

NESTA EDIÇÃO

ARTIGOS

Proibição da concentração Ongoing / Prisa / Media Capital

AdC proíbe operação Ongoing / Prisa / Media Capital - reflexões sobre a decisão adoptada em função do parecer vinculativo da ERC

2

AdC condena ordem profissional por abuso de posição dominante

Pela primeira vez Autoridade da Concorrência condena ordem profissional por abuso de posição dominante

3

PT vence recurso interposto de decisão da AdC

Portugal Telecom vence recurso interposto de decisão da Autoridade da Concorrência

4

Comissão aplica procedimento por transacção em cartel de fixação de preços

Comissão Europeia aplica, em cartel de fixação de preços, pela primeira vez, o procedimento por transacção com as empresas envolvidas

5

Política eficaz de *compliance* com as regras de concorrência

Contributos para uma política eficaz de *compliance* com as regras de concorrência

6

Novo Regulamento relativo à distribuição automóvel e serviços de pós-venda

Comissão adopta novo regulamento relativo à distribuição automóvel e serviços de pós-venda

7

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL

MATTOS FILHO ADVOGADOS

Poder de controle e influência dominante na jurisprudência brasileira

8

NOTÍCIAS BREVES

Novo regime aplicável às relações comerciais verticais em vigor desde 1.06.2010

9



EUROPEU
E
CONCORRÊNCIA



AdC proíbe operação Ongoing / Prisa / Media Capital - reflexões sobre a decisão adoptada em função do parecer vinculativo da ERC

Carlos Botelho Moniz / Mónica Pinto Candeias
cmoniz@mlgts.pt / mpcandeias@mlgts.pt

Fm 8 de Outubro de 2009, foi notificada à Autoridade da Concorrência (“AdC”) uma operação de concentração que consiste na aquisição do controlo conjunto do Grupo Media Capital pelas sociedades Ongoing e Vertex, na sequência da celebração de um contrato de compra e venda de acções e de um acordo parassocial celebrado entre o Grupo Prisa e a Ongoing.

Nos termos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (“LdC”), em concentrações que tenham lugar em mercados objecto de regulação sectorial, como o sector da comunicação social, a AdC está obrigada a solicitar parecer à correspondente autoridade reguladora, em momento prévio à adopção de uma decisão final (*ex vi* artigo 39.º da LdC), o que veio a suceder a 13 de Outubro de 2009.

Ponderados os diversos aspectos e consequências resultantes da transacção, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (“ERC”) aprovou, em 10 de Fevereiro de 2010, por unanimidade, um parecer, nos termos do qual manifesta a sua «*oposição ao projecto de operação concentração notificado enquanto a Ongoing não efectivar a venda - a favor de entidade relativamente à qual comprove perante a ERC, documentadamente, não estar, de forma directa ou indirecta, em qualquer relação jurídico-contratual, nomeadamente societário de qualquer tipo - de um número de acções representativas do capital social da Empresa que torne a sua participação nesta sociedade sempre inferior a 1% do capital social, ficando a Ongoing impedida de (i) aumentar a sua participação no capital social das Empresas para além do referido limite e de (ii) interferir, directa ou indirectamente, isolada ou conjuntamente com outros accionistas, nos assuntos internos da Empresa, sociais, editoriais ou de qualquer outra natureza, enquanto mantiver a qualidade de accionista da Media Capital.*».

Sem prejuízo dos demais argumentos aduzidos pela ERC para fundamentar a sua posição, salientamos (i) os riscos para o pluralismo e diversidade dos meios de comunicação social decorrentes da presença simultânea da Ongoing no capital social da Empresa e da Media Capital, e (ii) o aumento significativo do risco de interferência na independência e na

autonomia dos jornalistas e restantes profissionais da comunicação social, uma vez que as sociedades participadas são proprietárias dos dois únicos operadores privados de televisão em sinal aberto em Portugal, e com ampla e diversa actividade noutros subsectores da comunicação social. Face ao teor do parecer da ERC, a AdC entendeu encontrar-se legalmente vinculada à adopção de uma decisão de oposição à operação de concentração com base nos artigos 107.º do Código de Procedimento Administrativo (“CPA”), 39.º da LdC e 4.º n.º 2 da Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto (Lei da Televisão), o que veio a suceder no dia 30 de Março de 2010.

Tanto quanto nos é permitido conhecer, esta foi a primeira vez que a Autoridade da Concorrência adoptou uma decisão de oposição a uma concentração com base num parecer vinculativo negativo emitido por uma entidade reguladora sectorial, no âmbito na actual Lei da Concorrência.

Sem entrar em considerações quanto ao mérito ou aos argumentos do parecer da ERC, analisaremos a opção jurídica da AdC quanto à forma da decisão que veio a adoptar em face do conteúdo negativo do parecer da ERC, a qual nos suscita algumas dúvidas relativamente à sua adequação em face do disposto na lei.

Não ausência de uma indicação clara e precisa da lei relativamente às consequências de um parecer negativo, vinculativo e obrigatório no procedimento de controlo de concentrações, resta-nos, por força do artigo 30.º da LdC, procurar no procedimento administrativo uma resposta adequada, tendo em conta a ponderação dos diversos interesses em causa: por um lado, na perspectiva da ERC importa assegurar a pluralidade dos meios de comunicação social, encontrando-se, por seu turno, a AdC legalmente vinculada a adoptar uma decisão baseada em considerações *jusconcorrenciais* (*vide* artigos 35.º e 37.º da LdC), à luz de critérios jurídico-económicos estabelecidos no artigo 12.º da LdC.

Considerando o disposto na LdC quanto à obrigatoriedade do pedido de parecer da ERC, e ao valor que a Lei da Televisão atribuí ao sentido

deste parecer, tendemos a considerar, como elemento determinante, que os pareceres vinculativos e obrigatórios, quando emitidos, impõem sobre a instância decisória uma obrigação de acatar as suas conclusões, homologando-os ou transpondo-os para a fundamentação da sua decisão.

Resulta deste entendimento que, face a um parecer vinculativo negativo, o objecto do procedimento torna-se impossível, não podendo, por isso, o procedimento prosseguir os seus termos. Deste modo, perante um parecer negativo da ERC, parece-nos mais adequado a adopção de uma decisão de extinção do procedimento, desconsiderando em absoluto a condicionalidade do parecer da ERC na respectiva decisão, nos termos e para os efeitos do artigo 112.º do CPA. Ou seja, mesmo que a Ongoing viesse a proceder à alienação da participação que detém na Empresa, a concretização da operação de concentração dependeria sempre de nova notificação à AdC após a satisfação da condição imposta pela ERC, e portanto de um novo procedimento de controlo de concentrações que incluiria, entre o mais, um novo pedido de parecer à ERC nos termos do artigo 39.º da LdC, uma vez que o actual procedimento teria sido objecto de uma decisão de extinção, como consequência inelutável da oposição da ERC.

Com efeito, a solução ora aventada não nos afasta do resultado a *final* obtido com a decisão adoptada pela AdC, mas antes da forma que a mesma reveste, uma vez que, nenhuma disposição da LdC parece permitir a esta autoridade adoptar uma decisão de oposição na fase de instrução (*vide* artigo 35.º da LdC), ou por razões diversas das constantes do artigo 35.º da LdC.

Assim, num caso como o presente, em que a AdC não prosseguiu com a apreciação *jusconcorrencial* que lhe permitiria determinar se a operação de concentração seria, ou não, susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual pudessem resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste e decidir em conformidade, a adopção de uma decisão de extinção do procedimento parece ser a solução que melhor articula as normas e princípios subjacentes à LdC e ao CPA. ■

Pela primeira vez Autoridade da Concorrência condena ordem profissional por abuso de posição dominante

Margarida Rosado da Fonseca
margarida.rfonseca@mgts.pt

Fm 18 de Maio último a Autoridade da Concorrência (“Autoridade”) condenou a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (“OTOC”)¹ por práticas lesivas da concorrência no mercado da formação obrigatória dos Técnicos Oficiais de Contas e aplicou-lhe uma coima no valor de 229,3 mil euros. Da decisão da Autoridade cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa.

Segundo a Autoridade, uma das duas violações da Lei da Concorrência (Lei N.º 18/2003, de 11 de Junho) consiste no abuso da posição dominante detida pela OTOC no mercado acima referido. É a primeira vez que a Autoridade condena uma ordem profissional por este tipo de prática.

AS CONDUTAS CONDENADAS PELA AUTORIDADE

Em 12 de Julho de 2007 foi publicado o Regulamento de Formação de Créditos, da autoria da OTOC, que criou o mercado da formação obrigatória para o exercício da actividade de Técnico Oficial de Contas (“TOC”). Segundo a Autoridade, através deste Regulamento a OTOC terá efectuado uma segmentação artificial do mercado da formação e terá reservado para si própria o exclusivo da prestação de um terço da formação obrigatória, tendo ainda estipulado critérios próprios para a admissão de outras entidades formadoras e para a aprovação das suas acções de formação.

A Autoridade considerou provadas duas violações de disposições legais da Lei da Concorrência para

O PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO DAS PRÁTICAS DA OTOC SURTIU NA SEQUÊNCIA DE UMA DENÚNCIA ANÓNIMA.

sancionar o comportamento da OTOC. Com efeito, por um lado e na qualidade de associação de empresas, a OTOC adoptou uma decisão (a da criação do mercado acima referido com as características acima mencionadas através do Regulamento) que teve como objecto e efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência (violando o art.º 4.º da Lei da Concorrência). Por outro lado, a Autoridade constatou que, não obstante a OTOC ser a entidade reguladora da profissão de TOC, a mesma tem vindo a concorrer num mercado que ela própria segmentou e no qual, através do referido Regulamento, decidiu a entrada de concorrentes segundo critérios próprios, cobrando taxas quer pelo acesso ao mercado, quer pelo exercício da sua actividade. A Autoridade considerou assim igualmente provado o abuso de posição dominante neste mercado pela OTOC.

Da decisão da Autoridade cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa.

Nos últimos anos a Autoridade condenou ordens profissionais pela fixação de honorários mínimos (decisão de Agosto de 2005 respeitante à Ordem dos Médicos Dentistas) e imposição de tabela de preços (mínimos e máximos) no exercício da actividade (decisão de Maio de 2006 respeitante à Ordem dos Médicos), no contexto da regulação que as mesmas exerciam. Mas até ao presente nunca havia condenado uma ordem profissional pelo exercício abusivo da sua actividade com natureza comercial num contexto em que a mesma estivesse em concorrência com os sujeitos objecto da regulação que a referida ordem está legalmente habilitada a exercer sobre o mercado.

Segundo a Autoridade, o processo de investigação das práticas da OTOC surgiu na sequência de uma denúncia anónima, a qual posteriormente terá sido reiterada pela APOTEC - Associação Portuguesa dos Técnicos de Contabilidade.

É A PRIMEIRA VEZ QUE A AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA CONDENOU UMA ORDEM PROFISSIONAL POR ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE.

A FIGURA DO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

O abuso de posição dominante deve-se à utilização indevida por parte de uma empresa do respectivo poder de mercado e tem carácter objectivo (a sua constatação não depende da intenção da mesma). O abuso pode decorrer quer de práticas discriminatórias (como é o caso da fixação não equitativa de preços e da aplicação de condições comerciais discriminatórias a prestações equivalentes), quer de práticas exclusórias (que visam impedir as empresas concorrentes de desenvolverem a actividade económica em causa em igualdade de circunstâncias e porventura conduzindo-as à exclusão do mercado) ou de ambos os tipos de práticas. Tanto no contexto nacional - à luz da Lei da Concorrência -, como no contexto comunitário (Art.º 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) o abuso de posição dominante constitui uma prática proibida e sujeita à imposição de coimas que podem ascender a montantes substanciais.

SANÇÕES ACESSÓRIAS APLICADAS PELA AUTORIDADE

A Autoridade ordenou ainda à OTOC que adoptasse as providências necessárias à cessação das práticas em causa e fixou uma sanção pecuniária compulsória para a eventualidade de a OTOC não acatar a decisão da Autoridade. Por último, ordenou à OTOC a publicação de um extracto da mesma na 2ª série do Diário da República e em jornal com cobertura nacional. ■

¹A Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas foi criada pelo Decreto-Lei N.º 452/99, de 5 de Novembro, que aprovou o Estatuto respectivo e até 26 de Outubro de 2009, data da publicação do Decreto-Lei N.º 310/2009, que alterou os mesmos Estatutos, designava-se por “Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas”.



Portugal Telecom vence recurso interposto de decisão da Autoridade da Concorrência

Gonçalo Machado Borges /
Cláudia Coutinho da Costa
gmb@mlgts.pt / ccosta@mlgts.pt

“QUANTO À MATÉRIA DE FACTO, A SENTENÇA DEU POR CONFIRMADOS, EM VÁRIOS ASPECTOS, OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA.”

 Tribunal do Comércio de Lisboa (TCL) anulou recentemente uma decisão da Autoridade da Concorrência, de 2007, que havia imposto à PT Comunicações uma coima de 38 milhões de euros.

Em Agosto de 2007 a Autoridade da Concorrência (AdC) aplicou uma coima à PT Comunicações por esta ter recusado conceder acesso às suas condutas a dois operadores de cabo concorrentes. A decisão da AdC, e a coima aplicada, foram agora anuladas pelo TCL, por decisão de Março de 2010.

Quanto à matéria de facto, a sentença deu por confirmados, em vários aspectos, os fundamentos da decisão recorrida. O Tribunal concluiu, designadamente, que a PT Comunicações recusou o acesso a condutas nas quais sabia existir espaço físico suficiente para a instalação de cabos dos seus concorrentes, não sendo as recusas justificadas por motivos técnicos ou de custos para a própria.

Relativamente à política de acesso a infra-estruturas do grupo PT, esta baseou-se alegadamente na necessidade de reservar, pelo menos, duas condutas vagas em cada troço, para fins de manutenção e (a partir de 2002) expansão de rede. Quanto a este ponto, o Tribunal considerou que as justificações da PT Comunicações para fundamentar as recusas de acesso nem sempre eram uniformes quanto ao número de condutas vagas a reservar ou às razões para tal critério. Ficou ainda provado que, em várias zonas da rede da Portugal Telecom, foram instalados cabos em troços onde não existiam tubos de conduta vagos.

Acresce, ainda, que a construção de infra-estrutura própria para a instalação de cabos (tendo em

“A DECISÃO CONCLUIU NÃO TER HAVIDO PROVA SUFICIENTE DA INEXISTÊNCIA DE ALTERNATIVAS CONCRETAS À REDE DE CONDUTAS SUBTERRÂNEAS DA PT.”

vista a prestação de serviços de televisão por subscrição, Internet de banda larga e serviço fixo de telefone) foi considerada como não sendo uma solução alternativa global para a construção de uma rede de cabo devido a limitações relativas à ocupação de solos e aos custos de construção subjacentes.

No entanto, a sentença do TCL focou-se essencialmente na questão de saber se as condutas da PT Comunicações deveriam, ou não, ser consideradas uma infra-estrutura essencial nos locais e troços concretos em que o acesso solicitado foi recusado. Neste ponto, embora o Tribunal tenha considerado que uma replicação total da extensa rede de condutas subterrâneas da Portugal Telecom não constituiria uma alternativa viável (nomeadamente devido aos custos subjacentes a esse processo), a decisão concluiu não ter havido prova suficiente da inexistência de alternativas concretas à rede de condutas subterrâneas da PT. Por conseguinte, o TCL concluiu não poder considerar essenciais as infra-estruturas em causa a nível local.

Em consequência, a decisão da Autoridade e a coima aplicada foram anuladas e a PT Comunicações absolvida. A AdC interpôs, entretanto, recurso desta sentença para o Tribunal da Relação de Lisboa. ■

“A SENTENÇA DO TCL FOCOU-SE ESSENCIALMENTE NA QUESTÃO DE SABER SE AS CONDUTAS DA PT COMUNICAÇÕES DEVERIAM, OU NÃO, SER CONSIDERADAS UMA INFRA-ESTRUTURA ESSENCIAL NOS LOCAIS E TROÇOS CONCRETOS EM QUE O ACESSO SOLICITADO FOI RECUSADO.”

Comissão Europeia aplica, em cartel de fixação de preços, pela primeira vez, o procedimento por transacção com as empresas envolvidas

Eduardo Maia Cadete
maiacadete@mlgts.pt

A Comissão Europeia adoptou, em 19 de Maio de 2010, pela primeira vez, o PROCEDIMENTO POR TRANSACÇÃO (por acordo com as empresas envolvidas) num cartel de fixação de preços que envolveu dez empresas produtoras de memórias para computadores, ou DRAMs, utilizadas em computadores e servidores.

I. ENQUADRAMENTO DO PROCEDIMENTO POR TRANSACÇÃO

O PROCEDIMENTO POR TRANSACÇÃO encontra-se regulado na Comunicação 2008/C 167/01 (JOUE de 2.7.2008). Este procedimento não deve ser confundido com o REGIME DA CLEMÊNCIA, reflectido na Comunicação 2006/C 298/11 (JOUE de 8.12.1996), sendo que este último tem por base a apresentação voluntária de informações ou elementos de prova à Comissão Europeia a fim desta desencadear ou fazer avançar materialmente uma investigação por infracção ao artigo 101.º do TFUE, ao abrigo do qual a empresa pode beneficiar de imunidade total à aplicação de coimas. Enquanto o PROCEDIMENTO POR TRANSACÇÃO é dirigido às empresas que estão dispostas a reconhecer, num processo de inquérito já iniciado e em sede de conversações com a Comissão Europeia, a sua participação num cartel que configure uma violação do artigo 101.º do TFUE, podendo, nesse âmbito, beneficiar de uma redução de 10% sobre o montante da coima a aplicar no final do procedimento.

PROCEDIMENTO POR TRANSACÇÃO só é, no entanto, desencadeado, pela Comissão Europeia no seguimento de um pedido formulado por escrito pelas empresas em causa, devendo este ser apresentado na fase de inquérito e antes da adopção de uma Nota de Ilicitude pela Comissão Europeia contra as empresas em causa. Formulado o pedido, e caso a Comissão considere oportuno encetar o PROCEDIMENTO POR TRANSACÇÃO, são estabelecidos contactos entre a Comissão e as empresas interessadas na transacção, beneficiando a Comissão Europeia do poder discricionário de

determinar, no decurso das conversações, o momento adequado para revelar às empresas informações sobre o processo, incluindo elementos de prova, qualificação jurídica dos factos, gravidade e duração da alegada infracção, imputação de responsabilidades a cada uma das empresas envolvidas e estimativa do montante das coimas que pondera aplicar.

A empresa no decurso das conversações tendentes à obtenção de um acordo com os serviços da Comissão Europeia deve apresentar uma proposta definitiva de acordo. Caso a referida proposta não seja formulada, o processo seguirá os seus trâmites normais e é cumulativamente cessado o procedimento que tem por objecto a transacção.

A proposta de acordo definitivo da empresa, para poder ser considerada válida pela Comissão Europeia, deve preencher os seguintes requisitos: (a) reconhecimento em termos inequívocos pela empresa da sua responsabilidade no comportamento ilícito, suportada em factos concretos; (b) indicação do montante máximo da coima que a empresa prevê que lhe seja aplicada; (c) confirmação pela empresa de que lhe foram facultadas informações suficientes sobre os comportamentos ilícitos que são objecto da investigação e que a mesma beneficiou da possibilidade efectiva de contraditar esses elementos; e (d) confirmação pela empresa de que não solicitará acesso aos elementos do processo, excepto no caso de a Comissão não reflectir a sua proposta de acordo definitivo na Nota de Ilicitude e na Decisão Final que vier a adoptar.

A proposta de acordo definitivo apresentada pela empresa deve ser materialmente reflectida pela Comissão Europeia na Nota de Ilicitude, sendo que após a resposta da empresa à Nota de Ilicitude, confirmando o seu interesse em chegar a acordo com a Comissão, esta pode adoptar a decisão final.

Ao abrigo deste regime uma empresa pode beneficiar de uma redução de 10% sobre o

montante da coima aplicável, sendo esta atenuação da coima cumulável com eventuais reduções de coima resultantes da aplicação do REGIME DA CLEMÊNCIA, quando este procedimento também tenha sido activado de forma adequada pela empresa junto da Comissão Europeia.

II. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO POR TRANSACÇÃO AO CARTEL DE PREÇOS DAS MEMÓRIAS PARA COMPUTADOR (DRAMs)

A Comissão aplicou o PROCEDIMENTO POR TRANSACÇÃO neste processo de cartel de preços aplicando, na sua decisão de 19 de Maio de 2010, uma coima global de 331 milhões de euros às empresas SAMSUNG, HYNIX, INFINEON, NEC, HITACHI, MITSUBISHI, TOSHIBA, ELPIDA e NANYA. A decisão foi também dirigida à MÍCRON, mas dado que esta empresa revelou a existência do cartel à Comissão, a mesma beneficiou de imunidade total à aplicação de coima - ao abrigo do também já mencionado REGIME DA CLEMÊNCIA.

Neste processo, supostamente por se tratar do primeiro em que foi aplicado o procedimento por transacção, todas as empresas envolvidas beneficiaram da redução de 10% sobre o montante da coima, prevista na Comunicação, eventualmente como forma de a Comissão Europeia incentivar empresas envolvidas em outros processos associados a práticas de cartelização a recorrerem a este mecanismo.

Saliente-se, por último, que a decisão final da Comissão, que ponha termo a um processo no qual o PROCEDIMENTO POR TRANSACÇÃO tenha sido utilizado, continua a ser susceptível de recurso de anulação para o Tribunal Geral da União Europeia. ■



Contributos para uma política eficaz de *compliance* com as regras de concorrência

Inês Gouveia
igouveia@mlgts.pt

Nos últimos anos, um número crescente de empresas nos mais variados sectores de actividade tem procurado incrementar o seu grau de consciencialização para o direito da concorrência, mediante a implementação de políticas internas de cumprimento das respectivas regras - *competition compliance* - frequentemente materializadas na adopção de *programas de concorrência*.

Uma pesquisa recente levada a cabo pelo Office of Fair Trading ("OFT") no Reino Unido em torno da implementação prática de políticas de cumprimento do direito da concorrência veio lançar luz sobre os factores de sucesso e insucesso na execução de programas de concorrência e identificar um conjunto de boas práticas na implementação de uma política de *compliance* com as regras de concorrência¹.

Em regra, a política de *competition compliance* é parte integrante da abordagem geral da empresa às questões de governo das sociedades e responsabilidade societária, a par de outras como sejam as medidas anti-corrupção, o ambiente ou a higiene e segurança no trabalho.

A adopção de programas de concorrência é motivada, primordialmente, pela necessidade de as empresas se protegerem contra o risco de multas pesadas e os danos de reputação associados a uma infracção das regras da concorrência. Sem prejuízo do que antecede, **as empresas reconhecem que a sua política interna de *competition compliance* é susceptível de lhes conferir uma vantagem competitiva no mercado porque lhes permite diferenciarem-se dos concorrentes mediante a adopção de uma postura de empresa "ética", a qual pode ser relevante para conquistar negócios.** Por outro lado, **a implementação de programas de concorrência constitui uma oportunidade de dotar os colaboradores com os conhecimentos necessários para concorrer vigorosamente dentro das "regras do jogo", evitando os danos causados por uma abordagem excessivamente cautelosa nos negócios, muitas vezes fruto da ignorância das regras aplicáveis ou receio injustificado de incumprimento das mesmas.**

De entre as boas práticas identificadas salienta-se a adopção de uma abordagem baseada na avaliação de riscos, a implementação de soluções adequadas às necessidades específicas do negócio,

a implementação de programas de concorrência formais, que incentivem o efectivo cumprimento das regras de concorrência e dotem os colaboradores de competências que lhes permitam interiorizar uma atitude de cumprimento.

Uma das causas comumente apontadas de insucesso na implementação de uma política de *competition compliance* (logo, potencialmente geradora de situações de incumprimento) é a ausência de um compromisso claro e inequívoco, continuamente assumido pela administração de topo da empresa, de que o cumprimento das regras de concorrência constitui uma parte fundamental da cultura da empresa e de que a administração espera que os trabalhadores cumpram as regras de concorrência.

Mas mesmo uma empresa inequivocamente comprometida, do topo da hierarquia até à sua base, com a implementação de um programa de concorrência, pode ver o seu esforço de *compliance* frustrado, seja pela actuação de um trabalhador que, voluntariamente e conhecendo o cariz ilícito da sua actuação, se coloque numa situação de incumprimento, seja pela adopção involuntária de condutas ilícitas em áreas menos claras da lei. Num e noutro caso, há o risco de a empresa ser envolvida numa prática ilícita e arrastada para uma investigação da qual poderão resultar avultadas multas, e danos irremediáveis para a reputação da empresa, assim se frustrando os objectivos que presidiram, *ab initio*, à implementação do programa de concorrência. O que levanta de imediato a questão de saber se não deverá uma autoridade da concorrência - no caso, o OFT - adaptar a sua política em matéria de aplicação de coimas de modo a reconhecer

que um programa de concorrência já implementado pode constituir uma circunstância atenuante para efeitos de apuramento da coima e estabelecer claramente os requisitos necessários para esse efeito e o desconto que será concedido.

Na opinião do OFT, porém, a existência prévia de um programa de concorrência não deve ser considerada, em abstracto, nem uma circunstância agravante nem atenuante, para efeitos de fixação da coima. Contudo, aquela entidade admite que, em casos individuais e dependendo das circunstâncias concretas, pode considerar que a existência prévia de um programa de concorrência constitui uma circunstância atenuante, caso em que a redução de multa a conceder pelo OFT será 10% da multa que seria devida a final.

Por fim, o estudo deixa algumas pistas quanto aos passos fundamentais de uma política eficaz de *competition compliance* - o chamado ciclo "virtuoso". Partindo de um pressuposto fundamental - a existência de um compromisso inequívoco, assumido a todos os níveis da administração da empresa, relativamente ao cumprimento das regras de concorrência - uma política eficaz de *compliance* deverá começar por uma fase inicial de identificação de riscos, seguida de uma fase de avaliação/qualificação dos riscos identificados. Com base nesta, serão posteriormente identificadas as acções apropriadas para mitigar ou eliminar os riscos em questão (ex.: adopção de políticas e procedimentos internos e formação adequada). Por fim, é importante que se proceda a uma revisão sistemática das diferentes fases do processo, por forma a garantir a adequação do programa implementado. ■

O desenho e a implementação de programas de concorrência eficazes coloca desafios importantes às empresas e aos seus advogados.

As experiências vertidas no relatório do OFT oferecem um contributo relevante para a compreensão de alguns dos factores que podem contribuir para o sucesso na execução de programas de concorrência. As boas práticas identificadas não têm cariz prescritivo, já que a eficácia de um programa de concorrência depende, em larga medida, da sua formação de acordo com as necessidades e especificidades próprias do negócio e da empresa em questão, com base num diagnóstico prévio de riscos. Alguns princípios-base para uma cultura efectiva de *compliance*, avançados no relatório, são potencialmente válidos em qualquer sector de actividade ou negócio em Portugal.

Comissão adopta novo regulamento relativo à distribuição automóvel e serviços de pós-venda

Gonçalo Machado Borges / Catarina Vieira Peres
gmb@mlgts.pt / cvperes@mlgts.pt

Em Maio de 2010, a Comissão adoptou um novo Regulamento relativo à aplicação do art. 101º, n.º 3, do TFUE a acordos verticais no sector automóvel (regulamento de isenção por categoria) - o Regulamento (UE) n.º 461/2010 - adiante **Regulamento Automóvel**.

O art. 101º, n.º 3, do TFUE permite isentar determinados acordos ou categorias de acordos da aplicação do n.º 1 do mesmo artigo, o qual proíbe acordos susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito restringir a concorrência no mercado interno.

O Regulamento Automóvel tem por objecto as actividades (i) da distribuição de veículos a motor novos, (ii) do fornecimento de peças sobressalentes e (iii) da prestação de serviços pós-venda (manutenção e reparação).

Com o intuito de simplificar a sua análise e atendendo a que, em relação à distribuição de veículos a motor novos, não existem deficiências significativas a nível da concorrência, os acordos do sector automóvel passam a reger-se, em grande medida, pelo regime geral de isenção por categoria para os acordos verticais, recentemente aprovado (cf. Regulamento (UE) n.º 330/2010, da Comissão, de 20.4.2010) - adiante **Regulamento Geral das Restrições Verticais**. No entanto, os acordos de distribuição automóvel (veículos novos) gozam de um período de transição de 3 anos para adaptação às novas regras. Até lá, continua a aplicar-se o regulamento de isenção (Regulamento (CE) n.º 1400/2002, da Comissão), cujo período de vigência terminava no final do mês de Maio.

A experiência adquirida pela Comissão no sector permite-lhe concluir que os **mercados de peças sobressalentes e serviços de manutenção/**

“EM RELAÇÃO À DISTRIBUIÇÃO DE VEÍCULOS A MOTOR NOVOS, OS ACORDOS PASSAM A REGER-SE, EM GRANDE MEDIDA, PELO REGIME GERAL DE ISENÇÃO POR CATEGORIA.”

“AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO REGULAMENTO AUTOMÓVEL VISAM APENAS OS MERCADOS DE PEÇAS SOBRESSALENTES E SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO/REPARAÇÃO.”

/reparação constituem mercados menos competitivos e estima que os custos médios suportados pelos consumidores da União por serviços de reparação e manutenção representam uma parte muito significativa (cerca de 40%) dos gastos totais para os proprietários ao longo da vida útil do veículo.

Atendendo a estas preocupações, as alterações introduzidas pelo Regulamento Automóvel visam apenas estes mercados e entraram imediatamente em vigor - a 1 de Junho de 2010.

Com as novas regras, a Comissão, além de pretender reduzir os custos suportados pelos consumidores, visa proteger «o acesso dos fabricantes de peças sobressalentes ao mercado dos serviços pós-venda dos veículos a motor» (cf. par. 18 das Orientações complementares), bem como salvaguardar a interacção concorrencial entre oficinas independentes e oficinas autorizadas (cf. par. 58 das Orientações).

A isenção automática para os acordos verticais relativos à distribuição de peças e/ou aos serviços de reparação/manutenção passa a depender de uma **dupla condição**: (i) os acordos em causa devem preencher os requisitos do Regulamento Geral das Restrições Verticais e; (ii) não podem conter qualquer das 3 restrições graves constantes do art. 5º do novo Regulamento Automóvel. No caso do regime geral dos acordos verticais, destaca-se a recente introdução de um **limiar duplo de quota de mercado**: nos termos do n.º 1 do art. 3º do Regulamento (UE) n.º 330/2010, a isenção de um acordo vertical passa a depender da existência de uma quota de mercado inferior a 30% quer do fornecedor (no mercado da venda dos bens) quer do distribuidor (no mercado da sua compra).

Já as 3 restrições graves (adicionais) consagradas especialmente no art. 5º do novo Regulamento Automóvel significam, na prática, que qualquer acordo vertical entre construtores, fornecedores de peças e/ou oficinas de reparação não pode impedir/restringir:

- a venda de peças sobressalentes por membros de um sistema de distribuição selectiva a oficinas independentes;
- o fornecimento de peças, ferramentas ou equipamentos de diagnóstico pelo respectivo fornecedor a distribuidores autorizados ou independentes, a oficinas de reparação autorizadas ou independentes ou a utilizadores finais;
- que o fornecedor de componentes utilizados na montagem inicial de veículos a motor coloque a sua marca / logótipo de modo facilmente visível nos componentes ou peças fornecidas ao construtor.

A inclusão de qualquer cláusula desta natureza elimina o benefício da isenção para o acordo de distribuição em causa, com o conseqüente acréscimo de insegurança jurídica e demais riscos associados (eventual invalidade do acordo, potencial aplicação de coimas, etc.), uma vez que o acordo passa a ser escrutinado nos termos do art. 101.º, n.º 1, do TFUE. ■

No que respeita à distribuição selectiva qualitativa as novas regras introduzem uma alteração substancial uma vez que o limiar de quota de mercado para efeitos de isenção é reduzido de 100% para 30% o que reforça significativamente o âmbito de intervenção das autoridades da concorrência.

Futuramente, é de esperar uma fiscalização mais apertada destes acordos de distribuição selectiva, principalmente nas seguintes matérias: acesso a informação técnica por parte de operadores independentes; utilização abusiva das garantias da marca (e.g. condicionando a garantia à realização dos trabalhos de reparação/manutenção não cobertos pela garantia na rede de oficinas autorizadas); e a definição das condições de acesso às redes de oficinas autorizadas.



CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

Lauro Celidonio Neto /
 Patrícia Avigni / Paula S.J.A. Amaral Salles
 lauro@mattosfilho.com.br / patricia@mattosfilho.com.br
 pandrade@mattosfilho.com.br / www.mattosfilho.com.br

Poder de controle e influência dominante na jurisprudência brasileira

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) vem aos poucos consolidando os conceitos de poder de controle e influência dominante que servem de referência para a análise de inúmeros atos de concentração econômica.

A lei brasileira de defesa da concorrência (Lei nº 8884/94) prevê que atos de concentração devem ser submetidos ao exame e aprovação do SBDC sempre que forem realizados por empresas ou grupos econômicos que detenham 20% de market share ou que tenham registrado no exercício anterior um faturamento bruto anual igual ou superior a R\$ 400 milhões no Brasil.

“O SIGNIFICADO DE “GRUPO ECONÔMICO” É CRUCIAL PARA A CORRETA APLICAÇÃO DA LEI E PARA A VERIFICAÇÃO SE DETERMINADA OPERAÇÃO DEVE OU NÃO SER SUBMETIDA À APROVAÇÃO DO CADE.”

O significado de “grupo econômico” é crucial para a correta aplicação da lei e para a verificação se determinada operação deve ou não ser submetida à aprovação do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica (órgão administrativo que julga os atos de concentração e conduta no Brasil). Nesse sentido, a noção societária de grupo de empresas difere da noção concorrencial.

Para o Direito Societário, grupo de sociedades pode ser definido como o conjunto de sociedades que possuem personalidades jurídicas próprias e

distintas, mas que estão subordinadas a uma direção comum. São independentes juridicamente, porém dependem economicamente do poder de direção da sociedade-mãe¹.

Para o Direito Concorrencial, o grupo econômico deve ser analisado sob a perspectiva da transferência de controle societário e da possibilidade de exercício de uma influência relevante ou dominante. É necessário identificar se uma empresa tem, de fato, poder de influência nas decisões concorrencialmente relevantes da outra empresa, que poderiam alterar a dinâmica do mercado. Essa influência pode ser manifestada, por exemplo, quando um acionista tem poderes para eleger membros do Conselho de Administração, ou pela existência de acordo de acionistas ou vínculo contratual que garanta ao acionista poder para deliberar em assuntos estratégicos, ou ainda pelos direitos de veto ou voto vencedor em áreas estratégicas.

A partir de referências doutrinárias, o CADE passou a considerar quatro áreas como sendo concorrencialmente estratégicas: (1) pesquisa e desenvolvimento (P&D); (2) investimento; (3) produção; e (4) vendas.

No exemplo dado pelo Presidente do CADE²: *“um acordo de acionistas que atribua ao acionista minoritário o direito de não apenas deliberar, mas sim tomar decisões sobre essas áreas ou, então, o direito de escolher ou destituir a maioria dos diretores por elas responsáveis. Estas duas hipóteses dão conta de uma influência dominante do ponto de vista concorrencial, influência direta e determinante, de escolher de fato os responsáveis pelas quatro áreas mencionadas.”*

Os conceitos de poder de controle e influência dominante foram usados como parâmetro para

“A NOÇÃO SOCIETÁRIA DE GRUPO DE EMPRESAS DIFERE DA NOÇÃO CONCORRENCIAL.”

a edição da Súmula nº 2 do CADE, segundo a qual “a aquisição de participação minoritária sobre o capital votante pelo sócio que já detenha participação majoritária não configura ato de notificação obrigatória, se concorrerem as seguintes circunstâncias: (I) o vendedor não detinha poderes decorrentes de lei, estatuto ou contrato de: (I.a) indicar administrador, (I.b) determinar política comercial ou (I.c) vetar qualquer matéria social; e, (II) do(s) ato(s) jurídico(s) não constem cláusulas: (II.a) de não-concorrência com prazo superior a cinco anos e/ou abrangência territorial superior à de efetiva atuação da sociedade objeto e (II.B) de que decorra qualquer tipo de poder de controle entre as partes após a operação.”

Antes da edição da referida Súmula, se um acionista majoritário adquirisse participação acionária de um acionista minoritário (com ou sem alteração de controle), a notificação antitruste não era feita, pois se partia da premissa que o comportamento concorrencial da empresa não seria alterado de forma relevante. Hoje, verifica-se um aumento significativo da quantidade de notificações de atos de concentração econômica no Brasil, uma vez que várias operações enquadram-se nas disposições da Súmula. ■

¹Lei nº 6404/76, capítulo XXI e artigo 265. ²Declaração de voto do Presidente do CADE Arthur Badin no Ato de Concentração nº 08012.010455/2008-71.

Novo regime aplicável às relações comerciais verticais em vigor desde 1.06.2010

Inês Gouveia
igouveia@mlgts.pt

“O NOVO REGIME ACTUALIZA UM CONJUNTO DE REGRAS JÁ COM 10 ANOS DE VIGÊNCIA A REALIDADES CADA VEZ MAIS IMPORTANTES COMO AS VENDAS PELA INTERNET E O CRESCENTE PODER DE COMPRA EM ALGUNS SECTORES DE ACTIVIDADE.”

Entrou em vigor no passado dia 1 de Junho um novo regime jurídico aplicável às relações comerciais ditas “verticais” (*maxime*, relações de distribuição), que incide tanto sobre acordos actualmente em vigor como sobre acordos futuros - cfr. Regulamento (UE) N.º 330/2010 da Comissão¹ (“Regulamento”), de 20.04.2010. O Regulamento confere uma *zona de segurança* - presunção de legalidade - aos acordos que caíam no seu âmbito de aplicação e é acompanhado de *Orientações*, que apesar de vincularem apenas a Comissão Europeia, desempenham um papel relevante para as empresas e agentes económicos em geral, na interpretação do Regulamento e na veiculação de linhas orientadoras para a apreciação de acordos fora da *zona de segurança*. O Regulamento aplica-se igualmente a situações meramente internas, por remissão expressa da Lei da Concorrência nacional.

O novo regime actualiza um conjunto de regras já com 10 anos de vigência a realidades cada vez mais importantes como as vendas pela Internet e o crescente poder de compra em alguns sectores de actividade, ao mesmo tempo que fornece orientações mais detalhadas relativamente às situações que poderão beneficiar de uma isenção individual da proibição contida no artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (o “Tratado”).

As empresas que sejam parte em acordos preexistentes beneficiam de um período transitório de um ano para os modificarem segundo o novo

regime jurídico. Assim, afigura-se conveniente uma revisão de tais acordos com vista a aferir, designadamente (i) se o acordo continua a beneficiar da zona de segurança à luz das novas regras, devendo, em caso negativo, proceder-se a uma análise casuística do mesmo à luz do Art. 101.º, nos. 1 e 3; (ii) se se impõe uma modificação dos acordos ou práticas preexistentes em matéria de vendas pela Internet, à luz das novas Orientações da Comissão.

Por outro lado, o novo regime jurídico deve ser igualmente tido em conta sempre que se proceder à negociação de novos acordos de cariz “vertical” bem como aquando da renegociação de acordos preexistentes.

Para informação detalhada sobre as modificações mais relevantes introduzidas pelo Regulamento e respectivas Orientações remete-se para o *Briefing* MLGTS de 1.06.2010, intitulado “Novo Regime aplicável às relações comerciais verticais entra hoje em vigor”. ■

“O NOVO REGIME JURÍDICO DEVE SER TIDO EM CONTA SEMPRE QUE SE PROCEDER À NEGOCIAÇÃO DE NOVOS ACORDOS DE CARIZ “VERTICAL” BEM COMO AQUIANDO DA RENEGOCIAÇÃO DE ACORDOS PREEXISTENTES.”

¹Jornal Oficial n.º L 102 de 23/04/2010 p. 0001 - 0007

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

MEMBER
LEX MUNDI
THE WORLD'S LEADING ASSOCIATION OF INDEPENDENT LAW FIRMS
Parceria no Brasil com
Mattos Filho, Veiga Filho,
Marrey Jr. e Quiroga

www.mlgts.pt

ISSN 1647-2721