretende obrigar uma empresa pública, detentora de direitos exclusivos e de uma posição de monopólio no mercado, a cumprir as normas do direito europeu da concorrência, poderá fazê-lo junto de um Tribunal nacional, invocando o disposto no artigo 90º, nº 2 ?

Em sede geral, o entendimento da doutrina é o de que existe um conjunto de condições necessárias para o reconhecimento do efeito directo de uma qualquer

⁷² O efeito directo de uma disposição comunitária consiste na possibilidade de ser invocada directamente pelos particulares perante as autoridades públicas - efeito directo vertical - e ou relativamente a outros particulares - efeito directo horizontal.

disposição do Tratado. Assim, é necessário que estejamos em presença de uma norma **clara e precisa, incondicional e completa e juridicamente perfeita**.

Quanto ao primeiro requisito, como refere J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, uma disposição clara e precisa “*não significa que não necessite de interpretação, mas apenas que não seja vaga ou demasiado genérica de modo a poder ser considerada como uma norma jurídica imperativa*”. Claro que não revestem esta característica aquelas normas que se limitam a impor comportamentos vagos ou deveres de cumprimento genérico ou ainda normas programáticas.⁷³

Já quanto à natureza incondicional, deve entender-se como necessário que a norma não esteja dependente de facto a suceder ou de uma qualquer reserva.

Disposição completa e juridicamente perfeita significa que não pode tratar-se de uma disposição que dependa de regulamentação dos Estados membros ou da própria Comunidade.

No que toca ao disposto no artigo 90º nº 2, cremos que carece de demonstração o facto deste artigo preencher os requisitos assim definidos. Contudo, e apesar disso, a posição inicial do TJCE foi a de não lhe reconhecer efeito directo. Mas também neste aspecto particular a evolução jurisprudencial do TJCE tem vindo a evoluir em sentido positivo, isto é, a favor do efeito directo, o que veio a consagrar com toda a clareza nos Acórdãos **Corbeau** e **Almelo**. O primeiro sinal de evolução jurisprudencial em sentido inverso costuma ser apontado o **Acórdão Ahmed Saeed**⁷⁴. Neste acórdão o Tribunal admite a possibilidade de se invocar directamente o artigo 90º nº 2 perante um tribunal nacional e afirma que cabe ao juiz nacional decidir se o operador em causa presta ou não um serviço de interesse económico geral. Esta jurisprudência veio a ser confirmada nos

⁷³ Cfr. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA - « Direito Comunitário ... », pág. 64 e ss.

⁷⁴ Cfr. Acórdão AHMED SAEED, cit. supra..

Acórdãos ERT e PORTO DI GÉNOVA⁷⁵ os quais reconhecem que, se considera que os artigos 85º e 86º são directamente aplicáveis e produzem efeito directo nas relações juridico-privadas, então estamos a admitir que criam direitos para essas pessoas capazes de serem defendidos em tribunal nacional; logo também o artigo 90º, nº 2 terá de ser visto nos mesmos moldes.

Mas se algumas dúvidas existiam, o Acórdão Corbeau dissipou-as por completo já que afirma claramente que cabe aos tribunais nacionais determinar se é legítima a invocação do artigo 90º, nº 2, apelando e aplicando os critérios definidos pelo TJCE. Como refere o Advogado geral DARMON⁷⁶, nas conclusões gerais do caso Almelo, o Acórdão Ahmed Saeed marca uma mudança da jurisprudência sobre a questão do efeito directo do artigo 90º, nº2, já que admite a invocação perante o Tribunal nacional do disposto neste artigo; o Acórdão ERT veio confirmar e reforçar o entendimento já proferido na decisão anterior, considerando que cabe ao Juiz nacional averiguar dos pressupostos de aplicação do artigo 86º, bem como de saber se poderá ou não aplicar-se a disposição do artigo 90º, nº2; e, finalmente, o Acórdão Corbeau que constitui, neste contexto, a última etapa da evolução jurisprudencial, consolidando de vez o reconhecimento de efeito directo a esta norma do Tratado.⁷⁷

3. O novo equilíbrio entre o princípio da concorrência e a salvaguarda do serviço público: conclusão

Como referimos já em momento anterior desta exposição, o que de novo surgiu após o caso Corbeau foi o reforço da ideia de defesa e salvaguarda das especificidades dos serviços públicos ou seja, dos serviços de interesse económico geral.

⁷⁵ Cfr. Acórdãos ERT e PORTO DI GÉNOVA, cit. supra.

⁷⁶ Cfr. Conclusões do Advogado geral DARMON, in Ac. ALMELO, considerandos 127 a 131.

Nos Acórdãos Corbeau e Almelo sobressai esta ideia de equilíbrio, quer em relação ao equilíbrio económico e financeiro dos contratos existentes, quer à nova perspectiva de salvaguarda das características essenciais do serviço público.

Por outras palavras, sempre foi entendimento do Tribunal, bem como da Comissão, que a prerrogativa contida no nº 2 do artigo 90º, deveria interpretar-se restritivamente, isto é, na medida do estritamente necessário para garantir ao serviço prosseguir a especial missão que lhe está confiada. Com o Acórdão Corbeau o Tribunal altera os termos daquela interpretação, defendendo expressamente que:“ ... *essa limitação da concorrência não se justifica em todos os casos. Ela não se justifica, nomeadamente, quando estejam em causa serviços específicos, dissociáveis do serviço de interesse geral, que satisfaçam necessidades específicas dos agentes económicos e que exijam certas prestações suplementares tais como, no que concerne ao encaminhamento do correio, a recolha ao domicílio, maior rapidez ou fiabilidade, ... na medida em que esses serviços, pela sua natureza e pelas condições em que são oferecidos, como o sector geográfico onde são prestados, por exemplo, não ponham em causa o equilíbrio económico do serviço de interesse económico geral assumido pelo titular do direito exclusivo.*”

O Tribunal esclarece, ainda, que este equilíbrio é posto em causa sempre que, a abertura à concorrência de determinados serviços específicos se traduza na liberalização dos sectores mais rentáveis do serviço prestado, donde a entrada de concorrentes viria a resultar na redução do serviço de interesse económico geral às prestações menos rentáveis. Resulta clara a injustiça que tal situação produziria para a entidade titular da concessão. Daí a ideia de equilíbrio económico do contrato de concessão, assumindo-se

⁷⁷ Ainda neste sentido vd. Documento do Parlamento Europeu - « Le Défi des Services...», pág. 68 e ss.

como princípio que a atribuição da exclusividade, na medida em que se impõe obrigações e custos, há-de compensar estas desvantagens garantindo uma exclusividade alargada, incluindo também os sectores rentáveis da exploração.

Nesta medida, poder-se-á questionar se a excepção não estará já a ser interpretada como um princípio, e se isto não revela a tendência natural deste tipo de serviços para uma estrutura monopolística.⁷⁸

Na verdade, parece poder concluir-se que o entendimento do Tribunal tem evoluído no sentido de reforçar o interesse e a protecção das especificidades próprias dos serviços públicos, revelando-se mais consciente da sua importância na construção de uma verdadeira união económica e social.

Acórdão Comissão contra República Francesa de 23 de Outubro de 1997, o Tribunal chamado a pronunciar-se sobre a aplicação da derrogação prevista no nº 2 do artigo 90º do Tratado. A questão que lhe cabe apreciar é a da conformidade do artigo 1º da Lei Francesa nº 46.628, de Abril de 1946, relativa à nacionalização de vários tipos de serviços públicos de natureza económica, tais como o gás e energia, com base no qual se atribui, em regime de exclusividade, a exploração do gás à GDF e da energia à EDF, o que na perspectiva da Comissão contrariaria as regras da concorrência previstas no Tratado. Perante esta questão o tribunal decidiu que:

- o artigo 90º nº 2 prevê que as empresas encarregues da gestão de um serviço de interesse económico geral fiquem liberadas da sujeição ao regime da concorrência, por razões de interesse público, desde que as trocas intracomunitárias não sejam afectadas;

⁷⁸ Neste sentido vide STÉPHANE RODRIGUES - « Prospectives du Service Public ... », pág. 65 e ss e CHARLES-ÉTIENNE GUDIN - « Comment et jusqu'où peut-on contester la structure monopolistique des grands services publics des États Membres ? », in *Revue des Affaires Européennes* nº 2 - Les Services Publics en Europe: entre Monopole et Concurrence, 1994, pág. 13 e ss.

- as obrigações de serviço público que são impostas às empresas em causa são suficientes para as caracterizar como serviços de interesse económico geral.

Neste processo o tribunal considerou como compatíveis com o Tratado as referidas disposições legais, com a justificação da salvaguarda dos princípios do serviço público e da necessidade de se garantir a estas empresas um certo equilíbrio no domínio dos diferentes segmentos de mercado. Mas igualmente notável, do nosso ponto de vista é a posição assumida pelo Tribunal em matéria de ónus da prova. É que, segundo o seu entendimento cabe à Comissão demonstrar que em resultado das referidas disposições previstas na lei nacional do Estado membro as trocas intracomunitárias resultem real e efectivamente afectadas, não bastando para tal, como invocou a Comissão, que a sua abolição resultaria no seu favorecimento. Razão pela qual o recurso da Comissão improcedeu.

Concluimos, pois, que à luz desta jurisprudência a interpretação da derrogação prevista no artigo 90º, nº2, in fine, se ampliou, abandonando-se a postura anterior de restrição máxima da sua aplicação, surgindo uma nova orientação jurisprudencial nesta matéria, claramente mais aberta e permissiva, ou seja, mais sensível à necessidade de salvaguarda dos princípios de serviço público inerentes a tais prestações.