

NESTA EDIÇÃO

ARTIGOS

Auxílios de Estado / Televisão

Tribunal de Primeira Instância anula decisão da Comissão Europeia que considera compatíveis com o mercado comum auxílios concedidos à RTP - Radiotelevisão Portuguesa 2

Contratação Pública e Concessões

Revisitando os contratos públicos: até onde pode ir a "contratação in house"? 3

Cumplicidade em cartel

Tribunal de Primeira Instância condena empresa de consultoria por cumplicidade em cartel 4

Relatório de Concorrência da Comissão Europeia 2007

Relatório anual da Comissão Europeia sobre a Política de Concorrência 2007 5

Procedimento comunitário de transacção em cartéis

Novo procedimento de transacção para empresas participantes em cartéis no Direito Comunitário da Concorrência 6

Custos ociosos no sector da electricidade

O Tribunal de Justiça declara que a recuperação dos custos ociosos no sector da electricidade nos Países Baixos pode violar o direito comunitário 7

Concentrações no sector energético espanhol

O Tribunal de Justiça declara as restrições impostas por Espanha a concentrações no sector energético contrárias ao Direito Comunitário 8

A saga Sony / BMG

História interminável? - A saga Sony/BMG continua 9

Concentrações no sector da Internet

Comissão Europeia aprova uma das maiores operações de concentração na indústria da Internet 10

NOTÍCIAS BREVES

Prémio Jacques Delors 2008

Atribuição do Prémio Jacques Delors 2008 a Advogada da equipa de Direito Europeu e da Concorrência da MLGTS 10

AdC condena por abuso de posição dominante

Autoridade da Concorrência aplica coima de 2,1 milhões de euros à PT Comunicações por abuso de posição dominante 11

Recursos judiciais nacionais em matéria de concorrência

Alteração dos tribunais de recurso em matéria de concorrência 11

Projecto de Formulário de Notificação de Concentrações à AdC

Projecto de Formulário de Notificação de Concentrações submetido a consulta pública 11

Auxílios de Estado / Transporte ferroviário

Comissão Europeia adopta nova Comunicação sobre Auxílios Estatais ao sector do Transporte Ferroviário 11

AdC investiga combustíveis

Autoridade da Concorrência investiga o mercado retalhista dos combustíveis 12

Contribuição da MLGTS para XXIII Congresso FIDE

Contribuição dos Advogados da MLGTS para o XXIII Congresso FIDE, em Linz 12



DIREITO EUROPEU
E DIREITO DA
CONCORRÊNCIA



Tribunal de Primeira Instância anula decisão da Comissão Europeia que considera compatíveis com o mercado comum auxílios concedidos à RTP - Radiotelevisão Portuguesa

Carlos Botelho Moniz / Eduardo Maia Cadete
cmoniz@mlgts.pt / maiacadete@mlgts.pt

Em 31 de Dezembro de 2003 o operador privado de televisão SIC - Sociedade Independente de Comunicação, S.A. apresentou um **recurso de anulação** perante o **Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias**, contra a Comissão Europeia, através do qual requereu que fosse anulada a Decisão de 15 de Outubro de 2003, «*Relativa a medidas pontuais aplicadas por Portugal a favor da RTP*» (“**Decisão**”).¹

Estão em causa nessa Decisão, em especial, medidas *ad hoc* adoptadas pelo Governo Português a favor da RTP - Radiotelevisão Portuguesa no período compreendido entre **1992 e 1998**, num valor superior a **339 milhões de euros**, que correspondem a aumentos de capital social da RTP (233,4 milhões de euros), a um empréstimo obrigacionista celebrado em 1998 (99,8 milhões de euros) e ao reescalonamento de uma dívida do operador de televisão à Segurança Social com renúncia ao pagamento de juros de mora e de multas (num valor superior a 6 milhões de euros).

“A COMISSÃO EUROPEIA CONSIDERA NA DECISÃO IMPUGNADA PELA SIC QUE ESTAS MEDIDAS DE FINANCIAMENTO DA RTP PELO GOVERNO PORTUGUÊS ESTÃO ABRANGIDAS PELA EXCEPÇÃO DO ARTIGO 86.º, N.º 2 DO TRATADO CE.”

A Comissão Europeia considera na Decisão impugnada pela SIC que estas medidas de financiamento da RTP pelo Governo português - cujo montante ascende a mais de 339 milhões de euros - estão abrangidas pela excepção do artigo 86.º, n.º 2 do Tratado CE, relativa aos Serviços de Interesse Económico Geral, dado que, no entendimento da Comissão, os referidos valores transferidos pelo Governo Português para a RTP não sobrecompensaram os custos da empresa pública com a prestação do serviço público de televisão.

A SIC sustentou no seu recurso, entre o mais, que a apreciação e a fiscalização da correspondência entre as missões de serviço público da RTP e o pagamento do seu custo pelo Governo português, não têm sido efectuadas de acordo com o que se encontra estabelecido nos Contratos de Concessão celebrados em 1993 e 1996.

Os Contratos de Concessão prevêem que os custos apresentados pela RTP pela prestação do serviço público têm de ser objecto de uma auditoria externa anual realizada com o fim específico de avaliar os encargos em que a RTP incorre com a efectiva prestação do serviço público, por forma a garantir uma fiscalização independente.

Ora, a verdade, conforme reconhecido pelo Tribunal no acórdão, é que tais auditorias não têm sido regularmente realizadas, sendo, como tal, impossível saber se as verbas recebidas pela RTP do Governo português, são adequadas e proporcionais face aos custos em que a empresa pública incorre com a Prestação do serviço público de televisão.

Neste contexto, o Tribunal estatui no acórdão:

“255. Deste modo, a Comissão não adquiriu informações suficientemente fiáveis relativas à determinação das prestações de serviço público efectivamente fornecidas [pela RTP] e aos custos efectivamente suportados [pela RTP] para o fornecimento dessas prestações. Não dispondo dessas informações, a Comissão não pôde proceder, em seguida, a uma verificação útil da proporcionalidade entre os financiamentos [do Governo Português] e os custos do serviço público [da RTP] e não podia, assim, ter concluído validamente pela inexistência de uma sobrecompensação dos custos do serviço público.”

Assim, o Tribunal anulou o artigo 1.º da Decisão da Comissão Europeia, por entender que não havia garantias de inexistência de sobrecompensação a favor da RTP.

Para além disso, o Tribunal também anulou o artigo 2.º da Decisão, dado que considerou que as medidas de isenção de taxas e emolumentos

“NESTE DOMÍNIO É PARTICULARMENTE RELEVANTE A CIRCUNSTÂNCIA DO ACÓRDÃO CONSTATAR A INEXISTÊNCIA DE AUDITORIAS INDEPENDENTES QUE PERMITAM AFERIR O CUSTO EFECTIVO DO SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO PELA RTP.”

notariais e de registo, concedidas pelo Governo Português à RTP, são auxílios de Estado, ao contrário do que a Comissão Europeia sustentou no procedimento administrativo que culminou na adopção da Decisão impugnada.

O acórdão proferido é susceptível de recurso para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeia no prazo de 2 meses.

Não havendo recurso, ou mantendo o Tribunal de Justiça o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, a Comissão é obrigada a rever a sua posição à luz das orientações definidas pelo Tribunal de Primeira Instância.

Neste domínio é particularmente relevante a circunstância do acórdão constatar a inexistência de auditorias independentes que permitam aferir o custo efectivo do serviço público prestado pela RTP e a adequação dos meios financeiros postos à disposição da RTP. ■

No limite a Comissão Europeia poderá ver-se obrigada a confirmar a ilegalidade das medidas em causa e a determinar a obrigação de restituição pela RTP ao Governo Português das verbas ilegalmente concedidas no valor de 339 milhões de euros, incluindo juros a uma taxa considerada apropriada.

¹ Cf. acórdão de 26 de Junho de 2008, do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, «SIC / Comissão Europeia», processo T-442/03, relativo ao financiamento do operador público de televisão RTP (disponível em <http://curia.europa.eu>).

Revisitando os contratos públicos: até onde pode ir a “contratação *in house*”?

Joaquim Vieira Peres vieira.peres@mlgts.pt
 Vasco Xavier Mesquita vxmesquita@mlgts.pt

Em 12 de Abril de 2008, foi publicada a “Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI)”¹, que consolida os princípios gerais por que se deve reger a celebração de contratos públicos e de concessões.

No mesmo âmbito, no dia 4 de Junho de 2008 foram também tornadas públicas as conclusões da Advogada-Geral Verica Trstentjak, referentes ao processo C-324/07 (Coditel Brabant) a correr os seus termos no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), no âmbito de um reenvio prejudicial suscitado pelo “Conseil d’État” (Bélgica)² relativamente à interpretação e aplicação de normas comunitárias sobre contratos públicos.

Neste processo são suscitadas questões prejudiciais com o propósito de aferir se, de acordo com as regras aplicáveis, é obrigatória a abertura de concurso público quando um município (“Commune d’Uccle”) pretende delegar a gestão da sua rede de distribuição televisiva por cabo a uma entidade resultante de uma cooperação

“NESTE PROCESSO SÃO SUSCITADAS QUESTÕES PREJUDICIAIS COM O PROPÓSITO DE AFERIR SE, DE ACORDO COM AS REGRAS APLICÁVEIS, É OBRIGATÓRIA A ABERTURA DE CONCURSO PÚBLICO QUANDO UM MUNICÍPIO PRETENDE DELEGAR A GESTÃO DA SUA REDE DE DISTRIBUIÇÃO TELEVISIVA POR CABO A UMA ENTIDADE RESULTANTE DE UMA COOPERAÇÃO PURAMENTE INTERMUNICIPAL SEM A INTERVENÇÃO DE QUAISQUER CAPITALS PRIVADOS.”

“A PARTICIPAÇÃO, AINDA QUE MINORITÁRIA, DE UMA EMPRESA PRIVADA NO CAPITAL SOCIAL DE UMA EMPRESA EM QUE TAMBÉM PARTICIPA A ENTIDADE ADJUDICANTE EM CAUSA EXCLUI, EM QUALQUER CASO, A POSSIBILIDADE DE UMA RELAÇÃO IN HOUSE ENTRE A ENTIDADE ADJUDICANTE E AQUELA EMPRESA.”

puramente intermunicipal - uma sociedade cooperativa que aquele também integra - sem a intervenção de quaisquer capitais privados.

Convém recordar que na jurisprudência “Teckal” (Processo C-107/98), posteriormente desenvolvida e aplicada às normas comunitárias e nacionais do domínio dos contratos públicos³ ou das concessões de serviços públicos, o TJCE sustentou que a regra que dita a necessidade de abrir concurso sofre uma excepção quando a tarefa é desempenhada pelo organismo público de forma interna - a chamada “contratação *in house*”.

De acordo com as condições constantes dessa jurisprudência, não é obrigatório promover um concurso - mesmo que o co-contratante seja uma entidade juridicamente distinta da adjudicante - quando

- (i) a entidade adjudicante exerça sobre a adjudicatária um controlo análogo ao que é exercido sobre os seus próprios serviços e
- (ii) a adjudicatária realize o essencial da sua actividade para a ou as entidades públicas que a detêm.

Neste contexto aliás, a Comunicação interpretativa da Comissão vem reiterar o que é defendido na jurisprudência comunitária, de que a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital social de uma empresa em que também

participa a entidade adjudicante em causa exclui, em qualquer caso, a possibilidade de uma relação *in house* entre a entidade adjudicante e aquela empresa.

Assim, no caso Coditel Brabant é razoavelmente expectável que o TJCE venha a confirmar o entendimento sufragado nas conclusões da Advogada Geral. Ao que tudo indica nessa análise deve ser ponderada a “contratação *in house*”, por

- (i) a cooperativa ser composta exclusivamente por municípios e associações de municípios (ou de colectividades públicas), sem nenhuma intervenção de capitais privados;
- (ii) o município de Uccle exercer sobre a cooperativa um controlo análogo ao exercido sobre os próprios serviços; e
- (iii) a cooperativa realizar o essencial das suas actividades para os seus associados. ■

“A REGRA QUE DITA A NECESSIDADE DE ABRIR CONCURSO SOFRE UMA EXCEPÇÃO QUANDO A TAREFA É DESEMPENHADA PELO ORGANISMO PÚBLICO DE FORMA INTERNA - A CHAMADA “CONTRATAÇÃO IN HOUSE”.”

¹JO C 91/02 “O litígio no processo principal opõe a sociedade belga de distribuição televisiva “Coditel Brabant SPRL” a três demandados - o município de Uccle, a cooperativa “Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision” (Brutélé) e a região de Bruxelles-Capitale - a propósito da preterição da autora que pretendia adquirir a rede em concurso público, que chegou a ser aberto para o efeito. O município decidiu desistir da venda em causa e associou-se à cooperativa intermunicipal Brutélé, integrando nesta a sua rede de televisão por cabo. ²Veja-se o art. 5.º n.º 2 do Código dos Contratos Públicos.



Tribunal de Primeira Instância condena empresa de consultoria por cumplicidade em cartel

Margarida Rosado da Fonseca
margarida.rfonseca@migs.pt

No passado dia 8 de Julho o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (“Tribunal”) proferiu um importante acórdão no que respeita à interpretação dos conceitos de acordo e de empresa que constam do artigo 81.º, n.º 1, CE. O acórdão foi proferido no processo T-99/04, AC Treuhand AG c. Comissão, e considerou improcedente o recurso de anulação interposto pela empresa suíça de consultoria Treuhand da decisão 2005/349/CE da Comissão de 10 de Dezembro de 2003 que a condenara em conjunto com três produtores de peróxidos orgânicos (químicos utilizados nas indústrias do plástico e da borracha) pela implementação de um cartel no mercado europeu.

“RESULTOU PROVADO QUE A TREUHAND TINHA, NOMEADAMENTE, GUARDADO E DISSIMULADO NAS SUAS INSTALAÇÕES DETERMINADOS DOCUMENTOS CONFIDENCIAIS RELATIVOS AO CARTEL, PROCEDIDO À RECOLHA E ANÁLISE DE DETERMINADOS DADOS RELATIVOS À ACTIVIDADE COMERCIAL DOS TRÊS PRODUTORES DE PERÓXIDOS ORGÂNICOS, LEVADO A CABO TAREFAS DE ORDEM LOGÍSTICA E DE SECRETARIADO ASSOCIADAS À ORGANIZAÇÃO DE REUNIÕES ENTRE OS PRODUTORES.”

Segundo o Tribunal, resultou provado que a Treuhand tinha, nomeadamente, guardado e dissimulado nas suas instalações determinados documentos confidenciais relativos ao cartel, procedido à recolha e análise de determinados dados relativos à actividade comercial dos três produtores de peróxidos orgânicos (tendo-lhes comunicado os números analisados), levado a cabo tarefas de ordem logística e de secretariado associadas à organização

de reuniões entre os produtores, tais como a reserva das instalações e o reembolso das despesas relativas às viagens dos seus representantes. A Comissão aplicou coimas aos três produtores de peróxidos orgânicos no valor de 70 milhões de euros e à Treuhand no valor de 1 000 euros, atenta a novidade da abordagem seguida na análise da participação no cartel, não tendo o montante sido contestado pela empresa.

No primeiro fundamento do recurso (de cinco apresentados), a Treuhand sustentou a violação, pela Comissão, dos direitos de defesa e, em especial, do seu direito a um processo equitativo pelo facto de a Comissão a não ter informado, numa fase muito precoce da instrução, acerca da natureza e da causa da acusação contra si formulada. Embora o Tribunal tenha reconhecido que a Comissão está obrigada a informar a empresa em causa, na fase em que adopta a primeira medida a seu respeito - o que inclui os pedidos de informações que lhe dirige nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17 (referindo, entre outros elementos, o objecto e a finalidade da instrução em curso) - e que a Comissão cometeu uma irregularidade ao não o ter feito, considerou que essa irregularidade não era susceptível de afectar no caso concreto os direitos de defesa.

Particularmente relevante é a apreciação pelo Tribunal do segundo fundamento invocado pela Treuhand e que consistiu em contestar a sua responsabilidade na participação no cartel nos termos e para os efeitos do art.º 81.º, n.º 1 CE, uma vez que a empresa não seria parte contratante no cartel mas tão só cúmplice (não punível).

O Tribunal desenvolveu uma interpretação literal, contextual e teleológica do artigo 81.º, n.º 1, CE tendo recordado em primeiro lugar que o termo «acordo» não é senão outra expressão para designar um comportamento coordenado/colusório e restritivo da concorrência, ou mesmo um acordo em sentido amplo, em que participam pelo menos duas empresas distintas que exprimiram a sua vontade comum de se comportar no mercado de determinada maneira e não exigem uma perfeita coincidência entre o mercado pertinente em que a empresa «autora» da restrição da concorrência exerce a sua actividade e aquele em que essa restrição deverá materializar-se.

Quanto às condições em que a participação de uma empresa num cartel constitui uma infracção ao

“O TRIBUNAL CONSIDEROU QUE O REQUISITO OBJECTIVO PARA A IMPUTAÇÃO DOS DIVERSOS COMPORTAMENTOS ILEGAIS CONSTITUTIVOS DO CARTEL NO SEU TODO SE ENCONTRA PREENCHIDO QUANDO UMA EMPRESA CONTRIBUA PARA A EXECUÇÃO DO MESMO, AINDA QUE DE MODO SUBORDINADO, ACESSÓRIO OU PASSIVO E QUE O REQUISITO SUBJECTIVO SE ENCONTRA PREENCHIDO PELA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DA EMPRESA QUE DEMONSTRE QUE SUBSCREVE, AINDA QUE APENAS TACITAMENTE, OS OBJECTIVOS DO CARTEL.”

artigo 81.º, n.º 1, CE, o Tribunal considerou que o requisito objectivo para a imputação dos diversos comportamentos ilegais constitutivos do cartel no seu todo se encontra preenchido quando uma empresa contribua para a execução do mesmo, ainda que de modo subordinado, acessório ou passivo e que o requisito subjectivo se encontra preenchido pela manifestação da vontade da empresa que demonstre que subscreve, ainda que apenas tacitamente, os objectivos do cartel.

Segundo o Tribunal, acresce que, dos elementos que resultaram provados, se estabelece um nexo de causalidade suficientemente concreto e determinante entre a actividade desenvolvida pela recorrente e a restrição de concorrência. E também que, atendendo a todas as circunstâncias objectivas que caracterizam a participação da recorrente, foi com perfeito conhecimento de causa e deliberadamente que esta pôs à disposição do cartel a sua experiência profissional e as suas infra estruturas para daí tirar proveito, pelo menos indirectamente, no âmbito da execução dos contratos individuais de serviços que a ligavam aos três produtores de peróxidos orgânicos. ■

Relatório anual da Comissão Europeia sobre a Política de Concorrência 2007

Gonçalo Machado Borges
gmb@mlgts.pt

A Comissão adoptou, a 16.6.2008, o seu Relatório anual sobre a Política de Concorrência relativo ao ano de 2007¹, que contém uma panorâmica dos principais desenvolvimentos no sector.

No domínio dos acordos entre empresas (artigo 81º TCE), o Relatório sublinha a prioridade conferida à investigação e repressão dos cartéis mais graves, de dimensão europeia ou mundial. Em 2007 a Comissão adoptou decisões finais em oito processos de cartel, tendo sancionado 41 empresas com coimas num montante total de 3.334 milhões de euros. O processo *Elevadores e escadas rolantes*² registou as coimas mais elevadas alguma vez aplicadas a um cartel, em termos agregados (992 milhões de euros) e individuais, por empresa (477 milhões de euros).

“O PROGRAMA DE CLEMÊNCIA DA COMISSÃO TEM SIDO UM INSTRUMENTO IMPORTANTE NA INVESTIGAÇÃO E PUNIÇÃO DE CARTÉIS.”

No âmbito da aplicação do artigo 82º TCE, destaca-se a decisão de Julho de 2007 por meio da qual a Comissão sancionou a Telefónica - operador de comunicações incumbente em Espanha - com uma coima de 151 milhões de euros por abuso de posição dominante (esmagamento de margens entre preços grossistas e retalhistas no mercado dos serviços de acesso em banda larga)³.

Já no que respeita ao controlo das concentrações entre empresas, o Relatório assinala diversos desenvolvimentos ocorridos em 2007. No plano das orientações relacionadas com a aplicação das regras comunitárias neste âmbito, a Comissão adoptou a Comunicação consolidada em matéria de competência da Comissão ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004⁴ - que veio substituir as quatro comunicações de 1998 sobre esta matéria - e, já no final do ano, as Orientações sobre a apreciação das concentrações não horizontais.

Quanto a transacções em concreto, apesar de a Comissão ter recebido 402 notificações em 2007, apenas uma operação foi proibida: a concentração horizontal relativa à projectada aquisição da Aer Lingus pela Ryanair que teria resultado na fusão das duas principais companhias aéreas que operam a partir da Irlanda⁵. Também a aquisição de controlo exclusivo pela SFR sobre as actividades de acesso em banda larga, televisão por subscrição e telefonia fixa da Télé2 France⁶ merece destaque no sector das comunicações (a Comissão aprovou o negócio mediante compromissos destinados a assegurar uma concorrência efectiva no mercado francês dos serviços de *pay-tv*).

O Relatório assinala ainda a decisão da Comissão que concluiu que a imposição de condições pelo regulador espanhol do sector energético (CNE) à aquisição de controlo conjunto sobre a Endesa pela ENEL e Acciona (já anteriormente aprovada pela Comissão⁷), constituiu uma violação do artigo 21º do Regulamento.

Em matéria de auxílios de Estado, são referidos, nomeadamente, a consulta da Comissão sobre um projecto de regulamento geral de isenção por categoria visando simplificar e consolidar as isenções por categoria existentes⁸, e os progressos registados na execução mais rápida e eficaz das decisões de recuperação de auxílios ilegais. A Comissão refere ainda a existência de indícios de que, em determinados Estados-membros (Itália, Espanha e França), as tarifas regulamentadas de electricidade poderão constituir auxílios estatais a favor de grandes e médias empresas consumidoras de electricidade.

“EM 2007, A POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA CONTINUOU A MELHORAR O FUNCIONAMENTO DOS MERCADOS, PROTEGENDO OS CONSUMIDORES E EMPRESAS DE PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS.”

O Relatório efectua também uma análise da evolução de vários sectores de actividade económica - entre os quais, os sectores da energia, serviços financeiros e comunicações electrónicas - sendo registada a conclusão de diversos inquéritos sectoriais realizados ao abrigo do artigo 17º do Regulamento (CE) n.º 1/2003. No caso dos mercados europeus do gás e electricidade, o inquérito ao sector concluiu pela subsistência de níveis elevados de concentração e integração vertical, tendo sido seguido por uma proposta da Comissão no sentido da adopção de um conjunto de directivas e regulamentos (proposta de terceiro pacote de liberalização)⁹. Foi igualmente publicado o Relatório final sobre o inquérito sectorial da Comissão aos mercados europeus da banca a retalho, que concluiu pela existência de mercados fragmentados em função das fronteiras nacionais.

No sector das comunicações electrónicas, são assinalados, entre outros aspectos, a adopção do Regulamento comunitário relativo aos serviços de *roaming* internacional nas redes móveis (Regulamento (CE) n.º 717/2007, de 27.6.2007) - que veio impor limites máximos aos preços retalhistas cobrados pela realização ou recepção de chamadas móveis no estrangeiro (Eurotarifa) - e da nova Recomendação da Comissão relativa aos mercados relevantes susceptíveis de regulamentação *ex ante* (Recomendação 2007/879/CE da Comissão, de 17.12.2007). ■

¹Relatório sobre a Política da Concorrência 2007, disponível em http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/ ²Processo COMP/E-1/38.823 - PO/Elevadores e Escadas Rolantes. ³Processo COMP/38.784 - Wanadoo España v.s. Telefónica. ⁴Disponível em http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_jn.html ⁵Decisão de 27.6.2007 no processo COMP/M.4439 - Ryanair/Aer Lingus. ⁶Processo COMP/M.4504 - SFR/Télé2 France. ⁷Decisão de 5.7.2007 no processo COMP/M.4685 - Enel/Acciona/Endesa. ⁸O regulamento definitivo foi aprovado recentemente: cf. Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão, JO n.º L214 de 9.8.2008. ⁹Disponível em http://ec.europa.eu/energy/electricity/package_2007/index_en.htm.



Novo Procedimento de Transacção para Empresas Participantes em Cartéis no Direito Comunitário da Concorrência

Pedro de Gouveia e Melo
pgmelo@mlgts.pt

A Comissão Europeia aprovou no passado dia 30 de Junho um novo procedimento de transacção (*settlement*) para casos de cartéis, que permite às empresas sob investigação optar por reconhecer a sua participação num cartel durante o procedimento administrativo, obtendo como contrapartida da sua cooperação uma redução de 10% na coima aplicada.

“O NOVO PROCEDIMENTO DE TRANSACÇÃO TEM POR PRINCIPAL OBJECTIVO SIMPLIFICAR OS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS E REDUZIR OS RECURSOS JUDICIAIS, MELHORANDO ASSIM A EFICIÊNCIA DA ACTUAÇÃO DA COMISSÃO. O NOVO PROCEDIMENTO É COMPLEMENTAR À COOPERAÇÃO PRESTADA AO ABRIGO DO “REGIME DA CLEMÊNCIA” PODENDO UMA EMPRESA SER RECOMPENSADA AO ABRIGO DE AMBOS OS REGIMES.”

Os cartéis - acordos entre duas ou mais empresas concorrentes com o objectivo ou o efeito de restringir a concorrência através de práticas como a fixação de preços ou a repartição de mercados - são proibidos pelo artigo 81.º do Tratado CE e são puníveis com coimas até 10% do volume de negócios anual do grupo económico das empresas infractoras¹.

O novo procedimento de transacção, que passa a constar do regulamento de execução dos poderes da Comissão neste domínio e de uma comunicação interpretativa específica², tem por principal objectivo simplificar os procedimentos administrativos e reduzir os recursos judiciais, melhorando assim a eficiência da actuação da Comissão. Por outro lado, o novo procedimento é complementar à cooperação prestada ao abrigo do “regime da clemência” (no âmbito do qual as empresas podem obter dispensa

ou uma redução significativa da coima caso apresentem voluntariamente elementos de prova que auxiliem a investigação da Comissão), podendo uma empresa ser recompensada ao abrigo de ambos os regimes, caso a cooperação prestada preencha as condições das comunicações da Comissão aplicáveis³.

O PROCEDIMENTO

Nos processos de cartéis em que entende conveniente, a Comissão, após ter analisado os elementos de prova recolhidos durante a investigação e estar em condições de elaborar um “comunicação de objecções” (equivalente a uma acusação) às empresas sob investigação, pode explorar o interesse destas empresas a participar em conversações de transacção.

O novo processo de transacção não é assim um mecanismo de auxílio à investigação (como o “regime da clemência”), mas uma forma de resolver mais rapidamente processos de cartéis através da admissão dos factos pelas empresas sob investigação.

Caso estas declarem o seu interesse, a Comissão dá início a uma série de conversações bilaterais, nas quais são examinados os elementos de prova que constam do processo e as consequências da infracção. Quando as empresas em causa estiverem dispostas a aceitar a posição da Comissão, apresentarão uma proposta formal de transacção, na qual reconhecem a sua responsabilidade relativamente à infracção imputada, indicam o montante máximo da coima que aceitariam e confirmam que os seus direitos de defesa foram respeitados. A Comissão elaborará então uma comunicação de objecções simplificada, e as empresas em causa terão um prazo de pelo menos duas semanas para confirmar que a comunicação reflecte o teor da sua proposta de transacção. Caso o façam, na decisão final a Comissão recompensará a cooperação das empresas em causa com uma redução de 10% na coima que lhes seria imposta⁴.

A Comissão mantém uma ampla margem de discricionariedade durante o procedimento para iniciar ou interromper conversações de transacção, não reflectir na comunicação de objecções qualquer proposta de transacção ou, mesmo que o tenha feito, para se afastar dessa sua “posição preliminar” na decisão final (desde que permita às empresas exercer novamente os seus direitos de defesa).

“O NOVO PROCESSO DE TRANSACÇÃO NÃO É UM MECANISMO DE AUXÍLIO À INVESTIGAÇÃO (COMO O “REGIME DA CLEMÊNCIA”), MAS UMA FORMA DE RESOLVER MAIS RAPIDAMENTE PROCESSOS DE CARTÉIS ATRAVÉS DA ADMISSÃO DOS FACTOS PELAS EMPRESAS SOB INVESTIGAÇÃO.”

A confissão da infracção poderá trazer consequências negativas graves para as empresas em causa, na medida em que possa ser utilizada no âmbito de acções judiciais para a obtenção de indemnizações por eventuais lesados. Por esta razão, e em ordem a garantir os incentivos do procedimento de transacção, as conversações de transacção são confidenciais, os documentos sobre transacções não serão em princípio acessíveis a terceiros e a proposta de transacção poderá ser apresentada oralmente à Comissão, caso tal seja solicitado. ■

COMENTÁRIO

A introdução de um mecanismo processual para incentivar acordos entre a Comissão e as empresas sob investigação relativamente aos aspectos essenciais da infracção é positiva, na medida em que simplifica o procedimento administrativo e melhora a afectação dos recursos da Comissão. No entanto, a eficácia deste novo procedimento não está garantida, pois as empresas sob investigação não têm durante as conversações uma indicação precisa da coima que lhes seria aplicada e a Comissão dispõe de uma grande discricionariedade para aceitar ou não propostas de transacção. Por outro lado, tendo em conta os riscos judiciais acrescidos para as empresas que confessam uma infracção, a redução de apenas 10% na coima aplicável poderá por vezes ser insuficiente para dar incentivos suficientes às empresas para formularem propostas de transacção.

¹Nos termos do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO L 1, de 4.1.2003, p.1. ²Cfr. o Regulamento (CE) n.º 622/2008 da Comissão, de 30 de Junho de 2008, que altera o Regulamento (CE) n.º 773/2004, no que se refere à condução de procedimentos de transacção nos processos de cartéis (JO L 171, de 1.7.2008, p. 3), e a Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transacção para efeitos da adopção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis (JO C 167, de 2.7.2008, p. 1). ³Cfr. a Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (JO C 298, de 8.12.2006, p. 17). ⁴Cfr. as Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 al. a) do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, JO C 210 de 1.9.2006, p. 2.

O Tribunal de Justiça declara que a recuperação dos custos ociosos no sector da electricidade nos Países Baixos pode violar o direito comunitário

Luis do Nascimento Ferreira
lferreira@mlgts.pt

Em 17.07.2008, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE” ou “Tribunal”) proferiu um importante acórdão que versa sobre o difícil equilíbrio entre a implementação do mercado interno da electricidade e as medidas destinadas a cobrir os encargos suportados pelas empresas do sector antes da abertura dos mercados¹. Por envolverem montantes não recuperáveis num regime aberto à concorrência, estes encargos são normalmente designados por “custos não recuperáveis” ou “custos ociosos”.

A questão de fundo no processo foi colocada ao TJCE por um órgão jurisdicional dos Países Baixos, em forma de reenvio prejudicial, no âmbito de um litígio nacional que opunha um distribuidor de electricidade (a Essent Netwerk Noord B.V., “Essent”, cujo capital social era, à data, integralmente detido por organismos públicos) a um seu cliente industrial (Aluminium Delfzijl B.V., “Aldel”).

“CASO O SUPLEMENTO TARIFÁRIO EM LITÍGIO INCIDA QUER SOBRE A ELECTRICIDADE PRODUZIDA NOS PAÍSES BAIXOS QUER SOBRE A ELECTRICIDADE IMPORTADA DE OUTROS ESTADOS-MEMBROS, ELE SERÁ INCOMPATÍVEL COM OS ARTIGOS 25.º E 90.º CE.”

Assim, numa altura em que não se havia ainda concretizado a liberalização do sector em causa, os produtores de electricidade dos Países Baixos realizaram um conjunto de investimentos a longo prazo no domínio energético e ambiental, em parte por imposição das autoridades públicas. Perante a iminência da liberalização², a legislação nacional autorizou que a recuperação dos custos ociosos assim gerados fosse feita através de um pagamento das empresas distribuidoras às

empresas produtoras³. Esse pagamento seria financiado através de um aumento das tarifas de electricidade cobradas pelos operadores das redes de distribuição a certas categorias de clientes, traduzido num suplemento sobre a electricidade distribuída à instalação do cliente⁴.

O litígio no processo principal decorre de uma acção interposta pela Essent contra a Aldel, que tem origem nas quantidades de electricidade que a primeira distribuiu à segunda durante parte do período em referência, pelas quais pretendeu cobrar o suplemento referido. A Aldel contestou o pagamento do montante exigido a título de amortização de custos ociosos e invocou a incompatibilidade desse regime jurídico com o direito comunitário. Perante isto, o juiz nacional decidiu questionar o Tribunal sobre a conformidade desse regime com três conjuntos de regras comunitárias: livre circulação de mercadorias, disposições fiscais e auxílios de Estado⁵.

Os primeiros dois conjuntos de regras envolvem essencialmente a apreciação da mesma questão de direito. Com efeito, os artigos 25.º CE e 90.º CE, que estabelecem, respectivamente, a proibição de direitos aduaneiros e de encargos de efeito equivalente e a proibição de imposições internas discriminatórias, prosseguem, de forma complementar, o objectivo de eliminar legislações fiscais nacionais susceptíveis de discriminar os produtos provenientes de outros Estados-Membros ou a eles destinados.

Neste particular, o TJCE, em conformidade com as conclusões do Advogado-Geral, afirmou que, caso o suplemento tarifário em litígio incida quer sobre a electricidade produzida nos Países Baixos quer sobre a electricidade importada de outros Estados-Membros⁶, ele será incompatível com os artigos 25.º CE e 90.º CE, uma vez que o produto da imposição se destina somente a beneficiar os produtores nacionais.

A nosso ver, o Tribunal andou bem ao assinalar que o relevante neste caso é o “destino do

“O TRIBUNAL DEVIA TER IDO MAIS LONGE NA ANÁLISE DA COMPLEXA QUESTÃO DE SABER SE O SUPLEMENTO EM APREÇO IMPLICAVA A UTILIZAÇÃO DE “RECURSOS ESTATAIS.”

montante da imposição” e não a “estrutura e modalidades de cobrança”. Na verdade, mesmo que a imposição seja formalmente neutra, *i.e.*, que incida indistintamente sobre a electricidade nacional e importada, a contrariedade ao direito comunitário reside na afectação do produto dessa imposição exclusivamente aos produtores sedeados nos Países Baixos.

Já na perspectiva das regras sobre auxílios de Estado, parece-nos que o Tribunal devia ter ido mais longe na análise da complexa questão de saber se o suplemento em apreço implicava a utilização de “recursos estatais” na acepção do artigo 87.º CE, embora se reconheça que a solução final encontrada está em linha com a jurisprudência comunitária anterior⁷.

No fundo, o TJCE concluiu que o suplemento cobrado pela Essent à Aldel, para posterior entrega aos produtores nacionais de electricidade, envolvia a transferência de um recurso estatal, dado que a Essent era uma empresa pública e que os montantes em causa estavam sob controlo estatal e, portanto, à disposição das autoridades nacionais.

Ficou apenas em aberto, para o órgão jurisdicional nacional decidir, a possibilidade de os montantes em causa não envolverem uma vantagem económica para os produtores nacionais, mas constituírem apenas a contrapartida adequada das prestações efectuadas por essas empresas no cumprimento de obrigações de serviço público. ■

¹Processo C-206/06, *Essent Netwerk e o.*, disponível em <http://curia.europa.eu>. ²Em resultado da aprovação da Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19.12.1996, que estabeleceu regras comuns para o mercado interno da electricidade. ³Num montante anual de 400 milhões de NLG, entre 1997 e 2000. ⁴A legislação em questão compreende as leis de electricidade de 1989 e 1998 (*Elektriciteitswet*) e a lei transitória sobre o sector da produção de electricidade de 2000 (*Overgangswet Elektriciteitsproductiesector*). ⁵Os preceitos em apreço são, respectivamente, os artigos 25.º, 90.º e 87.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia. ⁶Se o suplemento não incidir sobre a electricidade importada, não existirá qualquer incompatibilidade com as normas em questão do Tratado CE. ⁷Sob este ponto de vista, as conclusões do Advogado-Geral Paolo Mengozzi, apresentadas em audiência de 24.01.2008, são mais impressivas do “estado da arte” nesta matéria.



O Tribunal de Justiça declara as restrições impostas por Espanha a concentrações no sector energético contrárias ao Direito Comunitário

Mónica Pinto Candéias
mpcandéias@mlgts.pt

A Comissão Nacional da Energia (CNE), criada em 1998, é actualmente a entidade reguladora responsável pelo sistema energético espanhol. Os objectivos da Comissão incluem assegurar uma concorrência efectiva no sistema energético espanhol e um funcionamento dos mercados transparente em benefício de agentes e consumidores.

A par destes objectivos, e desde 2006, a CNE é também responsável pela autorização prévia de aquisição de determinadas participações sociais em empresas que desenvolvem actividades no sector energético, assim como na aquisição de activos necessário para o desenvolvimento de actividades nesse sector. O sistema de autorização prévia tem sido aplicado, nomeadamente em processos como a oferta pública lançada pela E.ON sobre a Endesa, ou a oferta da Acciona e Enel sobre a Endesa.

Depois de ter solicitado a Espanha que alterasse o sistema de autorização prévia, por este violar disposições comunitárias, designadamente os artigos 56º e 43º do Tratado CE - liberdade de circulação de capitais e liberdade de estabelecimento -, a Comissão Europeia interpôs, em Abril de 2007, uma acção por incumprimento no Tribunal de Justiça contra a Espanha.

“O SISTEMA DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA TEM SIDO APLICADO, NOMEADAMENTE EM PROCESSOS COMO A OFERTA PÚBLICA LANÇADA PELA E.ON SOBRE A ENDESA, OU A OFERTA DA ACCIONA E ENEL SOBRE A ENDESA.”

No Acórdão de 17 de Julho de 2008¹, o Tribunal considerou que o sistema de autorização prévia à aquisição de participações sociais de empresas cuja actividade se situa no sector energético é contrário ao Direito comunitário, pois limita as liberdades fundamentais acima referidas. Desde logo, o sistema constitui uma restrição à liberdade de circulação de capitais na medida em que impede investidores, que não os estabelecidos em Espanha, de adquirirem participações sociais de empresas espanholas activas no sector

energético. Com efeito, conclui o Tribunal, este sistema dificulta e/ou limita a aquisição de participações sociais em empresas, restringindo ainda a liberdade de estabelecimento.

Recorrendo a uma vasta e constante jurisprudência sobre esta matéria, o Tribunal analisou em que medida as restrições resultantes do sistema de autorização prévia poderiam ser justificadas pelas razões mencionadas no artigo 58º do Tratado CE, ou ainda por razões imperiosas de interesse geral, tais como razões de segurança pública, desde que nos limites do Tratado, ou seja, desde que as medidas adoptadas fossem adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassem o necessário para atingir esse objectivo.

Seguindo a jurisprudência sobre esta matéria, o Tribunal lembra que restrições a liberdades fundamentais (como sejam a liberdade de circulação de capitais ou de estabelecimento) apenas são justificáveis caso não existam disposições comunitárias de harmonização que prevejam outras medidas necessárias para assegurar a protecção desses interesses. No que se refere à segurança no fornecimento de energia, o Tribunal considerou não existir uma harmonização completa, reconhecendo a segurança de fornecimento como um interesse legítimo e passível de protecção pelos Estados Membros.

No entanto, a fim de apreciar a compatibilidade das restrições impostas com o Direito Comunitário, há que examinar se estas restrições se podem justificar e se são proporcionais aos objectivos prosseguidos. Relativamente a estes dois pontos, o Tribunal considerou que a segurança pública apenas pode justificar tais restrições se existir uma ameaça séria e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade.

Neste sentido, a mera aquisição de participações sociais de uma empresa activa no sector energético, ou a mera aquisição de activos necessários à actividade nesse sector, não pode ser considerada, em si mesma, uma ameaça à segurança do fornecimento. Por outro lado, como alega a Comissão Europeia, o regime de autorização prévia não é o meio adequado à concretização do objectivo prosseguido pela legislação espanhola.

O Tribunal concluiu, ainda, que o sistema de autorização prévia não é proporcional ao objectivo

“A MERA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS DE UMA EMPRESA ACTIVA NO SECTOR ENERGÉTICO, OU A MERA AQUISIÇÃO DE ACTIVOS NECESSÁRIOS À ACTIVIDADE NESSE SECTOR, NÃO PODE SER CONSIDERADA, EM SI MESMA, UMA AMEAÇA À SEGURANÇA DO FORNECIMENTO.”

de segurança no fornecimento energético, uma vez que este sistema não limita os poderes concedidos à CNE para recusar a aquisição de participações sociais, ou impor condições, com base em razões ligadas à segurança de fornecimento energético. Pelo contrário, o sistema permite a ponderação de razões de política energética na adopção de decisões.

Finalmente, o Tribunal sublinha que um sistema de autorização prévia deve basear-se em critérios objectivos, não discriminatórios e conhecidos antecipadamente pelas empresas em causa, de modo a enquadrar o exercício do poder de apreciação das autoridades nacionais a fim de este não ser utilizado de modo arbitrário. Por outro lado, todos quanto são afectados pelas restrições em causa devem dispor dos meios de recurso adequados para revisão das decisões adoptadas. Ora, tendo em consideração o carácter genérico e impreciso das normas que atribuem poderes de autorização prévia à CNE, o Tribunal considerou existir um importante risco de o poder discricionário concedido à CNE ser dificilmente controlável pelos órgãos jurisdicionais, aumentando o risco de discriminação.

O Comissário para o Mercado Interno, Charlie McCreevey, aplaudiu esta decisão considerando-a consistente com a ideia de que “os direitos especiais não têm lugar num mercado interno”². Por outro lado, esta decisão dá um sinal claro e inequívoco aos demais Estados Membros da firme posição da Comissão Europeia e do Tribunal de Justiça contra as restrições à liberdade de circulação de capitais e de estabelecimento, sobretudo num sector sensível como o energético, no âmbito da qual a criação de um mercado único tem sofrido atrasos e reveses. ■

¹Processo C-207/07, Comissão c. Espanha. ²N.T. das declarações de Charlie McCreevey à Reuters, disponíveis em <http://uk.reuters.com/article/oilRpt/idUKL1755909420080717?sp=true>.

História interminável? - A saga Sony/BMG continua

Cláudia Coutinho da Costa
ccosta@mgts.pt

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE”)¹ anulou o acórdão do Tribunal de Primeira Instância (“TPI”)² que, por sua vez, anulava a decisão da Comissão Europeia (“Comissão”)³ relativa à operação de concentração que consiste na aquisição de controlo conjunto da empresa-comum Sony BMG pela Sony Corporation of America (“Sony”) e pela Bertelsmann AG (“Bertelsmann”).

ANTECEDENTES DO LITÍGIO

A Decisão da Comissão

Em 09.01.2004 a Sony e a Bertelsmann notificaram à Comissão a operação de concentração que consistia em agrupar, através da empresa-comum Sony BMG, as suas actividades mundiais em matéria de música gravada.

Em 24.05.2004, a Comissão enviou uma comunicação de acusações (“C.A.”) às partes, na qual concluía provisoriamente que a operação notificada era incompatível com o direito comunitário, dado que reforçava uma posição dominante colectiva, designadamente, no mercado da música gravada.

Após audição das partes, assistiu-se a uma “inversão fundamental” da posição da Comissão que aprovou a concentração sem imposição de condições ou obrigações (“Decisão”). Segundo a Comissão, a ausência de uma posição dominante colectiva poderia ser inferida através (i) da heterogeneidade do produto em causa, (ii) da falta de transparência do mercado e (iii) da inexistência de medidas de retaliação entre concorrentes.

A Independent Music Publishers and Labels Association (“Impala”), uma associação internacional que representa sociedades independentes de produção musical, interpôs recurso de anulação desta decisão para o TPI.

O acórdão do TPI

O TPI anulou a decisão da Comissão argumentado que se encontrava insuficientemente fundamentada

e viciada por erros manifestos de apreciação. Considerou igualmente que a Comissão não demonstrou a ausência de uma posição dominante colectiva preexistente, nem a inexistência de criação ou reforço dessa posição, em resultado da operação de concentração. A este propósito, importa referir o famoso *obiter dictum* do TPI, sugerindo que as condições estabelecidas no acórdão *Airtours* para apreciação da existência de uma posição dominante colectiva⁴ podem “*ser provadas indirectamente com base num conjunto de indícios e de elementos de prova que podem eventualmente ser muito heterogêneos, relativos aos sinais, manifestações e fenómenos inerentes à existência de uma posição dominante colectiva*”⁵.

Segundo o TPI, a Comissão examinou de forma superficial o risco da criação de uma posição dominante colectiva. Com efeito, o TPI esclarece que a Comissão não poderia basear-se em elementos que indicavam a inexistência de histórico de medidas de retaliação ou ameaças nesse sentido, ou na ausência de transparência do mercado, para fundamentar que da operação de concentração não resultava a criação de uma posição dominante colectiva.

Na sequência deste acórdão, sucedem-se dois procedimentos paralelos: (i) a concentração foi, uma vez mais, notificada à Comissão, reavaliada de acordo com as condições actuais de mercado e, entretanto, aprovada⁶; (ii) a Sony e a Bertelsmann interpuseram, para o TJCE, recurso de anulação do acórdão do TPI.

O ACÓRDÃO DO TJCE

O TJCE anulou o acórdão do TPI, divergindo da sugestão da Advogada-Geral Kokott⁷, considerando,

no entanto, que o litígio não estava em condições de ser julgado. Por conseguinte, remeteu o processo para o TPI.

O TJCE considerou que o TPI cometeu, na sua análise, certos erros de direito, designadamente:

- (i) Considerou certas conclusões da C.A. como sendo definitivas, sendo que este documento tem carácter processual e preparatório⁸.
- (ii) Baseou-se, para efeitos da anulação da decisão controvertida, em documentos apresentados a título confidencial pela Impala a própria Comissão não pôde utilizá-los para efeitos da adopção da referida decisão devido ao seu carácter confidencial.
- (iii) Aplicou, de forma imprópria, os critérios legais para apreciação da existência de posição dominante colectiva que resulta de coordenação tácita. O TJCE sugere que no âmbito da aplicação desses critérios, a apreciação, por exemplo, da transparência num determinado mercado não deve fazer-se de modo isolado e abstracto, mas de acordo com um mecanismo de uma hipotética coordenação tácita.

Finalmente, importa sublinhar que o TJCE confirmou não existir uma presunção geral a favor da compatibilidade das operações de concentração com o mercado comum. A Comissão estará, portanto, sujeita à mesma obrigação em matéria de prova relativamente às suas decisões de aprovação e de não aprovação de operações de concentração. O TJCE confirmou também que uma decisão da Comissão pode ser anulada devido a insuficiências de fundamentação. ■

CONCLUSÃO

O sucesso da operação de concentração Sony/BMG não é ainda definitivo: por força da remessa do processo para o TPI, deve-se-á aguardar pelo acórdão respectivo; recorde-se que a Impala recorreu da segunda decisão da Comissão. Acresce que após o acórdão do TJCE, em 08.08.08 foi notificada à Comissão a operação de concentração através da qual a Bertelsmann pretendia alienar a sua participação na Sony BMG à Sony⁹. A Comissão aprovou esta transacção em 15.09.08 pelo que, presentemente, a Sony BMG é integralmente detida pelo grupo Sony.

¹Acórdão do TJCE de 10 de Julho de 2008, *Bertelsmann e Sony Corporation of America c. Impala*, (Proc. C-413/06, ainda não publicado). ²Acórdão do TPI de 13 de Julho de 2006, *Impala c. Commission*, (Proc. T-464/04, Colect., p.II-2289). ³Decisão C(2004) 2815 da Comissão, de 19 de Julho de 2004 (Proc. COMP/M.3333 - Sony/BMG). ⁴Acórdão do TPI de 6 de Junho de 2002, *Airtours c. Commission*, (Proc. T-342/99, Colect., p.II-2585). As três condições que deverão estar reunidas para que uma situação de posição dominante possa ser criada são as seguintes: (i) cada membro do oligopólio dominante deve poder conhecer o comportamento dos outros membros, a fim de verificar se adoptam ou não a mesma linha de acção; (ii) é necessário que a situação de coordenação tácita possa manter-se no tempo, quer dizer, deve existir um incitamento ao não afastamento da linha de conduta comum no mercado; (iii) a reacção previsível dos concorrentes actuais e potenciais bem como dos consumidores não põe em causa os resultados esperados da linha de acção comum. ⁵Acórdão do TPI de 13 de Julho de 2006, *Impala c. Commission*, atrás referido na nota de rodapé 2, § 251. ⁶Decisão da Comissão C (2007) 4507 de 3 de Outubro de 2007, (Proc. COMP/M.3333 - Sony/BMG). Por sua vez, a Impala interpôs, para o TPI, recurso de anulação desta segunda decisão (Proc. T- 229/08 *Impala c. Comissão*). ⁷Conclusões da Advogada-Geral Kokott no Proc. C-413/06, apresentadas em 13 de Dezembro de 2007, que propunha que o TJCE declarasse o recurso improcedente. ⁸O TJCE clarifica que “a Comissão tem de levar em conta os elementos decorrentes do procedimento administrativo no seu todo, quer para renunciar às acusações que não têm fundamento, quer para organizar e completar, tanto no que diz respeito à apreciação dos factos como do direito, a argumentação que fundamenta as acusações por ela feitas. Assim, a C.A. não impede a Comissão de modificar a sua posição em benefício das empresas em causa. A Comissão não está vinculada à manutenção das apreciações de facto ou de direito efectuadas nesse documento. Pelo contrário, deve fundamentar a sua decisão final com as suas apreciações definitivas baseadas nos resultados da totalidade do seu inquérito no estado em que se apresentavam na data em que foi encerrado o procedimento formal. (...) No entanto o TPI não está necessariamente impedido de utilizar a C.A. para proceder à interpretação de uma decisão da Comissão, particularmente no que diz respeito ao carácter correcto, completo e fiável análise da base factual.” Cfr. Acórdão do TJCE de 10 de Julho de 2008, *Bertelsmann e Sony Corporation of America c. Impala*, atrás referido na nota de rodapé 1, §§ 63, 64 e 69. ⁹Processo COMP/M.5272 - Sony/Sony BMG. De acordo com as informações públicas a Sony pretende renomear a Sony BMG para *Sony Music Entertainment*.



Comissão Europeia aprova uma das maiores Operações de Concentração na Indústria da Internet

Carlos Montenegro da Conceição
cmconceicao@mlgts.pt

Em 11 de Março de 2008, a Comissão Europeia adoptou, ao abrigo das normas do Regulamento Comunitário das concentrações, uma decisão¹ mediante a qual aprova a aquisição, no valor de 3.1 mil milhões de dólares, da DoubleClick Inc. ("DoubleClick") pela Google Inc. ("Google"). A operação de concentração resultou da compra de todas as acções da Click Holding Corp. (sociedade-mãe da DoubleClick) pela Google. Após uma investigação aprofundada, a Comissão Europeia considerou a operação compatível com o mercado comum.

A **Google** gere o motor de pesquisa mais utilizado na *internet* e fornece espaços publicitários em linha nos seus endereços de *internet*, bem como em endereços de *internet* Web dos seus parceiros (filiais na rede Google). Os principais concorrentes desta empresa são a Yahoo! e a Microsoft. Para além disso, a Google iniciou, recentemente, a disponibilização de conteúdos de vídeo através do YouTube. A **DoubleClick** é um *player* à escala mundial na área das tecnologias de apresentação de anúncios, gestão de publicidade e medição de audiências a editores de endereços de *internet*, anunciantes e agências de publicidade.

Neste contexto, a Comissão Europeia considerou, como mercados relevantes, o mercado global da publicidade *online* e o mercado das tecnologias para a publicidade *online*.

Por sua vez, devido à complexidade das actividades desenvolvidas pelas partes abrangidas na

transacção, a Comissão Europeia decidiu iniciar a referida investigação aprofundada da operação de concentração (fase II). Nesta fase, a entidade comunitária centrou a sua análise em dois pontos: os efeitos horizontais e os efeitos não horizontais da operação de concentração.

Quanto aos **efeitos horizontais**, a Decisão reconhece que nem a DoubleClick está activa no mercado do fornecimento de espaços publicitário *online* nem a Google disponibiliza ferramentas de publicidade *online*. A Comissão Europeia também considerou que mesmo que a DoubleClick permaneça como uma entidade autónoma, após a concretização da operação de concentração, e se transforme num operador importante no mercado da intermediação de anúncios, esta operação não afecta o mercado, na medida em que continuarão a existir entidades que asseguram a concorrência. Assim, com base nestes argumentos, a Decisão reconhece que não existe concorrência efectiva entre ambas as empresas.

Relativamente aos **efeitos não horizontais** da operação de concentração, em particular as relações estabelecidas a este nível entre as partes, as questões jus-concorrenciais mais pertinentes surgiram: (i) da posição da DoubleClick no mercado da publicidade *online* e os possíveis efeitos que o controlo da Google sobre a DoubleClick poderia gerar em termos dos custos da publicidade *online* para outros intermediários; (ii) da posição da Google nos mercados da publicidade associada à pesquisa *online* e dos serviços de intermediação publicitária e a possibilidade da Google utilizar a

sua posição para influenciar os seus clientes na escolha dos produtos da DoubleClick; e (iii) do aparente efeito de encerramento do mercado provocado pela integração dos activos da DoubleClick na Google, especificamente, na fusão das bases de dados de ambas as empresas que poderiam conceder uma vantagem competitiva à Google, face aos respectivos concorrentes, na análise dos clientes dos serviços *online*.

A Comissão Europeia conclui, no entanto, que os editores dos endereços de *internet*, anunciantes e agências de publicidade podem escolher entre diversos concorrentes verticalmente integrados, que apresentam uma base sólida no mercado, como por exemplo a Microsoft, Yahoo! ou AOL. Por outro lado, a posição da Google, no mercado da publicidade associada à pesquisa *online*, foi considerada irrelevante, não tendo sido possível aferir se a entidade que resulta da operação de concentração poderia impor alterações contratuais aos seus clientes e, concomitantemente, conceder uma vantagem competitiva à Google na análise dos clientes dos serviços *online*. ■

Em síntese, a Comissão Europeia decidiu aprovar a concentração, na medida em que os dois mercados em análise - mercado global de publicidade e o mercado das tecnologias para a publicidade *online* - não sofrem alterações significativas ao nível da concorrência efectiva ou potencial.

Atribuição do Prémio Jacques Delors 2008 a Advogada da equipa de Direito Europeu e da Concorrência da MLGTS

Mariana de Sousa e Alvim
msalvim@mlgts.pt

Mariana de Sousa Alvim recebeu recentemente o Prémio Jacques Delors, atribuído pelo Centro de Informação Europeia Jacques Delors e patrocinado pelo Banco de Portugal e Fundação Calouste Gulbenkian, pela excelência no estudo académico desenvolvido na área do Direito da União Europeia, sob o tema "A tutela judicial provisória dos particulares no âmbito do Direito Comunitário". A cerimónia de entrega do Prémio, presidida pelo Secretário dos Assuntos Europeus, teve lugar a 30 de Junho de 2008, no Palácio das Necessidades. ■



Mariana de Sousa Alvim

¹Cfr. http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf (10.09.2008).

Autoridade da Concorrência aplica coima de 2,1 milhões de euros à PT Comunicações por Abuso de Posição Dominante

Alberto Saavedra
asaavedra@mlgts.pt

No passado dia 1 de Setembro, o Conselho da Autoridade da Concorrência anunciou ter imposto uma coima de 2,1 milhões de euros à PT Comunicações pela violação do art. 6.º, n.º 1 e n.º 2 e do art. 4.º, n.º 1, als. c) e e) da Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), bem como do art. 82.º do Tratado CE. O abuso de posição dominante consistiu na definição e aplicação de um sistema de descontos no tarifário de aluguer de circuitos por parte desta empresa, durante o período de Março de 2003 a Março de 2004¹.

Na determinação da medida da coima foram tidas em linha de conta como circunstâncias atenuantes a duração do abuso que cessou após um ano de vigência e a prévia decisão de não oposição à entrada em vigor do tarifário por parte do ICP-ANACOM, a autoridade de regulação e supervisão das comunicações em Portugal. Como circunstância agravante foi considerada a susceptibilidade de afectação do comércio intra-comunitário. ■

Alteração dos tribunais de recurso em matéria de concorrência

Inês Gouveia
igouveia@mlgts.pt

A publicação, no passado mês de Agosto, de um novo regime de organização e funcionamento dos tribunais judiciais (Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto) vem consagrar importantes modificações às normas da Lei da Concorrência relativas à competência jurisdicional para o conhecimento de recursos de decisões em matéria de concorrência. As referidas modificações assentam numa descentralização das competências jurisdicionais, atribuindo aos juízos de comércio dos tribunais de comarca a competência - anteriormente cometida exclusivamente ao Tribunal

de Comércio de Lisboa - para a apreciação de recursos de decisões da Autoridade da Concorrência em processos contra-ordenacionais, em processos administrativos, bem como de recursos de decisões ministeriais (extraordinárias) de aprovação de operações de concentração.

Atento o regime experimental adoptado para aplicação da Lei n.º 52/2008, as modificações referidas entrarão em vigor em 2 de Janeiro de 2009, mas serão aplicáveis apenas nas comarcas piloto elegidas, durante um período experimental que decorrerá até 31 de Agosto de 2010. ■

Comissão Europeia adopta nova Comunicação sobre Auxílios Estatais ao sector do Transporte Ferroviário

Mariana de Sousa e Alvim
msalvim@mlgts.pt

A Comunicação da Comissão Europeia sobre auxílios estatais às empresas de transporte ferroviário foi recentemente publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 22 de Julho de 2008. Estas orientações comunitárias interpretam os artigos 73.º e 87.º do Tratado CE no que respeita a auxílios públicos destinados a empresas de transporte ferroviário.

A adopção desta Comunicação ocorre no contexto da abertura do transporte ferroviário à concorrência. Assim, estas orientações encontram-se associadas ao processo de modernização do regime europeu de auxílios de Estado, tal como consagrado pela Comissão Europeia no Plano de Acção sobre auxílios de Estado, de 7 de Junho de 2005 [cfr. "Less and better targeted State aid: a road map for State aid reform 2005-2009", SEC (2005) 795].

Ao abrigo destas orientações, a Comissão Europeia pretende estabelecer, de forma equilibrada, derrogações específicas em matéria de auxílios de Estado ao transporte ferroviário apresentando, simultaneamente, um sinal de convergência e de aproximação deste sector face ao regime geral de auxílios de Estado aplicável a todos os sectores económicos abertos à concorrência no âmbito do mercado comum. ■

Projecto de Formulário de Notificação de Concentrações submetido a consulta pública

Margarida Rosado da Fonseca
margarida.rfonseca@mlgts.pt

Em 15 de Maio último a Autoridade da Concorrência lançou uma consulta pública sobre um projecto de formulário de notificação de concentrações que modifica o actual (anexo ao Regulamento 2/E/2003, do Conselho da Autoridade). Esta iniciativa é tanto mais bem-vinda quanto o regime legal sobre controlo das concentrações tem especificidades que aconselham uma clarificação acrescida da informação solicitada no formulário e um cuidado equilíbrio entre a necessidade de prestação de

informação detalhada e o ónus que isso acarreta para as entidades notificantes: o prazo-limite para notificação da concentração é de 7 dias úteis e um dos dois critérios alternativos que resultam na obrigatoriedade de notificação é a quota de mercado pós-concentração ser de 30%, frequentemente resultando em incerteza jurídica. O projecto tem a vantagem de melhorar a sistematização da informação solicitada mas tem a desvantagem de aumentar o âmbito e complexidade da mesma informação. ■

"O PROJECTO TEM A VANTAGEM DE MELHORAR A SISTEMATIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO SOLICITADA MAS TEM A DESVANTAGEM DE AUMENTAR O ÂMBITO E COMPLEXIDADE DA MESMA INFORMAÇÃO."

¹Cfr. Comunicado n.º 15/2008 *Autoridade da Concorrência condena a PT Comunicações por Abuso de Posição Dominante*. http://www.concorrenca.pt/download/comunicado2008_15.pdf.

Autoridade da Concorrência investiga o mercado retalhista dos combustíveis

Mariana de Sousa e Alvim
msalvim@mlgts.pt

Ministro da Economia e da Inovação solicitou à Autoridade da Concorrência, a 30 de Abril de 2008, nos termos e para os efeitos do artigo 6.º, n.º 2, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, a realização de um estudo aprofundado sobre os sucessivos aumentos de preços dos combustíveis no retalho (gasolina e gasóleo) que se têm verificado em Portugal desde o início de 2008. O estudo solicitado pelo Governo à Autoridade teve por desiderato avaliar se a formação dos preços dos combustíveis no retalho estava a ocorrer em desconformidade com as normas de Direito da Concorrência. Neste contexto, a 3 de Junho de 2008, a Autoridade da Concorrência entregou ao Governo o estudo sobre o mercado

retalhista dos combustíveis e o Presidente da Autoridade da Concorrência esteve presente numa sessão Parlamentar para informar directamente os deputados da Assembleia da República sobre as principais conclusões da investigação levada a cabo. A Autoridade da Concorrência concluiu, em termos gerais, que não existem, contudo, elementos que demonstrem ou indiciem a existência de práticas concertadas entre as empresas petrolíferas ou a imposição de preços excessivos - em violação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, respectivamente, ou das disposições nacionais equivalentes [artigos 4, n.º 1, e 6.º da Lei da Concorrência].

No seguimento do referido estudo, a Autoridade

da Concorrência solicitou às empresas activas no mercado retalhista dos combustíveis - com destaque para as empresas petrolíferas - o envio de um conjunto adicional de informação sobre as condições de funcionamento do referido mercado, abrangendo as diferentes fases da cadeia vertical desde a produção/importação até à venda ao público de combustíveis líquidos e gasosos. Estes dados serão disponibilizados pelas empresas à Autoridade com uma regularidade mensal e reportados ao mês anterior, a partir de 30 de Setembro, permitindo-se assim que a Autoridade realize um acompanhamento regular e aprofundado do mercado retalhista dos combustíveis em Portugal. ■

Contribuição dos Advogados da MLGTS para o XXIII Congresso FIDE, em Linz

Margarida Rosado da Fonseca
margarida.rfonseca@mlgts.pt

sócio Carlos Botelho Moniz e a associada principal Margarida Rosado da Fonseca foram os autores do relatório relativo a Portugal sobre o tema "A Modernização do Direito da Concorrência Comunitário: Primeiras experiências à luz do Regulamento 1/2003". Trata-se de um dos três temas que foram discutidos

no XXIII Congresso FIDE, que teve lugar nos dias 28 a 31 de Maio de 2008 em Linz, sob o patrocínio do Presidente da República Austríaco, Heinz Fischer. A *Fédération Internationale pour le Droit Européen* ("FIDE") é a organização-mãe da qual fazem parte todas as associações nacionais de Direito Europeu dos Estados-membros da UE

(em Portugal, a Associação Portuguesa de Direito Europeu). A preparação dos trabalhos para os congressos bienais implica a elaboração, por parte de académicos, magistrados, advogados e membros das instituições comunitárias e nacionais previamente seleccionados, de relatórios sobre temas de Direito Comunitário escolhidos pela FIDE. ■

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 | 226 052 380
Fax: (+351) 226 163 810 | 226 052 399
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

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

www.mlgts.pt