

NESTA EDIÇÃO

ARTIGOS

Análise aprofundada ao sector dos combustíveis O “Relatório Final” da Autoridade da Concorrência sobre o sector dos combustíveis em Portugal	2
Seguros: Regulamento de isenção Revisão do Regulamento de isenção por categoria para o sector dos seguros	3
Novo formulário de notificação à AdC Alerta para as empresas! Já vigora o novo formulário de notificação de operações de concentração à Autoridade da Concorrência	4
Auxílios de Estado: novas medidas de simplificação Estímulo para a adopção de decisões relativas aos auxílios de Estado – O pacote de medidas de simplificação da Comissão Europeia	5
Recomendação da Comissão no sector das comunicações Recomendação da Comissão sobre tarifas de terminação com impacto potencial de 4 mil milhões de euros no sector das comunicações até 2012	6
Auxílios de Estado à televisão Comentários à proposta de alteração da Comunicação da Comissão Europeia relativa a auxílios de Estado ao serviço público de televisão	7
Política Europeia da Energia A Nova Política Europeia da Energia - Parte II	8
A maior coima de sempre no Direito Comunitário e da Concorrência Comissão Europeia multa Intel em €1.060.000.000 por abuso de posição dominante	9
A noção de empresa no Direito da Concorrência O acórdão <i>Kattner Stahlbau</i> e o conceito de empresa	10
Auxílios estatais e os tribunais nacionais A nova Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais	11
Combate à corrupção nos contratos públicos O combate contra a corrupção nos procedimentos de formação dos contratos públicos através das novas orientações da OCDE	12
Regulamento 1/2003: 5 anos depois Comissão faz balanço de 5 anos de aplicação do Regulamento 1/2003. Que aspectos melhorar?	13

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

O CADE e as cláusulas de não concorrência	14
Brasil ingressa em rede internacional de operações de combate a cartéis	14

NOTÍCIAS BREVES

O Acórdão <i>Coditel Brabant</i> Novo desenvolvimento: o Acórdão <i>Coditel Brabant</i> (Processo C-324/07)	15
Relatório AdC sobre o sector eléctrico Relatório AdC sobre os preços grossistas da electricidade em Portugal	15
AdC - Mercado dos ginásios e health clubs Investigação sobre práticas restritivas da concorrência no mercado dos ginásios e <i>health clubs</i> arquivada	15
Alteração nos compromissos Microsoft Comissão Europeia adapta natureza da monitorização da “Decisão Microsoft”, de 2004	16



EUROPEU
E
CONCORRÊNCIA

O “Relatório Final” da Autoridade da Concorrência sobre o sector dos combustíveis em Portugal

Carlos Botelho Moniz / Pedro de Gouveia e Melo
cmoniz@mgts.pt / pgmelo@mgts.pt

No passado dia 21 de Abril, a Autoridade da Concorrência publicou o “relatório final” da análise aprofundada do funcionamento do sector dos combustíveis em Portugal (“Relatório”)¹. O extenso documento, de cerca de 500 páginas, conclui na linha de anteriores relatórios da Autoridade, pela inexistência de indícios de que as significativas oscilações dos preços dos combustíveis ao longo do ano de 2008 se tenham devido a comportamentos das empresas contrários às regras da concorrência. No entanto, o Relatório concluiu também que existem sérios obstáculos estruturais ao funcionamento do sector dos combustíveis em Portugal, e formula recomendações que, a ser acolhidas, são susceptíveis de melhorar consideravelmente a concorrência neste sector.

A INVESTIGAÇÃO DA AUTORIDADE

A intervenção da Autoridade no sector dos combustíveis² intensificou-se em Abril de 2008 após o Ministro da Economia ter solicitado à Autoridade que investigasse se os sucessivos aumentos dos preços a retalho dos combustíveis estavam de acordo com as “regras do mercado e de uma sã concorrência”. A Autoridade apresentou o relatório solicitado a 2 de Junho, no qual concluiu que não dispunha de elementos que lhe permitissem concluir pela existência de infracções ao direito da concorrência.

Em Setembro de 2008, na sequência de notícias na comunicação social e de apelos do Governo para investigar um alegado “desfasamento” entre a descida dos preços do petróleo e os preços dos combustíveis em Portugal, a Autoridade anunciou que estava a desenvolver uma “análise aprofundada” sobre o mercado dos combustíveis líquidos em Portugal que deu origem ao presente Relatório, o qual tem por objecto os combustíveis líquidos e gasosos mais representativos em Portugal (gasolina IO95, gasóleo rodoviário e GPL)³.

PRINCIPAIS CONCLUSÕES DO RELATÓRIO

Obstáculos ao acesso e à expansão de infra-estruturas logísticas. A Autoridade concluiu que existem “sérios estrangulamentos” no acesso de terceiros às infra-estruturas necessárias à importação de produtos refinados que constituam alternativa aos produtos refinados em Portugal (ambas as refinarias existentes pertencem ao Grupo Galp, que assim fornece todas as empresas suas concorrentes), designadamente os terminais marítimos, os depósitos de importação contíguos a estes, e as instalações de armazenagem secundária, em especial o parque de combustíveis de Aveiras.

Em particular, estas infra-estruturas são detidas apenas pelas empresas petrolíferas presentes - e em especial pela Galp, que detém todos os terminais com dimensão suficiente para receber importações (com a excepção de um), e entre 55% e 85% da capacidade dos depósitos de importações e de armazenagem secundária; a expansão da capacidade

das instalações (e a construção de novas) apresenta dificuldades, por razões ambientais, de ordenamento do território e financeiras; e, por fim, não foi ainda aprovada a legislação, prevista desde 2006, que criará um regime regulado de acesso de terceiros em termos livres e não discriminatórios.

Concorrência limitada nos mercados grossistas e retalhistas de combustíveis.

Segundo o Relatório, existem “condicionalismos à entrada e à expansão” em ambos os níveis do comércio. A nível retalhista (postos de abastecimento), e não obstante os operadores independentes e as cadeias de supermercados representarem em conjunto cerca de 20% das vendas a nível nacional, a Autoridade constata que as quatro empresas petrolíferas presentes em Portugal (Galp, BP, Repsol e Cepsa) “tendem a adoptar comportamentos paralelos” em termos de preços, o que se deve a vários factores estruturais, como a homogeneidade do produto, a grande concentração de oferta, a atomização e a inelasticidade da procura, a significativa transparência das condições do mercado, as relações estáveis e frequentes entre as várias petrolíferas (*em joint-ventures*, contratos de fornecimento, acordos *swap*), e as barreiras ao acesso às infra-estruturas acima referidas.

Por estas razões, o Relatório conclui que os operadores independentes apenas seguem uma “estratégia passiva, de seguidores do líder do mercado”, e que embora as empresas de supermercados sigam, nos postos que exploram, uma política de preços agressiva, a sua limitada expressão em termos de vendas e o facto de algumas cadeias “estabelecerem acordos com petrolíferas no sentido de cruzarem descontos entre as suas actividades” reduz a sua influência sobre os preços praticados pelas petrolíferas.

Inexistência de indícios de concertação de preços.

O principal objectivo da “análise aprofundada” era analisar as assimetrias no ajustamento dos preços de venda ao público face aos preços do petróleo, por este fenómeno levar “a opinião pública a sugerir a existência de práticas anti-concorrenciais no sector”. Embora reconheça a este propósito que os preços médios antes de impostos no retalho em 2008 se ajustaram completamente às variações dos preços de referência internacionais (*Platts*), mas com uma assimetria de uma semana (ou seja, o ajustamento à subida do preço de referência tendeu a ocorrer uma semana mais cedo do que o ajustamento à descida), a Autoridade sustenta que este fenómeno económico foi igualmente observado em sete outros países europeus, não sendo possível “extrair deste facto um ilícito concorrencial”.

A Autoridade observou ao longo do Relatório “um paralelismo de comportamentos, quer pelas empresas petrolíferas, quer pelos operadores independentes”. Contudo, o Relatório excluiu que este paralelismo, por si só, indiciasse uma prática concertada de fixação horizontal de preços (proibida pelo direito da concorrência), pois “a homogeneidade dos produtos e a transparência dos mercados faz com

que todos os operadores saibam tudo sobre os preços relevantes em tempo real”, pelo que o paralelismo de comportamento é susceptível de resultar de “uma adaptação inteligente [e unilateral por parte de cada empresa] às condições do próprio mercado”, conduta permitida pelas regras da concorrência.

RECOMENDAÇÕES

A Autoridade formula um conjunto de recomendações⁴ para solucionar os constrangimentos à concorrência identificados pelo Relatório no sentido de:

- **Garantir o acesso de terceiros às infra-estruturas existentes**, designadamente ao oleoduto Sines-Aveiras, aos parques de armazenagem de Aveiras e às refinarias de Leça e de Sines, assumindo particular importância a regulamentação do Decreto-Lei 31/2006 no que respeita ao acesso transparente e não discriminatório a estas infra-estruturas.
- **Expandir a capacidade de importação**, através da expansão do terminal marítimo do porto de Aveiro e da construção de depósitos de importação em terrenos adjacentes, e da concessão de área relevante no porto de Sines para depósitos de importação, com ligação ao terminal marítimo e ao oleoduto Sines-Aveiras, não devendo em ambos os casos tais capacidades ser atribuídas à Galp, enquanto “operador dominante”;
- **Intensificar a concorrência nos mercados do retalho**, através do incentivo à instalação de postos de combustíveis; acelerar o licenciamento dos novos postos; assegurar alternância de operadores nos postos em auto-estrada; assegurar cumprimento das obrigações sobre indicação de preços nos postos;
- **Corrigir o grau de transparência das condições de mercado.** A este propósito a Autoridade recomenda às empresas petrolíferas que “revejam as suas políticas comerciais” com os operadores dos postos de combustíveis, para que os preços aos revendedores não resultem “de facto em políticas de preços de venda ao público fixos e mínimos”, e recorda a proibição da “definição e divulgação de preços de referência por parte das empresas petrolíferas e das associações representativas do sector, o que não é necessário nem desejável num mercado liberalizado”.

COMENTÁRIO

O Relatório constitui um esforço significativo da Autoridade para definir as principais condicionantes a uma concorrência efectiva neste sector e recomendar as soluções que lhe parecem adequadas, embora grande parte destas dependam de decisões com grande carga política, o que provavelmente dificultará (ou atrasará) a sua implementação. De todo o modo, o sector dos combustíveis continuará provavelmente sob apertado escrutínio da Autoridade da Concorrência no futuro: no apresentação do Relatório no Parlamento, o Presidente da Autoridade afirmou designadamente que se existirem “indícios de concertação [ou de outras práticas restritivas da concorrência] não deixaremos de actuar”. ■

¹O Relatório e todos os documentos da Autoridade citados neste artigo estão disponíveis em www.concorrenca.pt/Publicacoes/Autoridade.asp. ²Desde 2004 que a Autoridade acompanha regularmente o sector dos combustíveis em Portugal, designadamente através do envio ao Governo da Recomendação n.º 3/2004, e da publicação de newsletters trimestrais sobre a evolução dos preços dos combustíveis. ³O Relatório foi precedido de um relatório preliminar, publicado em 16.12.2008. ⁴Algumas das quais constavam já da Recomendação n.º 3/2004 e ainda não foram totalmente implementadas.

Revisão do Regulamento de isenção por categoria para o sector dos seguros

Joaquim Vieira Peres / Inês Gouveia
vieira.peres@mlgts.pt / igouveia@mlgts.pt

No âmbito da revisão, em curso, do Regulamento (CE) n.º 358/2003, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas no sector dos seguros (de ora em diante apenas “Regulamento”), a Comissão Europeia divulgou, no passado mês de Março, conclusões provisórias quanto ao futuro deste Regulamento, que constam de um relatório apresentado ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Tais conclusões serviram igualmente de base a uma discussão pública.

De acordo com as referidas conclusões provisórias, **apenas dois dos quatro tipos de acordos isentos pelo actual Regulamento deverão, com probabilidade, continuar a beneficiar de uma isenção.** São eles:

- os acordos relativos à **elaboração conjunta de cálculos, tabelas e estudos;**
- os acordos de **cobertura comum de certo tipo de riscos (pools).**

“**APENAS DOIS DOS QUATRO TIPOS DE ACORDOS ISENTOS PELO ACTUAL REGULAMENTO DEVERÃO, COM PROBABILIDADE, CONTINUAR A BENEFICIAR DE UMA ISENÇÃO.**”

Reconhece-se que estes dois tipos de acordos visam resolver problemas que são *específicos do sector dos seguros* e que, quanto a esses aspectos, a adopção de instrumentos legais específicos parece constituir a forma adequada de *fomentar a cooperação* necessária no sector.

Os acordos do primeiro tipo facilitam o apuramento ou cálculo do risco, elemento que é fundamental na determinação do preço dos contratos de seguro. São, além do mais, susceptíveis de potenciar o número de empresas capazes de segurar determinado risco, aumentando o acesso ao mercado e a concorrência.

Não obstante, encontra-se ainda por definir o modo como será operada a revisão do Regulamento quanto a este ponto, nomeadamente se será mantida ou alterada a redacção ou estrutura actual do Regulamento e se a renovação da isenção será total ou parcial.

Quanto aos segundos (*pools*), a Comissão reconhece que a partilha de determinados riscos (ex: riscos nucleares, ambientais, terrorismo) é crucial para garantia de uma cobertura integral e efectiva dos mesmos já que, na ausência de tais mecanismos, as seguradoras, poderiam mostrar-se relutantes ou incapazes para assegurar, individualmente, essa cobertura.

A Comissão prevê, porém, que uma eventual renovação da isenção quanto a estes acordos seja acompanhada de uma revisão significativa dos termos e condições que a caracterizam actualmente, com vista a assegurar a consistência com a aplicação das regras de concorrência noutros contextos (ex: reformulação das regras para cômputo da quota de mercado que determina a isenção) e a acolher os comentários recebidos no processo de revisão.

Já no que respeita aos dois outros tipos de acordos actualmente abrangidos pelo Regulamento - os acordos relativos a condições-tipo de apólices e a modelos e os acordos relativos a dispositivos de segurança (especificações técnicas e avaliações de conformidade de tais dispositivos) - as conclusões da Comissão apontam para a **desnecessidade de uma renovação do Regulamento, pelo que a proposta actual é que estes tipos de acordo deixem de estar abrangidos pelo Regulamento.**

Uma decisão neste sentido - a confirmar-se em sede de conclusões finais - não significa que se pretenda negar *a priori* a tais acordos a virtualidade de gerarem efeitos pró-concorrenciais nos mercados em causa. A decisão de não renovação da isenção conferida prende-se, antes, com uma outra ideia: de acordo com a Comissão, este tipo de acordos não visam resolver questões que sejam particulares e específicas do sector dos seguros, mas sim problemas que se colocam com igual relevância noutros âmbitos da actividade

“**A (I)LEGALIDADE DE ACORDOS NÃO ABRANGIDOS PELO REGULAMENTO DEPENDERÁ DE UM SELF-ASSESSMENT DOS EFEITOS DO ACORDO NO MERCADO, O QUAL DEVE SER LEVADO A CABO PELOS INTERVENIENTES NO MESMO.**”

económica; por outro lado, a cooperação nestes domínios não depende de regulamentação específica para o sector dos seguros.

Por essa razão, a Comissão sugere que os mesmos sejam retirados do âmbito do Regulamento e tratados ao abrigo das regras gerais do direito comunitário da concorrência.

A retirada do benefício da isenção do Regulamento a estes acordos não significa que os mesmos passem automaticamente a ser considerados ilegais, mas sim, que a sua legalidade ou ilegalidade dependerá de um *self-assessment* dos efeitos do acordo no mercado, o qual deve ser levado a cabo pelos intervenientes no mesmo, numa base casuística e com apoio em determinadas orientações prévias da Comissão na matéria.

Finalmente, é de salientar que, no processo de revisão efectuado, a Comissão detectou interpretações ou aplicações deficientes ou incorrectas do Regulamento por muitas seguradoras - com efeito, estas tendem a confundir a mera vigência do Regulamento com uma garantia da legalidade dos seus acordos, sem promoverem uma análise legal completa quanto à compatibilidade dos mesmos com o Regulamento ou considerando, erradamente, que se encontram abrangidos pelo Regulamento. Esta constatação recomendaria, no nosso entender, a adopção pela Comissão de *linhas de orientação*, quanto à interpretação e aplicação das regras relevantes.

Aguarda-se agora a divulgação de conclusões definitivas. ■



Alerta para as empresas! Já vigora o novo formulário de notificação de operações de concentração à Autoridade da Concorrência

Margarida Rosado da Fonseca
margarida.fonseca@mlgts.pt

Em 23 de Março de 2009 começou a ser utilizado o novo Formulário de Notificação de Operações de Concentração de Empresas (“Formulário”), aprovado pelo Regulamento N.º 120/2009, de 26 de Fevereiro de 2009, do Conselho da Autoridade da Concorrência (“Autoridade”). Dez meses antes, a Autoridade lançou uma consulta pública sobre o respectivo projecto e incorporou, no novo Formulário, algumas sugestões que lhe foram transmitidas durante a mesma consulta pública.

Este é um documento da maior importância para um número muito elevado de empresas, pois releva para todas aquelas que participem numa operação de concentração, sobre a qual necessário fornecer informação à Autoridade. Acresce que, em virtude dos critérios constantes da Lei da Concorrência (“Lei”) que criam a obrigação legal de notificação prévia de concentrações, o universo das empresas abrangidas é bastante mais elevado do que se possa pensar numa primeira análise. Com efeito, basta que esteja preenchido um de dois critérios:

(i) a quota de mercado pós-concentração ser igual ou superior a 30% no(s) mercado(s) relevante(s) e/ou

(ii) o volume de negócios das empresas participantes ser igual ou superior a 150 milhões de euros, desde que pelo menos duas empresas realizem individualmente 2 milhões de euros.

De notar que o âmbito de aplicação de qualquer dos dois critérios é contestado porque abrange muitas concentrações que não suscitam problemas de concorrência relevantes, em especial, do primeiro que abarca, designadamente, concentrações que consistem numa mera transferência de quota de mercado.

A circunstância de a Lei estabelecer a obrigatoriedade de notificação no prazo legal de 7 dias úteis após a ocorrência do evento que despoleta a notificação (“*triggering event*”) também é da maior relevância. E salvo situações muito

excepcionais previstas na Lei, as concentrações só poderão ser concretizadas uma vez obtida a decisão pela Autoridade de não oposição à concentração. Em consequência, não apenas se impõe a obrigação de notificação a muitas empresas relativamente a concentrações cuja necessidade de escrutínio pela Autoridade pode ser contestada, como o esforço de recolha e de sistematização da (por vezes complexa) informação exigida no Formulário é tanto mais oneroso para as empresas quanto o prazo para o fazerem é muito limitado. Importa ainda recordar que apenas se inicia a contagem do prazo para apreciação da operação de concentração (e posterior decisão) pela Autoridade se a notificação for considerada completa.

Em face do acima exposto, a conveniência em a(s) empresa(s) notificante(s) preparar(em) e apresentar(em) o Formulário da forma mais completa e correcta possível e com a brevidade imposta por Lei aconselha a que as empresas cuja estratégia de negócio inclua a participação em concentrações se devam familiarizar com o novo Formulário de modo a minimizarem o esforço acima mencionado.

Com efeito, as alterações introduzidas são importantes e respeitam a aspectos materiais e formais do procedimento de notificação. Por um lado, são de realçar várias melhorias na sistematização e na clarificação da informação solicitada no formulário, de que é exemplo a lista de definições e conceitos jurídicos (para cuja

“ESTE É UM DOCUMENTO DA MAIOR IMPORTÂNCIA PARA UM NÚMERO MUITO ELEVADO DE EMPRESAS, POIS RELEVA PARA TODAS AQUELAS QUE PARTICIPEM NUMA OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO.”

“O BALANÇO DAS VANTAGENS E DOS INCONVENIENTES DAS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS NO FORMULÁRIO DEPENDERÁ MUITO DA FUTURA INTERPRETAÇÃO QUE A AUTORIDADE FAÇA.”

interpretação até agora se recorria à legislação comunitária e à prática decisória da Comissão Europeia sobre a matéria). É também de aplaudir o esforço da Autoridade no sentido de preparar a progressiva desmaterialização do processo. Aliás, admite-se já a possibilidade de envio electrónico da notificação (e anexos em determinados formatos) - cujos termos serão concretizados pela Autoridade - e a apresentação da respectiva versão em papel até três dias depois, com vantagens inegáveis atendendo ao volume de documentação que é usualmente apresentada.

Por outro lado, assiste-se a um acréscimo importante da quantidade e da complexidade da informação solicitada. E, embora a Autoridade declare pretender aumentar a flexibilização da exigência de apresentação da informação solicitada no Formulário em função das situações concretas (atento o grau de complexidade de cada concentração), esta intenção não parece estar suficientemente concretizada, o que poderá contribuir para alguma insegurança jurídica das empresas que notificam quanto ao âmbito da informação de carácter facultativo, remetido para uma ponderação casuística.

Parece, pois, defensável, que o balanço das vantagens e dos inconvenientes das modificações introduzidas no Formulário dependerá muito da futura interpretação que a Autoridade faça das exigências do Formulário em função das circunstâncias em concreto e seria da maior conveniência que, o mais breve possível, fossem publicadas orientações nesta matéria. ■

Estímulo para a adopção de decisões relativas aos auxílios de Estado - O pacote de medidas de simplificação da Comissão Europeia

Margarida Rosado da Fonseca /
Carlos Montenegro Conceição
margarida.rfonseca@mlgts.pt / cmconceicao@mlgts.pt

“O pacote de medidas de simplificação no domínio dos auxílios de Estado beneficiará as empresas, possibilitando a tomada mais rápida de decisões em matéria de auxílios estatais, nomeadamente através de uma cooperação mais estreita e numa fase mais precoce entre os Estados-Membros e a Comissão. Ao adoptar o Código de boas práticas e a Comunicação relativa aos procedimentos simplificados, a Comissão cumpriu as suas promessas de modernizar e simplificar os procedimentos no domínio dos auxílios estatais, tal como previsto no Plano de Acção em matéria de auxílios estatais”.

Comissária responsável pela concorrência,
Neelie Kroes (29 de Abril de 2009)

Fm 2005, a Comissão Europeia (“Comissão”) adoptou o **Plano de Acção no Domínio dos auxílios de Estado**, que delineou a reforma das políticas de auxílios de Estado a ser realizada em cinco anos, baseado no princípio “menos e mais orientados auxílios de Estado”, e com o objectivo de apoiar o crescimento, o emprego e a coesão. Apesar disso, e tal como é reconhecido pela própria Comissão, os procedimentos de apreciação dos auxílios de Estado continuam a comportar uma excessiva morosidade e falta de previsibilidade que são desajustadas à realidade das empresas europeias. Actualmente, a duração média de uma investigação de fase preliminar dura 6 meses, e poderá prolongar-se até 20 meses, caso seja realizada uma investigação formal relativamente a um determinado auxílio.

Desta forma, com o objectivo de se acelerarem os procedimentos de avaliação dos auxílios de Estado no âmbito do enquadramento jurídico actual¹, no passado dia 29 de Abril a Comissão adoptou um **pacote de medidas de simplificação** no domínio dos auxílios de Estado. Este pacote inclui um **Código de boas práticas quanto à forma como os procedimentos em matéria de auxílios estatais se devem desenrolar na prática** (“Código de boas práticas”)² e uma **Comunicação relativa aos procedimentos simplificados para determinados tipos de auxílios de Estado** (“Procedimento simplificado”)³. Para além dos objectivos expressamente delineados pela Comissária Neelie

Kroes *supra*, os referidos documentos - que não têm carácter vinculativo -, apresentam como propósito o reforço da eficácia, a transparência e a previsibilidade dos procedimentos em matéria de auxílios de Estado em cada fase da investigação.

Este pacote de medidas de simplificação no domínio dos auxílios de Estado não tem como objecto aplicar-se às medidas notificadas pelos Estados-Membros no contexto da crise financeira global, para as quais foram estabelecidos procedimentos específicos, a fim de permitir à Comissão uma reacção célere.

O CÓDIGO DAS BOAS PRÁTICAS

O Código de boas práticas baseia-se num compromisso da Comissão com os Estados-Membros, a fim de reforçar a qualidade das notificações e a disciplina conjunta. Desta forma, o referido Código estabelece um conjunto de orientações para um vasto universo de situações, entre as quais se contam as seguintes:

- A Comissão deverá facultar contactos mais regulares na fase de pré-notificação, como forma de reforçar a qualidade e o carácter exaustivo das notificações, especificamente nos casos em que surjam aspectos particularmente inéditos e complexos e que justifiquem uma discussão prévia com os serviços da Comissão; e os Estados-Membros são convidados a responder de forma mais pronta e completa aos pedidos apresentados pela Comissão relacionados com um determinado processo.
- A Comissão e os Estados Membros devem estabelecer uma forma de cooperação conjunta, com base num entendimento e programação conjunta do provável curso do inquérito e, em particular, no que respeita à duração, à transparência e à previsibilidade dos referidos procedimentos.

PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO

Esta comunicação estabelece um procedimento mais simples no qual a Comissão, em estreita

“ESTE PACOTE DE MEDIDAS DE SIMPLIFICAÇÃO NO DOMÍNIO DOS AUXÍLIOS DE ESTADO NÃO TEM COMO OBJECTO APLICAR-SE ÀS MEDIDAS NOTIFICADAS PELOS ESTADOS-MEMBROS NO CONTEXTO DA CRISE FINANCEIRA GLOBAL, PARA AS QUAIS FORAM ESTABELECIDOS PROCEDIMENTOS ESPECÍFICOS, A FIM DE PERMITIR À COMISSÃO UMA REACÇÃO CÉLERE.”

cooperação com um determinado Estado-Membro, visa avaliar num célere espaço de tempo determinados tipos de medidas de auxílios de Estado que apenas exigem, por parte da Comissão, a verificação da compatibilidade da medida com regras objectivas e práticas sem a necessidade de se exercer qualquer poder discricionário.

Na realidade, a distinção entre casos simples e complexos tem sido um instrumento útil noutros procedimentos adoptados pela Comissão, tais como os procedimentos relativos ao controlo das concentrações, em que a duração é essencial e tal tem servido de inspiração para os procedimentos relativos aos auxílios de Estado.

Independentemente do referido, importa aplaudir esta iniciativa da Comissão, apesar de a sua eficácia estar dependente da abordagem adoptada casuisticamente pela mesma instituição comunitária e também do esforço individual de cada Estado-Membro para o agilizar dos procedimentos. ■

¹Regulamento do Conselho (EC) N.º 659/1999 de 22 Março de 1999 que estabelece as regras de execução do artigo 93º do Tratado CE de 22 de Março de 1999 (JO L 83, 27.3.1999, p. 1).
²Cfr. http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/best_practices_code_en.pdf. ³Cfr. http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/notice_simplified_procedure_en.pdf.



Recomendação da Comissão sobre tarifas de terminação com impacto potencial de 4 mil milhões de euros no sector das comunicações até 2012

Gonçalo Machado Borges
gmb@mlgts.pt

Em 7 de Maio de 2009, a Comissão Europeia aprovou uma Recomendação sobre o tratamento regulamentar das tarifas de terminação de chamadas em redes fixas e móveis na UE (a “Recomendação”), posteriormente publicada no Jornal Oficial a 20 de Maio.¹

A terminação de chamadas telefónicas é o serviço grossista que permite o encaminhamento e entrega das chamadas originadas em determinada rede nos locais (redes fixas) ou junto dos assinantes (redes móveis) da rede de destino.

Tendo analisado mais de 850 projectos de medidas notificadas pelas autoridades reguladoras nacionais (“ARNs”), a Comissão concluiu que continuam a verificar-se divergências entre os diversos Estados-Membros no que respeita à regulação das tarifas de terminação de chamadas de voz (fixas e móveis). Segundo a Comissão, esta circunstância origina distorções competitivas entre mercados, e utilizadores, fixos e móveis e, no caso de quotas de mercado desiguais, fluxos de pagamento significativos dos concorrentes mais pequenos para os maiores. A Comissão assinalou ainda que as tarifas de terminação móveis permanecem a um nível comparativamente elevado face aos valores da terminação fixa o que conduz, tendencialmente, a preços de retalho mais altos e a uma menor utilização do serviço, com o consequente prejuízo para o bem-estar dos consumidores.

Tendo em vista a promoção da concorrência e prossecução dos objectivos definidos no artigo 8º, n.º 2, da Directiva 2002/21/CE (a Directiva-Quadro) - tais como assegurar que os utilizadores obtenham o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade e que a concorrência não é distorcida ou entravada -, bem como o reforço da coerência entre medidas regulatórias nos diversos Estados-Membros, a Comissão deixou agora claro que “as tarifas da terminação regulamentadas devem baixar o mais depressa possível até ao nível dos custos de um operador eficiente” (considerando (8)).

A Recomendação sublinha que a principal preocupação dos reguladores neste contexto prende-se com as tarifas excessivas uma vez que os preços (grossistas) de terminação elevados acabam por ser recuperados através de preços (retalhistas) mais elevados para os utilizadores.

A Comissão confirma também que considera a orientação dos preços para os custos como a intervenção mais adequada e propõe uma metodologia específica às ARNs.

A Comissão recomenda, nomeadamente, que:

- As ARNs devem fixar tarifas de terminação simétricas baseadas nos custos suportados por um operador eficiente.
- A avaliação dos custos de um operador eficiente deve basear-se nos custos correntes, recorrendo a uma metodologia de cálculo assente nos custos adicionais de longo prazo (CALP).
- Apenas aqueles custos que seriam evitados se o serviço grossista de terminação de chamadas de voz deixasse de ser prestado a terceiros devem ser imputados aos serviços regulados de terminação (devendo ser desconsiderados os custos não associados ao tráfego).
- Qualquer desvio em relação a um nível único de custos eficientes deverá basear-se em diferenças de custos objectivas que escapam ao controlo dos operadores (a Comissão dá o exemplo de uma atribuição desigual de espectro como factor exógeno associado a diferenças no custo unitário entre operadores móveis).

O Anexo à Recomendação consagra, ainda, um conjunto específico de princípios para o cálculo das tarifas grossistas de terminação, nas redes fixas e móveis, nos quais se incluem critérios para a determinação da *escala eficiente* de um operador.

No caso dos operadores móveis, a Comissão recomenda que a escala mínima eficiente seja fixada em 20% de quota de mercado. No caso da rede fixa, a definição da escala eficiente de operações deve ter em conta a necessidade de promover a eficiência de quem entra no mercado mas também que, em certas condições, os operadores mais pequenos podem prestar o serviço a um custo unitário baixo em zonas geográficas mais restritas.

A Recomendação admite que os novos operadores móveis podem ter de suportar custos unitários superiores até atingirem a escala mínima de eficiência. Caso se demonstre isso mesmo, e determinando-se a existência de obstáculos à entrada e expansão no mercado retalhista, as ARNs podem permitir que tais custos superiores

“AS ARNs DEVEM FIXAR
TARIFAS DE TERMINAÇÃO
SIMÉTRICAS, E BASEADAS
NOS CUSTOS DE UM OPERADOR
EFICIENTE, ATÉ 31 DE DEZEMBRO
DE 2012.”

sejam compensados, através das tarifas de terminação reguladas, durante um período transitório que pode ir até 4 anos após a entrada no mercado.

A principal conclusão da Recomendação é a de que as ARNs devem fixar tarifas de terminação simétricas, e baseadas nos custos de um operador eficiente, até 31 de Dezembro de 2012 (salvo circunstâncias excepcionais), sob reserva de eventuais diferenças de custos objectivas, causadas por factores externos ou associadas à entrada de um novo operador móvel.

Esta Recomendação demonstra uma postura bastante interventiva da Comissão quanto à regulação das tarifas de terminação (fixas e móveis).

Embora a Recomendação não seja vinculativa, as ARNs devem ter na máxima conta os princípios e metodologia propostos pela Comissão, em conformidade com o artigo 19º, n.º 1, da Directiva-Quadro, e não podem divergir dos respectivos termos sem fundamentar devidamente a sua posição.

Segundo estimativas constantes de um documento de trabalho da Comissão que acompanhou a Recomendação - focando as suas implicações para o sector, a concorrência e os consumidores - a abordagem proposta poderá implicar, entre 2009-2012, uma redução potencial de 4 mil milhões de euros nos *cash flows* dos operadores móveis. Estima-se que esta redução seja compensada pelos benefícios gerados para os operadores de rede fixa e para os consumidores, com aumentos de lucros e do excedente do consumidor, respectivamente, na ordem dos 2 mil milhões de euros cada. ■

Comentários à proposta de Comunicação relativa a auxílios de Estado ao serviço público de televisão

Eduardo Maia Cadete
maiacadete@mlgts.pt

Desde 1998, e de acordo com dados públicos disponíveis, os operadores públicos de televisão são a terceira indústria mais subsidiada na Europa - recebendo aparentemente mais financiamento público que o sector da agricultura e pescas. Os auxílios de Estado a operadores públicos de televisão são estimados em 22 mil milhões de euros por ano na União Europeia.

O objectivo da consulta pública da Comissão Europeia, levada a cabo entre 7 de Março e 8 de Maio de 2009, é a de obter comentários sobre a proposta de alteração da Comunicação de 2001, relativa à aplicação das regras comunitárias em matéria de auxílios estatais ao serviço público de radiodifusão¹. A versão final da nova Comunicação² (“Comunicação de 2009”) deverá substituir o anterior texto.

A Comunicação de 2009 continua a disponibilizar aos Estados-membros uma ampla discricionariedade na definição e compensação das obrigações de serviço público no sector da televisão. Este *status quo* contém, no entanto, aspectos negativos para os operadores privados de televisão e para os consumidores (estes últimos na qualidade de contribuintes).

Em primeiro lugar, e face ao teor da proposta de Comunicação de 2009, continua a ser muito difícil para um operador privado questionar as medidas de financiamento público dirigidas a um operador público de televisão, dado que todos os custos da empresa pública podem ser abrangidos pela missão de serviço público. Debaixo do *guarda-chuva* do financiamento público, os operadores públicos têm uma tendência não negligenciável de desenvolver novas plataformas nas quais disponibilizam os seus conteúdos, como por exemplo, em telefones móveis e na *internet*, tornando-se em muitos casos, jornais e revistas *online* financiados com verbas públicas e em concorrência directa com serviços privados de *internet*.

Para além disso, os operadores públicos concorrem directamente com os operadores privados na aquisição de direitos de transmissão dos principais eventos desportivos nacionais e internacionais, bem como na aquisição de séries e outros eventos relevantes, tendo sempre como *patrocinador* o Estado que, mais cedo ou mais tarde acaba por cobrir todos os custos do operador de serviço público com a aquisição desses conteúdos de primeira linha. Assim, os operadores de serviço público não se têm de preocupar com o custos envolvidos na aquisição de conteúdos televisivos e podem, desta forma, apresentar a proposta economicamente mais avultada na aquisição de qualquer conteúdo televisivo em detrimento dos operadores privados, distorcendo e inflacionando, cumulativamente, o valor desses direitos televisivos.

Com base nestes conteúdos de primeira linha, os operadores públicos podem gerar maiores audiências, as quais são relevantes para a captação de anunciantes. Dada a existência de uma concorrência falseada no mercado da aquisição de conteúdos televisivos, os operadores públicos conseguem alavancar o seu nível de audiências com base nesses conteúdos e,

consequentemente, obter maiores audiências e receitas no mercado publicitário, assimilando de forma falseada as receitas deste mercado em detrimento dos operadores privados.

Para além disso, como os operadores públicos de televisão não se têm de preocupar, no plano financeiro, com a maximização dos direitos de transmissão por si adquiridos, podem inclusive recusar o sub-licenciamento de direitos sobre eventos que não pretendem transmitir a operadores privados - veja-se, por exemplo, o acórdão de 8.10.2002 do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, “SIC c. Comissão”, processo T-300/00, § 72, no qual o órgão de judicatura reconhece que um organismo público de televisão recusa o sub-licenciamento a um operador privado de direitos de transmissão do Campeonato do Mundo de Futebol de 1994.

Refira-se ainda que a apetência dos organismos públicos pela aquisição de direitos de transmissão de programas pode também comportar ineficiências para os consumidores, dado que os direitos de transmissão adquiridos podem por vezes - dada a falta de antena disponível para a respectiva exibição -, não ser transmitidos e, como tal, não ser visionados pelos telespectadores, em especial se existirem períodos máximos de exibição associados aos conteúdos adquiridos³.

Os operadores públicos podem também produzir conteúdos audiovisuais, sem se terem de preocupar com custos ou receitas, e comercializarem esses conteúdos no mercado intra-comunitário em concorrência directa com produtores privados. Os organismos públicos podem também inflacionar o valor dos profissionais activos no sector da televisão (por exemplo, dos apresentadores), dado que podem a qualquer momento apresentar melhores condições financeiras aos profissionais da televisão de empresas concorrentes, sem terem de ponderar a viabilidade económico-financeira dessas contratações (dado que o Estado mais cedo ou mais tarde irá pagar esses custos). Para além disso, podem ainda implementar políticas comerciais predatórias na venda de espaço publicitário, dado que as receitas comerciais não são um aspecto crítico para estes operadores.

A tudo isto acresce o facto de a Comissão Europeia, por vezes, não cumprir com o seu *dever de exame diligente e imparcial* nos processos de auxílios de Estado neste sector - *cf.* a título ilustrativo, o acórdão de 26.6.2008 do Tribunal de Primeira Instância, “SIC c. Comissão”, processo T-442/03, § 254, no qual a magistratura judicial comunitária reconhece a violação dos referidos deveres pela Comissão Europeia.

No caso do operador privado de televisão português SIC, por exemplo, que apresentou desde 1993 várias queixas formais à Comissão Europeia contra medidas concedidas pelo Estado Português ao organismo público nacional, parte das medidas objecto das queixas apresentadas encontram-se ainda a ser analisadas pela Comissão Europeia.

As referidas queixas da SIC deram origem a três recursos por omissão contra a Comissão Europeia

(*cf.* processos T-231/95 e T-297/01 e T-298/01), e à anulação pelo Tribunal de Primeira Instância de duas decisões da Comissão Europeia, que consideravam as medidas concedidas pelo Estado português ao operador público de televisão compatíveis com o Tratado que institui a Comunidade Europeia (“TCE”) - vejam-se os acórdãos de Tribunal de Primeira Instância de 10.5.2000, “SIC c. Comissão”, processo T-46/97 e de 26.6.2008, “SIC c. Comissão”, processo T-442/03.

O referido processo da SIC encontra-se ainda pendente, dado que a Comissão Europeia ainda não executou o acórdão do Tribunal no processo T-442/03, o qual anulou a decisão da Comissão Europeia que considerava parte das medidas concedidas ao operador público compatíveis com o TCE. Destarte, neste processo administrativo, a Comissão está a demorar mais de 16 anos para avaliar os auxílios de Estado concedidos a um operador de televisão desde 1993.

Contudo, não se trata de um caso isolado. Em 1998, seis anos após a apresentação de uma queixa, o Tribunal de Primeira Instância condenou a Comissão por não ter adoptado uma decisão no seguimento de duas queixas apresentadas pelo operador privado de televisão espanhol *Telecinco* em 1992 e 1993 (*cf.* acórdão de 15.9.1998, “Telecinco c. Comissão”, processo T-95/96). Um ano depois, em 1999, seis anos após a apresentação da queixa, o Tribunal também condenou a Comissão Europeia por não actuar no seguimento de uma queixa apresentada em 1993 pelo operador privado francês *TF1* - veja-se o acórdão de 3.6.1999 do Tribunal de Primeira Instância, “TF1 c. Comissão”, processo T-17/96, subsequentemente confirmado por acórdão de Tribunal de Justiça, “Comissão e República Francesa c. TF1”, processos apensos C-302/99 P e C-308/99 P.

O exposto evidencia que não existe um *level playing field* entre operadores públicos e privados no sector da televisão. Isto porque os operadores públicos ao abrigo da sua missão de serviço público não estão *de facto* sujeitos às regras de concorrência relativas a auxílios de Estado e beneficiam, por regra, de um cheque visado de financiamento pelos Estados-membros e sistematicamente validado pela Comissão Europeia. ■

Uma das formas de se ultrapassar este padrão sistémico de *cheques visados* pelos Estados-membros e validados pela Comissão a favor dos operadores públicos, pode passar por a Comissão Europeia, na versão final da Comunicação de 2009, ter uma aproximação mais restritiva quanto ao preenchimento dos requisitos do artigo 86.º, n.º 2, TCE, entre o mais, ao abrigo do acórdão de 26.6.2008 do Tribunal de Primeira Instância, “SIC c. Comissão”, processo T-442/03, no qual o Tribunal determina que a Comissão é responsável por verificar se *de facto* os mecanismos nacionais de auditoria e de controlo externo e independente do financiamento dos organismos públicos de televisão estão a ser cumpridos pelo Estado-membro.

¹O Cfr. JO 2001 C 320, p. 5. ²Disponível em <http://ec.europa.eu/competition> (11.05.2009). ³Veja-se, por exemplo, o relatório de auditoria n.º 8/2002, do Tribunal de Contas, p. 114, no qual é referido que operador público português despendeu 5,5 milhões de euros em programas que nunca foram exibidos.



A Nova Política Europeia da Energia - Parte II

Luis do Nascimento Ferreira
lferreira@mlgts.pt

Na edição passada, escrevemos sobre a génese e ascensão da Nova Política Europeia da Energia, que caracterizámos como assente em três eixos fundamentais: (i) o terceiro pacote de liberalização do mercado interno da electricidade e do gás; (ii) a Segunda Análise Estratégica da Política Energética; e (iii) as propostas de combate às alterações climáticas.

Tivemos já oportunidade de analisar a primeira destas vertentes na edição anterior, deixando para este momento a avaliação sumária dos restantes dois pontos. Sobre o primeiro ainda, diremos apenas que, no entanto, a versão final do terceiro pacote legislativo foi já aprovada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, havendo expectativas de que seja publicada em Jornal Oficial durante o próximo mês de Agosto.

SEGUNDA ANÁLISE ESTRATÉGICA DA POLÍTICA ENERGÉTICA

Depois de ter lançado, em Março de 2006, a sua primeira Análise Estratégica da Política Energética, a Comissão Europeia apresentou, em Novembro de 2008, a Segunda Análise Estratégica, respondendo assim ao convite que lhe foi feito pelo Conselho Europeu de Março de 2007, que definiu três objectivos essenciais para a nova política energética da União: sustentabilidade, competitividade e segurança do aprovisionamento.

A Segunda Análise Estratégica é constituída por um amplo pacote de medidas, quer para o médio prazo (até 2020) quer para o longo prazo (entre 2020 e 2050), que pretendem assegurar a realização desses três objectivos.

As propostas para o *médio prazo* estão concentradas no chamado “Plano de Acção da União Europeia sobre Segurança Energética e Solidariedade”, onde se destacam as seguintes propostas:

- (i) promoção das infra-estruturas essenciais para satisfazer as necessidades energéticas europeias, sobretudo no domínio do gás, onde se regista em alguns Estados-Membros uma dependência de um único fornecedor para a satisfação de 100% das necessidades;
- (ii) maior peso das questões energéticas nas relações externas da União, nomeadamente na sua política comercial e de acordos, nas parcerias, nos acordos de cooperação e de associação e nos diálogos políticos;

- (iii) revisão da legislação comunitária em matéria de reservas estratégicas de petróleo e da Directiva sobre a segurança do aprovisionamento de gás natural, como forma de melhorar as reservas de petróleo e de gás e os mecanismos de resposta a crises;
- (iv) definição de um Plano de Acção para a Eficiência Energética, em linha com o compromisso assumido no Conselho Europeu de Março de 2007 de obter uma melhoria de 20% na eficiência energética até 2020;
- (v) melhor utilização, em termos de custo-eficácia e de compatibilidade ambiental, dos recursos energéticos europeus, com destaque para o desenvolvimento das energias renováveis (que se pretende que sejam a maior fonte potencial de energia interna na Europa), a maior eficiência das centrais a carvão e o aumento das extracções de reservas endógenas de petróleo, gás, xisto betuminoso e turfa. A Comissão desafiou ainda os Estados-Membros a desenvolverem um quadro comunitário comum em matéria de centrais nucleares e gestão de resíduos nucleares.

No que toca às medidas de *longo prazo*, não se pode propriamente considerar que a Segunda Análise Estratégica contenha propostas concretas, mas foram dados alguns passos importantes para identificar os desafios que previsivelmente surgirão no horizonte 2020-2050.

Em particular, a Comissão comprometeu-se a apresentar em 2010 uma proposta de agenda política para 2030 e uma proposta de visão comum para 2050, nas quais se abordem temas como (i) a produção de electricidade isenta de carbono, (ii) a eliminação da dependência dos transportes relativamente ao petróleo, (iii) a construção de edifícios com baixas emissões e se possível com balanço económico positivo (i.e., produtores líquidos de electricidade), (iv) a instalação de redes eléctricas inteligentes e até (v) um eventual acordo global sobre sistemas energéticos eficientes e com baixo teor de carbono.

Aguardaremos com expectativa o debate desta ambiciosa agenda, que exigirá tanto de mudança tecnológica como de vontade política.

COMBATE ÀS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS

O pacote de combate às alterações climáticas, também designado por estratégia “duas vezes 20

“AGUARDAREMOS COM EXPECTATIVA O DEBATE DESTA AMBICIOSA AGENDA, QUE EXIGIRÁ TANTO DE MUDANÇA TECNOLÓGICA COMO DE VONTADE POLÍTICA.”

até 2020”, foi proposto pela Comissão Europeia em Janeiro de 2008 e explica-se através de duas ideias-chave: até ao ano 2020, reduzir em 20% as emissões de gases com efeito de estufa na União e aumentar para 20% a proporção de energias renováveis no consumo energético comunitário.

Existe ainda uma terceira componente que por vezes se atribui a esta iniciativa, mas que formalmente não integra o pacote de combate às alterações climáticas. Trata-se do objectivo de reduzir o consumo de energia em 20% até 2020, intenção que foi definida nas Conclusões do Conselho Europeu de Março de 2007 e retomada na Segunda Análise Estratégica. Em conjunto, as metas constantes do pacote de combate às alterações climáticas, juntamente com a da eficiência energética, são designadas por “estratégia 20-20-20”.

O pacote legislativo de luta contra as alterações climáticas foi aprovado pelo Conselho no passado mês de Abril, resultando na adopção de seis actos legislativos cuja entrada em vigor está prevista para muito breve. Destacam-se aqui as novas regras em matéria de:

- (i) produção de energia a partir de fontes renováveis, onde pela primeira vez foram fixadas *metas nacionais obrigatórias* para cada país;
- (ii) comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, com os actuais planos nacionais de atribuição de licenças a serem progressivamente substituídos por *sistemas de leilão* (com carácter obrigatório para os produtores de electricidade);
- (iii) emissões dos automóveis novos de passageiros, com a introdução de *tectos máximos* a partir de 2012;
- (iv) captura e armazenamento geológico do dióxido de carbono, com a aprovação do primeiro *quadro jurídico* nesta matéria. ■

Comissão Europeia multa Intel em €1.060.000.000 por abuso de posição dominante

Mónica Pinto Candéias
mpcandeias@mlgts.pt

“A Intel prejudicou milhões de consumidores europeus ao deliberadamente manter os seus concorrentes fora do mercado dos chips durante anos. Violações das regras comunitárias da concorrência com esta gravidade não serão toleradas.”

Neelie Kroes¹

Depois de quase uma década de investigações, a Comissão Europeia (“CE”) decidiu, no passado dia 13 de Maio de 2009, condenar a Intel por abuso de posição dominante (artigo 82.º do Tratado CE), e aplicar a maior coima de sempre por violação das regras comunitárias da concorrência, num valor superior a mil milhões de euros².

Durante a investigação, a CE notificou a Intel de duas comunicações de acusações, o primeiro a 26 de Julho de 2007 e o segundo a 17 de Julho de 2008. Em ambos os documentos, a CE concluiu preliminarmente pela existência de comportamentos subsumíveis a abusos de posição dominante no mercado mundial dos microprocessadores X86 (*X86 chips*), no qual a Intel detinha uma quota que rondava os 70%, com o objectivo de excluir os seus concorrentes, em particular a Advance Micro Devices Inc. (“AMD”). De acordo com a investigação levada a cabo pela Comissão, os comportamentos abusivos teriam sido adoptados entre Outubro de 2002 e Dezembro de 2007.

Na primeira comunicação de acusações, a CE concluiu liminarmente que a Intel teria abusado da sua posição dominante essencialmente por via de três comportamentos, que embora pudessem ser analisados separadamente, integravam uma estratégia global da empresa para eliminar a concorrência.

Segundo a CE, numa primeira fase, a Intel teria concedido substanciais descontos a diversos produtores de equipamentos originais sujeitos à condição de estes adquirirem a maior parte das Unidades de Processamento dos Computadores (*Computer Processing Units - “CPU”*) à Intel. Em paralelo, e por diversas ocasiões, a Intel teria pago a um produtor de equipamentos originais para que este atrasasse ou cancelasse o lançamento de

produtos que contivessem produtos da AMD. E por fim, no contexto de ofertas realizadas a clientes estratégicos na área dos servidores contra produtos AMD, a Intel teria oferecido CPUs a preços abaixo do custo de produção.

Seguiu-se uma aturada investigação pela Comissão Europeia que incluiu inspecções-surpresa (*dawn raids*) às instalações da Intel em Munique, em conjunto com representantes da autoridade da concorrência alemã (*Bundeskartellamt*), e às instalações de empresas revendedoras de produtos Intel, designadamente a alemã Media Markt-Saturn (que detém as lojas MediaMarkt) e a inglesa DGS International Plc, proprietária das lojas Dixons e Currys.

Subsequentemente, a Comissão notificou a Intel de uma segunda comunicação de acusações, no qual reforçava a sua convicção relativamente aos abusos de posição dominante e estratégia anti-concorrencial da empresa.

Concluídas as investigações, a Comissão deu como provados alguns dos comportamentos que tinha referido nas comunicações de acusações, concluindo que a Intel tinha abusado da posição dominante que detinha no mercado mundial de microprocessadores X86, entre Outubro de 2002 e Dezembro de 2007, em particular através de duas formas específicas de comportamentos ilegais.

Por um lado, a Intel concedeu descontos “não declarados” (totais ou parciais) a produtores de computadores pessoais, na condição de estes adquirirem a totalidade (ou quase totalidade) dos microprocessadores X86 à Intel. Apesar dos descontos serem, na maioria dos casos, repercutidos nos preços finais dos produtos beneficiando os consumidores, a jurisprudência comunitária tem sido unânime em considerar os descontos condicionados a uma diminuição de compras a outros fornecedores, quando imputáveis a empresas com posição dominante, como um abuso subsumível à proibição constante do artigo 82.º do Tratado CE (excepto se a empresa dominante apresentar razões específicas capazes de os justificar). Com efeito, a CE não se opõe aos descontos em si mesmo, mas apenas às condições impostas pela Intel aos seus clientes para deles beneficiarem.

A CE considerou ainda que a Intel estruturou a sua política de preços, por forma a conceder os descontos apenas aos produtores de computadores que utilizassem processadores X86 da Intel permitindo a estes alcançarem descontos muito significativos de acordo com as quantidades que adquirissem deste material.

Concomitantemente, esta empresa realizou pagamentos à Media Saturn Holding para que as lojas Media Markt em toda a Europa apenas vendessem computadores com microprocessadores Intel.

Por outro lado, a CE concluiu que a Intel interferiu directamente na relação entre a AMD e os fabricantes de computadores, uma vez que ao realizar pagamentos directos a estes para não lançarem, ou atrasarem o lançamento de computadores fabricados com componentes de outros fornecedores, a Intel impediu que chegassem ao mercado determinados produtos para os quais existia uma procura.

Apesar das dificuldades da investigação, em particular por muitas das práticas em questão não serem visíveis a partir dos contratos ou outros instrumentos que regulavam as relações entre a Intel e os fabricantes e distribuidores de computadores, os documentos internos e e-mails recolhidos nas inspecções-surpresa realizadas durante a investigação permitiram a CE comprovar a existência de abusos, e constituem uma parte importante da prova que sustenta a decisão condenatória.

A aplicação de uma coima de valor tão avultado constitui, indubitavelmente, um importante sinal para todas as empresas de que, apesar da crise financeira e económica que assola a UE, a Comissão e as autoridades nacionais não irão facilitar a vida às empresas que optem por não cumprir as regras da concorrência. É, pois, imprescindível que as empresas continuem a operar em total respeito pelas regras da concorrência e revejam, sempre que necessário, as suas políticas comerciais, e outras, em conformidade com a legislação relevante aplicável. ■

¹Tradução do discurso proferido pela Comissária Europeia Neelie Kroes em Bruxelas na conferência de imprensa de 13 de Maio de 2009. ²O presente artigo foi preparado sobretudo com base na informação constantes dos diversos comunicados de imprensa da Comissão Europeia, uma vez que a versão não confidencial da decisão ainda não está publicamente disponível.



O acórdão *Kattner Stahlbau* e o conceito de empresa

Mariana de Sousa Alvim
msalvim@mlgts.pt



OBJECTO

O processo de reenvio prejudicial¹ ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“*TJCE*”) foi apresentado no quadro de um litígio que opôs a *Kattner Stahlbau GmbH* (“*Kattner*”), sociedade alemã que se encontra activa no domínio das construções metálicas e no fabrico de escadas e varandas, à *Maschinenbau - und Metalls - Berufsgenossenschaft* (“*MMB*”), uma caixa profissional alemã do sector da construção metalomecânica.

Sucintamente, a *MMB* informou a *Kattner* que, por força das disposições do Código de Direito Social alemão, a *MMB* era o organismo de seguro contra acidentes de trabalho e doenças profissionais legalmente competente e que, consequentemente, a *Kattner* tinha sido inscrita como membro da referida caixa profissional.

“O CONCEITO DE EMPRESA ABRANGE QUALQUER ENTIDADE ENVOLVIDA NUMA ACTIVIDADE ECONÓMICA, INDEPENDENTEMENTE DO RESPECTIVO REGIME LEGAL E DA SUA FORMA DE FINANCIAMENTO.”

Contudo, a *Kattner* que pretendia contratar um seguro privado contra os riscos existentes, comunicou à *MMB* a intenção de anular a sua inscrição “obrigatória”. Posteriormente, a *MMB* informou a *Kattner* que na medida em que se tratava do organismo de seguros contra acidentes de trabalho e doenças profissionais legalmente competente, a cessação da qualidade de membro não era legalmente admissível, tendo o pedido sido indeferido.

Neste contexto, a *Kattner* propôs uma acção judicial no *Sozialgericht Leipzig*², que negou provimento à acção, tendo esta empresa, posteriormente, interposto recurso para o *Sächsisches Landessozialgericht*, alegando que a exclusividade detida pela *MMB* infringia os artigos 82.º e 86.º, ambos do Tratado CE.

O *Sächsisches Landessozialgericht*³ considerou necessário suspender a instância e submeter ao

TJCE a seguinte questão prejudicial: “*A MMB é uma empresa, na acepção dos artigos 81.º e 82.º, ambos do Tratado CE?*”

O CONCEITO DE EMPRESA

O *TJCE* recorda que o conceito de empresa no direito da concorrência é mais amplo do que no âmbito do direito societário, incluindo todas as entidades económicas que “consistam numa organização unitária de pessoas, de elementos tangíveis e intangíveis, que prossigam um determinado objectivo económico a longo prazo”. Assim, e de acordo com uma jurisprudência comunitária constante, o Tribunal salienta que o conceito de empresa, no âmbito jusconcorrencial, abrange qualquer entidade envolvida numa actividade económica, independentemente do respectivo regime legal e da sua forma de financiamento.

No caso em apreço, o Tribunal reconhece que a *MMB* é um organismo de direito público responsável pela gestão do sistema alemão de segurança social, exercendo uma função de carácter social sem fins lucrativos. O Tribunal sublinha, no entanto, que a finalidade social de um determinado regime de seguro não é, por si só, suficiente para excluir a classificação da actividade em causa como actividade económica. Com efeito, o *TJCE* estabelece que importa sempre analisar se o referido regime aplica o princípio da solidariedade e em que medida este se encontra sujeito ao controlo do Estado, elementos que são susceptíveis de excluir o carácter económico de uma determinada actividade.

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O Tribunal avalia, assim, se um determinado regime de seguro aplica o princípio da solidariedade através da análise dos níveis das contribuições prestadas e dos benefícios recebidos, ao abrigo desse regime de seguro. Se os benefícios auferidos pelos segurados dependem directamente da contribuição por estes prestada, ou prestada em sua representação, o *TJCE* conclui que o princípio da solidariedade não é respeitado.

O Advogado Geral Mazák nas conclusões apresentadas neste processo refere: “(...) no caso de um regime de segurança social que proporciona cobertura de seguro contra os riscos de acidentes de trabalho e doenças profissionais, esse regime deve, em minha opinião, evidenciar elementos

“SE OS BENEFÍCIOS AUFERIDOS PELOS SEGURADOS DEPENDEM DIRECTAMENTE DA CONTRIBUIÇÃO POR ESTES PRESTADA O *TJCE* CONCLUI QUE O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NÃO É RESPEITADO.”

redistributivos que excedam a cobertura dos seguros privados.” Assim, a ausência de dependência directa entre as contribuições pagas e os benefícios auferidos conduz à existência de solidariedade entre os trabalhadores melhor remunerados face aos trabalhadores que, atendendo a que auferem rendimentos mais baixos, seriam privados de assistência social se tal dependência existisse.

Finalmente, o Tribunal de Justiça considera que no regime legal de seguro em apreço o montante das contribuições e o valor das prestações auferidas aplicam o princípio da solidariedade, o que implica (i) que as prestações pagas não sejam proporcionais às contribuições obtidas, e (ii) que os referidos benefícios estejam sujeitos ao controlo do Estado. ■

DECISÃO

Nestas circunstâncias, o Tribunal de Justiça conclui que “*Os artigos 81.º CE e 82.º CE devem ser interpretados no sentido de que um organismo como a caixa profissional em causa no processo principal, na qual as empresas que se enquadram num sector de actividade e num território determinados têm a obrigação de se inscrever para efeitos de seguro contra acidentes de trabalho e doenças profissionais, não constitui uma empresa na acepção dessas disposições, desempenhando antes uma função de carácter exclusivamente social, desde que tal organismo opere no âmbito de um regime que aplique o princípio da solidariedade e esse regime esteja submetido ao controlo do Estado, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.*”

¹Acórdão de 05.03.2009, *Kattner Stahlbau*, processo C-350/07. ²Tribunal competente em matéria de contencioso de segurança social de Leipzig. ³Tribunal regional competente em matéria de contencioso de segurança social do Land da Saxónia.

A nova Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais

Cláudia Coutinho da Costa
ccosta@mlgts.pt

No passado dia 25 de Fevereiro de 2009 a Comissão Europeia (“Comissão”) publicou a sua Comunicação relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais (“Comunicação”)¹ cujo objectivo é, entre o mais, o de auxiliar os tribunais nacionais e requerentes potenciais sobre as soluções disponíveis em caso de violação das regras relativas aos auxílios estatais e fornecer orientações relativamente à aplicação prática destas regras.

A Comunicação fornece uma descrição sobre o papel da Comissão e dos tribunais nacionais no controlo da aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais, tal como definido na jurisprudência comunitária e na prática decisória da Comissão, e orientações aos tribunais nacionais relativas (i) à salvaguarda dos direitos dos particulares, (ii) à recuperação de auxílios ilegais e (iii) às condições que permitem ordenar medidas provisórias contra auxílios ilegais.

Por um lado, o principal papel da Comissão consiste em examinar a compatibilidade das medidas de auxílio projectadas com o mercado comum, com base nos critérios estabelecidos nos n.os 2 e 3 do artigo 87.º do Tratado que estabelece a Comunidade Europeia (“Tratado CE”). Esta apreciação de compatibilidade é da competência exclusiva da Comissão, sob controlo dos tribunais comunitários.

Por outro lado, o papel dos tribunais nacionais depende da medida de auxílio em questão e do facto de ter sido devidamente notificada e aprovada pela Comissão:

- Os tribunais nacionais são frequentemente chamados a intervir nos casos em que uma autoridade de um Estado-Membro concedeu um auxílio sem respeitar a obrigação de “standstill”. Esta situação pode surgir pelo facto de o auxílio não ter sido notificado ou porque a autoridade o executou antes da respectiva aprovação pela Comissão. Nesses casos, o papel

dos tribunais nacionais consiste em zelar pela salvaguarda dos direitos dos particulares afectados pela execução ilegal do auxílio.

- Os tribunais nacionais também desempenham um papel importante na aplicação das decisões de recuperação adoptadas ao abrigo do n.º 1 do artigo 14.º do Regulamento processual, quando a apreciação da Comissão conduza à conclusão de que os auxílios concedidos ilegalmente são incompatíveis com o mercado comum e impõe ao Estado-Membro em questão a recuperação do auxílio incompatível junto do beneficiário. O envolvimento dos tribunais nacionais em casos desta natureza decorre de recursos interpostos pelos beneficiários para revisão da legalidade do pedido de recuperação emitido pelas autoridades nacionais.

Salienta-se a introdução da possibilidade de recurso a dois mecanismos voluntários de consulta: por um lado, **o tribunal nacional pode solicitar à Comissão que lhe transmita informações relevantes que tenha na sua posse**. Pode, entre o mais, solicitar cópias de decisões da Comissão que não tenham ainda sido publicadas, análises económicas e estudos de mercado, informações relativas a processos a que a Comissão deu início, que permitam designadamente determinar se um processo relativo a uma medida de auxílio específica está pendente na Comissão, se uma determinada medida de auxílio foi devidamente notificada em conformidade com o n.º 3 do artigo 88.º do Tratado CE, se a Comissão deu início a uma investigação formal e se já tomou uma decisão. Na ausência de decisão, o tribunal nacional pode solicitar que a Comissão lhe indique quando deverá essa decisão ser adoptada.

Por outro lado, **o tribunal nacional pode solicitar à Comissão um parecer relativamente à aplicação das regras dos auxílios estatais**. As seguintes questões exemplificativas podem ser susceptíveis de objecto de um parecer da Comissão: qualificação de uma determinada

“A INTRODUÇÃO DA POSSIBILIDADE DE RECURSO A DOIS MECANISMOS VOLUNTÁRIOS DE CONSULTA PERMITE AO TRIBUNAL SOLICITAR À COMISSÃO QUE LHE TRANSMITA INFORMAÇÕES RELEVANTES QUE TENHA NA SUA POSSE E/OU UM PARECER RELATIVAMENTE À APLICAÇÃO DAS REGRAS DOS AUXÍLIOS ESTATAIS.”

medida como auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º do Tratado CE e, em caso afirmativo, como deve ser calculado o montante exacto do auxílio; se uma determinada medida de auxílio cumpre certos requisitos de um regulamento de isenção por categoria; se uma determinada medida de auxílio é abrangida por um regime de auxílio específico, notificado e aprovado pela Comissão; se existem circunstâncias excepcionais susceptíveis de impedir o tribunal nacional de ordenar a recuperação integral do auxílio ilegal ao abrigo do direito comunitário; caso o tribunal nacional deva ordenar a recuperação de juros, pode solicitar assistência à Comissão relativamente ao cálculo dos juros e à taxa de juro a ser aplicada; requisitos jurídicos prévios de uma acção de indemnização por danos ao abrigo do direito comunitário e questões relativas à determinação dos danos sofridos.

De acordo com a Comunicação, os mecanismos de cooperação voluntária são efectuadas com respeito pela protecção de informação confidencial, salientando o dever de sigilo profissional pelo qual a Comissão se encontra abrangida e a necessidade de salvaguardar a sua própria independência. Estes contactos deverão ser estabelecidos de forma prática e de fácil utilização, através de um ponto de contacto único para todas as questões relacionadas com auxílios estatais. ■

¹ JO C 85/01, 09.04.2009. Esta Comunicação vem substituir a Comunicação de 1995 relativa à Cooperação (JO C 312, 23.11.1995) cujo objectivo predominante era o da cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais sendo, portanto, de âmbito mais restrito.



O combate contra a corrupção nos procedimentos de formação dos contratos públicos através das novas orientações da OCDE

Vasco Xavier Mesquita
vxmesquita@mgts.pt

Fm Março último, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (“OCDE”), publicou um *paper* em que sugere medidas ou orientações gerais aos Estados membros daquela organização a ter em conta face a comportamentos colusivos nos procedimentos de formação de contratos públicos* - as “*Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*”¹.

A colusão entre concorrentes nos concursos públicos pode assumir diversas variantes, todas com o fito de procurar aumentar o montante da “oferta ganhadora” e, em consequência, proceder à repartição e distribuição dos lucros adicionais resultantes do preço final fixado pelos “conspiradores”. Essa distribuição dos lucros pode ser dissimulada através do recurso à subcontratação dos concorrentes que submeteram “ofertas perdedoras” ou à celebração de contratos de fornecimento com quem submeteu a “oferta ganhadora” (ou ainda à sua “compensação financeira” através de facturas falsas).

Atenta a importância económica dos concursos públicos nos diferentes Estados membros, a OCDE tem encabeçado na última década diversas iniciativas subordinadas à temática dos cartéis nos concursos públicos². Apesar de em todos os Estados membros tal constituir um ilícito sujeito às regras da

“EM PORTUGAL, COMO NOUTROS ESTADOS, ESPERA-SE QUE NA MAIORIA DOS CASOS AS CONDENAÇÕES POSSAM SER FACILITADAS PELA EXISTÊNCIA DE UM ESTATUTO DE CLEMÊNCIA, QUE SERVE DE INCENTIVO PARA QUE UM OU MAIS MEMBROS DO CARTEL DENUNCIEM OS OUTROS E BENEFICIEM DE UMA SIGNIFICATIVA REDUÇÃO DA PENA DE MULTA.”

concorrência (em países como a Áustria, Alemanha e Itália, são mesmo ilícitos criminais), a OCDE reconhece que os mecanismos de prevenção, detecção e punição destas práticas pelos Estados membros podem ser melhorados.

Para o efeito, a OCDE elaborou duas *checklists*:

- na primeira, a OCDE propõe às entidades públicas formas de organização dos procedimento concursais que minimizem os riscos de colusão, designadamente na selecção de informação prévia necessária ao lançamento do concurso, na definição de condições que evitem a previsibilidade das propostas, na escolha cuidadosa dos critérios de adjudicação bem como na consciencialização da equipa organizadora do concurso para os riscos concretos de colusão;
- na segunda, a OCDE avança com métodos que permitam às entidades públicas detectar comportamentos colusórios ao longo de todo o procedimento concursal, através de sinais de alerta, da percepção das características relevantes nos negócios, dos preços, dos documentos, das declarações ou comportamentos suspeitos entre os concorrentes, bem como dos passos que as entidades públicas devem ter presentes perante indícios de concertação.

Através da experiência recolhida em mais de 30 jurisdições, as orientações da OCDE são mais um subsídio importante para que as entidades promotoras dos concursos combatam a formação de cartéis ou outras formas de colusão nos procedimentos concursais, propondo as melhores práticas que devem ser seguidas para a identificação dos mercados onde a corrupção possa existir e sugerindo especiais precauções que devem ser adoptadas tanto na fase de preparação como no desenrolar do procedimento concursal.

Em Portugal, como noutros Estados, espera-se que na maioria dos casos as condenações possam ser facilitadas pela existência de um Estatuto de Clemência, que serve de incentivo para que um ou mais membros do cartel denunciem os outros e beneficiem de uma significativa redução da

“A PREVISÃO DE SANÇÕES ACESSÓRIAS ESPECÍFICAS CONSTITUI UM EXEMPLO RELEVANTE DE UMA SANÇÃO ADEQUADA QUE PERMITE PREVENIR A PRÁTICA DESTES ILÍCITOS.”

pena de multa que lhes seria potencialmente aplicável (*cf.* Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto).

Além disso, a previsão de sanções acessórias específicas para, em simultâneo com a coima, privarem os infractores de temporariamente participarem em procedimentos de formação de certos contratos públicos constitui um exemplo relevante de uma sanção adequada que permite prevenir a prática destes ilícitos (*cf.* art. 45.º n.º 1 al. b) da Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho)³. ■

*Um conjunto de empresas coordena-se tendo em vista a adjudicação de determinada concessão ou contrato público em condições mais favoráveis do que aquelas que seriam criadas se essas mesmas empresas actuassem de forma concorrencial. Em concreto, este tipo de concertação pode acontecer de diversas formas:

- Os concorrentes acordam que um deles submete uma oferta não competitiva, que é demasiado alta para ser aceite ou contém termos inaceitáveis para a entidade pública (propostas complementares);
- Os concorrentes aceitam em não oferecer ou superar uma “oferta ganhadora” (supressão das propostas);
- Os concorrentes acordam rotativamente em fazer “ofertas ganhadoras” (propostas rotativas)
- Os concorrentes aceitam submeter ofertas somente em áreas geográficas específicas (alocação do mercado).

¹Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/27/19/42340158.pdf>. Cf., por exemplo, os documentos disponíveis em www.oecd.org/competition/bidrigging. Para o efeito a sanção consta dos impedimentos legais para a apresentação de concursos e integração de agrupamentos concursais, previstos no art. 55.º al. f) e no “modelo de declaração” que constitui o Anexo I ao Código dos Contratos Públicos.

Comissão faz balanço de 5 anos de aplicação do Regulamento 1/2003. Que aspectos melhorar?

Catarina Vieira Peres
cyperes@mlgts.pt

Quando o Regulamento 1/2003 (Regulamento) foi adoptado introduziu importantes alterações e modificou drasticamente o procedimento de aplicação dos artigos 81.º e 82.º CE. Passados mais de cinco anos da sua entrada em vigor, a Comissão publicou um relatório destinado a analisar o sucesso do seu funcionamento.

O Regulamento, por um lado, extinguiu a prática centralizada de notificação à Comissão dos acordos entre empresas e atribuiu competências às autoridades da concorrência nacionais e aos tribunais dos respectivos Estados-Membros; por outro lado determinou que os acordos que preenchessem todos os requisitos do artigo 81.º (3) CE passassem a ser considerados automaticamente válidos e eficazes, não carecendo de decisão prévia para o efeito. A Comissão, no seu relatório, considera que a transição do antigo sistema centralizado para o actual, na prática, decorreu de forma satisfatória: a aplicabilidade directa do artigo 81.º (3) não levantou grandes problemas, tendo sido largamente bem vinda pelos interessados. Esta alteração, ao reduzir a carga de trabalho da Comissão, tornou possível uma aplicação pró-activa dos artigos 81.º e 82.º CE, em particular permitiu a afectação de recursos da Comissão na organização de inquéritos de grande escala em sectores chave da economia europeia.

“O REGULAMENTO 1/2003 INTRODUZIU IMPORTANTES ALTERAÇÕES E MODIFICOU DRASTICAMENTE O PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 81.º E 82.º CE.”

O Regulamento reforçou e clarificou os poderes da Comissão em matéria de investigação. Desde então, a Comissão tem vindo a utilizar os poderes de selar instalações e de solicitar explicações sobre factos ou documentos aos funcionários ou a representantes da empresa de forma regular durante as inspecções realizadas nas instalações das empresas; no entanto a Comissão teme que a ausência de sanções por informações falsas ou enganosas constitua um desincentivo no fornecimento de respostas completas e verdadeiras.

Outra alteração, introduzida pelo Regulamento e favoravelmente avaliada pela Comissão, diz respeito à possibilidade que assiste às empresas de oferecerem compromissos que garantam o fim das infracções juntamente com o poder da Comissão de os tornar vinculativos para aquelas. Segundo a Comissão, esta alteração aumentou a eficácia e eficiência administrativas e, por conseguinte, constituiu uma mais valia relativamente ao anterior Regulamento. A Comissão, não tendo feito uso do seu poder de estipular remédios de carácter estrutural, aceitou já, no entanto, alterações dessa natureza como compromissos. A Comissão também não fez uso da possibilidade de declarar os artigos 81.º e 82.º CE inaplicáveis a determinado acordo ou a determinada conduta.

Segundo a Comissão, a aplicação de coimas constitui uma das formas mais eficazes no combate a cartéis, pelo que vê como uma melhoria substancial o aumento dos limites máximos das penas por incumprimento das suas decisões. No entanto, o relatório salienta que o procedimento de aplicação de sanções pecuniárias compulsórias tem-se revelado extremamente longo e complicado.

Ao regular pela primeira vez a relação entre os artigos 81.º e 82.º CE e as leis nacionais de concorrência, o Regulamento desempenhou ainda um papel crucial na criação de um sistema jurídico uniforme; em especial, o facto de as autoridades nacionais da concorrência estarem obrigadas a aplicar as leis comunitárias *antitrust* conduziu à verificação de um incremento considerável no número de casos em que foram aplicados os artigos 81.º e 82.º. Contudo, diversas entidades (comunidade legal e empresas) criticam a existência de critérios divergentes na aplicação dos dois artigos, ou seja, o Regulamento não autoriza que as leis nacionais proíbam acordos que não restrinjam a concorrência, no sentido do artigo 81.º, mas nada impede os Estados-Membros de proibirem e de sancionarem condutas unilaterais não abrangidas pelo artigo 82.º (como por exemplo, abusos de dependência económica, vendas com prejuízo, entre outros): esta divergência de critérios pode contribuir para a fragmentação de estratégias comerciais globais e pan-europeias por parte das empresas.

Os poderes conferidos às autoridades nacionais da concorrência na aplicação do direito

“SEGUNDO A COMISSÃO, A APLICAÇÃO DE COIMAS CONSTITUI UMA DAS FORMAS MAIS EFICAZES NO COMBATE A CARTEIS.”

comunitário da concorrência constituíram também uma outra inovação trazida pelo Regulamento. Os mecanismos de cooperação e a forma como as leis comunitárias da concorrência estão a ser aplicadas dentro da Rede Europeia da Concorrência (ECN) parecem agradar tanto à Comissão como a todos os interessados. Além do aumento no número de casos de aplicação das leis da concorrência, tem-se assistido a uma convergência voluntária das leis dos respectivos Estados-Membros. Não obstante, a Comissão afirma que subsistem divergências de relevo entre os sistemas existentes entre os vários Estados e, por conseguinte, este aspecto merece ser objecto de maior reflexão.

Relativamente à interacção com os tribunais nacionais, o Regulamento conferiu à Comissão e às autoridades nacionais da concorrência a possibilidade de submeterem observações aos órgãos jurisdicionais nacionais sobre assuntos relacionados com a aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado. Esta ferramenta foi utilizada com grande frequência pelas autoridades nacionais mas a Comissão apenas fez uso da mesma em duas ocasiões onde considerou existir perigo iminente para a coerência na aplicação das normas de direito comunitário.

Por último, o relatório lida com a problemática do relacionamento com as jurisdições de terceiros estados. Durante o período em análise foram levantados problemas de divulgação, em países terceiros, de informação contida em arquivos da Comissão. A Comissão afirma estar ciente de a possibilidade da divulgação de informação que lhe tenha sido voluntariamente cedida poder prejudicar seriamente a efectividade da aplicação das leis *antitrust*, pelo que entende que devem ser reforçadas e clarificadas as normas relativas a este aspecto. ■

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

O Cade e as cláusulas de não concorrência

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

As cláusulas de não-competição ou de não-concorrência têm sido assunto recorrente no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e alvo de discussões calorosas entre os advogados militantes na área de Direito Concorrencial e os Conselheiros do CADE.

As cláusulas de não-competição são largamente utilizadas em associações entre empresas (*joint ventures*) e em operações de fusões e aquisições. Nas associações evitam a tão prejudicial atuação paralela dos parceiros, garantindo que todos os esforços das partes sejam concentrados no negócio objeto da operação e não em negócios concorrentes. Nas aquisições, protegem o investimento realizado, pois garantem ao comprador o tempo de atuação no mercado necessário para a amortização do capital investido, sem a concorrência direta do vendedor.

O alcance e os contornos das cláusulas de não-concorrência variam caso a caso, de acordo com o tipo de operação e o negócio envolvido. Porém, em geral, são limitadas no tempo e no espaço conforme a conveniência das partes.

Ocorre que o CADE tem firmado jurisprudência no sentido de que as cláusulas de não-concorrência devem ter duração máxima de 5 anos contados da eventual saída do vendedor ou parceiro do negócio, e alcance territorial limitado ao mercado relevante geográfico que vier a ser definido pelo CADE para a operação.

Suponhamos um contrato no qual os vendedores comprometeram-se a não competir com o negócio por um período de 10 anos em todo o território brasileiro. O CADE, ao analisar a operação, identificou como mercado relevante geográfico apenas uma região ou estado do Brasil (e não o território nacional como um todo) e, no mérito, aprovou-a sem restrições porque não identificou nenhum prejuízo concorrencial decorrente do negócio. Nesta hipótese, mesmo tendo sido o processo aprovado incondicionalmente, a cláusula

de não-concorrência deve ser modificada. Isto é, as partes devem celebrar um termo aditivo ao contrato, alterando a cláusula de não-concorrência para limitá-la ao prazo máximo de 5 anos e à região ou estado do Brasil, conforme a dimensão geográfica estipulada pelo CADE.

Discute-se a legitimidade do CADE para impor restrições a operações nas quais ele próprio entendeu não resultarem em danos concorrenciais. Questiona-se: Estaria o CADE extrapolando a sua competência, que é a de exclusivamente promover e preservar o ambiente concorrencial?

Pode o CADE invadir a esfera privada contratual quando não há nenhum interesse concorrencial a ser protegido? Por que impedir a validade de uma cláusula acessória se o contrato como um todo foi aprovado? Estaria o CADE regulando ou mesmo invadindo a competência do legislador ordinário ao impor restrições a estas cláusulas?

Os princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência instituídos pela Constituição brasileira de 1988 determinam que a intervenção do Estado no domínio econômico deve ser mínima, sendo legítima somente com o fim de reprimir o *"abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"*. (artigo 170).

Nesse sentido, caberia à autoridade antitruste o dever de intervir em atos de concentração potencialmente nocivos à ordem econômica, bem como de reprimir atos de conduta que comprovadamente resultassem em infrações concorrenciais, sendo vedada a intervenção do CADE na esfera do agente privado com o fim de regulá-lo, criando regras e condicionamentos para sua atuação no mercado.

O principal argumento dos defensores desta tese é que a intervenção não se justificaria, uma vez que

depois de realizada a extensa análise dos documentos da operação e do mercado relevante afetado, as autoridades concluíram que a operação poderia ser aprovada. Aprovando-se o mais (a concentração), deve-se, por coerência, aprovar o menos (cláusula de não concorrência).

Assim, somente nos casos em que a cláusula de não-concorrência resulte, ou possa resultar, em abuso de poder de mercado ou em conduta infrativa de qualquer espécie, teria o CADE o poder-dever de impor sua modificação.

Outra crítica que se faz aos parâmetros padronizados adotados pelo CADE é que tais restrições contrariam a vontade das partes livremente manifestada, sem que existam fortes razões de ordem pública e justificativas comprovadas para a intervenção.

Por fim, discute-se ainda se o ônus da prova para demonstrar se a cláusula de não-competição teria efeitos danosos à concorrência ou não, seria das partes ou do CADE.

O tema é controverso e se está longe de qualquer consenso sobre o assunto. Nosso entendimento é que não cabe ao CADE interferir em negociações privadas, exceto em casos de abuso de poder econômico, como estabelece a Constituição brasileira. Ao pré-definir parâmetros de validade e abrangência das cláusulas de não-concorrência, independentemente de justificação em cada caso analisado, o CADE estaria extrapolando sua competência. O fato é que as cláusulas de não-concorrência que são um importante instrumento de negociação aceito pelo mercado, têm sido restringidas pela jurisprudência do CADE. As partes contratantes devem analisar com cuidado os riscos de restrições pelo CADE ao negociar e estipular cláusulas de não-concorrência que não estejam em estrita concordância com a jurisprudência da autoridade antitruste brasileira, ainda que a transação em si não traga riscos concorrenciais. ■

Brasil ingressa em rede internacional de operações de combate a cartéis

Brasil ingressou numa rede internacional de operações de combate a cartéis que deve aumentar as operações de busca e apreensão de documentos na sede de filiais de multinacionais no país. As matrizes que sofrerem essas operações na

Europa e nos Estados Unidos passam a correr o risco de flagrantes da Polícia Federal brasileira.

As operações de busca de documentos e provas do cartel devem ocorrer simultaneamente em todos os

países para evitar que uma multinacional recém-afetada por uma operação nos Estados Unidos, por exemplo, tenha tempo de destruir as provas que comprovam a extensão do cartel para Europa e Brasil. ■

Novo desenvolvimento: o Acórdão *Coditel Brabant* (Processo C-324/07)

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

Na Segunda Edição desta Newsletter demos conta do teor das conclusões da Advogada geral Verica Trstentjak no âmbito do Processo C-324/07 (*Coditel Brabant SA v. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles Capitale*), pendente à data no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ("TJCE"), no qual, grosso modo, se questionava a desnecessidade do município de *Uccle* submeter uma concessão de serviços públicos a um procedimento concursal porquanto aquele município alegava ter uma relação *in house* com uma sociedade cooperativa intermunicipal de distribuição televisiva, a *Brutélé* (de capitais exclusivamente públicos).

O Acórdão do TJCE veio, no dia 13 de Novembro de 2008, acolher as conclusões formuladas por aquela Advogada geral ao determinar que o controlo exercido

pelo município sobre a *Brutélé* era análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços e que o essencial da actividade da sociedade intermunicipal era desenvolvido em benefício do município. Em bom rigor, contudo, a Advogada geral e o TJCE não se debruçaram sobre este segundo requisito, por o órgão jurisdicional nacional Belga ter precisado na decisão de reenvio que a *Brutélé* realizava o essencial da sua actividade com as suas associadas (n.º 27).

Sem introduzir qualquer aspecto propriamente inovador, este Acórdão não deixa de ser relevante na sedimentação de entendimentos anteriores do TJCE que, desde o Acórdão *Teckal* (C-107/98) vêm concretizando a natureza do controlo análogo. O TJCE, em linha com os Acórdãos *Carbotermo* (C-340/04) e *Asemfo* (C-295/05) vem admitir, se é que ainda

havia dúvidas, que quando diversas autoridades públicas detêm uma entidade concessionária à qual confiam a execução de uma das suas missões de serviço público, o controlo que essas autoridades públicas exercem sobre esta entidade pode ser exercido de forma conjunta por todas elas (n.º 50).

Neste contexto, foi decisiva para o TJCE a circunstância de os órgãos de decisão da *Brutélé* serem compostos por delegados das autoridades públicas que dela são associadas, com os mais amplos poderes de exercerem uma influência determinante tanto sobre os objectivos estratégicos como sobre as decisões importantes da sociedade através de deliberações, ainda que aprovadas por maioria (n.ºs 34, 35 e 54). ■

Relatório AdC sobre os preços grossistas da electricidade em Portugal

Luís do Nascimento Ferreira
lnferreira@mlgts.pt

A Autoridade da Concorrência concluiu, no passado mês de Maio, um Relatório que analisa a formação dos preços grossistas da energia eléctrica em Portugal no segundo semestre de 2007, que coincidiu com os primeiros 6 meses de funcionamento do mercado ibérico de electricidade (MIBEL). O principal objectivo deste Relatório foi identificar eventuais diferenças de preço na produção e venda grossista de electricidade em Portugal e Espanha, e examinar os factores que possam ter contribuído para tais diferenças.

A AdC concluiu pela existência de diferenças de preço entre a electricidade nos dois países que, durante o período analisado, se terão cifrado em médias diárias superiores a 23% no território português. Este valor foi apurado através da constatação de que a diferença de preços entre

Portugal e Espanha é de cerca de 31% aquando da ocorrência de congestionamentos nas interligações, sendo os preços idênticos na ausência desses congestionamentos. No período em causa, registaram-se congestionamentos na capacidade de importação no sentido Espanha-Portugal em mais de 80% das horas do dia, gerando assim a aplicação do mecanismo designado por *market splitting*. Foram identificados vários factores de ordem estrutural e conjuntural, susceptíveis de justificar estes diferenciais.

Entre os primeiros destacam-se a diferente estrutura da oferta nos dois países (quanto ao *mix* produtivo e aos níveis de concentração). Entre os factores conjunturais, a AdC assinalou a título de exemplo, em Portugal, os baixos níveis de afluência às albufeiras devido à escassez de recursos hídricos e as

indisponibilidades programadas e fortuitas que se registaram em algumas centrais a carvão e a gás natural. A AdC deixa algumas recomendações de melhorias para a progressiva integração do MIBEL, como a entrada de nova capacidade de produção em Portugal com melhor relação custo-eficiência, a eliminação das tarifas de comercialização para clientes não vulneráveis e o aperfeiçoamento dos mecanismos de compra de energia pelo comercializador de último recurso em mercado.

Atendendo ao período no qual se centrou a análise do Relatório, a AdC reconhece que algumas das conclusões nele vertidas perderam actualidade logo em 2008, onde se registaram níveis de congestionamento e diferenças de preço menores face aos valores apurados no segundo semestre de 2007. ■

Investigação sobre práticas restritivas nos ginásios e *health clubs* arquivada

Alberto Saavedra
asaavedra@mlgts.pt

Na sequência da aprovação da Lei do Orçamento de Estado para 2008 (Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro), que clarifica a inclusão da prática de actividades físicas e desportivas no âmbito de aplicação da taxa reduzida de IVA (5%), a Autoridade da Concorrência iniciou uma investigação para apurar se a não repercussão da redução da taxa nos consumidores (e consequentemente uma redução nos preços finais) resultaria de uma actuação concertada entre operadores económicos, proibida pelo artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

A investigação foi exaustiva, tendo envolvido 34 empresas do sector e uma associação de empresas,

bem como mais de 50 diligências de prova, e inquiridos a instituições tão diversas como a Secretaria de Estado da Juventude e do Desporto, o Instituto do Desporto de Portugal, a Direcção-Geral do Consumidor e a Autoridade para a Segurança Alimentar e Económica. As informações obtidas abrangem o período temporal decorrido entre 2000 e 2008, e descrevem claramente o comportamento destas empresas, em especial no que respeita às alterações fiscais relevantes verificadas neste período.

Em Março de 2009, o Conselho da Autoridade da Concorrência decidiu arquivar o inquérito, por ter concluído não existirem indícios de práticas restritivas

da concorrência susceptíveis de serem imputadas às empresas envolvidas no presente processo. Pelo contrário, a Autoridade concluiu tratar-se de um comportamento de adequação racional de agentes económicos confrontados com alterações nas condições de funcionamento do mercado em que operam, não proibida pelas regras de defesa da concorrência.

O comunicado encontra-se disponível em: http://www.concorrenca.pt/download/comunicado_2009_03.pdf. ■



Comissão Europeia adapta natureza da monitorização da “Decisão Microsoft”, de 2004

Alberto Saavedra
asaavedra@mlgts.pt

Na decisão de 24 de Março de 2004 (a Decisão 2004), a Comissão concluiu que a Microsoft tinha violado o artigo 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia por se recusar a fornecer informação de interoperabilidade e por práticas de *tying* do Windows Media Player com o Windows (*cf.* IP/04/382). Em consequência, aplicou uma coima e remédios com vista a pôr termo aos abusos em questão.

“A COMISSÃO ADAPTOU AGORA, EM MARÇO DE 2009, A NATUREZA DA ASSISTÊNCIA TÉCNICA QUE RECEBE, COM O INTUITO DE FACILITAR A MONITORIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO PELA MICROSOFT DA DECISÃO 2004.”

A Decisão 2004 previa o estabelecimento de um mecanismo que assistia a Comissão na monito-

rização do cumprimento dos remédios, incluindo a indicação de um mandatário independente da Microsoft para monitorizar o comportamento da empresa.

Em 7 de Junho de 2004, a Microsoft tentou uma acção de anulação da Decisão 2004 no Tribunal de Primeira Instância (TPI). O TPI em 17 de Setembro de 2007 (Processo T-201/04) anulou parcialmente a Decisão 2004, designadamente a exigência de a Microsoft ter de suportar os custos associados à monitorização do mandatário designado e a respectiva remuneração, mas rejeitou anular os restantes fundamentos da Decisão.

A Comissão adaptou agora, em Março de 2009, a natureza da assistência técnica que recebe, com o intuito de facilitar a monitorização do cumprimento pela Microsoft da Decisão 2004 (*cf.* IP/04/382 e MEMO/04/70).

Tendo em linha de conta o comportamento da Microsoft, o incremento das oportunidades de terceiros exercerem os seus direitos efectivamente perante os tribunais nacionais e a experiência acumulada, a Comissão doravante não exige a

“A COMISSÃO DORAVANTE NÃO EXIGE A MANUTENÇÃO DE UM MANDATÁRIO A TEMPO INTEIRO PARA MONITORIZAR O COMPORTAMENTO DA MICROSOFT. NO FUTURO, A COMISSÃO PRETENDE ACONSELHAR-SE DE UMA FORMA AD HOC JUNTO DE CONSULTORES TÉCNICOS.”

manutenção de um mandatário a tempo inteiro para monitorizar o comportamento da Microsoft. No futuro, a Comissão pretende aconselhar-se de uma forma *ad hoc* junto de consultores técnicos.

O comunicado encontra-se disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/349&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>. ■

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

www.mlgts.pt