

NESTA EDIÇÃO

ARTIGOS

Auxílios de Estado ilegais

A exceção à obrigação de reembolso de auxílios ilegais
- Lição a retirar do acórdão do TPI no processo BCA c. Comissão 2

Obrigação de notificação de concentrações

Comissão impõe coima histórica por falta de notificação de concentração 3

A liberdade dos Estados na fixação do preço dos medicamentos

Tribunal de Justiça conclui que os Estados-Membros
podem *ex officio* reduzir ou congelar o preço de medicamentos 4

Cartel no sector energético

Primeiras coimas no sector energético: €1,1 mil milhões
para E.On e GDF Suez por repartição de mercados 5

O Direito Comunitário e a Propriedade das Farmácias

O TJCE pronuncia-se (duplamente) sobre a compatibilidade
com o Direito Comunitário das restrições à propriedade e exploração das farmácias 6

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

Política Industrial na Indústria Brasileira de Software 7

Eventos marcam o 2º ano do Dia Nacional de Combate a Cartéis 7

NOTÍCIAS BREVES

Estatuto dos queixosos em processos por incumprimento comunitário 8

Proposta não pública de Directiva da Comissão. Acções de Indemnização
por Infracção das Regras de Concorrência 8

Novas propostas da Comissão Europeia sobre as regras aplicáveis às restrições verticais 8

Autoridade da Concorrência condena Grupo PT e Grupo ZON por abuso
de posição dominante (banda larga) 9

Comissária Neelie Kroes assina um Memorando de Entendimento com o Brasil 9



EUROPEU
E
CONCORRÊNCIA

A excepção à obrigação de reembolso de auxílios ilegais - Lição a retirar do acórdão do TPI no Processo BCA c. Comissão

Carlos Botelho Moniz / Margarida Rosado da Fonseca
cmoniz@mlgts.pt / margarida.rfonseca@mlgts.pt

No passado dia 10 de Setembro de 2009, o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (“TPI”) proferiu um acórdão no processo T-75/03 - *Banco Comercial dos Açores c. Comissão* que aborda várias questões jurídicas importantes.

A Decisão 2003/442/CE de 11 de Dezembro de 2002 da Comissão Europeia (“Comissão”) estabelece que a parte do regime que adapta o sistema fiscal nacional às especificidades da Região Autónoma dos Açores a que se refere a vertente relativa às reduções das taxas do imposto sobre o rendimento, embora constitua um “auxílio de Estado”, é compatível com o mercado comum excepto quando seja aplicável às instituições financeiras e às actividades intra-grupo e ordena a Portugal a adopção de todas as medidas necessárias à recuperação dos auxílios pagos a este título¹.

“A NOVIDADE DO ACÓRDÃO CONSISTE EM ANALISAR SE UM AUXÍLIO CONCEDIDO AUTOMATICAMENTE CONSTITUI UMA EXCEPÇÃO À COMPETÊNCIA DA COMISSÃO.”

O Banco Comercial dos Açores (“BCA”), uma instituição financeira sediada nos Açores, propôs uma acção de anulação da referida decisão junto do TPI na qualidade de beneficiário do auxílio ilegal que lhe havia sido aplicado automaticamente. O BCA veio posteriormente a ser notificado para reembolsar os montantes indevidamente recebidos (acrescidos de juros compensatórios). O Decreto Legislativo Regional N.º 2/99/A, de 20 de Janeiro de 1999, adoptado pela assembleia legislativa regional dos Açores, estabelece a aplicação da redução dos impostos sobre o rendimento a todos os agentes económicos, sejam eles pessoas físicas ou legais, desde que estejam no âmbito de incidência dos mesmos impostos. Na prática, a aplicação das reduções dos impostos é feita automaticamente

e não depende de uma manifestação de vontade dos beneficiários das mesmas.

A primeira questão jurídica suscitada na presente acção judicial respeita ao âmbito de aplicação do conceito de “selectividade territorial” para efeitos da análise da existência de um auxílio de Estado. Esta questão respeitante ao mesmo decreto legislativo regional foi analisada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE”) no processo C-88/03, *República Portuguesa c. Comissão* e terá sido resolvida no acórdão inovador de 6 de Setembro de 2006.

Na presente acção o TPI refere o acórdão do TJCE mas a novidade do acórdão do TPI consiste na análise sobre se este tipo de situação em que um “auxílio de Estado” é concedido automaticamente constitui uma excepção à regra da competência da Comissão para ordenar a recuperação de auxílios ilegais (decorrente dos Art. 87.º e 88.º CE e do Regulamento (CE) N.º 659/1999, de 22 de Março de 1999²).

O BCA invocou que, atentas as especificidades deste tipo de auxílio, a aplicação dos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os quais fazem parte dos princípios gerais de Direito Comunitário, justificam a inaplicabilidade da referida competência da Comissão. No entanto, o TPI recordou que uma decisão da Comissão que não ordene o reembolso de auxílios ilegais (quanto tal seja contrário aos princípios gerais de Direito Comunitário) constitui uma excepção, tal como previsto no referido Regulamento.

Acresce que, atenta a natureza imperativa da fiscalização dos auxílios de Estado efectuada pela Comissão nos termos do art. 88.º CE, as empresas beneficiárias de um auxílio têm uma obrigação dupla: por um lado, só podem, em princípio, alegar a existência de confiança legítima na regularidade do auxílio se este tiver sido concedido com observância do procedimento previsto na mesma disposição legal; e, por outro lado, operadores económicos diligentes devem normalmente poder assegurar-se de que esse procedimento foi respeitado.

“MESMO A CIRCUNSTÂNCIA DE OS AUXÍLIOS TEREM SIDO CONCEDIDOS ATRAVÉS DE UMA MEDIDA LEGISLATIVA NÃO ALTERA A OBRIGAÇÃO DE OS REEMBOLSAR QUANDO ELES SEJAM INCOMPATÍVEIS.”

Na situação em apreço, a medida (infra)estadual foi notificada tardiamente à Comissão e foi implementada antes de ter sido autorizada pela mesma. Acresce que resulta da jurisprudência do TJCE que a recuperação de auxílios ilegais “é a consequência lógica da declaração da sua ilegalidade” (parágrafo 126 do acórdão).

Em conclusão, o TPI considerou que, mesmo a circunstância de os auxílios terem sido concedidos através de uma medida legislativa não altera a obrigação de os reembolsar quando os mesmos tenham sido declarados incompatíveis. Este entendimento do TPI quanto ao âmbito da excepção parece ser muito restritivo. E poder-se-á questionar quais os efeitos práticos da evolução jurisprudencial muito positiva do TPI neste processo quanto à noção de “interesse directo e individual” para efeitos de análise da existência de legitimidade activa nos termos do art.º 230.º, n.º 4 CE quanto a auxílios de Estado decorrentes de medidas legislativas, em linha com o entendimento do TJCE nos processos apensos Itália e Sardegna Lines c. Comissão (acórdão de 19 de Outubro de 2000, processos C-15/98 e C-105/99) - a terceira questão jurídica abordada no presente processo.

Na prática, após o acórdão do TPI parece que o único meio processual ao dispor de contribuintes como o BCA consiste numa acção de indemnização contra o Estado Português junto dos tribunais nacionais, no limite suscitando a questão da inconstitucionalidade das medidas que impõem o pagamento retroactivo dos impostos em causa. ■

Comissão impõe coima histórica por falta de notificação de concentração

Joaquim Vieira Peres / Catarina Vieira Peres
vieira.peres@mlgts.pt / cvperes@mlgts.pt



CASO

De acordo com o Regulamento (CE) 139/2004 do Conselho, a Comissão pode aplicar coimas até 10% do volume de negócios das empresas envolvidas numa operação de concentração, sempre que estas não procedam à notificação de uma concentração de dimensão comunitária num momento prévio à sua realização.

Em Junho deste ano, a Comissão aplicou uma coima inédita de 20 milhões de euros à Electrabel, uma empresa belga, membro do Grupo Suez, que se dedica à produção e distribuição de electricidade, por ter procedido, sem autorização prévia da Comissão, à aquisição de uma outra empresa do mesmo sector - a Compagnie Nationale du Rhône (CNR).

Os factos do caso são bastante curiosos. Em Março de 2008, a Electrabel notificou a Comissão de que havia adquirido controlo sobre a CNR. Apesar de a Electrabel não deter a maioria dos direitos de voto ou do capital, um conjunto de circunstâncias conferiam-lhe um “controlo de facto” sobre a CNR, em particular, ser a maior accionista da CNR e deter perto de 50% das acções, o que juntamente com a dispersão dos restantes accionistas e os níveis de presença nas Assembleias-gerais, conferiam à Electrabel uma maioria constante. A Electrabel era também a única accionista do sector eléctrico e detinha a maioria absoluta de membros no Conselho de Administração, o que lhe permitia influenciar as decisões estratégicas a adoptar pela empresa.

Em Abril do ano passado, a Comissão aprovou a operação sem compromissos, tendo no entanto deixado em aberto a identificação do momento exacto a partir do qual a Electrabel adquiriu controlo da CNR, continuando desta feita a investigação do caso.

A Comissão acabou agora por chegar à conclusão de que a Electrabel havia adquirido o controlo sobre a CNR quatro anos antes de proceder à

“A FALTA DE NOTIFICAÇÃO SERÁ SEMPRE CONSIDERADA UMA INFRAÇÃO GRAVE MESMO QUANDO RESULTE DE UMA OMISSÃO NEGLIGENTE.”

sua notificação, mais precisamente, entendeu que a Electrabel controlava a CNR desde Dezembro de 2003, quando adquiriu as acções da EDF e se tornou a maior accionista, o que, juntamente com os factos supra descritos, lhe conferiu “controlo de facto” sobre a CNR. A Comissão decidiu então aplicar à Electrabel uma coima de 20 milhões de euros.

A Comissão justificou o valor elevado da coima com a gravidade da infracção e o facto desta se ter mantido durante um longo período de tempo.

A Comissão entendeu que a Electrabel deveria estar familiarizada com as regras comunitárias relativas ao controlo de concentrações¹, pelo que estava obrigada a ter procedido à notificação da operação logo em 2003 e que apesar da circunstância de ter sido a Electrabel a informar a Comissão sobre esta situação poder actuar como atenuante, isso não lhe conferia imunidade.

LIÇÕES A RETIRAR

As empresas envolvidas em fusões e aquisições devem retirar do caso Electrabel duas importantes conclusões:

- Mesmo que a concentração não se afigure problemática a nível jusconcorrencial, a falta de notificação constitui uma infracção grave à lei comunitária porque viola um princípio básico do Regulamento das Concentrações Comunitárias, segundo o qual todas as concentrações com dimensão comunitária devem ser aprovadas antes de ser implementadas. O caso Electrabel afigura-se como uma importante mensagem da

Comissão, no sentido de ser absolutamente intolerante com este tipo de infracções.

- Empresas envolvidas em qualquer tipo de transacção devem analisar cuidadosamente se a mesma não conduz a um controlo de facto, ainda que aquela não passe de uma mera aquisição de uma participação minoritária. Deve ser salientado que, no passado, em certas condições, participações inferiores a 20% foram consideradas aptas a conferir a possibilidade do exercício de uma influência decisiva, isto é, foram consideradas idóneas a conferir controlo sobre uma outra empresa².

Este caso demonstra ainda que a falta de notificação será sempre considerada uma infracção grave mesmo quando resulte de uma omissão negligente. Ora, a punição de omissões negligentes juntamente com a possibilidade de uma empresa adquirir o controlo sobre uma outra empresa (ou parte dela) sem adoptar um comportamento positivo (isto é, a aquisição do controlo pode ocorrer mesmo verificando-se um comportamento meramente passivo por parte da adquirente) obriga as empresas a agir com cuidado redobrado³.

APLICAÇÃO NO FORO NACIONAL

Sublinha-se que, a nível interno, de acordo com a Lei da Concorrência portuguesa, a falta de observância da obrigação de suspensão de uma operação de concentração é igualmente punível com coima que pode ir até 10% do volume de negócios de cada uma das empresas partes na infracção.

Embora recentemente não tenham sido tornadas públicas quaisquer coimas aplicadas a este título pela Autoridade da Concorrência (as últimas reportam-se a 2003 e haviam sido herdadas da lei anterior), esta divulgou publicamente que, só no ano de 2007, iniciou sete processos contra empresas por incumprimento da obrigação de notificação dentro do prazo legal. Desconhece-se até ao momento a evolução destes processos. ■

¹A Electrabel e o Grupo Suez já haviam feito seis notificações de operações de concentração junto da Comissão. ²Decisão CCIE/GTE de 25 de Setembro de 1992, caso M.258. ³Como exemplo veja-se a Decisão RTL/M6 de 12 de Março de 2004, caso M.3330. No caso a empresa M6 era conjuntamente controlada pela Suez e pela RTL. Posteriormente a Suez vendeu as suas acções a um número elevado de investidores. O desinvestimento por parte da Suez levou, assim, à aquisição passiva do controlo pela RTL sobre a M6.

Tribunal de Justiça conclui que os Estados-Membros podem *ex officio* reduzir ou congelar o preço de medicamentos

Eduardo Maia Cadete
maiacadete@mlgts.pt

A Directiva 89/105/CEE tem por desiderato assegurar a transparência das medidas nacionais que regulam a formação do preço dos medicamentos para uso humano e respectiva inclusão nos sistemas nacionais de saúde dos Estados-Membros.

Em Itália, nos anos de 2005 e 2006, a *Agência Italiana do Medicamento (AIM)* encarregada da fiscalização do consumo de medicamentos e respectivas despesas a cargo do *Serviço Nacional de Saúde Italiano (SNS)*, a fim de garantir o respeito pelo limite de despesas farmacêuticas a cargo do SNS, adoptou *ex officio* medidas de redução dos preços de medicamentos.

A empresa Menarini e outras sociedades que comercializam especialidades farmacêuticas cujos custos são suportados integralmente pelo SNS italiano acionaram judicialmente o Ministério da Saúde italiano e a AIM nos tribunais administrativos italianos face ao teor das referidas medidas de redução de preços dos medicamentos.

“O DIREITO COMUNITÁRIO NÃO PREJUDICA A COMPETÊNCIA QUE OS ESTADOS-MEMBROS DISPÕEM PARA ORGANIZAREM OS SEUS SISTEMAS DE SEGURANÇA SOCIAL E PARA ADOPTAREM, EM PARTICULAR, DISPOSIÇÕES DESTINADAS A REGULAR O CONSUMO DE MEDICAMENTOS.”

Os órgãos de judicatura italianos questionaram o Tribunal de Justiça sobre a conformidade do sistema italiano de formação do preço dos medicamentos com a Directiva 89/105/CEE. Pelo acórdão de 30 de Abril de 2009, proferido no processo C-352/07¹, o Tribunal de Justiça, determina que o direito comunitário não prejudica

a competência de que os Estados-Membros dispõem para organizarem os seus sistemas de segurança social e para adoptarem, em particular, disposições destinadas a regular o consumo de medicamentos no interesse do equilíbrio financeiro dos seus sistemas nacionais de saúde.

Assim, o Tribunal de Justiça considera que um Estado-Membro pode adoptar medidas de alcance geral que consistam na redução dos preços de todos os medicamentos ou de algumas das suas categorias, ainda que a adopção dessas medidas não seja precedida de um congelamento desses preços.

Contudo, e de acordo com o Tribunal de Justiça, caso o Estado-Membro opte pelo congelamento dos preços dos medicamentos, cabe-lhe verificar, pelo menos uma vez por ano, se as condições macroeconómicas justificam a manutenção de tal congelamento. Esta análise constitui, segundo a directiva e o entendimento do Tribunal, um requisito mínimo. Assim, e segundo os resultados da referida análise, o Estado-Membro pode decidir manter o congelamento dos preços dos medicamentos ou adoptar medidas de aumento ou redução desses preços. Desde que esta exigência mínima seja respeitada, o Tribunal de Justiça entende que é possível adoptar medidas de redução de preço várias vezes no decurso de um único ano ou durante vários anos.

O Tribunal de Justiça estatui ainda que a directiva não se opõe a que medidas destinadas a controlar os preços das especialidades farmacêuticas sejam adoptadas com base em estimativas de despesas, desde que se baseiem em elementos objectivos e verificáveis.

Isto porque, no seu entendimento, uma interpretação contrária constituiria uma ingerência na organização pelos Estados-Membros das suas políticas internas em matéria de segurança social e afectaria as políticas desses Estados em matéria de formação de preços dos medicamentos numa medida que iria além do adequado para garantir a transparência na aceção da directiva.

Para além disso, o Tribunal de Justiça confirma que na ausência de indicações, na directiva, sobre os tipos de despesas que os Estados-Membros podem ter em conta para manter o congelamento ou aumentar ou reduzir os preços das especialidades farmacêuticas, compete aos Estados-Membros determinar os critérios com base nos quais verificam as referidas condições macroeconómicas.

Por último, pelo referido acórdão, o Tribunal de Justiça esclarece que em casos excepcionais e por razões especiais, quando uma empresa titular de uma autorização de comercialização de um medicamento seja afectada por uma medida de congelamento ou de redução dos preços das especialidades farmacêuticas, caso solicite uma derrogação ao preço fixado nos termos dessas medidas nacionais, tem de apresentar as razões especiais que justificam o seu pedido.

Neste âmbito, cabe ao Estado-Membro adoptar uma decisão devidamente fundamentada face ao pedido de derrogação de aplicação das medidas nacionais que congelam ou reduzem o preço dos medicamentos.

Em síntese, o acórdão evidencia que os Estados-Membros mantêm, ao abrigo do Direito Comunitário, uma ampla margem de discricionariedade no âmbito das medidas nacionais para a fixação dos preços dos medicamentos utilizados nos serviços nacionais de saúde, incluindo o congelamento e a redução do preço dos medicamentos. ■

¹Disponível em <http://curia.europa.eu>.

Primeiras coimas no sector energético: €1,1 mil milhões para E.On e GDF Suez por repartição de mercados

Pedro Gouveia e Melo / Mariana de Sousa Alvim
pgmelo@mlgts.pt / msalvim@mlgts.pt

No passado dia 8 de Julho, a Comissão Europeia aplicou à GDF Suez e à E.On uma coima de €533 milhões para cada empresa por terem acordado em não comercializar o gás natural transportado através do gasoduto partilhado MEGAL nos mercados nacionais uma da outra empresa, em violação do artigo 81.º TCE¹. Este é um dos vários processos desencadeados pela Comissão após a realização do inquérito ao sector energético, e o primeiro no qual a Comissão aplicou coimas às empresas envolvidas.

O PROCESSO E.ON/GDF SUEZ

A E.On. e a GDF Suez, as principais empresas activas nos mercados do gás natural na Alemanha e em França, respectivamente, são as duas maiores empresas europeias activas no mercado do gás.

Em 1975, quando a E.ON Ruhrgas, hoje em dia parte do Grupo E.On, e a GDF (que se fundiu com a Suez em 2008) decidiram construir em conjunto o gasoduto MEGAL para transportar gás através do Sul da Alemanha, terão acordado também, em duas cartas, que não venderiam gás transportado pelo gasoduto nos mercados nacionais uma da outra.

Embora em 1975 não existisse concorrência nos mercados do gás em França e na Alemanha - a GDF manteve um monopólio legal de importação de gás para França (que terminou em Agosto de 2000), e a zona de abastecimento da Ruhrgas na Alemanha não estava sujeita às regras de concorrência devido à celebração de "*acordos de demarcação*" com outros fornecedores de gás alemães, acordos estes que só se tornaram ilegais em Abril de 1998 - a Comissão entende que as partes mantiveram o acordo mesmo após a abertura, em Agosto de 2000, dos mercados de ambos os países à concorrência (nos termos da Directiva 98/30/CE), não obstante saberem que após essa data as cartas de 1975 violavam o direito da concorrência.

Apesar de a E.On e a GDF Suez terem alegado que há muito que consideravam as cartas nulas e sem efeito, a Comissão concluiu que as empresas mantiveram até Setembro de 2005 encontros regulares a vários níveis para discutir a implementação do acordo e fiscalizar as acções de cada empresa.

O montante muito elevado das coimas aplicadas deve-se à dimensão significativa dos dois grupos económicos, ao objectivo anti-concorrencial do acordo e à gravidade da infracção face ao mercado interno da União Europeia. Atendendo à posição equivalente da E.On Ruhrgas e a GDF Suez no gasoduto MEGAL, e ao volume de gás transportado no referido gasoduto, a Comissão decidiu aplicar coimas idênticas a ambas as empresas.

COIMAS VS. COMPROMISSOS

Ao contrário de outros casos recentes no sector energético, a Comissão optou por encerrar o processo E.On/GDF Suez através da aplicação de coimas elevadas.

Com efeito, em Outubro de 2007 a Comissão aceitou os compromissos assumidos pela Distrigas tendo em vista encerrar uma investigação de alegado abuso de posição dominante aos contratos de fornecimento de gás de longa duração com grandes clientes; em Fevereiro de 2009, aceitou os compromissos da E.On para encerrar um processo de alegados abusos da posição dominante nos mercados alemães do fornecimento grossista de electricidade e de serviços de sistema²; em Março de 2009, aceitou os compromissos submetidos pela RWE em ordem a encerrar a investigação a um alegado abuso de posição dominante no mercado alemão de transporte de gás³; e, curiosamente, a 8 de Julho a própria GDF Suez propôs uma redução significativa das suas capacidades de importação de gás a longo prazo para França, no âmbito de uma investigação sobre o alegado encerramento do acesso às capacidades de importação de gás em França. É provável que a decisão da Comissão tornando estes compromissos vinculativos seja adoptada em breve⁴.

COMENTÁRIO

A prática recente da Comissão demonstra que esta está mais receptiva a aceitar compromissos, sem impor coimas, em processos de abuso de posição dominante (artigo 82.º CE) do que nos processos de infracção ao artigo 81.º. Os acordos entre concorrentes que restrinjam a concorrência, em particular os de repartição de mercados e de fixação de preços, são considerados comportamentos especialmente graves pela Comissão, e a aplicação

de coimas elevadas tem um efeito dissuasor sobre futuros comportamentos ilícitos.

Acresce que os compromissos estruturais significativos "apresentados" pelas empresas investigadas e "aceites" pela Comissão (a E.On comprometeu-se a desinvestir parte significativa da sua capacidade de produção e toda a sua rede de transporte de electricidade na Alemanha e a RWE se propôs desinvestir toda a sua rede alemã de transporte de gás) contribuem para dar resposta aos principais obstáculos à concorrência identificados no inquérito da ao sector energético, designadamente o grau de concentração do mercado e a integração vertical das empresas dominantes⁵.

Para além disso, uma decisão condenatória pode incentivar as acções de indemnização propostas nos tribunais nacionais pelas empresas lesadas pelo cartel, pois as decisões da Comissão fazem prova da existência do ilícito após transitadas em julgado.

A imposição de coimas muito elevadas no processo E.ON/GDF - as segundas coimas mais elevadas alguma vez impostas a empresas em processos de cartel⁶ - demonstra que a Comissão está determinada a fazer respeitar as regras de concorrência no sector energético, em particular nas áreas nas quais o inquérito sectorial identificou problemas concorrenciais. Tendo em conta que estão a decorrer processos de investigação adicionais (em Março, a Comissão confirmou ter enviado à Eni uma comunicação de objecções referente a alegadas violações do artigo 82.º na operação da rede italiana de transporte de gás natural⁷), é provável que o apertado escrutínio do mercado energético por parte da Comissão continue no futuro próximo. ■

¹Cfr. IP/09/1009. ²Decisão de 26.11.2008, JOUE C 36, de 13.2.2009, p.8. ³Decisão de 18.03.2009, COMP/39.402. ⁴IP/09/1097. ⁵Comunicação de 10.01.2007, COM (2006) 851 final. ⁶Apenas a coima de €896 milhões à Saint Goban foi mais elevada (IP/08/1685) de 12.11.2008. ⁷MEMO/09/120 de 19.03.2009.

O TJCE pronuncia-se (duplamente) sobre a compatibilidade com o Direito Comunitário das restrições à propriedade e exploração das farmácias

Luis do Nascimento Ferreira / Vasco Xavier Mesquita
lferreira@mlgts.pt / vxmesquita@mlgts.pt

A 19 de Maio de 2009, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE”) veio pronunciar-se pela primeira vez sobre a compatibilidade com o direito comunitário das disposições nacionais que impedem os não farmacêuticos de serem proprietários e de explorarem uma farmácia - acórdãos *Comissão c. Itália* (Processo C-531/06) e *Apothekerkammer des Saarlandes e outros* (Processos apensos C-171/07 e C-172/07).

Nestes acórdãos o TJCE decidiu que uma legislação nacional, como a legislação italiana e alemã que estavam em causa, que reserve aos farmacêuticos o direito de propriedade e de exploração das farmácias, não é necessariamente incompatível com as disposições do Tratado. Esta linha de orientação já havia sido proposta nas conclusões apresentadas a 16 de Dezembro de 2008 nestes processos pelo Advogado Geral Yves Bot.

Com efeito, apesar de o TJCE reconhecer que uma legislação que reserve aos farmacêuticos o direito de propriedade e de exploração das farmácias consubstancia uma restrição à liberdade de estabelecimento e de circulação de capitais (Artigos 43.º e 56.º do Tratado da Comunidade Europeia), esta pode ser justificada por motivos de protecção da saúde pública, designadamente o de assegurar a qualidade e a fiabilidade na distribuição de medicamentos ao público.

A exclusão dos não farmacêuticos da propriedade e exploração das farmácias foi considerada uma medida adequada pelo TJCE dado o carácter muito específico dos medicamentos e os riscos que uma distribuição desordenada dos mesmos pode gerar para a saúde pública. Por outro lado, o farmacêutico desenvolve a sua actividade não com um objectivo puramente económico, mas também numa óptica profissional: «*o seu interesse privado relacionado com a realização de lucros encontra-se, assim, temperado pela sua formação, pela sua experiência profissional e pela responsabilidade que lhe incumbe, pois uma eventual violação das*

normas legais ou deontológicas fragiliza não apenas o valor do seu investimento mas ainda a sua própria existência profissional» (cfr. § 61, processo 531/06).

O TJCE admitiu que esta restrição seria proporcional porque outras medidas legislativas destinadas a assegurar a independência profissional dos farmacêuticos não garantiriam de forma tão efectiva a protecção da saúde pública como uma regra de exclusão dos não farmacêuticos, desprovidos de um estatuto de independência e imparcialidade na distribuição de medicamentos no retalho.

O TJCE vem no entanto ressaltar que as disposições restritivas de direito nacional só podem ser tidas por apropriadas se assegurarem a realização do objectivo invocado de uma «*forma consistente e sistemática*» (cfr. § 66, processo 531/06; e § 42 dos processos apensos 171/07 e 172/07).

Neste contexto, o TJCE relevou que, no processo 531/06, a Comissão não produziu prova suficiente ou argumentos na base dos quais o Tribunal poderia concluir que a legislação italiana em questão seria inconsistente com outras normas nacionais, «*como a que permite a uma pessoa tornar-se sócia de uma empresa de distribuição e de uma sociedade encarregada da exploração de uma farmácia municipal, na condição de não deter nessa primeira empresa uma posição de decisão e de controlo*» (Cfr. § 104).

Será interessante verificar que impacto poderão estes dois acórdãos ter sobre o processo por incumprimento que está actualmente pendente contra Portugal a respeito da legislação nacional vigente em matéria de propriedade de farmácias¹.

Na verdade, em Portugal, contrariamente à legislação italiana e alemã analisada nos julgamentos, o legislador aboliu o privilégio dos farmacêuticos no acesso à propriedade das farmácias, não considerando necessário

“SERÁ INTERESSANTE VERIFICAR QUE IMPACTO PODERÃO ESTES DOIS ACÓRDÃOS TER SOBRE O PROCESSO POR INCUMPRIMENTO QUE ESTÁ ACTUALMENTE PENDENTE CONTRA PORTUGAL.”

salvaguardar a saúde pública através desse monopólio. Com efeito, o Decreto-Lei n.º 307/2007, de 21 de Agosto, determinou em traços gerais, que qualquer pessoa singular ou colectiva pode ser proprietária até quatro farmácias em Portugal (artigo 15.º, n.º 1). No entanto, esse mesmo diploma vem prever igualmente limitações à detenção ou exercício, directo ou indirecto, da propriedade, exploração ou gestão de farmácias, designadamente por parte de empresas de distribuição grossista de medicamentos (artigo 16.º).

Apesar da restrição imposta aos distribuidores grossistas, a legislação portuguesa não impede a situação inversa, isto é, a possibilidade de as farmácias deterem empresas de distribuição grossista de medicamentos, o que é bastante frequente, designadamente através de cooperativas de farmácias.

A referência do TJCE nos processos acima indicados à necessidade de consistência das legislações nacionais que limitam liberdades fundamentais do Tratado deixa em aberto a eventualidade de, perante assimetrias nas legislações dos Estados-Membros como aquela que existe em Portugal², o TJCE poder vir a adoptar um entendimento diferente daquele que foi alcançado nos acórdãos em causa. ■

¹Cfr. comunicado de imprensa da Comissão Europeia IP/08/1352, de 18.09.2009, disponível em <http://europa.eu/rapid/>. ²Esta assimetria foi aliás assinalada pela Autoridade da Concorrência na sua Recomendação n.º 1/2006 sobre o sector das farmácias, disponível em http://www.concorrenca.pt/Download/recomendacao2006_01.pdf.



CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

Política Industrial na Indústria Brasileira de Software

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

Recentemente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência julgou um ato de concentração que se tornou um importante precedente na jurisprudência antitruste brasileira. No segundo semestre do ano passado, a Totvs S.A. adquiriu a concorrente Datasul S.A., tornando-se uma das maiores empresas de softwares para gestão empresarial do Brasil.

Este caso é de relevante importância porque as autoridades concorrenciais brasileiras, sobretudo o Conselheiro-Relator do processo, fizeram uma análise aprofundada do padrão de concorrência da indústria de software no Brasil no contexto da política industrial que vem sendo aplicada ao setor.

Considerando que a indústria de softwares é tida como estratégia para o desenvolvimento nacional, o governo brasileiro passou a adotar uma política industrial de inovação para o setor, oferecendo inúmeros incentivos às empresas como isenções tributárias, linhas de empréstimo, compartilhamento de pesquisa etc. No contexto da operação sob exame, o CADE estudou se haveria um conflito concreto entre a política industrial e a defesa da concorrência.

O Conselheiro Relator observou que as empresas nacionais privadas desenvolveram-se a partir do atendimento de demandas específicas da estrutura produtiva doméstica, consolidando a presença em mercados que não eram inicialmente atendidos por empresas estrangeiras.

Como a presença de empresas brasileiras é maior nos segmentos com baixas barreiras à entrada em que predomina a tendência dispersiva com elevado número de empresas, o caminho para alcançar níveis elevados de densidade tecnológica tem

envolvido incentivos para concentrações empresariais, sendo este um elemento central na atual política industrial brasileira. Os incentivos governamentais criados no âmbito da "Política de Desenvolvimento Produtivo" induzem muito mais ao crescimento do setor via expansão e consolidação das empresas existentes do que ao surgimento de novos entrantes.

Este seria o paradoxo em discussão, pois todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência está assentado numa base neoclássica, que visa impedir o surgimento ou o abuso do poder de mercado, por meio do controle dos atos de concentração e da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

No Brasil, durante o período em que o governo optou pela adoção de políticas industriais desenvolvimentistas, não houve política antitruste e vice versa. Hoje, a necessidade de competir internacionalmente fez com que o Brasil voltasse a priorizar a política industrial e o desafio das autoridades é conciliar as duas políticas de forma harmonizadora.

A participação das empresas Totvs e Datasul no programa de incentivo à indústria de software do governo brasileiro foi determinante para a análise concorrencial do caso. Não obstante, as autoridades analisaram profundamente a dinâmica concorrencial do setor e dos mercados envolvidos, consolidando várias referências importantes.

Na análise do produto, reconheceram que o software tem natureza não-material, interage com a operação de bens materiais e pode ser reproduzido de maneira ilimitada. Os softwares foram considerados "bens de informação", com a especificidade de utilizar o

conhecimento (capital humano) como principal insumo.

Apesar da reconhecida dificuldade em definir precisamente os mercados relevantes de produto (softwares de gestão empresarial como um todo ou segmentados por aplicativos), os graus de concentração justificaram o exame de todas as etapas da análise antitruste. O Conselheiro-Relator observou que as inovações sucessivas são a forma mais eficiente de proteção da propriedade intelectual, podendo representar uma barreira à entrada. No entanto, a longevidade de empresas de software depende crucialmente de sua capacidade de inovar.

As principais estratégias de concorrência no mercado brasileiro de softwares de gestão empresarial foram identificadas como sendo a qualidade, o fluxo de inovações do produto e os custos de operação que permitem que o mercado seja contestado por empresas eficientes e dinâmicas. Como os softwares são produtos homogêneos e não há transparência de preço, as autoridades concluíram que as condições mercadológicas não são propícias a efeitos coordenados, sejam eles tácitos ou expressos.

A aprovação sem restrições do ato de concentração realizado entre Totvs e Datasul representou um marco na jurisprudência do CADE, porque tratou dos reflexos da política industrial de governo na dinâmica concorrencial de um importante setor da economia. Tradicionalmente, política industrial e política antitruste sempre foram consideradas antagônicas no Brasil, porém agora há uma sinalização clara que ambas poderão coexistir em prol da sociedade brasileira. ■

*Artigo baseado no voto proferido em 5/8/2009 pelo Conselheiro-Relator Vinicius Marques de Carvalho no Ato de Concentração nº 08012.008355/2008-85 realizado entre Totvs S.A. e Datasul S.A.

Eventos marcam o 2º ano do Dia Nacional de Combate a Cartéis

No último dia 08 de Outubro o Brasil celebrou o segundo ano da oficialização do "Dia Nacional de Combate a Cartéis" com uma série de ações para a comemoração da data. Nesses dias foram distribuídas nos aeroportos brasileiros cartilhas com informações sobre o crime de cartel, os prejuízos causados diretamente aos consumidores e dicas de como denunciar essa

prática. O objetivo da campanha é atrair novos denunciantes de cartéis e conscientizar a população brasileira sobre a importância do combate a essa prática. Também foi realizado o primeiro Congresso da Estratégia Nacional de Combate aos Cartéis, que contou com a participação do Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, do Ministro da Justiça Tarso Genro e de membros da Direção-

Geral da Concorrência da Comissão Europeia e do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ). No evento, foi assinado um acordo de cooperação com a União Europeia para troca de experiências e maior integração no combate a cartéis. O Brasil já possui acordo semelhante com Estados Unidos, Portugal, Rússia, Canadá, Chile e Argentina. ■

Estatuto dos queixosos em processos por incumprimento comunitário

Carlos Botelho Moniz / Luís do Nascimento Ferreira
cmoniz@mlgts.pt / lferreira@mlgts.pt

Em Setembro de 2009, o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (TPI) adoptou um Despacho que pôs termo ao processo T-186/08, Liga para a Protecção da Natureza (LPN) c. Comissão, no qual se discutia o estatuto processual dos queixosos particulares nos processos por incumprimento comunitário movidos pela Comissão Europeia contra os Estados-Membros ao abrigo do artigo 226.º CE.

O processo em causa contou também com a participação da República Portuguesa, em apoio da posição da Comissão, uma vez que a recorrente visava obter a anulação da decisão da Comissão que havia arquivado o processo por incumprimento aberto contra Portugal no contexto da construção da barragem do Baixo Sabor, um projecto da responsabilidade da EDP.

Através de um Despacho, o TPI recusou liminarmente o recurso apresentado pela LPN, sem sequer convocar a fase oral do processo e conhecer do mérito da causa. Neste contexto, o Tribunal sublinhou importantes aspectos quanto aos direitos e garantias dos particulares que intervenham num processo desta natureza.

Assim, o Tribunal começou por confirmar que a Comissão dispõe de um poder discricionário e não sindicável no âmbito dos processos por incumprimento. Não pode ser obrigada a instaurar tais processos, nem a tomar posição em determinado sentido, o que exclui o direito de os particulares interporem recurso contra uma decisão da Comissão que recuse actuar contra um Estado-Membro.

Por outro lado, a posição processual dos queixosos num processo por incumprimento difere muito,

por exemplo, da sua posição em processos de concorrência. Enquanto nestes os denunciante beneficiam de garantias processuais específicas cuja observância está sujeita a fiscalização judicial, já nos primeiros os denunciante não gozam de direitos processuais, havendo apenas um compromisso da Comissão de consultá-los em alguns momentos-chave da fase pré-contenciosa do processo.

Por último, ficou também assente que, na medida em que a Comissão não está obrigada a instaurar um processo por incumprimento, a sua decisão de não o instaurar não pode, em caso algum, constituir uma ilegalidade susceptível de gerar responsabilidade extracontratual da Comunidade e eventual obrigação de indemnizar, nos termos do artigo 288.º, § 2 CE. ■

Proposta não pública de Directiva da Comissão. Acções de Indemnização por Infracção das Regras de Concorrência

Alberto Saavedra
asaavedra@mlgts.pt

Apesar de não se encontrar disponível no domínio público, a Comissão Europeia divulgou informalmente uma proposta de Directiva acerca das regras comunitárias respeitantes às acções de indemnização por infracção das regras da concorrência, previstas nos Artigos 81.º e 82.º do Tratado CE ("Proposta de Directiva"). Este documento segue de perto as recomendações enunciadas no Livro Branco. A Comissão reconhece que existe uma ausência

de *enforcement* privado na maioria dos Estados-Membros bem como os efeitos nefastos para a sociedade decorrentes das infracções jusconcorrenciais. Assim, o objectivo da futura Directiva é o de "assegurar que todas as vítimas se encontrem em posição de serem totalmente compensadas pelos danos resultantes da violação das regras de direito da concorrência". A Proposta de Directiva contempla, entre o mais, as seguintes recomendações: mecanismos colectivos de

reparação que permitam a agregação de pedidos individuais de indemnização, regras de acesso aos elementos de prova na posse da parte contrária ou de terceiros mediante ordem judicial, possibilidade de o réu invocar a repercussão dos custos adicionais, efeito vinculativo das decisões proferidas pela autoridade da concorrência nacional ou pelo tribunal de recurso, requisitos sobre a culpa e regras acerca de prazos de prescrição. ■

Novas propostas da Comissão Europeia sobre as regras aplicáveis às restrições verticais

Cláudia Coutinho da Costa
ccosta@mlgts.pt

A Comissão Europeia ("Comissão") lançou uma consulta pública, no passado dia 28 de Julho sobre a revisão das regras de concorrência aplicáveis aos acordos verticais (regulamento de isenção por categoria e orientações relativas às restrições verticais). O Regulamento (CE), n.º 2790/1999 relativo à isenção por categoria permite, em determinadas circunstâncias, que os acordos de fornecimento e distribuição beneficiem de derrogações ao artigo 81.º, n.º 1 do Tratado que estabelece a Comunidade Europeia. Este regime cessará a sua vigência em Maio de 2010.

Contam-se, entre outras, as seguintes alterações propostas ao regime do Regulamento n.º 2790/1999:

- (i) a circunstância de considerar-se um limiar máximo de 30% de quota de mercado do fornecedor e do comprador para que um acordo vertical possa beneficiar da isenção concedida pelo novo Regulamento;
- (ii) a inclusão de um conjunto de restrições que não beneficiam da isenção do Regulamento impostas por um fornecedor sobre um distribuidor que efectue vendas *online*. São

exemplos dessas restrições (i) obrigar o distribuidor (exclusivo) a impedir que os clientes localizados num outro território (exclusivo) visualizem o seu sítio *Web* ou obrigar o distribuidor a prever no seu sítio *Web* um sistema de reencaminhamento automático dos clientes para os sítios *Web* do fabricante ou de outros distribuidores (exclusivos) e (ii) obrigar o distribuidor (exclusivo) a pôr termo às transacções de consumidores na Internet quando as informações do cartão de crédito revelam que o endereço não se encontra no território (exclusivo) do distribuidor. ■

Autoridade da Concorrência condena Grupo PT e Grupo ZON por abuso de posição dominante (banda larga)

Gonçalo Machado Borges
gmb@mlgts.pt

Após um inquérito iniciado no final de 2003, no seguimento de denúncias apresentadas por vários operadores, a Autoridade da Concorrência concluiu recentemente que diversas empresas do Grupo PT e do Grupo ZON exploraram abusivamente, entre 2002 e 2003, a sua posição dominante nos mercados nacionais de acesso em banda larga.

Todas as arguidas integravam, à data dos factos, o Grupo PT que era o único fornecedor a nível grossista a disponibilizar serviços de acesso em banda larga a terceiros. Também a nível retalhista as empresas do Grupo PT detinham uma posição claramente dominante no mercado de acesso em banda larga, reflectida em quotas de mercado de 70,7% em 2002 e 77,7% em 2003¹.

Segundo a Autoridade da Concorrência, as empresas envolvidas incorreram em práticas abusivas de

diversos tipos (enquadráveis nas alíneas a), c) e e), do n.º 1 do art. 4.º da Lei da Concorrência), todas elas relacionadas com a implementação conjugada, entre 22 de Maio de 2002 e 30 de Junho de 2003, do tarifário grossista da oferta Rede ADSL PT com diversos tarifários retalhistas de acesso em banda larga (tarifários SAPO e Netcabo).

Com base na conjugação destes tarifários, as empresas do Grupo PT e Grupo ZON terão incorrido nos seguintes comportamentos ilícitos:

- (i) esmagamento de margens (através da fixação artificial e não equitativa dos preços grossistas e retalhistas de acesso em banda larga, impedindo que um operador igualmente eficiente obtivesse lucro);
- (ii) implementação, na oferta grossista Rede ADSL PT, de um sistema de descontos

discriminatório, desfavorável aos operadores concorrentes do Grupo PT;

- (iii) limitação da produção, distribuição, desenvolvimento técnico e investimento nos serviços de acesso em banda larga em Portugal.

Estas práticas terão resultado na diminuição das quotas de mercado dos operadores concorrentes de 36% (antes dos comportamentos sancionados) para 19%, enquanto o Grupo PT beneficiou, durante o período em causa, de uma taxa de crescimento do número de novos clientes de banda larga de 193%.

As empresas envolvidas foram condenadas ao pagamento de coimas no valor global de 53 milhões de euros (45,016 milhões às arguidas que integram o Grupo PT e 8,046 milhões às empresas do Grupo ZON). ■

¹ Cfr. Comunicado n.º 16/2009 da Autoridade da Concorrência, de 02.09.2009.

Comissária Neelie Kroes assina um Memorando de Entendimento com o Brasil

Cláudia Coutinho da Costa
ccosta@mlgts.pt

No passado dia 8 de Outubro foi assinado, em Brasília, um Memorando de Entendimento entre a Comissão Europeia e o Brasil com o objectivo de aumentar a cooperação entre a Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia e as

autoridades de concorrência brasileiras. De acordo com informação pública, o Memorando proporciona um quadro para a cooperação administrativa, o diálogo e os intercâmbios entre os serviços de concorrência da Comissão e as autoridades de concorrência do Brasil. ■

A Associada da MLGTS Mónica Pinto Candeias concluiu, com a classificação final de 18 valores, o Mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A dissertação apresentada intitula-se "*O controlo de concentrações em mercados oligopolistas do sector energético: uma luz ao fundo do túnel*". Mónica Pinto Candeias integra a equipa de europeu e concorrência. ■

C Associado da MLGTS Alberto Saavedra obteve a nota de "distinção" no Mestrado de Direito (LLM - Master of Laws) pela UCL - University College London (University of London). O tema da sua dissertação intitula-se "*A Interação entre os programas de clemência e as acções de indemnização por infração das regras de concorrência*". Alberto Saavedra integra a equipa de europeu e concorrência. ■

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