



EUROPEU E CONCORRÊNCIA

NESTA EDIÇÃO

ARTIGOS

Auxílios de Estado

Tribunal de Justiça confirma que o regime fiscal proposto para a tributação das empresas em Gibraltar constitui um auxílio de Estado incompatível com o mercado comum

02

Aplicação no tempo das leis sobre cartéis

Acórdão do TJUE analisa regras aplicáveis a um cartel com efeitos num Estado-membro antes da sua adesão à U.E.

04

Controlo de concentrações

Comissão Europeia proíbe fusão Deutsche Börse/NYSE Euronext

05

Regime de clemência

A protecção da informação fornecida ao abrigo da “clemência” após o Acórdão *Pfleiderer*

06

Nova Lei da Concorrência

Levantando ligeiramente o véu da nova Lei da Concorrência

07

Direito da concorrência espanhol

Autoridade da concorrência espanhola tem início de ano atarefado:

Endesa condenada por abuso de posição dominante na distribuição de electricidade

09

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

A nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

10



Tribunal de Justiça confirma que o regime fiscal proposto para a tributação das empresas em Gibraltar constitui um auxílio de Estado incompatível com o mercado comum

Eduardo Maia Cadete
maiacadete@mlgts.pt

NO ACÓRDÃO PROFERIDO
EM 15 DE NOVEMBRO DE 2011,
O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DECLARA
QUE O TRIBUNAL GERAL
INCORREU NUM ERRO DE DIREITO
AO CONSIDERAR QUE O PROJETO
DE REFORMA DO SISTEMA FISCAL
DE GIBRALTAR NÃO CONFERE
VANTAGENS SELETIVAS
ÀS EMPRESAS OFFSHORE

C Reino Unido notificou a Comissão Europeia, em Agosto de 2002, da reforma fiscal prevista pelo governo de Gibraltar para o imposto aplicável às empresas. A reforma fiscal compreendia, em particular, a revogação do anterior regime e a implementação de três impostos aplicáveis a todas as sociedades em Gibraltar, a saber: uma taxa de registo, um imposto sobre o número de empregados e um imposto sobre a superfície ocupada (este último designado *business property occupation tax*, “BPOT”), tomando-se em consideração que a taxa do imposto correspondente aos dois últimos impostos não podia ser superior a 15% dos lucros.

A Comissão Europeia ao abrigo da Decisão 2005/261/CE (de 30 de Março de 2004 - JO 2005, L 85, p. 1), estatui que as propostas legislativas notificadas para a reforma do imposto sobre as sociedades em Gibraltar constituem um regime de auxílios de Estado incompatível com o mercado comum e que, concomitantemente, não podiam vir a ser implementadas.

A Comissão Europeia considera que determinados aspetos do projeto de reforma fiscal são seletivos no plano material. Assim, em primeiro lugar, e sumariamente, entende que são seletivos neste plano a condição da realização de lucros, para que uma empresa seja sujeita ao imposto sobre o número de trabalhadores e ao BPOT, na medida em que esta condição favorece as empresas que não realizem lucros (considerandos 128 a 133 da decisão) e, em segundo lugar, a aplicação do limite máximo de 15% dos lucros, no que se refere ao imposto sobre o número de trabalhadores e ao BPOT, dado que este limite favorece as empresas que,

no exercício fiscal em questão, apresentem lucros pouco elevados em relação ao número de efetivos e às instalações que ocupam para fins comerciais (considerandos 134 a 141 da decisão). Por fim, em terceiro lugar, no entendimento da Comissão, o projeto de reforma é também seletivo no plano material pelo facto de prever um imposto sobre o número de trabalhadores e o BPOT, uma vez que estes dois impostos favorecem, por natureza, as sociedades *offshore*, que não estão fisicamente presentes em Gibraltar, e que, consequentemente, não estão sujeitas ao imposto sobre as sociedades (considerandos 142 a 144 e 147 a 151 da decisão).

O Tribunal Geral, com base nos recursos de anulação apresentados pelo Governo de Gibraltar e pelo Reino Unido, em 18 de Dezembro de 2008 anulou a decisão da Comissão Europeia – *cf.* acórdão proferido nos processos apensos T-221/04 e T-215/04.

No aresto o Tribunal declara que a Comissão não adotou um método de análise correto em relação à *seletividade material* do projeto de reforma fiscal proposto pelo Governo de Gibraltar. Segundo o Tribunal, para demonstrar a natureza seletiva do regime fiscal em causa, a Comissão tinha de evidenciar que pelo menos parte dos seus elementos constituíam um *regime excepcional* face ao regime fiscal dito comum ou “normal” de Gibraltar. Assim, no entender do tribunal, a Comissão não podia, como o fez na Decisão, considerar como seletivas *medidas fiscais gerais*. Para além disso, o tribunal constata que o quadro de referência para aferir da seletividade do regime correspondia exclusivamente ao território de Gibraltar e não a todo o território do Reino Unido.

Neste contexto, a Comissão Europeia e Espanha, inconformadas com a decisão, interpuseram recurso do acórdão do Tribunal Geral para o Tribunal de Justiça – *cf.* processos apensos C-106/09P e C-107/09P.

No acórdão proferido em 15 de Novembro de 2011, o Tribunal de Justiça declara que o Tribunal Geral incorreu num erro de direito ao considerar que o projeto de reforma do sistema fiscal de Gibraltar não confere *vantagens seletivas* às empresas *offshore*.

Para esse efeito, o Tribunal de Justiça constata que uma tributação fiscal diferente resultante da aplicação de um regime fiscal geral é em si mesma insuficiente para demonstrar a seletividade do imposto. Não obstante, considera que essa seletividade existe quando, como no caso dos autos, os critérios adotados por um sistema fiscal permitem caracterizar as empresas beneficiárias em virtude das *propriedades* que lhes são *específicas* enquanto *categoria privilegiada*, permitindo, assim, a qualificação deste regime como favorecendo “certas” empresas ou “certas” produções na aceção das regras relativas a auxílios de Estado do Tratado.

Neste particular, o Tribunal de Justiça reconhece que a circunstância de as sociedades *offshore* em Gibraltar não serem tributadas não constitui uma consequência aleatória do regime em causa, mas a consequência inelutável do facto de os valores tributáveis serem, precisamente, concebidos de modo a que as sociedades *offshore* que, pela sua natureza, não empregam trabalhadores e não ocupam instalações para fins comerciais não dispõem de matéria coletável na aceção dos valores tributáveis previstos no projeto de reforma fiscal.

Assim, e de acordo com o Tribunal, a circunstância de as sociedades *offshore*, que constituem, atendendo aos valores tributáveis previstos no projeto de reforma fiscal, um grupo de sociedades, não estarem

sujeitas a tributação deve-se, precisamente, às características próprias e específicas deste grupo que permitem considerar que estas sociedades beneficiam de *vantagens seletivas*.

Em particular, o Tribunal de Justiça recorda que, contrariamente ao entendimento seguido pelo Tribunal Geral, a qualificação de um sistema fiscal como *seletivo* não está dependente do facto de o conjunto das empresas estarem sujeitas à mesma carga fiscal e de algumas delas beneficiarem de regras derogatórias, de modo que a vantagem seletiva possa ser identificada como sendo a diferença entre a carga fiscal normal e a suportada pelas primeiras empresas.

Com efeito, essa interpretação do critério de seletividade pressuporia que um regime fiscal, para poder ser qualificado de seletivo, seja concebido segundo uma determinada técnica regulamentar, o que teria como consequência permitir que normas fiscais nacionais deixassem de estar sujeitas, desde logo, ao controlo em matéria de auxílios de Estado pelo simples facto de resultarem de outra técnica regulamentar, apesar de provocarem, de direito *e/ou de facto*, os mesmos efeitos.

No entendimento do Tribunal Geral, estas considerações são válidas, sobretudo, para um sistema fiscal que, como no caso de Gibraltar, em vez de prever normas gerais para todas as empresas, com exceções a favor de certas empresas, chega *de facto* a um resultado *idêntico* ajustando e combinando as normas fiscais de modo a que a própria aplicação destas implica uma carga fiscal diferenciada para as diferentes empresas, discriminando positivamente as empresas *offshore*.

Assim, e em síntese, o Tribunal de Justiça decidiu anular o acórdão do Tribunal Geral e confirmar a Decisão da Comissão Europeia que considera o projeto legislativo de reforma fiscal de Gibraltar um regime de auxílios de Estado incompatível com o mercado comum. ■

A CIRCUNSTÂNCIA DE AS SOCIEDADES OFFSHORE EM GIBRALTAR NÃO SEREM TRIBUTADAS NÃO CONSTITUI UMA CONSEQUÊNCIA ALEATÓRIA DO REGIME EM CAUSA, MAS A CONSEQUÊNCIA INELUTÁVEL DO FACTO DE OS VALORES TRIBUTÁVEIS SEREM, PRECISAMENTE, CONCEBIDOS DE MODO A QUE AS SOCIEDADES OFFSHORE QUE, PELA SUA NATUREZA, NÃO EMPREGAM TRABALHADORES E NÃO OCUPAM INSTALAÇÕES PARA FINS COMERCIAIS NÃO DISPÕEM DE MATÉRIA COLETÁVEL NA ACEÇÃO DOS VALORES TRIBUTÁVEIS PREVISTOS NO PROJETO DE REFORMA FISCAL



Acórdão do TJUE analisa regras aplicáveis a um cartel com efeitos num Estado-membro antes da sua adesão à U.E.

Gonçalo Machado Borges
gmb@mlgts.pt

Um acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14 de Fevereiro de 2012, em resposta a um reenvio prejudicial por um tribunal da República Checa¹, veio validar a aplicação das regras nacionais de concorrência a um ilícito anticoncorrencial com efeitos naquele Estado-membro antes da sua adesão à União. Isto apesar de o mesmo ilícito (um cartel de âmbito mundial entre empresas europeias e japonesas) ter sido igualmente sancionado, ao abrigo do art. 101º do Tratado (TFUE), pela Comissão Europeia.

O caso reporta-se a um cartel no sector dos mecanismos de comutação a gás isolados, a que a Comissão Europeia aplicou coimas totalizando 750 milhões de euros em 2007².

A Comissão deu início à sua investigação em Abril de 2006 e adoptou uma decisão final em Janeiro de 2007. Por sua vez, a autoridade da concorrência checa iniciou um inquérito em Agosto de 2006, tendo adoptado uma decisão definitiva em Abril de 2007, aplicando coimas, também ela, a algumas das empresas já visadas pela Comissão. No entanto, esta autoridade nacional apenas considerou os efeitos do cartel no território da República Checa anteriores a 1 de Maio de 2004, data da sua adesão à União Europeia.

Algumas das empresas abrangidas por esta segunda decisão contestaram as coimas aplicadas pela autoridade checa invocando a preclusão das suas competências (uma vez que a Comissão iniciou o respectivo procedimento em primeiro lugar) e a violação do princípio *ne bis in idem*, por terem sido novamente sancionadas por

NORMAS DE NATUREZA
SUBSTANTIVA NÃO SÃO
APLICÁVEIS RETROACTIVAMENTE
«INDEPENDENTEMENTE
DOS EFEITOS FAVORÁVEIS
OU DESFAVORÁVEIS QUE ESSA
APLICAÇÃO POSSA TER
PARA OS INTERESSADOS»

um ilícito que a Comissão já havia punido (embora em termos não coincidentes).

Sobre estas questões, o Tribunal de Justiça começou por esclarecer que o art. 101º do TFUE, bem como o art. 3º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (normas de natureza substantiva), não são aplicáveis retroactivamente «independentemente dos efeitos favoráveis ou desfavoráveis que essa aplicação possa ter para os interessados» (par. 50). Como tal, estas normas não se aplicam a um cartel cujos efeitos no território de um Estado-membro sejam anteriores ao da respectiva adesão à U.E.

Quanto à delimitação de competências entre as autoridades nacionais e a Comissão, o TJUE confirmou que a abertura de um processo pela Comissão preclui a competência das autoridades dos Estados-membros para aplicarem, aos mesmos factos, não apenas o art. 101º do TFUE mas também a legislação nacional em matéria de concorrência (art. 11º, n.º 6, do Regulamento (CE) n.º 1/2003). No entanto, o Tribunal considerou que aquela circunstância não priva «de forma permanente e definitiva, as autoridades

nacionais da concorrência da sua competência para aplicar [aquela] legislação nacional», sendo essa competência «reactivada a partir do momento em que o processo instaurado pela Comissão está concluído» (parágrafos 79 e 80). Por conseguinte, considerou-se, no caso, que a autoridade da concorrência checa tinha competência para aplicar o direito nacional aos efeitos anti-concorrenciais do cartel verificados no seu território antes da adesão à União.

Por último, o TJUE recusou que a coexistência das duas decisões sancionatórias acarretasse uma violação do princípio *ne bis in idem* por considerar, nomeadamente, não ser idêntica – quer na dimensão territorial quer na dimensão temporal – a factualidade abrangida por cada uma delas. A Comissão Europeia analisou apenas os efeitos do cartel no interior da Comunidade Europeia e no Espaço Económico Europeu, e desconsiderou, para efeitos de cálculo do montante das coimas, os Estados que aderiram à União em 1 de Maio de 2004. Já a autoridade checa terá punido apenas as consequências do cartel ocorridas no seu território e anteriores àquela data, não se verificando portanto, nessa medida, sobreposição entre ambas as decisões.

Esta diferenciação entre o âmbito factual das decisões em análise revela-se, contudo, algo artificial tendo em conta que, no plano geográfico, a Comissão qualificou o ilícito como um cartel de dimensão mundial e, no plano temporal, concluiu pela existência de uma infracção continuada que apenas cessou a 11 de Maio de 2004 (já depois da adesão da República Checa à União Europeia). ■

¹ Processo C-17/10 – Toshiba Corporation e outros c. Urad pro ochranu hospodarske souteze.

² Processo COMP/F/38.899 – decisão C(2006) 6762 final, de 24.01.2007.

Comissão Europeia proíbe fusão Deutsche Börse/NYSE Euronext

Pedro de Gouveia e Melo
pgmelo@mlgts.pt

No passado dia 1 de Fevereiro de 2012 a Comissão Europeia proibiu a projectada fusão entre a Deutsche Börse e a NYSE Euronext (grupo a que pertence a Euronext Lisbon), que teria dado origem ao maior gestor de mercados organizados financeiros a nível mundial. Após uma investigação aprofundada, que durou cerca de 7 meses, a Comissão concluiu que a operação iria criar uma posição dominante quanto à transacção de instrumentos financeiros derivados europeus em mercados organizados, e que os compromissos apresentados pelas partes não eram adequados a remediar as preocupações de concorrência¹.

A proibição de concentrações tem revestido um carácter excepcional. Com efeito, em mais de 2.000 operações aprovadas desde a entrada em vigor do actual Regulamento das Concentrações, em 2004, trata-se apenas da terceira concentração proibida pela Comissão (as anteriores operações proibidas foram a *Ryanair/Air Lingus*, em 2007, e a *Olympic Airlines/Aegean Airways*, em 2011).

Mercado relevante: derivados transaccionados em mercado organizado vs. derivados em mercado de balcão (*over-the-counter*)

As preocupações da Comissão centraram-se na área dos derivados, na qual as subsidiárias das partes Eurex e Liffe estão presentes. Os derivados são instrumentos financeiros cujo valor é derivado de um activo subjacente, por exemplo taxas de juro ou acções, e que são utilizados por empresas e instituições financeiras para gerir riscos financeiros (por exemplo, oscilações das taxas de câmbio, taxas de juro, cotações bolsistas, etc.), e como produtos de investimento para investidores institucionais e de retalho.

O processo desenvolveu-se sobretudo em torno da questão de saber como definir o mercado relevante, e em particular se os derivados de activos europeus transaccionados em mercado organizado (*exchange-traded derivatives*, “ETD”) e transaccionados em mercado de balcão (*over-the-counter*, “OTC”), faziam parte do mesmo mercado. A Deutsche Börse e a NYSE Euronext defendiam que

os ETD e os derivados OTC concorriam entre si e integravam o mesmo mercado relevante. A Comissão concluiu o contrário, tendo em conta as diferenças quanto às características dos dois tipos de derivados: os ETD correspondem a contratos padronizados (assentes em condições contratuais gerais elaboradas pela entidade gestora do mercado) e têm um valor relativamente reduzido (aproximadamente €100.000 por transacção) enquanto que os derivados OTC são contratos individualizados, de estrutura tipicamente bilateral e negociados caso a caso e de valor em geral muito superior (cerca de €200.000.000 por transacção). Os custos associados a transacções OTC são também em geral muito superiores aos de transacções de derivados em mercados organizados (até oito vezes, segundo um estudo da Deutsche Börse), e há um conjunto significativo de clientes que não podem fazer transacções OTC e para os quais um mercado regulamentado é única solução.

Eliminação da concorrência entre a Deutsche Börse e a NYSE Euronext

A limitação do mercado relevante aos derivados transaccionados em mercado organizado (ETD) significava que as partes tinham neste mercado uma posição próxima do monopólio (com uma quota combinada de cerca de 90%). A Comissão também concluiu que as partes eram a principal concorrente uma da outra, pelo que a eliminação da pressão concorrencial recíproca daria lugar a entraves significativos à concorrência neste mercado, prejudicando os utilizadores de derivados e a economia europeia no seu conjunto. Pelo contrário, se o mercado definido incluísse também os derivados OTC, a quota de mercado conjunta das partes não seria significativa (aproximadamente 16%).

A Comissão concluiu que outros gestores de mercados a nível mundial, em particular a Chicago Mercantile Exchange (“CME”), tinham uma presença marginal no que respeita a derivados de activos europeus, pelo que não exerciam suficiente pressão concorrencial sobre as partes no mercado relevante. Seria também difícil a qualquer novo concorrente entrar no mercado devido às elevadas barreiras à entrada, e à integração vertical da Eurex e da Liffe (que combinam a gestão de mercados

regulamentados e de centrais de liquidação). Finalmente, as eficiências invocadas pelas partes não eram suficientes para compensar os danos à concorrência resultantes da operação.

Remédios oferecidos insuficientes para eliminar preocupações

A Deutsche Börse e a NYSE Euronext apresentaram três propostas de compromissos, os quais na sua versão final consistiam no desinvestimento de uma parte do negócio da Liffe de derivados de acções europeias, na concessão de acesso à central de liquidação (*clearing house*) da entidade combinada para novos contratos de derivados de taxas de juro, acções e obrigações e na concessão de uma licença para utilizar o software de *trading* de derivados de taxas de juro da Eurex. No entanto, após testar os compromissos com os concorrentes e os clientes das partes (através de um “teste de mercado”), a Comissão concluiu que o pacote de compromissos era insuficiente, de difícil implementação e de resultado incerto, pelo que os compromissos não eram susceptíveis de restaurar a concorrência eliminada pela operação. ■

CENAS DOS PRÓXIMOS CAPÍTULOS

Apesar de as partes terem anunciado o abandono da fusão projectada, a Deutsche Börse manifestou recentemente a sua intenção de recorrer para o Tribunal Geral, uma vez que considera que “vários aspectos da decisão estão viciados”. Pelo contrário, a NYSE Euronext já confirmou que não irá recorrer da decisão.

O recurso provavelmente contestará a definição do mercado relevante, uma vez que a segmentação feita pela Comissão possivelmente constitui um precedente indesejável para eventuais projectos de expansão futura da Deutsche Börse. Esta não terá, no entanto, tarefa fácil, pois os Tribunais europeus reconhecem à Comissão uma “ampla margem de apreciação” no que respeita a análises económicas complexas, o que quer dizer que, para ter sucesso, a recorrente terá que demonstrar que a decisão padece de um (ou mais) erros manifestos de apreciação.

¹ Processo COMP/M.6166, *Deutsche Börse/NYSE Euronext*, decisão ainda não disponível. Cfr. comunicados da Comissão IP/12/94 e MEMO/12/60, de 1.2.2012.



A protecção da informação fornecida ao abrigo da “clemência” após o Acórdão *Pfleiderer*

Inês Gouveia
igouveia@mlgts.pt

Uma empresa que se considere lesada pela actuação de um cartel pode recorrer aos tribunais nacionais para obter indemnização pelos danos sofridos. No entanto, a natureza secreta e o funcionamento sofisticado da maioria dos cartéis, podem dificultar a alegação e prova dos factos que integram a causa de pedir deste tipo de acções.

Quando a acção de indemnização surge na sequência de uma condenação do cartel por uma autoridade da concorrência (acção do tipo “*follow-on*”), o potencial lesado tem especial interesse em obter o máximo de informação possível quanto ao ilícito previamente sancionado, nomeadamente, mediante acesso aos documentos que integram o processo dessa autoridade.

Muito frequentemente porém, tais processos contêm informação auto-incriminatória que os membros do cartel entregaram voluntariamente à autoridade em questão, ao abrigo do regime da “clemência” (que lhes permite beneficiar de uma isenção total ou parcial da multa se admitirem a participação na infracção e prestarem a sua colaboração à autoridade investigadora, por exemplo, fornecendo provas ou informações relevantes quanto ao funcionamento da prática ilícita). Em tais casos, o interesse do lesado aceder ao máximo de informação necessária para substanciar o seu pedido de indemnização contra os membros do cartel entra em conflito com o interesse em se preservar a confiança e a eficácia dos programas de clemência, que pressupõem uma colaboração entre os membros do cartel e a autoridade que investiga.

No processo *Pfleiderer*¹ discutia-se, justamente, a pretensão de um potencial lesado pela actuação de um cartel, de ter acesso aos pedidos de clemência e demais documentação ou informação apresentada pelos requerentes de clemência, para preparar uma acção de indemnização a intentar conta estes.

O tribunal alemão questionou o TJUE sobre se uma decisão que deferisse o acesso àquela informação seria compatível com o direito comunitário tendo em conta, nomeadamente, as regras do Regulamento (CE) n.º 1/2003 que prevêem a cooperação e troca de informação entre a Comissão Europeia e as Autoridades nacionais da concorrências quanto a elementos e documentação relevantes dos processos de investigação e, por outro lado, a própria efectividade da proibição constante do art. 101.º do TFUE (que é a base legal para a punição de cartéis, a par de outras práticas restritivas da concorrência).

Na sua análise, o TJUE começou por recordar que nem as disposições do TFUE nem as disposições do Regulamento (CE) n.º 1/2003² estabelecem regras comuns (uniformizadas) em matéria de programas de clemência ou de acesso à documentação fornecida pelos requerentes de clemência. No quadro da Rede Europeia de Concorrência foi adoptado um regime modelo em matéria de clemência, que visa a harmonização de alguns elementos dos programas nacionais nesta matéria, no entanto, este regime modelo também não tem efeitos vinculativos para os órgãos jurisdicionais dos Estados Membros.

Assim, na falta de uma regulamentação vinculativa do direito da UE nesta matéria, incumbe aos Estados Membros estabelecer e aplicar as regras nacionais quanto ao direito de acesso das pessoas lesadas por um cartel aos documentos relativos aos procedimentos de clemência, cabendo-lhes assegurar, nesse caso, que as regras nacionais aplicáveis não são menos favoráveis do que as referentes às reclamações análogas de natureza interna e não tornam impossível (na prática) ou excessivamente difícil a obtenção de tal reparação.

Em resposta à questão colocada pelo tribunal alemão, o TJUE esclareceu ainda que **as disposições do direito da União em matéria de cartéis não se opõem a que uma pessoa lesada por uma infracção ao direito da concorrência da União e que**

procura obter uma indemnização tenha acesso aos documentos relativos a um procedimento de clemência respeitante ao autor da referida infracção.

No entanto, **os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros deverão determinar as condições em que tal acesso pode ser concedido ou recusado, com base na legislação nacional e numa ponderação adequada caso-a-caso, tendo em conta todos os factores relevantes, e os interesses protegidos pelo direito da União Europeia.** ■

COMENTÁRIO

Com o acórdão proferido, o TJUE adoptou uma posição de neutralidade relativamente a qual deve ser a ponderação entre os interesses do *enforcement* privado ou público (uns e outros tutelados pelo direito da União Europeia), recusando qualquer hierarquização dos mesmos, em abstracto. No processo que esteve na origem do reenvio, o tribunal (alemão) decidiu recusar o acesso do potencial lesado ao pedido de clemência e aos documentos relacionados (em sentido favorável à pretensão da autoridade da concorrência alemã). Na prática, porém, o acórdão deixa ampla margem de actuação às instâncias nacionais o que perpetua as incertezas quanto ao tratamento a dar a esta matéria e faz temer, além do mais, o acentuar das disparidades nas soluções adoptadas em cada Estado-membros.

A Comissão Europeia anunciou, entretanto, a inclusão, no programa de trabalho para 2012, de uma proposta legislativa que pretende clarificar a inter-relação entre acções de indemnização e *enforcement* público pela Comissão Europeia e autoridades da concorrência nacionais, em especial, no que respeita à protecção de programas de clemência (o que pode significar a ultrapassagem, pela via legislativa, de alguns dos riscos da solução preconizada com este acórdão).

¹ C-360/09, acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 14.06.2011

² Regulamento do Conselho de 16.12.2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 81.º e 82.º [actualmente, arts 101.º e 102.º] do Tratado.

Levantando ligeiramente o véu da nova Lei da Concorrência¹

Luís do Nascimento Ferreira
lnferreira@mlgts.pt

No passado dia 22 de Março, após uma das mais concorridas consultas públicas sobre matérias jurídicas jamais realizadas em Portugal, o Parlamento aprovou a nova Lei da Concorrência (“LdC”).

A ideia de rever a LdC tem vindo a ser discutida há algum tempo – pelo menos desde 2008 – mas foi apenas em 2011 que ela se tornou uma das prioridades do Governo. No Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica (“Memorando”), celebrado em 17 de Maio de 2011 entre o Governo Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, a revisão da LdC foi considerada um marco estrutural do programa de assistência financeira.

Os principais objectivos por detrás desta ideia são os de **tornar a LdC o mais autónoma possível face ao direito administrativo e ao direito processual penal e mais harmonizada com o quadro jurídico de concorrência vigente na União Europeia**. Em particular, o Memorando fixa os seguintes objectivos: (i) **simplificar a lei**, separando claramente as regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência das regras aplicáveis aos procedimentos criminais, no sentido de assegurar a aplicação efectiva da LdC; (ii) **racionalizar as condições que determinam a abertura de investigações por parte da Autoridade da Concorrência** (“AdC”), permitindo-lhe avaliar a importância das queixas recebidas; (iii) estabelecer os procedimentos necessários para um **maior alinhamento entre os regimes nacional e europeu em matéria de controlo de concentrações**, nomeadamente no que toca aos critérios de notificação; (iv) garantir **mais clareza e segurança jurídica na aplicação do direito administrativo processual ao controlo de concentrações**; e (v) **avaliar o processo de recurso e ajustá-lo** onde necessário para aumentar a equidade e a eficiência dos procedimentos.

O texto da nova LdC que é conhecido contém importantes inovações face à lei actual. No entanto, existem razões

para recluir que o novo regime jurídico da concorrência possa ficar aquém dos objectivos propostos e suscitar ainda um conjunto adicional de questões.

No que respeita ao objectivo (i), reconhece-se que a **criação de um estatuto processual específico para os procedimentos sancionatórios de concorrência, com regras próprias e prazos indicativos para a conclusão das investigações**, representa um passo muito relevante no sentido da segurança jurídica. O problema, parece-nos, reside no facto de, ao mesmo tempo que se institui um procedimento especial para os processos sancionatórios de concorrência alegadamente distinto do que é aplicável às matérias criminais, a verdade é que, por um lado, muitas componentes do procedimento concorrencial continuam, porém, a ser subsidiariamente regidas – embora não se perceba exactamente em que medida – pelo regime geral das contra-ordenações, e, por outro, a nova LdC confere à AdC prerrogativas de natureza criminal sem ponderar adequadamente os direitos de defesa das empresas e das pessoas singulares.

Por exemplo, o objectivo (i) está centrado na simplificação da lei e na introdução de maior autonomia entre as regras sobre procedimentos sancionatórios de direito da concorrência e procedimentos de direito penal. No entanto, na própria exposição de motivos da LdC se declara a intenção de salvaguardar aquilo que se apelidam de *«grandes traves mestras do aparelho jurídico sancionatório aplicável, nomeadamente, o Regime Geral das Contra-Ordenações»*. Este aspecto é depois reforçado ao longo de várias normas da LdC, onde se prevê que as regras em matéria de contra-ordenações são aplicáveis subsidiariamente às investigações e aos recursos de processos de concorrência. E algures de permeio, a LdC contém tanto regras que se desviam dos princípios gerais aplicáveis às contra-ordenações em Portugal (e.g., a jurisdição plena dos tribunais de recurso para apreciar as decisões da AdC que apliquem sanções,

A IDEIA DE REVER A LdC TEM VINDO A SER DISCUTIDA HÁ ALGUM TEMPO MAS FOI APENAS EM 2011 QUE ELA SE TORNOU UMA DAS PRIORIDADES DO GOVERNO

a regra do efeito devolutivo dos recursos, e a prerrogativa conferida à AdC de emitir notas de ilicitude complementares já depois de as empresas terem exercido o seu direito de defesa) como regras que estão reservadas para as ofensas criminais e, em alguns casos, apenas para as mais gravosas (e.g., o poder da AdC levar a cabo buscas domiciliárias e em escritórios de advogados e médicos).

Relativamente ao objectivo (ii) da revisão da LdC, o que decorre do texto que é conhecido é que, no essencial, a **AdC deixa de estar vinculada pelo princípio da legalidade na investigação e punição dos ilícitos concorrenciais, passando a poder estabelecer prioridades no exercício da sua missão**. A grande dificuldade, em nossa opinião, do princípio da oportunidade é traçar um correcto equilíbrio entre o interesse da flexibilidade na alocação de recursos, por um lado, e a salvaguarda dos direitos de defesa dos queixosos e dos arguidos, por outro.

As soluções que, neste particular, constam da LdC têm por objectivo combinar estes dois propósitos, mas é a própria aplicação do princípio da oportunidade a uma autoridade nacional de concorrência que suscita muitas reservas. É fácil de compreender o motivo pelo qual a Comissão Europeia desenvolve a sua actividade com base no princípio da oportunidade. Por outro lado, se a Comissão recusar uma queixa que lhe seja apresentada, o queixoso poderá sempre dirigir-se às autoridades nacionais. É por este motivo que se torna difícil de aceitar para um advogado que as autoridades nacionais de concorrência

¹ Uma versão semelhante deste artigo foi publicada na newsletter de concorrência da International Law Office em 1 de Março de 2012, em momento ainda anterior ao da aprovação da LdC.



O TEMPO E, SOBRETUDO,
A UTILIZAÇÃO QUE VENHA
A SER FEITA DA NOVA LdC
DIRÃO SE O NOVO TEXTO ESTARÁ
À ALTURA DOS OBJECTIVOS
E EXPECTATIVAS

possam, à partida, decidir quais os casos que aceitam e que recusam apenas na base das suas diferentes prioridades ou da informação que é prestada pelo próprio queixoso por sua iniciativa.

A circunstância de, nos termos da LdC, as decisões da AdC que recusem dar seguimento a uma queixa serem recorríveis não é decisiva, se, num primeiro momento, a própria escolha das prioridades por parte da AdC não for sindicável. Outra questão que pode vir a ser problemática é a de saber como pode a AdC, logo à partida, recusar uma queixa, por exemplo, porque existe uma baixa probabilidade de vir a provar a existência de uma infracção ou porque as diligências de investigação necessárias a essa demonstração são demasiado penosas – exemplos que estão previstos na própria LdC – sem, antes do mais, investigar previamente o caso. E se, com efeito e mesmo nestas situações, a AdC tem que investigar pelo menos um mínimo para decidir não prosseguir com o caso, a verdade é que qualquer diligência de investigação desta natureza deve ser levada a cabo no quadro de um processo formal de investigação, por forma a que as empresas e as pessoas visadas possam exercer adequadamente os seus direitos de defesa.

No que concerne aos objectivos (iii) e (iv), que versam sobre o procedimento de controlo de concentrações, a nova LdC apresenta importantes novidades face à actual lei, tais como a eliminação

do prazo de notificação, ajustamentos nos limiares de volumes de negócios que desencadeiam a obrigação de notificação de forma a adaptá-los à realidade económica do País, e a criação, na fase 2 do procedimento, de um mecanismo semelhante à comunicação de objecções existente no direito da União.

Há, no entanto, outros aspectos que continuam a ser especificidades do regime português de controlo de concentrações e que são susceptíveis de gerar incerteza para as partes envolvidas em transacções sujeitas a notificação à AdC. **O principal foco de preocupação, no nosso entender, é a dificuldade em prever a duração estimada do procedimento**, dado que qualquer informação requerida pela AdC suspende a contagem do prazo da investigação e não existe qualquer limite quanto ao número e à duração dessas suspensões.

Finalmente, o objectivo (v) da LdC tem que ver com os mecanismos de recurso, **embora não seja facilmente apreensível em que medida as alterações introduzidas irão aumentar a equidade e a eficiência a este nível**, como é anunciado no Memorando e no preâmbulo da nova lei. A própria ideia que subjaz à alegada necessidade de se alterar a actual lei para atingir este objectivo e para dissuadir as empresas de recorrerem das decisões da AdC em processos sancionatórios é, a nosso ver, enganadora. A presunção de inocência e o direito a um processo justo e equitativo são dois princípios básicos e universais em qualquer sociedade democrática. Os factos também mostram que num número significativo de recursos, os tribunais portugueses acabaram por decidir a favor dos recorrentes, anulando, no todo ou em parte, as decisões da AdC, tanto com fundamentos processuais como substantivos, o que demonstra a necessidade de se continuar a manter um escrutínio judicial efectivo da actividade da AdC neste campo.

Para nós, **o aspecto mais crítico da LdC a este respeito é o facto de os recursos deixarem de ter efeito suspensivo e passaram a ter, em regra, efeito meramente devolutivo**. Esta alteração é contrária a toda a cultura jurídica em procedimentos de natureza penal e contra-ordenacional e suscita sérias reservas do ponto de vista da sua constitucionalidade. Acresce ainda que, como vimos, a medida nem sequer é justificável de uma perspectiva de política de concorrência.

Em suma, a iniciativa de revisão do regime jurídico da concorrência foi eleita como um marco estrutural do plano de assistência financeira a Portugal, por ser um meio para melhorar a aplicação do direito da concorrência e, desta forma, impulsionar a competitividade da economia nacional. O tempo e, sobretudo, a utilização que venha a ser feita da nova LdC dirão se o novo texto estará à altura destes objectivos e expectativas.

Vale também a pena lembrar que **a LdC é apenas um entre vários instrumentos capazes de contribuir para uma aplicação efectiva do direito da concorrência**. Tão importantes como os textos são as acções. É incompreensível que o Memorando estabeleça metas específicas para melhorar a necessária independência dos reguladores sectoriais nacionais (incluindo melhores práticas de nomeação, responsabilidades, âmbito de actividade, poderes de intervenção e mecanismos de articulação com a AdC) e que, com respeito a esta, exista apenas um compromisso por parte do Governo no sentido de assegurar que a AdC dispõe de meios financeiros suficientes e estáveis para garantir o seu funcionamento eficaz e sustentável, sem qualquer referência ao reforço da sua independência. Esperemos que este aspecto seja devidamente acautelado no contexto da revisão em curso do estatuto jurídico dos reguladores nacionais. ■

Autoridade da concorrência espanhola tem início de ano atarefado: Endesa condenada por abuso de posição dominante na distribuição de electricidade

Mónica Pinto Candéias
mpcandeias@mgts.pt

Na sequência de uma queixa apresentada pela Federação Nacional de Empresários de Instalações Eléctricas de Espanha – *Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España* (“FENIE”) – a *Comisión Nacional de Competencia* (“CNC”) condenou a Endesa Distribución Eléctrica S.A. (“Endesa”), no passado dia 22 de Fevereiro, por abusos de posição dominante e impôs sobre esta empresa duas coimas de 14.967.960 € e de 8.158.000€, respectivamente.

Nos termos do comunicado de imprensa da CNC, as duas infracções de que a Endesa foi considerada culpada foram executadas no mercado das instalações eléctricas, o qual inclui a realização das obras necessárias para a ligação da rede de distribuição às instalações receptoras dos consumidores finais. A lei espanhola aplicável à distribuição de energia eléctrica distingue a actividade de instalação que está reservada aos distribuidores de energia eléctrica, das actividades acessórias, e com aquelas conexas, que podem ser livremente desenvolvidas por qualquer empresa autorizada, num contexto de livre concorrência.

No que respeita a primeira infracção, a CNC considerou que ao utilizar informação relativa a pedidos de fornecimento de energia eléctrica a que tinha acesso privilegiado na sua qualidade de empresa distribuidora de energia eléctrica (em particular a identidade do cliente que necessitava da instalação para o início de fornecimento, assim como todos os dados técnicos do respectivo ponto de fornecimento), para seleccionar os clientes de maior dimensão e a estes apresentar propostas de prestação de serviços de instalações eléctricas, a Endesa abusou da sua posição no mercado da distribuição para distorcer as condições de concorrência no mercado conexo das instalações eléctricas.

Com efeito, através da utilização abusiva de informação sobre clientes a que acedia na qualidade de distribuidora de energia eléctrica, a Endesa seleccionava os clientes de maior dimensão (e por isso mais atractivos) para lhes apresentar propostas de serviços de instalações eléctricas antes de qualquer dos outros concorrentes. Este comportamento

permitiu à Endesa reservar a parte mais atractiva do mercado para si, impedindo ou, pelo menos, dificultando o acesso, em situação de igualdade, dos restantes operadores ao mercado das instalações eléctricas. Por esta infracção, a CNC aplicou uma coima de 14.967.960 € à Endesa.

A este respeito, refira-se que não é a primeira vez que a CNC aplica coimas a empresas do sector energético por condutas semelhantes. Em 2011, as distribuidoras de energia eléctrica dos grupos E.ON, Gas Natural, Fenosa e Hidrocantábrico foram condenadas ao pagamento de coimas por condutas semelhantes, como aliás a Endesa já o tinha sido em 2006 (decisão confirmada pelo acórdão de 10.02.2011 do Supremo Tribunal espanhol).

A aplicação pela CNC da segunda coima à Endesa teve um fundamento distinto, muito embora estejam também em causa condutas daquela distribuidora no mercado das instalações eléctricas.

Nos termos da lei espanhola, o distribuidor de energia eléctrica deverá suportar todos os custos associados à execução dos trabalhos de derivação e ligação, estando impedido de os repercutir sobre os seus clientes. Segundo apurou a CNC, em violação destas normas, e durante um determinado período, a Endesa cobrou indevidamente aos seus clientes os custos associados àqueles trabalhos, abusando da sua posição dominante. Por este comportamento a CNC aplicou uma coima no valor de 8.158.000€.

COMENTÁRIO

Dos dados revelados até agora, pode dizer-se que **o ano de 2011 foi um ano de actividade intensa para a CNC que concluiu diversos processos por práticas restritivas da concorrência e abusos de posição dominante, e aplicou coimas que no total ascenderam a quase €97 milhões de euros.**

Alguns daqueles processos incluíram a condenação da *Asociación Española de Fabricantes de Bombas de Fluidos* (“AEFBF”), e 19 produtores e distribuidores de bombas de fluidos, a coimas que totalizaram cerca de 18 milhões de euros por práticas

restritivas da concorrência. Ainda na segunda metade do ano de 2011, a CNC aplicou coimas a empresas do sector dos transportes marítimos por fixação de preços que totalizaram cerca de 16,3 milhões de euros, e coimas de 47 milhões de euros no sector da construção civil por concertação de propostas. Em Novembro de 2011, a CNC concluiu um processo por práticas restritivas no sector do asfalto e produtos relacionados, iniciado em 2009 com a realização de inspecções surpresa, e aplicou coimas que totalizaram cerca de 16 milhões de euros a doze empresas por fixação de preços.

Ainda no decurso do ano de 2011, a CNC aplicou coimas no valor de quase 2 milhões de euros, à empresa *Transmediterránea*, e à sua subsidiária *Europa Ferrys*, por obstrução a uma inspecção surpresa, durante a qual as empresas em causa alegadamente não disponibilizaram informação convenientemente.

O primeiro trimestre de 2012 ainda não terminou e a CNC já adoptou 8 decisões condenatórias por práticas restritivas da concorrência e abusos de posição dominante, antevendo-se um ano de 2012 igualmente activo. Apesar de muitas destas decisões respeitarem processos que se iniciaram em 2009/2010, a taxa de conclusão de processos desta autoridade é, quando comparada com outras autoridades nacionais, impressionante de esforço e trabalho contínuo em defesa da concorrência e dos consumidores. Para além deste aspecto, a transparência e facilidade de acesso às decisões são de saudar, e estão ao nível das melhores práticas internacionais.

A intensa actividade da CNC ao longo de 2011, e o prelúdio do ano de 2012, parecem afastar qualquer possibilidade de menor controlo e escrutínio do comportamento dos operadores económicos por parte desta autoridade mesmo em tempos de maior conturbação político-económica, assegurando-se em qualquer momento a defesa da estrutura concorrencial dos mercados, sem a qual não se vislumbra possível uma recuperação económica sustentável. ■



CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

A nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Lauro Celidonio Neto / Amadeu Ribeiro
lauro@mattosfilho.com.br / amadeu@mattosfilho.com.br
www.mattosfilho.com.br

A NOVA LEI DE DEFESA
 DA CONCORRÊNCIA
 TRARÁ PROFUNDAS
 E IMPORTANTES MUDANÇAS
 NA ESTRUTURA DO SISTEMA
 BRASILEIRO DE DEFESA
 DA CONCORRÊNCIA

Publicada em 1º de dezembro de 2011, a nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 11.259) trará profundas e importantes mudanças nos procedimentos de análise de concentrações econômicas, nas sanções aplicáveis em casos de infração concorrencial e na própria estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”).

Atualmente, o SBDC é composto por três órgãos: a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (“Seae”) concentra hoje a análise de atos de concentração; a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (“SDE”) é responsável pela condução de investigações por infração à ordem econômica; e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) decide os diferentes processos.

A nova lei unificará as funções de instrução e julgamento no Cade, que passará a ser constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos. A SDE será extinta e o papel da Seae será limitado à promoção da concorrência perante outros órgãos governamentais.

O Tribunal Administrativo será composto por sete membros, um Presidente e seis Conselheiros, e terá função análoga à do atual Plenário do Cade, que decide a existência de infração à ordem econômica e aprecia atos de concentração. O Departamento de Estudos Econômicos será responsável pela elaboração de estudos e pareceres econômicos para fundamentar as decisões do Cade.

A principal novidade estrutural certamente é a criação da Superintendência Geral, que será composta por um Superintendente Geral, dois Superintendentes Adjuntos e por Coordenadores Gerais de Análise Antitruste. O Superintendente Geral será indicado pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal para mandato de dois anos, com possibilidade de recondução por igual período. Os Superintendentes Adjuntos e Coordenadores Gerais serão escolhidos pelo próprio Superintendente Geral.

A Superintendência Geral assumirá muitas das funções de investigação e promotoria que hoje são atribuídas à SDE, além de receber novos e mais amplos poderes para condução dos processos administrativos. Com isso,

exercerá papel central não só na investigação de infrações, mas também na apreciação de atos de concentração.

Com efeito, a Superintendência Geral será responsável por instaurar e conduzir investigações para apuração de ilícitos, adotar medidas preventivas que interrompam práticas anticoncorrenciais, negociar e celebrar acordo de leniência, dentre outras providências voltadas à prevenção e repressão de infrações à ordem econômica.

No campo das concentrações, caberá à Superintendência Geral a análise inicial das operações submetidas ao CADE. Em um primeiro momento a Superintendência Geral definirá se as operações notificadas, dependendo de sua complexidade, serão analisada em rito sumário ou serão objeto de instrução e exame mais detidos.

Após a análise da operação, seja em procedimento sumário, seja em procedimento de instrução completo, caberá à Superintendência aprovar sem restrições as operações que não apresentem potencial lesivo. Caso, entretanto, a Superintendência geral conclua que devem ser impostas restrições à operação, ou mesmo sua rejeição, deverá impugnar a operação perante o Tribunal Administrativo para decisão. Em

resumo, caberá a Superintendência Geral aprovar as operações sem restrições, e ao Tribunal Administrativo decidir sobre a imposição de restrições, ou rejeição da operação.

A eficiência e agilidade da análise empreendida pelas autoridades, particularmente pela Superintendência Geral, serão essenciais para assegurar o sucesso do novo regime de aprovação prévia no Brasil. Nossa expectativa é que a Superintendência Geral aprove as operações sem potencial ofensivo pelo rito sumário, em um prazo médio de 30 dias, deixando para análise mais detida apenas operações que realmente tragam riscos à concorrência.

O regime de análise prévia, e a imposição de prazos para análise de operações pelo CADE impõem, assim, urgência às atividades da Superintendência Geral, que deverá focar seu exame nas transações mais relevantes para os mercados e a concorrência.

Para tanto, é fundamental que o novo Cade seja dotado de profissionais capacitados em número suficiente para atender à demanda criada pela nova Lei de Defesa da Concorrência. No entanto, até o momento não foram adotadas providências para garantir que o Cade tenha a estrutura de pessoal necessária. Esperamos que não demore. ■

A EFICIÊNCIA E AGILIDADE DA ANÁLISE EMPREENDIDA PELAS AUTORIDADES, PARTICULARMENTE PELA SUPERINTENDÊNCIA GERAL, SERÃO ESSENCIAIS PARA ASSEGURAR O SUCESSO DO NOVO REGIME DE APROVAÇÃO PRÉVIA NO BRASIL



MEMBRO
MLGTS LEGAL CIRCLE
INTERNATIONAL TIES WITH THE PORTUGUESE-SPEAKING WORLD

Procurando responder às necessidades crescentes dos seus Clientes um pouco por todo o mundo, nomeadamente nos países de expressão portuguesa, a MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA estabeleceu parcerias institucionais com sociedades de advogados líderes de mercado no Brasil, Angola, Moçambique e Macau.

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

LISBOA

Rua Castilho, 165
1070-050 Lisboa
Tel.: (+351) 213 817 400
Fax: (+351) 213 817 499
mlgtslisboa@mlgts.pt

PORTO

Av. da Boavista, 3265 - 5.2
Edifício Oceanvs – 4100-137 Porto
Tel.: (+351) 226 166 950
Fax: (+351) 226 163 810
mlgtsporto@mlgts.pt

MADEIRA

Avenida Arriaga, Edifício Marina Club, 73, 2º
Sala 212 – 9000-060 Funchal
Tel.: (+351) 291 200 040
Fax: (+351) 291 200 049
mlgtsmadeira@mlgts.pt

São Paulo, Brasil (em parceria)
Martos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr.
e Quiroga Advogados

Luanda, Angola (em parceria)
ALC – Angola Legal Circle Advogados

Maputo, Moçambique (em parceria)
SCAN – Advogados & Consultores

Macau, Macau (em parceria)
MdME | Lawyers | Private Notary

MEMBER
LEX MUNDI
THE WORLD'S LEADING ASSOCIATION OF INDEPENDENT LAW FIRMS

www.mlgts.pt