

## PARECER Nº 2/AMT/PDC/2015

**Destinatário:** AdC - Autoridade de Concorrência

**Assunto:** Parecer relativo ao” *Estudo sobre Concorrência no Setor Portuário*”

### I. INTRODUÇÃO

1. O presente Parecer é formulado sob a égide do artigo 61º(3) da Lei nº 19/2012, de 8 de maio, aplicável *in casu* ao “*Estudo sobre Concorrência no Setor Portuário*” elaborado pela Autoridade da Concorrência, e, que se encontra presentemente em fase de Consulta Pública

Encontrando-se o documento sob análise ainda em fase preliminar de elaboração – não constituindo, pois, a versão final do mesmo –, os comentários apresentados têm em vista indicar aspectos que possam ser merecedores de actualização, melhoramento ou, simplesmente, objeto de opinião divergente.

2. Adotou-se a metodologia de privilegiar a análise das diferentes recomendações ínsitas no Estudo AdC.

Optou-se por um Parecer sucinto, circunscrevendo-se a AMT a focar as questões essenciais, deixando abertura para realizar, *a posteriori*, se do lado da AdC existir também interesse nesse sentido, o trabalho complementar de partilha de informação e de pontos de vista com a Autoridade da Concorrência.

### II. RECOMENDAÇÃO 1 - (RE) DEFINIÇÃO do MODELO de GOVERNAÇÃO dos PORTOS

3. Nesta matéria, a única nota de dissonância que importa referir no *Estudo sobre Concorrência no Setor Portuário* (abreviadamente «Estudo») é a de que o mesmo assenta no pressuposto da inexistência da AMT, facto esse que deve ser transversalmente corrigido.

Na realidade, verifica-se desde a análise da situação do setor até às suas conclusões (“Recomendação 1”): o Estudo assenta no pressuposto de que *ainda não existe efectivamente em funcionamento uma entidade reguladora independente setorial a quem sejam atribuídas funções de assegurar a regulação do setor e de contribuir para a sua melhor governação.*

4. Ora, poder-se-á compreender que esse pressuposto tenha sido correcto e exacto durante uma parte substancial do tempo em que decorreu a elaboração do Estudo, cujos trabalhos terão sido encetados em 2014.

Todavia a AMT foi legalmente constituída pelo Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, e, à data da apresentação do Estudo para consulta pública já estava em pleno funcionamento após a nomeação por RCM do seu Conselho de Administração, na sequência da Audição de cada um dos seus membros na Assembleia da República, em conformidade com o procedimento previsto na Lei Quadro das Entidades Reguladoras Independentes, Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto.

Ora, a criação legal e efectivo funcionamento de uma tal entidade (AMT) é um novo facto absolutamente central na correcta análise da situação do ecossistema da Mobilidade ancorado no subsistema dos Portos e, como tal, deve ser correctamente espelhado na formulação das propostas de actuação. Sobretudo tendo em conta que a existência de um regulador setorial é um factor totalmente transformador da realidade do setor, em particular por lhe serem atribuídas competências inéditas e uma posição independente, com instrumentos de Política de Regulação setorial, que são vinculativos, relativamente aos agentes públicos e privados que operam no setor portuário.

5. Consequentemente o Estudo *nascera* necessariamente desactualizado se não for integralmente reformulado para acomodar esse novo pressuposto de facto. A incorporação da efectiva existência e funcionamento da AMT deve ter lugar na análise da situação existente, provocando as necessárias alterações das acções futuras a exercer.

Por exemplo, deixa de fazer sentido recomendar a continuação do processo de criação de uma entidade reguladora independente setorial. Julga-se que será, sim, necessário e actual desenvolver as modalidades e vias de articulação com a AdC, uma vez que os seus Estatutos também estão subsumíveis ao actual Regime Jurídico da Concorrência, constante da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, referida no ponto 1.,supra

6. Nesta conformidade, a primeira sugestão a apresentar é a que o Estudo seja não só *rectificado* no sentido de reconhecer que a AMT já se encontra em funcionamento; mas que essa rectificação de facto dê origem a uma revisão integral da análise do setor portuário e das Recomendações apresentadas.

### III. RECOMENDAÇÃO 2 - (Re)definição do modelo das concessões

7. Partilham-se as apreciações realizadas no que respeita ao modelo de concessões para a operação portuária, uma vez que as mesmas estão genericamente de acordo com as perspetivas decorrentes da adoção das melhores práticas concorrenciais.

Contudo, entende-se que o Estudo não aborda uma dimensão fundamental para a Competitividade dos Portos, que é o facto de a **operação portuária em Portugal** não se realizar ao abrigo um único modelo, mas sim ao abrigo da coexistência de um **duplo modelo contratual**: contratos de **concessão de serviço público**, e, contratos de **concessão de utilização privativa de domínio público**.

Essa questão é já de si relevante, mas ganha ainda mais importância quando enquadrada em dois novos pontos de discussão muito actuais acerca do modelo de concessão do setor portuário nacional que, salvo melhor opinião, não se encontram devidamente vertidos no Estudo. Esses aspectos revelam-se fulcrais para o futuro do setor e, como tal, a sua ausência é susceptível de afectar a qualidade das Recomendações apresentadas.

8. Na realidade factual, estão em causa (1) a dualidade de modelos de contrato de operação portuária existente no espaço europeu («concessão de serviço público» vs. «land lease»), reconhecida pela Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adjudicação de contratos de concessão (Diretiva 2014/23/UE), que se aplica também aos contratos de concessão relativos aos Portos, e das **distorções<sup>1</sup> de concorrência** daí advenientes com prejuízo para o setor portuário nacional e (2) a disparidade de regras de concessão de operação portuária em vigor em Espanha e em Portugal (e as **distorções de concorrência** daí advenientes).

---

<sup>1</sup> Conceito oponível ao de " *restrições de concorrência*", (praticadas por agentes económicos empresariais) e, associado a Práticas das Entidades Públicas, e/ou do "Legislador" seja ele comunitário ou nacional, que tenham um efeito real ou potencial de colocarem em crise o exercício da liberdade de concorrência, entendida como a 5ª liberdade estrutural do mercado interno ( Cfr Mario MONTI), na linha do antecipado por RUDOLF REGUL, " *Les distorsions globales de la concurrence et leurs répercussions sur le Marché Commun*", CCE, Bruxelles, 1971, e, a que se aplica também o artigo 5º do Tratado CE, quanto ao efeito útil de determinadas políticas dos Estados

## **A. O problema do duplo modelo contratual existente em Portugal**

9. O regime de operação portuária tem actualmente o problema (não resolvido) de dar um tratamento enviesado à actividade portuária exercida em terminais de uso privativo.

O regime jurídico da operação portuária trata detalhadamente a exploração em regime de concessão de serviço público dos terminais portuários, ao passo que praticamente ignora a operação portuária em terminais privativos.

Estes terminais de uso privativo funcionam sob o regime de mera utilização dominial, com recurso a um título de utilização de recursos hídricos – licença ou concessão de utilização privativa emitida ao abrigo da Lei da Água. Com efeito, o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 298/93, 28 de agosto, (movimentação de cargas nas áreas portuárias de serviço privativo) limita-se a consentir que “os titulares de direitos de uso privativo de parcelas do domínio público, de concessões de exploração de bens dominiais, de concessões de serviço público ou de obras públicas portuárias” realizem livremente, na área que lhes está afectada, “operações de movimentação de cargas, desde que as mercadorias provenham ou se destinem ao seu próprio estabelecimento industrial e as operações se enquadrem no exercício normal da actividade prevista no respectivo título de uso privativo ou no objecto da concessão”. Os termos do exercício dessa operação portuária são, pois, determinados em instrumentos contratuais ou administrativos sem especial vocação portuária.

10. Ora, não se ignora que, para um Porto, não é indiferente ter os seus terminais a prestar serviço exclusivo a um único operador ou a prestar um serviço a um universo alargado de potenciais utentes, de forma não discriminatória.
11. E, nesse sentido, é racional e desejável que os dois tipos de operação portuária tenham diferente tratamento jurídico e económico. Mas seguramente não é aceitável que os terminais de uso privativo e de uso público não se sujeitem às mesmas vicissitudes, nomeadamente em matérias de reporte e informação. É, aliás, perfeitamente razoável considerar que, em certos casos, a utilização privativa de um terminal é legitimamente concorrente da utilização pública de um terminal. No limite, um terminal de uso privativo pode ser economicamente muito mais interessante para o porto e para a economia envolvente do que um terminal de uso público, em especial na presença de outros terminais de uso público com capacidade disponível – o que fica manifestado com o pagamento do respectivo custo de oportunidade.

12. Não há pois justificação para que se ignorem as iniludíveis **distorções de concorrência**, subjacentes a um ordenamento jurídico que, esteja estruturado num modelo dual (concessão de serviço público/ de utilização privativa), quando em ambos os casos está em causa uma realidade equivalente: a utilização de espaço portuário e a realização de operações portuárias.

### **B. O problema jus-concorrencial da dualidade europeia de modelo de operação portuária (concessão vs. land lease)**

13. A importância da adopção de um modelo contratual uniforme é amplificada pela recente alteração da legislação europeia aplicável ao setor portuário europeu, adquirindo assim ainda maior dimensão, e, não podendo deixar de ser equacionada pelas Autoridades de Regulação e de Concorrência.

O Estudo aborda com precisão as implicações da aplicação da Diretiva 2014/23/UE ao setor portuário, indicando nomeadamente o que deverá suceder aos contratos de concessão de serviço público de operação portuária existentes e vindouros.

Partilha-se genericamente o entendimento aí expresso sobre os efeitos positivos decorrentes da adopção das novas regras aplicáveis à formação desses contratos de concessão, bem como ao seu conteúdo.

14. Todavia, entende-se que a análise da aplicação da Diretiva 2014/23/UE aos contratos de concessão de operação portuária, não pode deixar de ser antecedida de uma reflexão sobre uma questão precedente – com evidente relevância jus concorrencial – e que consiste no facto de essa Diretiva 2014/23/UE se aplicar não a todos os contratos de operação de terminais portuários, mas apenas aos contratos de operação portuária sob a forma de concessão de serviço público.
15. Com efeito, conforme estabelece o Considerando 15 dessa Diretiva, não são “considerados concessões na aceção da presente diretiva determinados acordos que têm por objeto o direito de um operador económico explorar determinados domínios ou recursos públicos, ao abrigo do direito privado ou do direito público, como terrenos ou qualquer propriedade pública, nomeadamente no setor dos portos marítimos ou interiores ou no setor aeroportuário, mediante os quais o Estado ou a autoridade ou entidade adjudicante se limitam a estabelecer condições gerais de utilização, sem adjudicar obras ou serviços específicos. É o que normalmente acontece com o domínio público ou com os contratos de

arrendamento de terrenos que, regra geral, contêm as disposições relativas à cessão da propriedade arrendada ao arrendatário, ao seu uso, às obrigações do proprietário e do arrendatário no que respeita à manutenção da propriedade, à duração do arrendamento e à restituição da posse da propriedade ao proprietário, à renda e aos outros encargos acessórios a pagar pelo arrendatário”.

16. Por outras palavras, não estão assim sujeitos às regras da Diretiva (nomeadamente quanto ao seu procedimento de formação e conteúdo) os contratos celebrados entre entes públicos e privados que titulam o direito de exploração de operação portuária que não sejam estritamente de concessão – ou, a contrário, ficam de fora do âmbito de aplicação da Diretiva os contratos de operação portuária nominados de arrendamento (vulgo *land lease*).

Ora, esta questão de qualificação jurídica tem um grande alcance concorrencial e não é meramente terminológica. Isto porque a operação portuária é titulada por contratos de concessão apenas em alguns países da Europa, ao passo que em outros países sucede precisamente que a mesma operação portuária é titulada por contratos com outra qualificação. Em particular, a operação portuária realiza-se ao abrigo de contratos de concessão em países como Portugal, Espanha, França e Bélgica. Mas em países como os Países Baixos, Alemanha ou Reino Unido essa operação portuária ocorre sob a forma de contratos de arrendamento (*land lease*). De facto, nestes últimos países a generalidade das relações contratuais entre as autoridades portuárias públicas e os operadores portuários encontram-se estabelecidas por intermédio de contratos de direito privado, ainda que contenham (em maior ou menor extensão ou intensidade) cláusulas relativas ao desempenho da operação portuária.

17. Existe pois no mercado, europeu, que se pretende que de jure e de fato seja único, uma dualidade de tipo de contratos de operação portuária. E se até aqui essa dualidade de modelos era indiferente do ponto de vista concorrencial, ela passa a **ser relevante a partir do momento em que apenas parte deles se subordina às normas constantes da Diretiva – isentando os demais contratos de cumprir as mesmas.**

Dito de outro modo, a Diretiva veio criar um plano de desigualdade normativa entre os países que realizam a operação portuária ao abrigo de contratos de concessão de serviço público e os países que realizam a operação portuária ao abrigo de contratos que têm por objecto a utilização do terreno (nomeadamente concessões dominiais, arrendamentos ou *land lease*). Essa desigualdade decorre de se aplicarem as “*normas vinculativas*” da Diretiva (por exemplo) sobre o acesso à operação portuária, ao procedimento de selecção do

operador, aos limites de duração do contrato e aos deveres e direitos de ambas as partes apenas a parte desses Países. Acontece, porém, que estas “*normas vinculativas*” geram verdadeiras **distorções de concorrência**, no mercado interno, incompatíveis com o direito originário da Comunidade Económica Europeia, e, da União Europeia.

18. Na verdade, como se aponta no Estudo, o **eco sistema da Mobilidade, ancorado nos Portos, é globalizado**, e, apresenta com um elevado grau de verticalização; sobretudo no segmento da carga contentorizada, em que **cada terminal portuário** é, por via de regra, apenas um **elo de uma cadeia logística internacional**.

Existem por isso efeitos de substituição entre terminais de portos diferentes e de países diferentes. Ou seja, um agente económico pode estar em condições de optar por realizar o seu investimento num terminal portuário para integrar a sua cadeia logística entre dois ou mais países, em função das condições de operação (entre as quais, legais e contratuais) existentes em cada um deles.

Isso significa que os portos portugueses confrontam-se com uma forte rivalidade concorrencial com portos de outros países, em busca do “*prémio*” da **captação de investimento privado dos operadores internacionais em infraestruturas portuárias**.

A esta luz, a Diretiva tem obviamente o efeito de perverso de, ao nível europeu, estabelecer que as condições legais e contratuais de investimento e operação portuárias para os operadores privados nos países em que vigore o modelo de concessão de serviço público sejam mais desvantajosas do que as dos países que adotem um modelo legal e contratual sem idênticas restrições, sobretudo atendendo às estratégias de investimento a médio e longo prazo.

A Diretiva gera assim uma importante **distorção da concorrência, fomentando** desnivelamento do *playing field* em desfavor do setor portuário português, que acolheu desde há muito o modelo de concessão de serviço público de operação portuária, **distorção essa, que gera manifestamente efeitos incompatíveis com o Mercado Comum**.

19. **Paralelamente**, é legítimo questionar se os serviços prestados pelos operadores portuários devem continuar a ser realmente qualificados como de serviço público.

A noção de serviço público não é estática ao longo do tempo; nem uniforme em todos os setores de actividade, e, muito menos nos diferentes Países. Por via de regra, a noção de

*serviço público* pode referir-se a um conjunto de obrigações orientadas para a satisfação de fins de interesse geral, quer ao conjunto das estruturas organizacionais que se dedicam a proporcionar e gerir os meios necessários à satisfação desses interesses. Mas não existe um modelo europeu de serviço público, nem sequer um consenso sobre se os serviços portuários se encontram dentro da esfera do serviço público.

Em Portugal, desde a reforma legislativa do setor portuário de 1994 que se encetou um caminho de *privatização* de operação portuária, em que a mesma passou a ser exercida por operadores privados ao abrigo de contratos de concessão de serviço público.

Contudo, as evidências recolhidas da experiência dos últimos anos têm revelado que a actividade de operação portuária é essencialmente orientada para a prossecução do interesse privado dos próprios operadores, dos armadores e dos utilizadores finais dos portos, num contexto competitivo *intra* e *inter* portos; e que, na verdade, o **interesse público** a acautelar no contexto da execução desses contratos de concessão tem sido (e é) o associado às questões intrínsecas **da promoção e defesa da concorrência não falseada**: a) assegurar a não discriminação; b) a universalidade de acesso; c) a transparência da formação de preços; e, d) o incentivo a uma utilização eficiente do recurso dominial público. Em suma, surge assim diminuída a relevância de um *interesse geral* servido pela operação portuária de cada terminal.

Ora, para assegurar a defesa desses interesses não é necessário ou forçoso que o modelo contratual de operação portuária a estabelecer seja o de concessão de *serviço público* – outras áreas de actividade suscitam idênticas preocupações, sem que, com isso decorra a sua qualificação como de serviço público. É por isso oportuno averiguar se se mantém válida essa qualificação.

20. Consequentemente, entende-se ser da maior relevância obter, da parte da Autoridade da Concorrência a sua avaliação, e, o seu entendimento sobre esta realidade fatural e jurídica, visando, em particular, o questionamento da respetiva *compliance* face ao paradigma de promoção e defesa da concorrência, que decorre do novo Regime Jurídico da Concorrência.

**C. As distorções de Concorrência (no sentido contrário ao paradigma de concorrência não falseada no mercado interno, estatuído pelo Tratado CEE, 1957, e reassumido pelo TFUE, 2009) geradas pela dualidade de regras de concessão em Portugal e em Espanha**

21. A problemática subjacente à conclusão expressa no ponto “20” ganha ainda mais acuidade tendo em conta a opção recentemente tomada pelo legislador espanhol, com a aprovação da Ley 8/2014, que altera a Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprovada pelo Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de Setembro, com o intuito de “*melhorar a competitividade no setor portuário e aumentar o investimento privado em infra-estruturas portuárias*”.

Antecipando a efectividade da aplicação da Diretiva 2014/23/UE ao seu setor portuário, a referida Ley veio conferir a faculdade de *aumentar* o prazo dos contratos de concessão que venham a ser celebrados, nalguns casos até 50 anos, prorrogáveis até 75 anos – em função do investimento realizado (cfr. nova redacção do artigo 82.º do Real Decreto Legislativo 2/2011).

Mais ainda, a nova redacção dada ao artigo 13.º (norma transitória sobre os contratos existentes à data de entrada em vigor da referida Ley) dispõe que também o prazo dos contratos de concessão existentes pode ser efectivamente prorrogado, a pedido do concessionário e até ao limite de 75 anos de duração, com fundamento na realização de novo investimento, na realização de uma contribuição económica ou, ainda, numa redução de pelo menos 20% das taxas máximas incluídas no título de concessão.

Em suma, o Direito actualmente em vigor em Espanha vai no sentido de cristalizar e prolongar no tempo a posição do concessionário de operação portuária, consolidando a sua posição como incumbente e adiando o regresso ao mercado do activo (terminal).

Contrasta fortemente, pois, com o regime legal em vigor em Portugal e, sobretudo, com o regime que resultará da aplicação da Diretiva e das sugestões apresentadas no Estudo.

O certo é que da perspectiva do investidor privado o regime legal espanhol pode ser apreendido como mais interessante do que o regime legal português, na medida em que ao eliminar o risco de perda da concessão no médio prazo lhe oferece condições de operação economicamente mais vantajosas – em última análise, em detrimento do próprio interesse público e dos utilizadores dos portos.

22. É iniludível que, em muitos aspectos, Portugal e Espanha integram, nesta perspectiva, o mesmo *mercado relevante*;

Assim sendo, seria incompreensível para a Sociedade e para a Economia, que as **Autoridades de Concorrência e de Regulação Setorial não estejam particularmente atentas a quaisquer distorções de concorrência, decorrentes de vincadas assimetrias nas** condições legais de operação entre Portugal e Espanha, com potenciais efeitos de novas barreiras à entrada, incompatíveis com o mercado comum.

Tal desconsideração, reforçaria o potencial de *desvio* de eventual investimento em infraestruturas portuárias de Portugal para Espanha, reforçando aquilo que já de si é uma realidade, conforme a AdC já salienta, e, muito bem, no Estudo.

Ou seja, a diminuição da *concorrência pelo mercado* poderá traduzir-se numa redução da *concorrência no mercado*.

23. Consequentemente, é-se de parecer ser da maior relevância obter da parte da Autoridade da Concorrência a sua pronúncia sobre a legislação ora em vigor em Espanha e quais as consequências daí advenientes, no contexto supra enunciado.

#### **IV. RECOMENDAÇÕES - (Re)ajustamento do modelo de rendas das administrações portuárias e Reforço da transmissão de custos ao longo da cadeia de valor do setor portuário (passthrough)**

24. Finalmente, merece reflexão a proposta de redução das rendas variáveis cobradas pelas administrações portuárias no âmbito dos contratos de concessão, sobretudo na sua articulação com a subsequente recomendação de assegurar que essa redução de custos da operação se repercuta positivamente junto do utilizador final do porto (o carregador).

Ao mesmo tempo, coloca-se a questão de saber se (e como) será possível fazê-lo desde já às concessões existentes.

##### **D. A transferência de redução de custos**

25. A problemática de estabelecer, com rigor, quem é efectivamente o utilizador da operação portuária é central para a definição das melhores medidas a implementar.

Nuns casos, como bem salienta o Estudo em particular sempre que estivermos fora do domínio da carga contentorizada, poderemos considerar que o utilizador final é o carregador; mas por via de regra o utilizador final carregador é ausente, na medida em que

o operador portuário lida directamente com o armador, que funciona como um veículo agregador de procura de carregadores.

Como bem decorre do Estudo, é necessário averiguar **se o operador portuário tem um poder de mercado sobre o utilizador e, inversamente, se o utilizador tem qualquer espécie de poder de mercado sobre o operador portuário, sobretudo no que concerne à fixação de preços (thc: *terminal handling charges*).**

26. Esta questão está umbilicalmente ligada à da redução das rendas variáveis portuárias, na medida em que interessa saber de que modo se pode garantir que essa redução de custos de operação não é integralmente capturada pelos operadores, sendo sim repassada para o utilizador final ao nível da chamada fatura portuária.

Por outras palavras, a redução das rendas variáveis cobradas pelas autoridades portuárias tem necessariamente de ser acompanhada de mecanismos que garantam a correspondente redução dos thc cobrados pelos operadores portuários.

Nos casos em que o carregador tenha uma grande preponderância na contratação do serviço de transporte marítimo em concreto, é concebível que o thc ou o frete marítimo sejam reduzidos – ou, pelo menos, que o carregador tenha condições de verificar se ocorreu uma transmissão da diminuição de custos.

Porém, garantir a redução dos thc (ou, em alternativa, da rendibilidade total da operação mediante a redução do prazo da concessão, por exemplo) não se afigura como suficiente para garantir o objectivo final de reduzir o custo da operação portuária junto do carregador.

Na verdade, sempre que a jusante do poder de mercado do operador portuário se situar um outro poder de mercado (nomeadamente, do armador), coloca-se a questão de saber se (e de que forma) a redução de custos operada pela redução das rendas variáveis será transmitida ao carregador.

Nesses casos não basta assegurar que o thc cobrado pelo operador portuário ao armador reflecte e transmite a correspondente diminuição das rendas variáveis; é necessário garantir, adicionalmente, que o frete marítimo cobrado aos carregadores é correspondentemente reduzido, sob pena de essa diminuição de custos ser capturada pelos armadores. Se assim não for, a redução das rendas variáveis não se traduzirá num aumento da eficiência da actividade do operador portuário, nem num decréscimo dos custos de

transporte dos carregadores; mas sim (perversamente) uma transferência de rendimento de todos estes agentes (do Estado até ao carregador) para os armadores – que seguramente não se pretende.

27. Subsistem assim razões para crer que dificilmente a redução das rendas se traduzirá espontaneamente numa redução de custos dos carregadores, ainda por mais dois motivos.

Em primeiro lugar e como o Estudo bem evidencia, a operação portuária em Portugal não funciona num ambiente de total competitividade entre terminais. Os portos portugueses (e os respectivos terminais) estão relativamente segmentados em termos de mercados (em tipologias de carga e áreas geográficas de influência), pelo que funcionam num misto de concorrência e complementaridade. O efeito de intersubstituição entre terminais é existente, mas consabidamente limitado.

Se assim não fosse, seguramente que a redução dos custos com as rendas variáveis libertaria automaticamente uma margem financeira que todos os concorrentes iriam seguramente aproveitar para reduzir as suas tarifas, disputando entre si a carga existente. A redução das rendas transformar-se-ia quase automaticamente em redução de thc.

Porém, não sendo essa a estrutura do nosso mercado portuário, dificilmente se antevê que esse incentivo surja espontaneamente e, portanto, venha a produzir-se esse resultado.

Em segundo lugar, é importante não olvidar que, sendo o preço do serviço um factor relevante na cadeia de produção, em muitos casos ele não é o factor que preside à escolha do carregador sobre a operação de transporte a realizar. A criação de valor e a redução de custos não são, à partida, lineares.

Seguramente que não se pode dizer que se detecta uma inelasticidade ao preço por parte da procura (carregadores e armadores). Mas em muitos casos – em particular, na carga contentorizada –, outros critérios como a rapidez, pontualidade e fiabilidade da operação no terminal são mais valorizados pelo carregador e pelo armador do que o thc cobrado pelo operador portuário. Na cadeia logística, pode ser economicamente compensador para o carregador e para o armador, em termos globais, pagar um thc superior em troca de um serviço de maior qualidade (por exemplo, o tempo de permanência em porto), na medida em que isso permite aumentar o tempo disponível para o transporte e, conseqüentemente, reduzir o consumo de combustível.

Nesses casos, não é seguro que a redução do thc proporcione um aumento de procura de serviços, pelo que é questionável se existirá um incentivo positivo para a sua redução por parte do operador – que não encontrará na mesma qualquer benefício de aumento de volume de procura que compense a redução de rendimento unitário. Pelo contrário, deve reflectir-se se nesses casos não será criado o incentivo perverso junto dos operadores portuários de valorizar a captura dessa redução de renda variável através de um aumento de ineficiência da operação.

#### **E. O caso das concessões existentes**

28. Por fim, permanece a questão de saber como executar esse propósito às concessões actualmente existentes – reduzindo e harmonizando as rendas cobradas.

Deve dizer-se que a harmonização das rendas variáveis cobradas *intra* porto é, como bem sublinha o Estudo, absolutamente imperativa para criar **um ambiente concorrencial típico do paradigma de concorrência não falseada, e, nivelando o *playing field* dos operadores.**

Porém, a consecução desse objectivo é dificultada (como também salienta o Estudo) pelo facto de os contratos de concessão de serviço público existentes terem sido, na sua larga maioria, atribuídos na decorrência de procedimentos de concorrenciais de contratação pública; e de a sua alteração pela via de renegociação, além de depender da vontade comercial dos concessionários, não poder traduzir-se em alterações substanciais que, na prática, consistam na atribuição (por ajuste directo) de novas concessões, frustrando assim o próprio propósito de fazer regressar o activo periodicamente ao mercado – o que tem merecido justificadas críticas, desde há muito, por parte do Tribunal de Contas e da Autoridade da Concorrência.

29. Por outro lado, será dificilmente aceitável que as futuras novas concessões estejam sujeitas ao pagamento de rendas inferiores, concorrendo com as anteriores concessões sujeitas ao pagamento de rendas superiores – um fenómeno que, ainda que transitório e tendencialmente evanescente, acentuaria ainda mais a distorção de concorrência, subjacente das condições de actuação no mercado dos diversos operadores portuários.
30. Estamos assim perante um nó górdio, que será necessário desfazer.

O Estudo sugere para uma possível solução que passaria pela antecipação do termo das actuais concessões – uma forma de *reiniciar* o sistema. Essa solução, todavia, traz consigo o potencial de provocar distúrbios no regular funcionamento do setor portuário, nomeadamente travando a realização de investimentos já previstos, quebrando a continuidade da prestação de serviços ou gerando a necessidade de indemnizar os actuais concessionários.

31. Por outro lado, é necessário que essa decisão não seja tomada sem internalizar devidamente o já acima referido regime jurídico de concessões agora em vigor em Espanha, que privilegia a prorrogação das actuais concessões em curso e não a antecipação do fim das mesmas.

## V.- CONCLUSÕES

32. Ponderados todos os elementos enunciados, devidamente contextualizados, e, tendo em conta as conclusões que foram ficando sedimentadas ao longo do texto, em particular,

- (i) O Estudo deve refletir que o Regulador Setorial, ele próprio também subsumível ao novo Regime Jurídico da Concorrência (Cfr., Decreto-Lei nº 78/2014, de 14 de maio) já está em funcionamento efetivo, com uma Missão específica sobre o sistema portuário, enquanto componente basilar do eco sistema da Mobilidade, de Pessoas e de mercadorias, e, a partir daí, proceder a uma revisão integral do texto do Estudo
- (ii) O Estudo deve pronunciar-se sobre **se a operação portuária deve estar sujeita a um único regime e modelo contratual** (de concessão), ao invés de uma divisão de modelos entre terminais de uso privativo e terminais de serviço público.
- (iii) O Estudo deve ponderar, as **distorções de concorrência, subjacentes à nova Diretiva da União Europeia**, avaliando, designadamente, se subsiste a bondade de manter a opção legislativa de qualificar os contratos de operação portuária como de serviço público e não apenas como de utilização privativa de domínio público.
- (iv) É da maior relevância e utilidade que o Estudo se pronuncie sobre se a legislação portuguesa deveria ser alterada no sentido de acompanhar a legislação espanhola – para garantir o *leveling* do *playing field* – ou se, de outro modo, deve manter as suas opções em defesa do paradigma de concorrência não falseada, indicando nesse caso que medidas

alternativas devem ser postas em prática para combater o desnivelamento causado pela opção legislativa espanhola – **e antes que se produza um efeito de facto consumado.**

- (v) A redução das rendas variáveis deve ocorrer de forma gradual e necessariamente acompanhada das medidas que permitam garantir a sua repercussão por toda a cadeia de valor do setor e evitar a sua retenção em apenas um desses níveis da cadeia.

O Estudo deve, portanto, valorizar essa ressalva e, desejavelmente, apontar caminhos e soluções que permitam garantir uma redução de custos transversal a todos os níveis da cadeia logística, até ao carregador.

**O parecer da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes, formulado sob a égide do artigo 61º(3) do Regime Jurídico da Concorrência aponta claramente para a necessidade de ser elaborada uma versão revista do Estudo *sub judice*, presentemente em consulta pública.**

Lisboa, em 14 de setembro de 2015.