

Apresentação

Carlos Botelho Moniz
cmoniz@mlgts.pt¹

Procede-se hoje à publicação da primeira Newsletter da *Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados R.L.*, (“MLGTS”) dedicada especificamente à divulgação e ao tratamento de temas relacionados com o Direito Europeu e o Direito da Concorrência.

Trata-se de duas áreas jurídicas que têm vindo a adquirir uma crescente importância na dinâmica das empresas e da vida económica e em relação às quais a MLGTS se assume, como firma de referência em termos nacionais e internacionais. Trata-se, por outro lado, de duas áreas de prática profissional que exigem dos respectivos intérpretes-aplicadores uma cuidada e constante actualização de conceitos e doutrinas, dada a multiplicidade de ordenamentos jurídicos e fontes de direito relevantes, com particular importância para a jurisprudência dos tribunais comunitários, e a partilha de competências entre as autoridades de concorrência nacionais e a Comissão Europeia em muitas das matérias mais significativas.

Por todas estas razões, decidimos criar a presente *Newsletter*, que terá uma divulgação quadrimestral e é dirigida, em especial, aos nossos clientes e a todos aqueles que, pelos mais diversos motivos, se interessam ou trabalham com os temas aqui retratados.

A elaboração da presente publicação está a cargo da equipa de Direito Europeu e da Concorrência da MLGTS, composta por quinze membros, com diversas idades e experiências, repartidos entre os nossos escritórios de Lisboa e Porto.

A equipa em causa é, antes de mais, reconhecida pelo seu conhecimento e pelo trabalho desenvolvido em todas as áreas do Direito Europeu

e do Direito da Concorrência. Sublinha-se, em particular, a experiência reunida ao longo dos anos em matéria de acordos e práticas horizontais e verticais, abusos de posição dominante, serviços de interesse económico geral, auxílios de Estado e controlo de concentrações, em processos junto da Comissão Europeia, da Autoridade da Concorrência portuguesa, dos tribunais comunitários e dos tribunais nacionais. A equipa tem também uma prática significativa nas diversas áreas do Direito da União Europeia (com especial enfoque nas regras sobre o mercado interno e os fundos estruturais) e na representação de clientes perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A par da experiência profissional desta equipa, cada um dos seus membros mantém uma constante cultura de desenvolvimento e valorização pessoal, em interacção com as respectivas comunidades científica e social, de que é expressão a circunstância de vários dos seus elementos leccionarem em Universidades, prosseguirem programas de doutoramento, mestrado, pós-graduações e *secondment*, participarem regularmente em conferências e simpósios da especialidade, em Portugal e no estrangeiro, e serem autores de diversas publicações, nacionais e outras, na área do Direito Europeu e do Direito da Concorrência.

A presente *Newsletter* é, pois, o mais recente desafio que, em conjunto, decidimos abraçar. Esperamos que os temas seleccionados, bem como o seu tratamento, necessariamente sumário, sejam do agrado do leitor e possam ser úteis para o acompanhamento das áreas do Direito acima referidas. Recebemos com agrado quaisquer comentários e sugestões que nos queiram transmitir sobre o trabalho realizado. ■



DIREITO EUROPEU E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

“TRATA-SE DE DUAS ÁREAS
JURÍDICAS QUE TÊM VINDO
A ADQUIRIR UMA CRESCENTE
IMPORTÂNCIA NA DINÂMICA
DAS EMPRESAS E DA
VIDA ECONÓMICA”

O Novo Regulamento de Execução da Lei Espanhola da Concorrência, aprovado pelo Real-Decreto 261/2008

Mariana de Sousa Alvim
msalvim@mgts.pt

A política da concorrência espanhola foi objecto de uma reforma significativa com a aprovação da Lei n.º 15/2007, de 3 de Julho, para a defesa da Concorrência (“Lei da Concorrência espanhola”) e dos subsequentes regulamentos de execução.

A referida reforma tem por desiderato melhorar a efectividade dos procedimentos jusconcorrenciais, bem como aproximar o sistema legal espanhol à legislação comunitária da concorrência, melhorando as disposições relativas às práticas restritivas, de acordo com as alterações introduzidas, ao nível

“ESTE REGULAMENTO É A CHAVE PARA A INTRODUÇÃO DE UMA POLÍTICA DE CLEMÊNCIA.”

comunitário, pelo Regulamento n.º 1/2003. Neste contexto, o Real-Decreto 261/2008, aprovado pelo Conselho de Ministros a 22 de Fevereiro, e cuja vigência teve início em 28 de Fevereiro, aprova o Regulamento de execução da Lei da Concorrência espanhola.

Este regulamento é a chave para a introdução de uma política de clemência na medida em que a Lei da Concorrência espanhola estabelece que o *regime da clemência* somente é aplicável após a entrada em vigor do referido regulamento.

O PROGRAMA ESPANHOL DE CLEMÊNCIA

O Real-Decreto prevê um conjunto de orientações, em matéria de procedimento, a serem seguidas na aplicação do regime de clemência. As entidades que tenham participado em cartéis, e que pretendam beneficiar de imunidade ou redução de coimas, têm que apresentar um pedido ao Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência espanhola.

A concessão do estatuto de clemência encontra-se dependente da existência de uma colaboração contínua com a Autoridade da Concorrência espanhola, designadamente através da disponibilização de toda a documentação e elementos de prova.

“O REGULAMENTO INTRODUZ ALGUNS ASPECTOS ORIGINAIS, CONTRIBUINDO PARA REFORÇAR A APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM ESPANHA.”

O Regulamento de execução prevê ainda a existência de pedidos de clemência simplificados a apresentar perante o Departamento de Investigação da Autoridade da Concorrência espanhola, nas situações em que uma parte num cartel submeteu (ou pretende submeter) um pedido de clemência junto da Comissão Europeia, quando o comportamento em causa afecte, pelo menos, três Estados-membros. Econtra-se ainda disponível no Regulamento um formulário que pressupõe uma descrição detalhada dos factos relativos ao cartel, no contexto do qual o requerente deverá demonstrar a existência do mesmo.

Os referidos pedidos de clemência são tratados de forma confidencial e examinados por ordem de apresentação, e a decisão, no que respeita à isenção e/ou redução da coima aplicável, é comunicada ao requerente no final do procedimento administrativo. Finalmente, o Regulamento de execução aumenta os poderes de inspecção da Autoridade da Concorrência espanhola, permitindo-lhe realizar inspecções, designadamente, a rendimentos, às instalações das empresas, ou a residências privadas de administradores e colaboradores das empresas.

FORMULÁRIO SIMPLIFICADO PARA NOTIFICAÇÃO DE OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO

O Regulamento de execução prevê também a existência de um formulário simplificado para a notificação de operações de concentração nas quais não se detecte uma sobreposição horizontal ou vertical, entre as actividades das empresas envolvidas, bem como para aqueles casos em que as partes na concentração não detenham uma quota de mercado conjunta acima dos 15% no mesmo mercado relevante do produto ou serviço.

Por outro lado, o formulário de notificação mais desenvolvido estabelecido no Regulamento de execução solicita mais informação que o formulário até então empregue, seguindo de perto o formulário actualmente utilizado pela Comissão Europeia.

O diploma estabelece ainda a existência de mecanismos de cooperação entre a Autoridade da Concorrência espanhola e as autoridades da concorrência das Comunidades Autónomas, a Comissão Europeia e as restantes autoridades de concorrência da UE.

A EXCEPÇÃO LEGAL DE MINIMIS RELATIVA ÀS PRÁTICAS RESTRITIVAS E AO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

A Lei da Concorrência espanhola estabelece a excepção *de minimis* para as práticas restritivas e abuso de posição dominante que, atendendo à sua importância diminuta, não são susceptíveis de afectar, de forma apreciável, a concorrência. Com efeito, este regime, fortemente inspirado na Comunicação da Comissão Europeia sobre os acordos de pequena importância (Comunicação 2001/C 368/07), era já há muito solicitado pelas diferentes entidades legais e económicas.

“NÃO PARECE EXISTIR LUGAR PARA A APLICAÇÃO DA REGRA RELATIVA AO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE, NA MEDIDA EM QUE UM DOS CRITÉRIOS A TER EM CONTA, NESTA MATÉRIA, É O DA QUOTA DE MERCADO.”

Não obstante os abusos estarem incluídos no âmbito da excepção de *minimis*, não parece existir lugar para a aplicação da regra relativa ao abuso de posição dominante, na medida em que um dos critérios a ter em conta, nesta matéria, é o da quota de mercado.

Importa referir que o Regulamento de execução dispõe no sentido de que o regime legal *de minimis* não é aplicável aos acordos que tenham restrições graves da concorrência (as designadas restrições *hardcore*), tais como a fixação de preços na venda de produtos a terceiros, limitação da produção ou vendas.

Com efeito, note-se que a principal diferença existente entre o Regulamento de execução e o Direito Comunitário da Concorrência consiste em o Regulamento não considerar enquanto regra *de minimis* as cláusulas de não concorrência com uma duração superior a cinco anos.

NOTAS FINAIS

O Regulamento de execução tem o mérito de colocar em prática, na sequência do que foi implementado ao nível comunitário, um programa de clemência, assim como a aplicação da excepção legal *de minimis* às práticas restritivas da concorrência e, finalmente, um formulário simplificado para a submissão de notificações no âmbito do controlo de concentrações. Importa ainda mencionar que o Regulamento introduz alguns aspectos originais, contribuindo para reforçar a aplicação do Direito da Concorrência em Espanha, e para clarificar as funções desempenhadas pela Autoridade da Concorrência espanhola, neste contexto. ■

Segredo Profissional limita os poderes de inspecção da Autoridade da Concorrência junto dos advogados de *empresa*

Carlos Montenegro Conceição
cmconceicao@mlgts.pt

A Autoridade da Concorrência, no âmbito dos poderes de investigação consagrados no artigo 17.º, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, efectuou uma inspecção surpresa às instalações de uma empresa. No decurso da inspecção os inspectores da Autoridade apreenderam um número significativo de documentos que se encontravam no gabinete do advogado interno da empresa.

Neste contexto, a questão fundamental que se coloca é a de saber se fará sentido na *luta* contra as práticas restritivas, permitir que a Autoridade da Concorrência considere inaplicável o segredo profissional entre cliente/advogado, protegido no ordenamento jurídico português, com o intuito de obter provas, quanto a alegados comportamentos anti-concorrenciais, nos gabinetes dos advogados de *empresa*?

A jurisprudência comunitária decidiu favoravelmente nesse sentido. Nos acórdãos AM&S (C- 155/79) e AKZO (T-125/03 e T-253/03), são distinguidos os advogados *independentes* dos Advogados de *empresa*, partindo de uma construção formalista de que os advogados de *empresa*, com vínculo jurídico-laboral, não são independentes, nem tão-pouco estão vinculados a qualquer ética, deontologia e disciplinas próprias da profissão de advogado. Como

tal, os advogados de *empresa* não estão protegidos pelo segredo profissional.

A nível nacional, o Tribunal do Comércio de Lisboa, em Janeiro de 2008, com base no Estatuto da Ordem dos Advogados, proferiu uma decisão na qual protege a aplicabilidade do segredo profissional aos advogados que exercem funções em empresas, no âmbito de inspecções surpresas efectuadas pela Autoridade da Concorrência.

Com efeito, esta decisão judicial reconhece que o Estatuto da Ordem dos Advogados não discrimina legal e estatutariamente os advogados internos de *empresa* dos demais advogados; e que as investigações da Autoridade da Concorrência, em matérias contra-ordenacionais, terão de respeitar as regras nacionais.

Em sintonia com a referida decisão do Tribunal do Comércio, constata-se que o artigo 22.º do Regulamento n.º 1/2003, relativo à implementação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, estabelece que “os funcionários das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência incumbidos de proceder às inspecções e os agentes por elas mandatados exercem os seus poderes nos termos da respectiva legislação nacional,” com intuito de assegurar o respeito do princípio da

subsidiariedade em procedimentos de investigação de comportamentos anti-concorrenciais, por parte das autoridades nacionais de concorrência.

Adicionalmente, o Tribunal do Comércio considera que a actuação dos inspectores da Autoridade da Concorrência, na diligência de inspecção ao gabinete do advogado de *empresa*, constitui uma violação do Estatuto da Ordem dos Advogados, bem como do Código Penal, na medida em que ambos protegem o segredo profissional. A referida decisão judicial, aderindo a um anterior parecer da Ordem dos Advogados (Parecer n.º E-07/07), representa uma declaração inequívoca quanto à necessidade de salvaguardar o segredo profissional dos advogados de *empresa*.

Em suma, o segredo profissional consiste numa *conditio sine qua non* para o exercício dos advogados independentes e advogados de *empresa*, assim como para as empresas que procuram obter aconselhamento jurídico.

A Autoridade da Concorrência, no âmbito dos seus procedimentos inspectivos de práticas restritivas da concorrência, a nível nacional, terá de respeitar e assegurar o cumprimento deste princípio de ordem pública. ■

Tribunal do Comércio de Lisboa anula coima aplicada a empresas de moagens

Gonçalo Machado Borges
gmb@mlgts.pt

Em 12 de Fevereiro de 2008 o Tribunal do Comércio de Lisboa (“TCL”) considerou procedente o recurso de impugnação judicial interposto por diversas empresas do sector da moagem de cereais contra as coimas aplicadas, em Setembro de 2005, pela Autoridade da Concorrência (“AdC”) - num valor global de cerca de 9 milhões de euros -, em processo de contra-ordenação por alegada concertação de tabelas de preços de venda de farinha. O processo teve início com a abertura de um inquérito em Janeiro de 2004.

A decisão do TCL baseou-se, especificamente, na nulidade de uma “Nota de Ilícitude Complementar” elaborada pela AdC em momento posterior (Dezembro de 2004) à apresentação da

“AS ARGUIDAS PASSARAM A TER DE SE DEFENDER DE SEIS ILÍCITOS ENTRE O FINAL DE 2000 E MEADOS DE 2004.”

defesa das arguidas a uma Nota de Ilícitude inicial. Por meio desta Nota de Ilícitude Complementar, a AdC baseou-se em respostas das arguidas e em documentos já constantes do processo antes da acusação inicial para proceder à «invocação de factos diferentes» e à «reformulação de toda a apreciação jurídica à luz dos mesmos». Em vez de

uma única infracção localizada no tempo (Dezembro de 2003), as arguidas passaram a ter de se defender de seis ilícitos entre o final de 2000 e meados de 2004, alguns dos quais já prescritos (embora tenham sido então qualificados como “infracção continuada”).

O TCL considerou que o recurso a uma Nota de Ilícitude Complementar, «mais abrangente no tempo e com alguns factos importantes que já eram do conhecimento da AdC antes da elaboração da primitiva Nota de Ilícitude», viola o direito constitucionalmente tutelado a um processo justo e equitativo assente em igualdade de armas e numa defesa materialmente efectiva (art. 20º, 4, CRP). Em consequência, a referida nota complementar foi declarada nula e os autos

Novo enquadramento comunitário dos auxílios estatais a favor do ambiente - em especial, os auxílios a favor das energias renováveis

Luís Nascimento Ferreira Inferreira@mlgts.pt
Mónica Pinto Candéias mpcandeias@mlgts.pt

A Comissão Europeia aprovou, no passado dia 23 de Janeiro, o novo enquadramento comunitário dos auxílios estatais a favor do ambiente ("Enquadramento")². O presente artigo visa enunciar os aspectos essenciais e inovadores deste novo Enquadramento, com particular enfoque no regime de auxílios a favor de fontes de energia renováveis.

Com o objectivo de orientar os Estados-Membros na atribuição de auxílios compatíveis com o mercado comum, a Comissão tem vindo a emitir orientações sectoriais, de forma a adaptar as regras gerais sobre auxílios de Estado a mercados específicos, introduzindo maior previsibilidade na análise de compatibilidade que realiza em sede de notificação dos projectos de auxílio. É disso exemplo o sector do ambiente, que, com o recente Enquadramento, vai já na terceira geração de orientações comunitárias³.

"O ENQUADRAMENTO PROCURA ALCANÇAR OS OBJECTIVOS FIXADOS PELO CONSELHO EUROPEU DA PRIMAVERA DE 2007"

A adopção do novo Enquadramento parte da constatação de que o actual nível de protecção do ambiente no espaço europeu não é suficientemente elevado e de que se impõem reforçar esforços neste domínio. Do ponto de vista institucional, o Enquadramento procura alcançar os objectivos fixados pelo Conselho Europeu da Primavera de 2007⁴, que apelou aos Estados-Membros e às instituições da União para que prosseguissem os seus esforços com vista ao desenvolvimento de uma política europeia integrada em matéria de clima e energia, que seja viável a longo prazo. No que se refere aos auxílios a favor de energias renováveis, o Enquadramento assinala que eles poderão justificar-se caso o custo de produção deste tipo de energia seja superior ao custo de produção baseado em fontes convencionais, embora, atendendo à evolução tecnológica no

"AS INTENSIDADES A FAVOR DAS GRANDES EMPRESAS PASSARAM DE 40% PARA 60% E AS CONCEDIDAS A PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS AUMENTARAM DE UM INTERVALO DE 50%-60% PARA 70%-80%."

domínio das energias renováveis e à crescente internalização das externalidades ambientais nos custos das outras tecnologias, a diferença de custos tenha vindo a descer ao longo dos anos, reduzindo, assim, a necessidade de concessão destes auxílios.

Os auxílios a favor das energias renováveis podem ser de dois tipos: *auxílios ao investimento* ou *auxílios ao funcionamento*. Quanto aos primeiros, o novo Enquadramento aumentou consideravelmente as intensidades de auxílio⁵ comparativamente com o enquadramento de 2001. As intensidades a favor das grandes empresas passaram de 40% para 60% e as concedidas a pequenas e médias empresas aumentaram de um intervalo de 50%-60% para 70%-80%. Por outro lado, foi introduzida a possibilidade de conceder auxílios com uma intensidade de 100% na sequência de um procedimento de concurso verdadeiramente concorrencial. Os custos de investimento elegíveis para este efeito estão limitados aos custos de investimento suplementares suportados pelo beneficiário comparativamente a uma central eléctrica convencional, ou a um sistema de aquecimento convencional, com a mesma capacidade, em termos de produção efectiva de energia⁶.

"OS AUXÍLIOS A FAVOR DAS ENERGIAS RENOVÁVEIS PODEM SER DE DOIS TIPOS: AUXÍLIOS AO INVESTIMENTO OU AUXÍLIOS AO FUNCIONAMENTO."

"O NOVO ENQUADRAMENTO É UM INSTRUMENTO IMPORTANTE NA ACTUAL POLÍTICA COMUNITÁRIA EM MATÉRIA DE AUXÍLIOS DE ESTADO E NA POLÍTICA ENERGÉTICA EUROPEIA."

Relativamente aos *auxílios ao funcionamento*, os Estados-Membros podem conceder auxílios a favor de energias renováveis de acordo com uma de três modalidades: (i) auxílios para compensar a diferença entre o custo de produção da energia a partir de fontes renováveis e o preço de mercado do tipo de energia em causa⁷; (ii) auxílios concedidos com recurso a mecanismos de mercado, e.g., a concessão de certificados verdes ou a realização de concursos, permitindo aos produtores beneficiar indirectamente de uma procura garantida para a energia que produzem a um preço superior ao preço de mercado da energia convencional⁸; ou, por último, (iii) auxílios que sejam progressivamente reduzidos e cuja intensidade não deve exceder 100% dos custos suplementares no primeiro ano, devendo diminuir de forma linear até atingir uma taxa zero no final do quinto ano. Se o auxílio não for progressivamente reduzido, a intensidade não deve exceder 50% dos custos suplementares⁹.

Em síntese, o novo Enquadramento é um instrumento importante na actual política comunitária em matéria de auxílios de Estado¹⁰ e na política energética europeia, reconhecendo que, em certas condições, os auxílios de Estado podem corrigir deficiências dos mercados e, ao mesmo tempo, serem vantajosos em termos ambientais e de sustentabilidade. Naturalmente, quanto mais elevado for o montante de auxílio e mais individualizável for o seu beneficiário, maior será o risco de distorção da concorrência e de afectação das trocas comerciais. ■

²Entretanto publicado no Jornal Oficial ("JO"), C 82, de 01.04.2008, pp. 1 e seguintes. ³O primeiro enquadramento foi adoptado em 1994 (JO, C 72, de 10.03.1994, pp. 3 e seguintes) e, após duas prorrogações de validade, foi substituído em 2001 (JO, C 37, de 03.02.2001, pp. 3 e seguintes). O novo Enquadramento vem, portanto, substituir as orientações de 2001. ⁴Conselho Europeu de Bruxelas, realizado nos dias 8 e 9 de Março de 2007. As conclusões do Conselho, elaboradas pela Presidência da União Europeia em exercício à data, estão disponíveis em http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/pt/07/073149.pdf. ⁵*I.e.*, o montante bruto do auxílio expresso em percentagem dos custos elegíveis. ⁶Cfr. parágrafo 105 do Enquadramento. ⁷Cfr. parágrafo 109 do Enquadramento. Estes auxílios podem ser concedidos até à plena amortização dos investimentos suplementares. ⁸Cfr. parágrafo 110 do Enquadramento. Estes mecanismos de mercado podem ser autorizados pela Comissão se (i) os Estados-Membros demonstrarem que o apoio é indispensável para assegurar a viabilidade das fontes de energia renováveis em causa, (ii) que o auxílio não implica, em termos globais, uma sobrecompensação e (iii) que não desincentiva os produtores de energias renováveis de reforçarem a sua competitividade. Estes regimes de auxílio são normalmente autorizados por um período de 10 anos. ⁹Cfr. parágrafo 111 do Enquadramento. ¹⁰De que é arauto o "Plano de Acção - Menos auxílios estatais e mais orientados: um roteiro para a reforma dos auxílios estatais 2005-2009", COM(2005) 107 final.

Portugal é pela primeira vez condenado ao pagamento de uma sanção pecuniária por não executar acórdão do Tribunal de Justiça

Margarida Rosado da Fonseca margarida.fonseca@mlgts.pt
Pedro de Gouveia e Melo pgmelo@mlgts.pt

No passado dia 10 de Janeiro o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“Tribunal”) proferiu um acórdão em que condena o Estado Português ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória diária de quase 20.000 euros¹¹ pela não execução de um acórdão anterior do mesmo Tribunal, de 2004¹². Este último acórdão tinha constatado o incumprimento por parte de Portugal da obrigação de transposição da Directiva 89/665/CEE, no que respeita aos mecanismos de recurso de decisões de entidades adjudicantes em matéria de contratação pública¹³. É a primeira vez que Portugal é condenado por não dar cumprimento à jurisprudência do Tribunal e apenas a sétima vez que este Tribunal aplica uma sanção pecuniária a um Estado-Membro por aquela razão.¹⁴

Nos termos do artigo 228.º, n.º 1 do Tratado que institui a Comunidade Europeia (“Tratado CE”), um Estado-membro deve tomar todas as medidas necessárias à execução de um acórdão do Tribunal que constate o incumprimento das regras de direito comunitário. Caso o Estado-membro não o faça, e após ter para tal sido interpelado pela Comissão Europeia (no âmbito de uma fase pré-contenciosa), esta pode intentar uma segunda acção por incumprimento, nos termos do artigo 228.º, n.º 2, solicitando ao Tribunal que condene o mesmo Estado no pagamento de uma sanção pecuniária para o persuadir a executar o acórdão, a qual poderá ser uma quantia fixa ou progressiva (ou ainda, em casos excepcionais, ambas¹⁵).

“É DUVIDOSO QUE A COMISSÃO ACEITE QUE A APROVAÇÃO DA LEI N. 67/2007 PROCEDE À EXECUÇÃO INTEGRAL DO ACÓRDÃO DE 2004.”

Num processo cujas origens remontam a Setembro de 1995, a Comissão, que enquanto “Guardiã dos Tratados” vela pela aplicação do direito comunitário,

intentou em Junho 2003 uma acção de incumprimento contra Portugal, nos termos do artigo 226.º do Tratado. Segundo a Comissão, a manutenção do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967, relativo à responsabilidade civil extracontratual do Estado, na ordem jurídica Portuguesa violava o artigo 2.º da Directiva 89/665/CEE. Esta disposição legal previa a indemnização das pessoas lesadas por qualquer violação, por uma entidade adjudicante, do direito comunitário aplicável à celebração de contratos públicos, na medida em que aquele Decreto-Lei limitava a possibilidade de indemnização à produção de prova, por parte dos lesados, de que o acto ilícito fora praticado com culpa ou dolo.

“ESTE ACÓRDÃO VEM RECORDAR AOS ESTADOS-MEMBROS, E DESIGNADAMENTE A PORTUGAL, A NECESSIDADE DE EXECUTAR RAPIDAMENTE A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL.”

O Tribunal concordou com a Comissão e decidiu, através de acórdão de 14 de Outubro de 2004, que o regime nacional então em vigor, ao exigir a prova da existência de culpa ou dolo por parte das entidades adjudicantes, não constituía um sistema de protecção jurisdicional adequado, pelo que declarou que Portugal transpôs incorrectamente a Directiva.

Em Fevereiro de 2006, a Comissão, após ter constatado que o referido Decreto-Lei ainda se mantinha em vigor e ter dado oportunidade a Portugal para executar o acórdão, decidiu intentar a segunda acção por incumprimento nos termos do artigo 228.º, n.º 2. Nesse âmbito sugeriu ao Tribunal que fosse aplicada a Portugal uma sanção pecuniária compulsória de 21.450 euros por cada dia de atraso na execução do acórdão. O incumprimento da obrigação de execução foi com efeito confirmado pelo Tribunal no acórdão do passado 10 de Janeiro. No entanto, o mesmo Tribunal discordou da Comissão quanto ao cálculo da sanção pecuniária (que deve tomar em atenção a duração da infracção, o seu grau de gravidade e a

“É APENAS A SÉTIMA VEZ QUE UMA SANÇÃO PECUNIÁRIA É IMPOSTA A UM ESTADO-MEMBRO PELA NÃO EXECUÇÃO DE UM ACÓRDÃO DO TRIBUNAL.”

capacidade de pagamento do Estado-membro em causa), e reduziu a sanção pecuniária para 19.392 euros, a pagar diariamente por Portugal até que o acórdão de 2004 fosse executado.

O Decreto-Lei n.º 48.051 foi entretanto revogado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. É, no entanto, duvidoso que a Comissão aceite que com esta medida o acórdão de 2004 foi integralmente executado. Com efeito, a referida Lei prevê a existência de indemnização por acto ilícito da administração apenas quando haja culpa leve (que no entanto se presume) ou a chamada “culpa de serviço” (cfr. os artigos 7.º e 10.º) e a Comissão defendia que a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário deve existir independentemente de culpa. Talvez essa circunstância tenha conduzido o Governo a aprovar recentemente uma proposta de lei que altera a Lei n.º 67/2007, com o objectivo de a “clarificar”, “alinhando-a com o entendimento que prevalece relativamente” à Directiva 89/665/CEE.¹⁶

Este acórdão vem sobretudo recordar aos Estados-membros, e designadamente a Portugal, a necessidade de executar rapidamente os acórdãos do Tribunal, sob pena de lhes serem impostas pesadas sanções, em particular quando a Comissão dá mostras de querer recorrer mais frequentemente a este mecanismo para assegurar a aplicação do direito comunitário. Encontram-se actualmente em curso vários outros processos de “segundo incumprimento” nos termos do artigo 228.º, n.º 2, incluindo contra Portugal.¹⁷

¹¹Proc. C-70/06, Comissão c. Portugal, disponível em www.curia.europa.eu. ¹²Proc. C-275/03, Comissão c. Portugal, disponível em www.curia.europa.eu. ¹³Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos, JO n.º L 395 de 30.12.1989, p. 33. ¹⁴Cfr. os acórdãos de 4.07.2000, proc. C-387/97, Comissão c. Grécia; de 23.11.2003, proc. C-278/01, Comissão c. Espanha; de 12.07.2005, proc. C-304/02, Comissão c. França; de 14.3.2006, proc. C-177/04, Comissão c. França; de 18.07.2006, proc. C-119/04, Comissão c. Itália; e de 18.07.2006, proc. C-503/04, Comissão c. Alemanha. ¹⁵A sanção pecuniária é calculada nos termos da Comunicação da Comissão relativa à Aplicação do Artigo 228.º do Tratado CE, SEC(2005)1658. ¹⁶Cfr. o Comunicado do Conselho de Ministros de 10 de Abril de 2008 em www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Governos/Governos_Constitucionais/GC17/Conselho_de_Ministros/Comunicados_e_Conferencias_de_Imprensa/20080410.htm. ¹⁷Cfr. a acção intentada em 9.10.2007 pela Comissão à qual foi dado o n.º C-458/07, Comissão c. Portugal, aviso publicado no JO C 297, de 8.12.2007, p. 29).

Compromissos assumidos na aquisição dos hipermercados Carrefour preservam escolha de retalhistas e de formatos de distribuição moderna*

Joaquim Vieira Peres vieira.peres@mlgts.pt
Alberto Saavedra asaavedra@mlgts.pt

TRANSACÇÃO

Em 27 de Dezembro de 2007, a Autoridade da Concorrência aprovou a aquisição da Carrefour Portugal pela Sonae Distribuição, SGPS, S.A.. A transacção envolvia a aquisição de doze hipermercados com a insígnia Carrefour, treze licenças de abertura de novos hipermercados e oito postos de abastecimento de combustível. A aquisição foi sujeita ao cumprimento de certas condições e obrigações (Processo 51/2007 - SONAE/CARREFOUR) depois de analisados dezasseis mercados locais de retalho alimentar.

DELIMITAÇÃO DO MERCADO

Na delimitação do mercado relevante, a Autoridade discutiu se o mercado deveria incluir todos os formatos de distribuição moderna (i.e., hipermercados, supermercados e lojas discount), ou se este deveria ser definido em termos mais restritos, porquanto os activos adquiridos respeitavam apenas a hipermercados. Na sua análise jus-concorrencial, foi dada particular atenção às seguintes características influenciadoras do comportamento dos consumidores:

- as especificidades próprias de cada formato tidas por relevantes pelos consumidores aquando da escolha do seu local de compras;
- a capacidade de os agregados familiares mudarem facilmente as suas compras de hipermercados para supermercados ou lojas *discount*;
- a substituíbilidade dos diferentes formatos de retalho alimentar na resposta às várias finalidades das visitas do consumidor a uma loja de retalho alimentar (também designada por “*shopping missions*”).

A Sonae Distribuição instruiu o processo com comprovação empírica económica e outros estudos destinados a fundamentar a posição de que os hipermercados, os supermercados e as lojas *discount* pertencem ao mesmo mercado de

“A AUTORIDADE ACEITOU OS ARGUMENTOS DA SONAE NO SENTIDO DE UMA DELIMITAÇÃO MAIS LATA DO MERCADO.”

“ESTA É A PRIMEIRA VEZ QUE A AUTORIDADE, EM SEDE DE PRIMEIRA FASE DE PROCEDIMENTO, APROVA UMA OPERAÇÃO COM COMPROMISSOS DE NATUREZA ESTRUTURAL.”

produto e que os três formatos são concorrentes entre si, apesar de existirem diferenças quanto à diversidade e à gama dos produtos oferecidas pelos hipermercados e pelas lojas *discount*. A Autoridade aceitou os argumentos da Sonae no sentido de uma delimitação mais lata do mercado e, em conformidade, definiu o mercado como o mercado retalhista de base alimentar, correspondendo ao conjunto dos formatos hipermercados, supermercados e lojas *discount*.

Relativamente à questão da delimitação do mercado geográfico, a Autoridade considerou que, em termos locais, o mercado deveria ser definido por apelo a “áreas de influência” correspondentes a localizações contidas dentro de um raio de 30 minutos de tempo de deslocação dos consumidores em viatura própria, dado que a transacção implicava essencialmente a aquisição de hipermercados, que retêm uma elevada capacidade de atracção dos consumidores. Por outro lado, a sobreposição entre áreas de influência contíguas conduziu a que o alcance geográfico fosse alargado de modo a agregar vários mercados locais parcialmente coincidentes.

COMENTÁRIO

Esta é a primeira vez que a Autoridade, em sede de primeira fase de procedimento, aprova uma operação com compromissos de natureza estrutural (i.e., que se traduzem em obrigações de desinvestimento), o que demonstra um inegável aumento da sua eficiência em lidar com apertados calendários em casos complexos. A análise substantiva da transacção foi complexa, com estudos económicos a serem intensamente debatidos e com a intervenção de contra-interessados (tais como concorrentes e fornecedores). Não obstante, a transacção notificada em Agosto de 2007, foi

decidida após 5 meses, o que constitui um recorde em termos da duração do procedimento de controlo das concentrações.

Em última análise, os compromissos estruturais e comportamentais aceites como condição da decisão de não-oposição destinam-se a (i) evitar a criação de posições dominantes nos mercados locais em causa, e a (ii) garantir que os consumidores retêm a capacidade de escolher não só entre diferentes retalhistas, mas também entre os diversos tipos de formatos de distribuição moderna (i.e., lojas *discount*, supermercados e hipermercados). ■

“NÃO OBSTANTE, A TRANSACÇÃO - NOTIFICADA EM AGOSTO DE 2007 - FOI DECIDIDA APÓS 5 MESES, O QUE CONSTITUI UM RECORDE.”

COMPROMISSOS

Para que os receios jus-concorrenciais da Autoridade fossem afastados em seis mercados locais de retalho alimentar nos quais considerou existir a possibilidade de criação ou reforço de posições dominantes das quais poderiam resultar entraves significativos à concorrência efectiva, a Sonae comprometeu-se a:

- alienar dois supermercados Modelo (ou, em alternativa, dois hipermercados Carrefour situados nos mesmos mercados locais), bem como uma das licenças da Carrefour para abrir um novo hipermercado;
- não exceder 50.000 m² de área de vendas existente destinada a retalho alimentar num dos mercados analisados;
- não apresentar pedidos de novas licenças de abertura para estabelecimentos de retalho em alguns dos mercados analisados;
- reduzir a área de retalho alimentar em alguns dos seus estabelecimentos ou convertê-los em áreas de retalho não alimentar (e não os reconverter).

TJCE condena a Espanha no contexto da regulação do sector energético

Vasco Xavier Mesquita
vxmesquita@mlgts.pt

Em 6 de Março de 2008 o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferiu o acórdão C-196/07, relativo a uma acção por incumprimento que condenou a Espanha pelas obrigações que haviam sido impostas pela Comisión Nacional de Energia à E.ON A.G., na OPA por esta lançada sobre a Endesa S.A. em 21 de Fevereiro de 2006, e autorizada pela Comissão Europeia em 24 de Abril de 2006.

A Comissão decidiu que a Espanha havia violado o art. 21.º do Regulamento das Concentrações por não terem sido retiradas certas condições ilegais à operação. Decidiu também que as alterações efectuadas pelo Ministro da Industria, Turismo e

“A COMISSÃO DECIDIU QUE A ESPANHA HAVIA VIOLADO O ART. 21. DO REGULAMENTO DAS CONCENTRAÇÕES.”

Comércio Espanhol às condições da CNE não eram conformes ao direito comunitário.

Apesar do insucesso da operação de concentração, e da consequente cessação do incumprimento, a Comissão considerou adequado o recurso para o TJCE, de modo a que este Tribunal declarasse que a Espanha havia violado o direito comunitário. ■

Multa de €899 milhões de euros aplicada à Microsoft

Inês Gouveia
igouveia@mlgts.pt

A Microsoft foi multada pela Comissão Europeia em €899 milhões de euros a título de sanção pecuniária compulsória, por não ter dado cumprimento a obrigações impostas em decisão condenatória anterior, de Março de 2004. A Microsoft encontrava-se obrigada, desde a decisão que, em 2004, condenou a empresa por abuso de posição dominante, a disponibilizar, em termos razoáveis e não discriminatórios, informação completa e precisa, relativa à interoperabilidade entre os sistemas operativos de servidores de grupos de trabalho concorrentes da Microsoft, e os Pcs e servidores Windows.

De acordo com a investigação recente da Comissão Europeia, o sistema posto em prática pela Microsoft

para o efeito e que vigorou até Outubro de 2007 traduzia-se na cobrança de preços (*royalties*) irrazoáveis, tendo em conta a ausência de cariz inovador de grande parte da informação disponibilizada e os preços cobrados no mercado por tecnologias de interoperabilidade semelhantes. A informação relativa à interoperabilidade é considerada essencial para garantir a concorrência e inovação no mercado dos sistemas operativos de servidores de grupos de trabalho.

A Microsoft anunciou publicamente a sua intenção de interpor, no Tribunal de Primeira Instância, um recurso de anulação da decisão condenatória de que foi alvo. ■

Alteração do artigo 45.º da Lei da Concorrência

Eduardo Maia Cadete
maiacadete@mlgts.pt

O Governo, através do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprova o novo Código dos Contratos Públicos, procedeu também à alteração do artigo 45.º da Lei da Concorrência.

A nova redacção do artigo 45.º, relativo a sanções acessórias, passa assim a prever que em caso de condutas anticoncorrenciais, o infractor possa ser sancionado com a privação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos cujo objecto abranja prestações típicas dos contratos de empreitada, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços ou ainda em procedimentos destinados à atribuição de licenças ou alvarás, desde que a prática que constitui contra-ordenação punível com coima se tenha verificado durante ou por causa do procedimento relevante.

“A PRIVAÇÃO DO DIREITO DE PARTICIPAR NOS REFERIDOS PROCEDIMENTOS TEM UMA DURAÇÃO MÁXIMA DE DOIS ANOS.”

A privação do direito de participar nos referidos procedimentos tem uma duração máxima de dois anos. Esta sanção acessória é cumulativa com a que já se encontrava anteriormente prevista na Lei da Concorrência, traduzida na publicação da decisão final condenatória no Diário da República ou num jornal nacional de expansão nacional, regional ou local, consoante o mercado geográfico em que a prática proibida tenha produzido os respectivos efeitos. ■

Comissão Europeia instaura (nova) acção de cumprimento contra a Espanha

Vasco Xavier Mesquita
vxmesquita@mlgts.pt

Em 31 de Janeiro a Comissão Europeia instaurou uma acção por incumprimento contra a Espanha, a propósito das condições impostas pela Comisión Nacional de Energia (“CNE”), no seguimento da OPA conjunta lançada a 26 de Março de 2007 pela Enel S.P.A e pela Acciona S.A. à Endesa S.A., e autorizada pela

Comissão Europeia a 5 de Dezembro de 2007. A Comissão decidiu que as condições impostas pela CNE nos termos do Real Decreto 4/2006, e tal como modificadas pelo Ministro da Indústria, Turismo e Comércio Espanhol, violavam o art. 21.º do Regulamento das Concentrações, a liberdade de estabelecimento e de circulação de capitais (arts.

43.º e 56.º do TCE) e, em parte, a livre circulação de bens (arts. 28.º e 29.º do TCE).

O precedente estabelecido no caso C-196/07 deverá ser reconhecido pelo TJCE ao condenar a Espanha por não ter retirado as condições ilegais impostas pela CNE. ■

Comissão Europeia investiga sector farmacêutico

Eduardo Maia Cadete
maiacadete@mlgts.pt

A Comissão Europeia lançou, no início de 2008, uma investigação sobre a concorrência no sector farmacêutico, tendo efectuado inspecções nas instalações de várias empresas especializadas em produtos farmacêuticos inovadores ou genéricos na Europa.

O inquérito é uma resposta às indicações de que a concorrência no mercado farmacêutico europeu não está aparentemente a funcionar de forma adequada, dado que, alegadamente, tem vindo a

“A COMISSÃO PRETENDE TAMBÉM ANALISAR SE AS REFERIDAS EMPRESAS TÊM CRIADO BARREIRAS ARTIFICIAIS À ENTRADA NO MERCADO.”

diminuir o número de novos medicamentos introduzidos no mercado e a entrada de medicamentos genéricos por vezes tem vindo a ser adiada. Em particular, o inquérito pretende aferir

se determinados acordos entre empresas da indústria farmacêutica, tais como transacções em litígios associados a patentes, violam o artigo 81.º do Tratado CE no âmbito das práticas restritivas da concorrência. A Comissão pretende também analisar se as referidas empresas têm criado barreiras artificiais à entrada no mercado (através da utilização incorrecta de patentes, excesso de litigância ou pela adopção de outros comportamentos) que possam traduzir, em violação do artigo 82.º do Tratado CE, um abuso de posição dominante. ■

Auxílios estatais ilegais no sector da aviação

Inês Gouveia
igouveia@mlgts.pt

Ryanair interpôs no Tribunal de Primeira Instância cinco recursos por omissão contra a Comissão Europeia, solicitando a condenação daquela entidade por não ter agido na sequência de denúncias apresentadas pela Ryanair em 2005 e 2006, seguidas de convites formais para agir, em Julho e Agosto de 2007. As denúncias apresentadas incidiam sobre alegados

auxílios de estado ilegais concedidos pela Grécia, Itália, França e Alemanha a transportadoras aéreas concorrentes da Ryanair.

Os auxílios invocados terão revestido formas variadas, desde taxas aeroportuárias mais favoráveis, redução nos custos de combustível, renúncia à cobrança de créditos, reservas de terminal exclusivo, entre outros.

Subsidiariamente, na hipótese de se considerar que as condutas em causa não resultaram de actos imputáveis aos Estados-membros, mas antes, da actuação autónoma dos aeroportos respectivos, a Ryanair invocava (à excepção da queixa contra a Grécia) a violação, por estes, do art. 82.º do Tratado CE (abuso de posição dominante). ■

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

www.mlgts.pt