

NESTA EDIÇÃO

ARTIGOS

Inquérito ao Sector Farmacêutico: Relatório preliminar

Uma caixa de pandora (de medicamentos)? O Relatório Preliminar da Comissão Europeia no inquérito ao sector farmacêutico

2

O caso *Ryanair / Aer Lingus*

Ryanair / Aer Lingus: aquisição de participações minoritárias e obrigação de *stand-still* - TPI recusa-se a agir contra "assédio" não correspondido

3

O processo *Cartesio*

Mobilidade das sociedades: o processo *Cartesio* - consagração do critério da sede efectiva mas um passo atrás na liberdade de estabelecimento

4

Auxílios de Estado às Instituições Financeiras - Portugal

Auxílios concedidos pelos Estados às instituições financeiras: o caso português

5

AdC suspende "myZONcard"

Autoridade da Concorrência suspende campanha promocional "myZONcard"

6

Exportações paralelas: o processo *GlaxoSmithKline*

Tribunal de Justiça declara que uma empresa farmacêutica explora abusivamente a sua posição dominante quando recusa satisfazer as encomendas com carácter normal para impedir as exportações paralelas

7

Nova Comunicação da Comissão Europeia sobre "remédios"

Nova Comunicação da Comissão Europeia sobre a apresentação de "remédios" em processos de concentrações

8

Comissão Europeia impõe coima *record* em processo de cartel

Comissão Europeia impõe multa-record em cartel no mercado do vidro automóvel. As condenações de cartéis no ano de 2008 em revista.

9

A Nova Política Europeia da Energia

A Nova Política Europeia da Energia - Parte I

10

A troca de informação entre empresas concorrentes

A troca de informação entre empresas concorrentes. A condenação da Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa

11

Orientações da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 82.º CE

Orientações da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 82.º CE a comportamentos de exclusão adoptados por empresas em posição dominante

12

REUNIÃO LEX MUNDI - LISBOA

Moraes Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados realiza a reunião anual Europeia da Lex Mundi sobre Direito da Concorrência em Lisboa

13

NOTÍCIAS BREVES

Acórdão do STJ n.º 1/2009

Supremo Tribunal de Justiça clarifica prazo de recurso

13

Comissão Europeia c. Microsoft - A saga continua

A Comissão envia comunicação de objecções à Microsoft devido a alegado abuso de uma posição dominante (*tying* do Internet Explorer com o sistema operativo Windows)

13

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - o Ano de 2008 e expectativas para 2009 14-15

DIREITO EUROPEU
E DIREITO DA
CONCORRÊNCIA

Uma caixa de pandora (de medicamentos)? O Relatório Preliminar da Comissão Europeia no inquérito ao sector farmacêutico

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

O Relatório Preliminar da Comissão Europeia sobre o inquérito ao sector farmacêutico, publicado no passado dia 28 de Novembro de 2008 (“Relatório”), vem trazer dúvidas adicionais relativamente à já por vezes difícil relação entre os direitos de propriedade intelectual (em especial as patentes) e o direito da concorrência. Tendo como objectivo identificar os obstáculos à entrada de medicamentos genéricos no mercado causados pelo comportamento de empresas farmacêuticas “inovadoras”, o Relatório constata que estas empresas utilizaram um conjunto de instrumentos para atrasar ou bloquear a entrada de genéricos, com vista a proteger a sua posição de mercado, sugerindo que práticas normalmente utilizadas para protecção de direitos de propriedade intelectual podem ser postas em questão à luz das regras da concorrência.

O INQUÉRITO

O Regulamento (CE) n.º 1/2003 dá poderes à Comissão para realizar inquéritos a sectores específicos da economia nos quais a concorrência não se encontra a funcionar normalmente. O objecto de tais inquéritos (pelo menos em princípio) não é identificar a prática de comportamentos anti-concorrenciais por empresas concretas, mas sim as razões pelas quais a concorrência pode estar distorcida no mercado.

Na sequência de inquéritos anteriores a sectores como a energia, a banca ou os seguros, o inquérito ao sector farmacêutico foi iniciado em Janeiro de 2008 quando a Comissão realizou, pela primeira vez neste contexto, inspecções-surpresa (*dawn raids*) às instalações de várias empresas farmacêuticas. Foram realizadas inspecções adicionais poucos dias antes da publicação do Relatório.

O RELATÓRIO PRELIMINAR

O Relatório, de 426 páginas, é baseado na extensa informação recolhida pela Comissão durante o inquérito (tanto a partir de pedidos de informação como de inspecções-surpresa) e conclui que as empresas de genéricos encontram várias dificuldades para entrar no mercado, mesmo após a patente do medicamento original ter caducado.

O Relatório sugere que os atrasos na entrada dos genéricos se devem a um conjunto (“*toolbox*”) de instrumentos utilizados pelas empresas inovadoras para estender a duração e o alcance dos seus direitos de patente:

- A apresentação de numerosos pedidos de patente para o mesmo medicamento (formando os chamados “*patent clusters*”), com vista a prolongar a duração da patente original.

- O desencadeamento de processos contenciosos de violação de patentes, incluindo providências cautelares, por vezes simultaneamente em vários Estados-Membros para um único medicamento.
- Procedimentos de oposição de patentes e recursos perante as autoridades de propriedade industrial.
- Transacções judiciais entre empresas inovadoras e de genéricos para resolver processos contenciosos de patentes, nos quais são feitos alegadamente pagamentos para atrasar a entrada de genéricos no mercado.
- Litigância contra as decisões de autoridades reguladoras que concedam autorizações de introdução no mercado (“AIM”) e fixem o preço e a comparticipação de medicamentos genéricos.
- Acções de *marketing* e de promoção junto de médicos e farmácias pondo em questão a qualidade de genéricos, bem como tentativas para influenciar distribuidores e fabricantes de substâncias activas.
- Lançamento de medicamentos de segunda geração imediatamente antes de a patente original caducar, seguidos da retirada do produto de primeira geração.
- Aumento da distribuição directa à farmácia (*direct-to-pharmacy*, ou “DTP”) o que pode levar a uma menor concorrência ao nível grossista e a uma maior dificuldade para as empresas genéricas entrarem no mercado.

O Relatório também identifica um conjunto de falhas no enquadramento regulatório do sector farmacêutico, e advoga (apoiado neste ponto por empresas inovadoras e de genéricos) a criação de uma Patente Comunitária e um sistema judicial unificado em matéria de patentes como solução para eliminar as causas para os atrasos identificados na entrada de genéricos, tais como os atrasos de ordem administrativa na concessão de AIMs, a incerteza jurídica resultante do contencioso de patentes nos tribunais nacionais e as dúvidas suscitadas quanto à validade de muitas patentes concedidas pelo European Patent Office.

REFERÊNCIAS A PORTUGAL

O Relatório analisa especificamente a litigância contra a autoridade que fixa o preço dos medicamentos em Portugal (a Direcção-Geral das Actividades Económicas do Ministério da Economia) como um “caso especial”, na medida em que a maior parte das acções têm por base apenas a violação de patentes. (De acordo com a Comissão, a violação de uma patente não é um critério para ser considerado pelas autoridades ao conceder AIMs, fixar o preço ou as condições de comparticipação). O inquérito observou a este propósito que em várias situações o procedimento

de fixação de preços foi suspenso na sequência da proposição de acções nos tribunais administrativos contra as decisões de atribuição de AIMs a medicamentos genéricos.

A Comissão também sugeriu, durante a apresentação pública do Relatório, que poderia iniciar processos de infracção contra os Estados-Membros cujas autoridades tomassem em conta, no âmbito de procedimentos de AIMs ou de fixação de preços, outros critérios que não os constantes da legislação comunitária relevante (tal como a violação de patentes). No entanto, notamos que o Tribunal de Justiça ainda não interpretou as regras comunitárias em causa, pelo que esta é ainda apenas a posição da Comissão. ■

COMENTÁRIO

Embora o Relatório reconheça que a protecção de direitos de patente é em geral legítima, sugere também, de forma controversa, que um conjunto de práticas neste contexto podem ser “problemáticas” de uma perspectiva de direito da concorrência, em especial após a Comissária Kroes ter terminado o seu discurso na apresentação pública do Relatório afirmando que “*we have picked up the trail of the scent, and now we are following the leads*”.

O Relatório sugere pois que a Comissão poderá querer pôr em causa o direito das empresas inovadoras a fazer pedidos de patentes de inovações de produtos existentes e a promover as qualidades dos seus produtos, bem como a defesa, em certas circunstâncias, das suas patentes de tentativas de violação de terceiros (as quais constituem crime em vários Estados-Membros, incluindo Portugal). No entanto, na medida em que a acção da Comissão neste domínio suscita questões sérias, é provável que aquela prefira agir apenas contra casos em que existam indícios relevantes (“*smoking gun evidence*”) de que houve objectivos claramente anti-concorrenciais. É também provável que seja desenvolvida uma pressão adicional para a adopção da Patente Comunitária, um projecto legislativo em discussão há mais de 30 anos.

A consulta pública ao Relatório Preliminar terminou no fim do passado mês de Janeiro, e espera-se que a versão final do Relatório seja publicada nos próximos meses.

Ryanair / Aer Lingus: aquisição de participações minoritárias e obrigação de *stand-still* - TPI recusa-se a agir contra “assédio” não correspondido

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

A 18 de Março de 2008, o Presidente do Tribunal de Primeira Instância (“TPI”) proferiu um importante e significativo despacho no Proc. T-411/07 (“Aer Lingus v. Comissão”, ainda pendente), onde veio clarificar que os poderes da Comissão Europeia (“Comissão”) à luz do Regulamento das Concentrações Comunitárias n.º 139/2004 (“Regulamento”) em obstar à implementação de concentrações notificadas e ainda não autorizadas se confinam às situações de mudança duradoura do controlo exercido sobre uma empresa - e já não abrangem meras situações de tomada de posições minoritárias.

Neste despacho, o Presidente do TPI veio declarar improcedente o pedido de adopção de medidas provisórias (cfr. artigos 243.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia e 104.º n.º 2 do Regulamento do Processo do TPI) formulado pela Aer Lingus, dirigido, em suma, a que a Ryanair (i) não exercesse os direitos de voto referentes à participação minoritária adquirida no capital da Aer Lingus; (ii) confiasse as participações sociais em questão a um *trustee*; e (iii) ficasse impedida de adquirir quaisquer participações adicionais de capital na Aer Lingus.

A aquisição de participações sociais por parte da Ryanair no capital da sua congénere (e arqui-rival) irlandesa Aer Lingus remonta a 2006, ano em que o Governo Irlandês privatizou esta última. Foi ainda em 23 de Outubro desse ano que a Ryanair lançou uma OPA hostil sobre a Aer Lingus (de quem já entretanto detinha 19,16% do capital social), tendo para aquele efeito notificado esta operação de concentração à Comissão ao abrigo do artigo 4.º do Regulamento.

Durante o período em que esperava o desfecho do processo de notificação, a Ryanair foi adquirindo participações adicionais de capital, ascendendo, à data de 23 de Novembro de 2006, a um total de 25,17%; a 27 de Junho de 2007, a Comissão emitiu uma decisão de proibição da operação de concentração, tendo, por seu lado, a Ryanair interposto recurso daquela decisão para o TPI (Proc. T-342/07 “Ryanair v. Comissão”, ainda pendente).

Enquanto isso, a Ryanair não cessou as suas aquisições de acções da Aer Lingus (ascendendo

a uma participação total de 29,4%), motivo pelo qual esta última tentou no dia 17 de Agosto de 2007 um pedido de adopção de medidas provisórias junto da Comissão, de forma a que esta obrigasse a Ryanair a alienar as participações sociais na Aer Lingus.

A 11 de Outubro de 2007, contudo, a Comissão rejeitou essa pretensão, concluindo na sua decisão que **não estava dentro da sua esfera de poderes impor a alienação das participações da Ryanair no capital da Aer Lingus, pois nem a operação de concentração chegou a ser realizada, nem aquelas participações eram susceptíveis de atribuir qualquer tipo de controlo - *de jure* ou *de facto* - sobre esta última**, no sentido do artigo 3.º n.º 2 do Regulamento.

Inconformada com a decisão da Comissão, a Aer Lingus interpôs então recurso de anulação junto do TPI por entender que a Comissão interpretou erroneamente a expressão “*concentração já realizada*”, prevista no artigo 8.º, n.ºs 4 e 5, do Regulamento, alegando que a expressão consubstanciaria “*todas as acções ou passos seguidos pela notificante tendo em vista a consumação da concentração*”; adicionalmente, a Aer Lingus requereu ainda a adopção de medidas provisórias, para que a Ryanair ficasse desde logo impedida de exercer os seus direitos de voto e com isso ficasse garantida a efectividade do direito pretensamente em causa na acção principal.

O TPI, no seu despacho de 18 de Março de 2008, veio rejeitar este último pedido por considerar que a Aer Lingus não foi capaz de demonstrar estar preenchido o requisito do *prima facie* (ou *fumus boni juris* - “probabilidade séria da existência do direito”) nem de provar que as medidas provisórias requeridas eram necessárias para evitar um sério e irreparável prejuízo; aliás, constatou que as medidas impostas podiam ter um forte impacto negativo nos direitos e interesses da Ryanair como accionista da Aer Lingus.

Em consequência, o TPI considerou que a Comissão só tem poderes para reagir contra actos de execução de notificação ainda não autorizada, à luz do Regulamento, quando ocorrer uma mudança de controlo, pelo que lhe faltam meios - pelo menos, nos termos do Regulamento - para

impedir compras de participações minoritárias (ainda que por concorrentes) que não alteram o controlo na empresa-alvo.

Nessa medida, apesar do *indirizzo* seguido neste despacho esgotar os seus efeitos no “processo cautelar”, o TPI acaba por levantar o véu quanto ao fundo da questão no processo principal - a (in)existência do direito invocado - prevendo-se por isso, por identidade de razão, que a pretensão da Aer Lingus esteja igualmente votada ao fracasso na acção principal.

Trata-se de um aspecto a seguir com atenção dado ser extremamente relevante no contexto da actividade de fusões e aquisições no espaço comunitário, pois que não é seguro, para um adquirente, qual seja a amplitude da sua actuação legítima em relação à empresa-alvo, dada a obrigação de “suspensão” da aquisição até à obtenção da autorização: pagamento do preço, acesso a informação sensível para efeito de *due diligence*, estipulação de limitações à gestão da empresa-alvo, designação de representantes em órgãos de decisão, entre outros.

As notícias vindas a público sobre um *dawn-raid* da Comissão aos escritórios de uma empresa-alvo no final de 2008, em pleno processo de notificação, para aferição do cumprimento deste dever de *stand-still* vieram aumentar os níveis de insegurança a este propósito.

Entretanto, e no seguimento do despacho do TPI, a Ryanair lançou nova OPA hostil sobre a Aer Lingus, tendo notificado esta segunda tentativa de operação de concentração à Comissão no dia 8 de Janeiro de 2009.

Porém, a circunstância de o Governo Irlandês, detentor de cerca de 25% das participações sociais, já ter vindo a público assegurar que não pretendia aceitar a oferta de €1,40 por acção, aliado ao facto da Ryanair não querer prosseguir mais um longo e incerto procedimento de fase II da apreciação da concentração junto da Comissão - que se poderia aliás revelar inconsequente face à falta de apoio na estrutura accionista da Aer Lingus para a concretização da operação - , levou a que a Ryanair desistisse da OPA. ■



Mobilidade das sociedades: o processo Cartesio - Consagração do critério da sede efectiva mas um passo atrás na liberdade de estabelecimento

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

Entre os países da União Europeia (“UE”) vigoram essencialmente dois critérios relativos ao elemento de conexão de uma sociedade à lei do respectivo Estado-Membro (“EM”). Enquanto alguns Estados seguem o critério da “sede estatutária” - a lei aplicável à sociedade é aquela sobre a qual a sociedade foi constituída, não relevando, para o efeito, o local onde se encontra a sede principal, outros Estados optam pelo critério, mais problemático, da “sede efectiva” - de acordo com o qual uma sociedade deve preencher todos os requisitos de direito das sociedades aplicável no Estado onde está localizada a sua sede efectiva.

Durante as últimas décadas, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE”) adoptou um papel de destaque na promoção da mobilidade das sociedades, através da adopção de várias decisões onde a aplicação do critério da *sede efectiva* pareceria entrar em rota de colisão com a liberdade de estabelecimento das sociedades. Contudo, o percurso da jurisprudência não é completamente linear.

No processo *Daily Mail* (27.09.88), o TJCE foi questionado sobre a compatibilidade com os artigos 43.º e 48.º do Tratado relativos à liberdade de estabelecimento do *English Income and Corporation Taxes Act*, o qual não permitia às sociedades residentes no Reino Unido “abandonarem” o território britânico sem o prévio consentimento do Tesouro. O TJCE entendeu que a lei inglesa não constituía uma restrição à liberdade fundamental pois, de acordo com o seu raciocínio, as sociedades são “criaturas de direito nacional” e a lei inglesa apenas exige o consentimento do Tesouro quando as

sociedades pretendessem transferir a sua administração para outro EM mantendo o estatuto de sociedade inglesa.

Contudo, no processo *Centros* (09.03.99), o TJCE considerou contrária ao Tratado a recusa, por parte do Ministério do Comércio dinamarquês, em registar na Dinamarca uma sucursal de uma sociedade constituída de acordo com a legislação do Reino Unido, quando os sócios daquela pretendiam exercer toda a actividade da sociedade através da sucursal, eximindo-se assim à aplicação das normas dinamarquesas relativas ao capital social mínimo.

De forma similar, no processo *Inspire Art* (30.09.03), o TJCE constatou que os artigos 43.º e 48.º se opõem a uma legislação nacional que sujeita o estabelecimento de uma sucursal de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro EM à observância de requisitos adicionais previstos no direito interno, nomeadamente relativos ao capital social mínimo ou à responsabilidade dos administradores. Foi também afirmado que o facto de a sociedade exercer actividades exclusivamente a partir da sucursal não a inibe do direito de invocar a liberdade de estabelecimento, excepto quando se verifique, naquele caso concreto, a existência de um abuso.

No processo *Überseering* (05.11.02), o TJCE também considerou como uma restrição à liberdade de estabelecimento a recusa alemã em reconhecer capacidade judiciária a uma sociedade constituída de acordo com a lei holandesa, pelo facto de esta ter posteriormente transferido a sua sede efectiva para a Alemanha.

Estes três casos revolucionários foram vistos por muitos como a rejeição pelo TJCE da aplicação do critério da sede efectiva, uma vez que o TJCE parecia considerar incompatível com o Tratado a recusa dos EM em reconhecer sociedades constituídas de acordo com a lei de determinado EM mas cuja sede efectiva se encontrasse num outro Estado.

Eis que surge, entretanto, o caso *Cartesio*. Os factos são bastante simples: *Cartesio* é uma sociedade em comandita simples, constituída de acordo com a lei húngara e registada em Baja (Hungria), que apresentou um pedido ao Tribunal de Comércio de transferência da sua sede para Itália, mas pretendendo manter a lei húngara como lei pessoal.

“O PODER DOS EM DE DEFINIR O ELEMENTO DE CONEXÃO INCLUI A POSSIBILIDADE DE NÃO PERMITIR ÀS SOCIEDADES MANTEREM COMO LEI PESSOAL A LEI SOB A QUAL FORAM CONSTITUÍDAS QUANDO TRANSFEREM A SUA SEDE EFECTIVA PARA OUTRO EM.”

O Tribunal de Comércio rejeitou o pedido afirmando que, de acordo com a lei húngara, a sociedade *Cartesio* deve ser primeiro dissolvida para depois voltar a constituir-se em conformidade com as normas do direito italiano.

O Advogado-Geral Poiares Maduro, apontando as incoerências da jurisprudência nesta matéria, afirmou nas suas conclusões que, apesar de *Inspire Art* e *Centros* poderem sugerir o contrário, nem sempre é possível invocar com êxito o direito de estabelecimento para estabelecer nominalmente uma sociedade noutra EM com o único propósito de evitar o direito das sociedades nacional.

De acordo com o Advogado-Geral, apesar de os EM serem livres de optar entre o critério da *sede efectiva* ou da *sede estatutária*, o exercício da liberdade de estabelecimento exige uma certa dose de reconhecimento e de coordenação entre os dois sistemas, o que o levou a concluir que os EM não gozam de total liberdade na determinação da “vida e da morte” das sociedades: os EM poderiam impor determinadas condições à transferência da sede efectiva da sociedade para outro Estado, mas ser-lhes-ia vedado estabelecer normas que obrigassem à dissolução da sociedade pois isso constituiria a “*própria negação da liberdade de estabelecimento*”.

O TJCE não seguiu a opinião de Poiares Maduro: para o Tribunal, o poder dos EM de definir o elemento de conexão inclui a possibilidade de não permitir às sociedades manterem como lei pessoal a lei sob a qual foram constituídas quando transferem a sua sede efectiva para outro EM. O TJCE entendeu, por conseguinte, que normas nacionais tais como a húngara não atentam contra os artigos 43.º e 48.º do Tratado, pelo que nada obsta à sua plena vigência. ■

“A ESPERADA DECISÃO NO PROCESSO CARTESIO FOI FINALMENTE ADOPTADA PELO TRIBUNAL. A DECISÃO CONSTITUI UM MARCO IMPORTANTE - MAS NÃO NECESSARIAMENTE FAVORÁVEL - NO PERCURSO ALGO TURBULENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO TJCE RELATIVA À LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO DAS SOCIEDADES.”

Auxílios concedidos pelos Estados às Instituições Financeiras: o caso Português

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

PLANO DE CONCESSÃO DE GARANTIAS PESSOAIS DO ESTADO PORTUGUÊS - NN 60/2008

À semelhança do que tem sido a actuação de outros Estados-Membros (“EM”) e com vista a beneficiar da aplicação da Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras dos auxílios concedidos pelos Estados às instituições financeiras¹ para fazer face à crise com efeitos sistémicos, de 13 de Outubro de 2008 (“Comunicação”), o Estado Português notificou e viu aprovado o Plano de Garantias (Pessoais) a todas as instituições financeiras elegíveis e registadas em Portugal. Este plano tem o objectivo de restabelecer a confiança necessária no mercado bancário português e designa-se “*Concessão extraordinária de garantias pessoais pelo Estado, para o reforço da estabilidade financeira e da disponibilização de liquidez nos mercados financeiros*”².

“A COMISSÃO CONSIDEROU QUE O PLANO DE GARANTIAS PESSOAIS NOTIFICADO PELO ESTADO PORTUGUÊS É COMPATÍVEL COM O TRATADO CE.”

A Comunicação foi adoptada com base no artigo 87 n.º 3, al. b) do Tratado que institui a Comunidade Europeia (“Tratado CE”) e visa assegurar que os planos de auxílios elaborados por cada EM não provoquem distorções da concorrência entre as instituições financeiras que operam no mercado comum ou produzam “*spill over effects*” para outros EM.

A Comissão considerou que o plano de garantias pessoais notificado pelo Estado português é compatível com o artigo 87 n.º 3, al. b) do Tratado CE e com os princípios gerais do Tratado e que implicam o respeito pelos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em

linha com a argumentação desenvolvida na Comunicação. A referida disposição do Tratado CE permite a concessão de auxílios pelo Estado *para sanar uma perturbação grave que afecte a economia de um determinado Estado - Membro*. A sua aplicação excepcional assenta numa análise casuística, orientada pela distinção entre bancos fundamentalmente sólidos mas com falta de liquidez e outros bancos cujos problemas se geraram pelo seu desempenho insatisfatório ou excesso de assumpção de riscos.

O plano financeiro português desenvolvido para reforçar a estabilidade financeira, que engloba um orçamento de €20 mil milhões, prevê a concessão de garantias pelo Estado para financiar acordos e a emissão de empréstimos obrigacionistas de curta e média duração às instituições de crédito registadas em Portugal que se encontram solventes. Este pacote financeiro é válido até 31 de Dezembro de 2009. Acresce que as garantias serão disponibilizadas para instrumentos financeiros com uma maturidade mínima de 3 meses e máxima de 3 anos, ou excepcionalmente de 5 anos se devidamente justificado pelo Banco de Portugal. Em qualquer situação, se a garantia for accionada o Estado fica sub-rogado no direito do credor até ao seu integral ressarcimento e, em certas circunstâncias, pode decidir converter o crédito que detém sobre a entidade beneficiária em acções preferenciais. (cf: a Lei n.º 60-A/2008, de 20 de Outubro³ e a Portaria n.º 1219 - A/2008 de 23 de Outubro⁴).

Neste contexto, o Governo português, representado pelo Secretário de Estado do Tesouro e Finanças, emitiu um conjunto de empréstimos obrigacionistas a várias instituições financeiras portuguesas, como segue:

- Em 27 de Novembro de 2008 - Empréstimo obrigacionista à Caixa Geral de Depósitos, S.A. até ao montante de €2 mil milhões, com um prazo de 3 anos (cf: Despacho n.º 30830-A/2008),
- Em 4 de Dezembro de 2008 - Garantia pessoal do Estado ao Banco Espírito Santo, S.A. para cumprimento das obrigações de capital e de juros, num montante até €1.5 mil milhões, com prazo de 3 anos (cf: Despacho n.º 31179/2008),

- Em 12 de Dezembro de 2008 - Garantia pessoal do Estado ao Banco Comercial Português, S.A. para cumprimento das obrigações de capital e de juros no âmbito da emissão a taxa fixa, com prazo de três anos e no montante de até €1.5 mil milhões (cf: Despacho n.º 31835-A/2008),
- Em 9 de Janeiro de 2009 - Garantia pessoal do Estado ao Banco Internacional do Funchal, S.A. para cumprimento das obrigações de capital e de juros no âmbito da emissão a taxa fixa, com prazo de 1 ano e num montante até €50 milhões (cf: Despacho n.º 651/2009).

“PORTUGAL JÁ UTILIZOU INSTRUMENTOS DE INTERVENÇÃO COM CARÁCTER ESTRUTURAL NO SECTOR FINANCEIRO (COMO SEJAM A RECAPITALIZAÇÃO OU MESMO A NACIONALIZAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS).”

OUTRAS MEDIDAS DE INCENTIVO DO SECTOR FINANCEIRO PORTUGUÊS

Para além das medidas de auxílio acima mencionadas, que incluem mecanismos de protecção dos direitos de terceiros (garantias de depósito e facilidades de liquidez), e à semelhança do que tem ocorrido noutras EM da União Europeia, Portugal já utilizou instrumentos de intervenção com carácter estrutural no sector financeiro (como sejam a recapitalização ou mesmo a nacionalização de instituições financeiras). Em concreto, resulta da informação pública disponível que encontram-se em apreciação pela Comissão Europeia medidas respeitantes à nacionalização do Banco Português de Negócios (cf: Lei n.º 62-A/2008, de 11 de Novembro) e ao plano de recapitalização de instituições financeiras pelo Estado português. Igualmente em apreciação estão as medidas relativas ao Banco Privado Português, cuja modalidade não foi divulgada. ■

¹Publicada no JOUE 2008/C 270/02. ²A decisão da Comissão está disponível em http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/ii/doc/NN-60-08-WLWL-en-17.12.2008.pdf. ³Cf: Diário da República (“DR”) n.º 203, Série I, Suplemento de 2008-10-20. ⁴Cf: DR, n.º 206, Série I, Suplemento de 2008-10-23.



Autoridade da Concorrência suspende campanha promocional “myZONcard”

Gonçalo Machado Borges / Mariana de Sousa Alvim
gmb@mlgts.pt / msalvim@mlgts.pt

E NQUADRAMENTO LEGAL
A Comissão Europeia (“Comissão”) e as autoridades de concorrência nacionais têm competência para adoptar medidas cautelares ou provisórias em procedimentos de investigação desencadeados ao abrigo dos artigos 81.º e 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (“Tratado CE”).

O artigo 5.º do Regulamento (CE) do Conselho n.º 1/2003, de 16 de Dezembro (“Regulamento n.º 1/2003”), estabelece a base legal para estes poderes, nos seguintes termos: “As autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência têm competência para aplicar, em processos individuais, os artigos 81.º e 82.º do Tratado. Para o efeito, podem, actuando oficiosamente ou na sequência de denúncia, tomar as seguintes decisões: (...) - ordenar medidas provisórias”.

Neste contexto, o artigo 27.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (“Lei da Concorrência”) - seguindo de perto o artigo 8.º do Regulamento n.º 1/2003 - estabelece quais as condições que devem ser preenchidas tendo em vista a aplicação de medidas provisórias, nos seguintes termos: “Sempre que a investigação indique que a prática objecto do processo é susceptível de provocar um prejuízo iminente, grave e irreparável ou de difícil reparação para a concorrência

“A AdC DETERMINOU AGORA A SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE UMA CAMPANHA PROMOCIONAL, DENOMINADA “MYZONCARD”, SEGUNDO A QUAL OS ASSINANTES DO SERVIÇO DE TELEVISÃO POR SUBSCRIÇÃO DA ZON (TV CABO) PODERIAM USUFRUIR DE BILHETES DE CINEMA GRATUITOS NAS SALAS EXPLORADAS PELA ZON.”

ou para os interesses de terceiros¹, pode a Autoridade, em qualquer momento do inquérito ou da instrução, ordenar preventivamente a imediata suspensão da referida prática ou quaisquer outras medidas provisórias necessárias à imediata reposição da concorrência ou indispensáveis ao efeito útil da decisão a proferir no termo do processo”.

A imposição de medidas provisórias para manter as condições concorrenciais pré-existentes até ao final do inquérito visa garantir o efeito útil da decisão final da Autoridade da Concorrência (“AdC”). Para além disso, estas medidas são provisórias por natureza, e devem ser aplicadas dentro dos limites definidos (que são também limites temporais), sem exceder o que é adequado e necessário para solucionar uma situação concreta.

Até Janeiro deste ano, a AdC nunca havia exercido as competências que lhe são conferidas pelo artigo 27.º da Lei da Concorrência.

A POSIÇÃO DOMINANTE DA ZON NO MERCADO NACIONAL E LOCAL DA EXIBIÇÃO DE FILMES E A CAMPANHA PROMOCIONAL MYZONCARD

Como resulta do seu Comunicado 1/2009, a AdC considera que os mercados da exibição cinematográfica não sofreram mudanças fundamentais face à sua análise aprofundada destes mercados no âmbito da oferta pública de aquisição que a Sonaecom lançou em 2006 sobre a Portugal Telecom (Ccent n.º 8/2006 - Sonaecom/PT). Em conformidade, a AdC confirmou sumariamente a sua posição de que a ZON Multimédia (“ZON”) detém uma posição dominante nestes mercados, quer a nível nacional quer em 8 distritos específicos, incluindo Lisboa e Porto.

Na decisão que adoptou em 2006 no processo acima referido, a AdC estimara, com base em dados de 2005, que a ZON detinha uma quota (a nível nacional) na ordem dos 47% do mercado de exibição cinematográfica, quer em bilhetes vendidos quer em receita.

A AdC determinou agora a suspensão temporária de uma campanha promocional, denominada “my ZON card”, segundo a qual os assinantes do serviço de televisão por subscrição da ZON (TV Cabo) poderiam usufruir de bilhetes de cinema gratuitos nas salas exploradas pela ZON. Segundo as suas contas relativas ao 1.º semestre de 2008, a ZON explorava nessa altura 206 salas de cinema no território nacional.

A IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PELA AdC

Na sua decisão de aplicar medidas provisórias, suspendendo esta campanha promocional, a AdC considerou, à luz de uma análise sumária, que a campanha poderia configurar uma violação do artigo 6.º da Lei da Concorrência, verificando assim o preenchimento da condição do *fumus boni juris*².

A AdC considerou igualmente preenchido o requisito do *periculum in mora*, tendo concluído pela urgência² na imposição da medida de suspensão visando restabelecer as condições concorrenciais pré-existentes e reduzir o risco de efeitos anti-concorrenciais.

Com efeito, a AdC verificou que a campanha promocional *myZONcard* suscitava um risco sério e iminente de danos quer para os particulares/ /consumidores, quer para o interesse público. Neste contexto, a AdC sublinhou que tais efeitos anti-concorrenciais poderiam afectar “as empresas concorrentes actuais e potenciais da ZON e, directa ou indirectamente, o próprio consumidor” e que isto poderia ocorrer “tanto pela exclusão directa do mercado das actuais empresas concorrentes da ZON, como pela criação de barreiras à entrada e à expansão no mercado de outros concorrentes, através de um sistema de fidelização dos clientes da ZON/TV Cabo...”.

Nos termos dos artigos 50.º, n.º 3, da Lei da Concorrência e 55.º, n.º 2, do regime geral das contra-ordenações e coimas, a decisão da AdC admite recurso, com efeito meramente devolutivo, para o juízo de comércio competente. ■

¹Em contraste, o artigo 8º do Regulamento n.º 1/2003 apenas se refere aos prejuízos para a concorrência (e não para “os interesses de terceiros”). O Tribunal de Primeira Instância (“TPI”) exige “a probabilidade da infracção” ou uma “prova sumária”. Veja-se, neste contexto, o Despacho do TPI, de 21 de Janeiro de 2004, “FNSEA and others c. Comissão”, processo T-245/03R, referente a uma alegada violação do artigo 81.º do Tratado CE. ²No processo “Mars/Langnese-Iglo e Schoeller Lebensmittel” (Despacho do TPI de 16 de Junho de 1992, processos apenas T-24/92R e T-28/92), a Comissão Europeia impôs medidas provisórias após queixa daquela empresa, alegando que o acesso ao mercado alemão dos gelados tinha sido ilicitamente negado. A urgência, neste caso, relacionava-se com a natureza sazonal do produto.

Tribunal de Justiça declara que uma empresa farmacêutica explora abusivamente a sua posição dominante quando recusa satisfazer as encomendas com carácter normal para impedir as exportações paralelas

Eduardo Maia Cadete
maiacadete@mlgts.pt

A filial grega da sociedade de investigação e produção de medicamentos GlaxoSmithKline, importa, armazena e distribui na Grécia os medicamentos fornecidos pela GlaxoSmithKline, sendo titular, no território grego, da autorização para colocação no mercado de vários medicamentos sujeitos a receita médica.

Em finais de Outubro de 2000, a filial grega alegou a escassez, pela qual não era responsável, dos referidos medicamentos no mercado grego para alterar o seu sistema de distribuição. A partir de 6 de Novembro de 2000, deixou de dar resposta às encomendas de grossistas gregos relativas aos medicamentos e começou ela própria a fornecer esses medicamentos aos hospitais e às farmácias gregas.

Os grossistas gregos, alegadamente prejudicados pela referida conduta da filial da GlaxoSmithKline, intentaram várias acções junto do Tribunal de Primeira Instância de Atenas, subsequentemente levadas ao conhecimento do Tribunal de Recurso de Atenas, que por sua vez apresentou junto do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE”) um pedido de interpretação do artigo 82.º CE em articulação com a suposta recusa de fornecimento de medicamentos da filial grega. Este pedido veio a dar lugar ao acórdão de 16 de Setembro de 2008, “Grossistas gregos c. GlaxoSmithKline”, processos apensos C 468/06 a C 478/06 - disponível em curia.europa.eu.

No acórdão de Setembro de 2008, o TJCE começa por recordar que é incompatível com o mercado comum, na medida em que pode afectar o comércio entre Estados-Membros, a exploração abusiva, por parte de uma empresa, de uma posição dominante. Tais práticas podem-se traduzir, em especial, em limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores.

No caso *sub judice*, o TJCE estatui que a filial grega, ao não atender as encomendas de medicamentos dos grossistas gregos, pretende *de facto* limitar as exportações paralelas efectuadas por estes para outros Estados-Membros em que os medicamentos em causa têm um preço de venda ao público mais elevado. Neste contexto, o órgão de judicatura comunitário analisa se no sector dos produtos farmacêuticos existem circunstâncias objectivas que, de forma geral,

possam justificar a não satisfação das encomendas dos grossistas.

Neste particular, o TJCE salienta que, em princípio, as exportações paralelas de medicamentos de um Estado-Membro, no qual os preços de venda ao público daqueles é mais baixo, para outros Estados-Membros em que os preços de venda são mais elevados, permite que os consumidores de medicamentos nesses Estados disponham de uma fonte de abastecimento alternativa a preços inferiores aos praticados pelas empresas farmacêuticas. Destarte, o TJCE entende que não se pode sustentar que as exportações paralelas têm uma utilidade negligenciável para os consumidores finais.

De seguida, o TJCE, na apreciação do carácter abusivo do não abastecimento dos grossistas gregos pela filial da GlaxoSmithKline, analisa a eventual existência de normas jurídicas que regulem os preços de venda dos medicamentos em causa na Grécia, assinalando, no entanto, que o controlo efectuado por determinados Estados-Membros sobre os preços de venda ou de comparticipação de medicamentos não subtrai totalmente o preço desses produtos à lei da oferta e da procura. Sendo, porém, certo, no entendimento do TJCE, que a regulação dos preços dos medicamentos no sector dos produtos farmacêuticos não pode excluir a aplicação das regras comunitárias em matéria de concorrência, isto porque nos Estados-Membros que contam com um sistema público de fixação de preços dos medicamentos, a intervenção estatal é um dos factores que pode criar oportunidades para o comércio paralelo.

Neste âmbito, o TJCE considera que à luz dos objectivos do Tratado que visam a protecção do consumidor através de uma concorrência não falseada e a integração dos mercados nacionais, as referidas regras de concorrência também não podem ser interpretadas no sentido de que, para defender os seus próprios interesses comerciais, a única possibilidade que resta a uma empresa farmacêutica em posição dominante seja não comercializar de todo os seus medicamentos num Estado Membro em que os seus preços são fixados a um nível relativamente baixo.

Assim, segundo o TJCE, o grau de intervenção pública no preço dos medicamentos não permite que a recusa de uma empresa farmacêutica de

fazer face às encomendas apresentadas por grossistas que efectuem exportações paralelas não deixe de constituir um abuso de posição dominante. Tal empresa deve, contudo, poder adoptar medidas adequadas e proporcionais à necessidade de preservar os seus interesses comerciais. Para se poder aferir se as medidas adoptadas são adequadas e proporcionais, o TJCE conclui que é necessário aferir se as encomendas dos grossistas têm carácter *anormal*.

O que, segundo o TJCE, pode suceder, num dado Estado-Membro, se alguns grossistas encomendarem a esse produtor de medicamentos quantidades não proporcionais às vendidas anteriormente por esses mesmos grossistas para satisfazer as necessidades do mercado do referido Estado Membro.

“O CARÁCTER NORMAL DOS PEDIDOS DE MEDICAMENTOS POR GROSSISTAS DEVE SER DETERMINADO EM FUNÇÃO DAS NECESSIDADES DO MERCADO NACIONAL EM CAUSA E DAS RELAÇÕES COMERCIAIS ANTERIORES DO PRODUTOR COM OS GROSSISTAS.”

Não obstante, o TJCE assinala que caso o comércio paralelo ocasione efectivamente escassez de medicamentos num determinado mercado nacional, não são as empresas que detêm uma posição dominante que devem solucionar esta situação, mas, outrossim, as autoridades nacionais, aplicando medidas adequadas e proporcionais; sendo certo que um fabricante de medicamentos pode defender os seus próprios interesses comerciais quando confrontado com pedidos de abastecimento de quantidades anormais de medicamentos por parte de grossistas. Assim, o TJCE interpreta o artigo 82.º CE, concluindo que **uma empresa que beneficia de uma posição dominante no mercado dos medicamentos explora abusivamente essa posição dominante quando, para impedir as exportações paralelas, recusa satisfazer os pedidos de carácter normal efectuados por grossistas.** ■



Nova Comunicação da Comissão Europeia sobre a apresentação de “remédios” em processos de concentrações

Pedro de Gouveia e Melo
pgmelo@mlgts.pt

A Comissão Europeia (“Comissão”) publicou no passado dia 22 de Outubro de 2008 uma nova comunicação sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites no âmbito de processos de controlo das concentrações a nível comunitário (“Comunicação”)¹. Simultaneamente, a Comissão alterou o Regulamento (CE) n.º 802/2004 (“Regulamento de Execução”), que dá execução ao Regulamento (CE) n.º 139/2004² (“Regulamento das Concentrações”)³, introduzindo designadamente um novo “Formulário RM” que deve ser utilizado pelas empresas notificantes que desejam apresentar remédios à Comissão.

“REMÉDIOS”

Também designadas por *compromissos* ou *remédios*, as medidas de correcção são alterações introduzidas pelas partes numa concentração notificada à Comissão Europeia, para eliminar as preocupações de concorrência que esta tenha identificado. A apresentação de compromissos tem uma importância crucial em concentrações problemáticas, na medida em que a Comissão poderá proibir a concentração se concluir que esta é susceptível de entrar significativamente a concorrência num ou mais mercados relevantes.

A Comunicação, que substitui a comunicação sobre compromissos de 2001⁴, pretende dar orientações sobre os compromissos susceptíveis de ser aceites pela Comissão e sobre os procedimentos para a sua apresentação, apreciação e execução. A Comunicação pretende codificar a experiência adquirida nos últimos anos pela Comissão na avaliação e execução de compromissos, bem como reflectir a jurisprudência recente dos tribunais comunitários e o novo Regulamento das Concentrações de 2004. Por outro lado, embora as orientações da Comissão apenas sejam aplicáveis às concentrações que tenham dimensão comunitária, são também frequentemente seguidas pelas autoridades nacionais, como a Autoridade da Concorrência portuguesa.

TIPOS DE COMPROMISSOS ACEITES

A regra geral é a de que os compromissos devem suprimir plenamente as preocupações de concorrência; devem ser abrangentes e eficazes; e devem ser susceptíveis de uma execução efectiva a curto prazo. Por esta razão, a Comunicação

confirma a preferência por compromissos estruturais, ou seja, o desinvestimento pelas partes de actividades viáveis e com uma existência autónoma no mercado. A Comunicação enuncia em particular, densificando regras que constavam já do *texto-modelo de compromissos de alienação* da Comissão⁵, o grande nível de detalhe necessário à definição da actividade a alienar, bem como os critérios para identificar um adquirente adequado, incluindo os casos em que será necessário encontrar um adquirente antes de implementar a concentração (“*upfront buyer*”) ou mesmo antes de esta ser aprovada pela Comissão (solução “*fix-it-first*”).

A Comissão sublinha também que compromissos que não envolvam alienação de activos (como obrigações de conceder acesso a infra-estruturas e matérias-primas fundamentais, licenças de direitos de propriedade intelectual ou alteração de contratos exclusivos a longo prazo) *apenas serão aceites quando os seus efeitos forem pelo menos equivalentes a uma alienação*, embora não exclua que em certos casos tais compromissos possam eliminar igualmente as preocupações de concorrência. Pelo contrário, compromissos comportamentais, tais como obrigações no sentido de as partes não adoptarem certos comportamentos comerciais no futuro, apenas serão aceites a título excepcional e em circunstâncias específicas, designadamente quando se suscitarem problemas de concorrência em estruturas do tipo conglomerado.

AVALIAÇÃO DOS COMPROMISSOS PELA COMISSÃO

Embora incumba às partes propor compromissos suficientes para eliminar as preocupações de concorrência (na medida em que a Comissão não pode impor unilateralmente condições que não tenham por base compromissos assumidos pelas partes), a Comunicação clarifica, na sequência do acórdão *EDP c. Comissão*⁶, que incumbe à Comissão demonstrar que a operação, tal como modificada pelos compromissos, criaria um entrave significativo à concorrência efectiva. Assim, e ao contrário do que sugeria a comunicação de 2001, o ónus da prova para efeitos de autorização ou proibição de uma concentração, que recai sobre a Comissão, não é alterado pela apresentação de compromissos.

REGRAS PROCESSUAIS

Quando apresentarem compromissos (os quais devem seguir o formato imposto pelos modelos publicados pela Comissão), as partes notificantes devem a partir de agora disponibilizar também as informações e os documentos requeridos pelo Formulário RM. Este formulário solicita informações detalhadas sobre o objecto dos compromissos propostos e as condições para as suas execuções, bem como informações que demonstrem que os compromissos propostos permitem eliminar as preocupações de concorrência, em particular se os compromissos propostos não são desinvestimentos.

A Comunicação também estabelece orientações detalhadas sobre as obrigações que recaem sobre as partes durante a implementação dos compromissos, em especial relativamente à garantia da viabilidade dos activos a desinvestir. Neste contexto, as partes devem, entre outros: permitir aos adquirentes potenciais realizar *due diligences*; enviar relatórios periódicos à Comissão sobre a implementação dos compromissos; e designar um gestor (“*hold-separate manager*”) encarregado de gerir os activos a desinvestir e garantir o cumprimento das obrigações em matéria de separação e de protecção (“*ring-fencing*”) durante o processo de desinvestimento.

Finalmente, até ao presente as funções e a designação de mandatários ou “administradores” independentes para fiscalizar a correcta execução dos compromissos eram referidas apenas no texto-modelo de compromissos utilizado pela Comissão. As alterações ao Regulamento de Execução clarificam agora que os compromissos oferecidos pelas partes podem incluir a nomeação de um ou mais administradores independentes, a expensas das partes. Por outro lado, a Comunicação descreve em detalhe as funções do administrador responsável pela monitorização dos compromissos (“*monitoring trustee*”), sublinhando que deve agir como os seus “olhos e os ouvidos” no âmbito da execução dos compromissos. A Comunicação também prevê a designação em todos os casos de alienação de activos de um administrador responsável pelo desinvestimento (“*divestiture trustee*”), a quem deverá ser dado um mandato exclusivo para alienar os activos caso as partes não encontrem um adquirente adequado durante o período de tempo inicialmente acordado. ■

¹JO C 267, de 22.10.2008, p.1. ²Cfr. o Regulamento (CE) n.º 1033/2008 da Comissão de 20 de Outubro de 2008, que altera o Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, JO L 279, de 22.10.2008, p.3. ³JO L 24 de 29.1.2004, p.1. ⁴Comunicação da Comissão sobre as soluções passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 447/98 da Comissão, JO C 68, de 2.3.2001, p.3. ⁵*Model Text for Divestitures Commitments*, disponível em www.europa.int. ⁶Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Setembro de 2005 no proc. T-87/05, *EDP c. Comissão*, Col. II-3745.

Comissão Europeia impõe multa-record em cartel no mercado do vidro automóvel. As condenações de cartéis no ano de 2008 em revista.

Inês Gouveia
igouveia@mlgts.pt

A Comissão Europeia encerrou o ano de 2008 com uma nova multa-*record*, de €1.383.896.000, aplicada a um cartel no mercado do vidro para a indústria automóvel, que envolveu os três principais operadores europeus - Saint-Gobain, Asahi e Pilkington - e a empresa belga Soliver. Estes quatro produtores de vidro, que representam, em conjunto cerca de 90% do mercado do Espaço Económico Europeu de vidro novo e vidro de marca para substituição, levaram a cabo, entre 1998 e inícios de 2003, práticas ilícitas de discussão de preços, repartição de mercados, alocação de clientes e troca de informação comercial sensível com base em reuniões e contactos entre si. A investigação da Comissão Europeia, que remonta a 2005, foi iniciada na sequência de uma denúncia anónima e incluiu a realização de inspecções-surpresa nas instalações de vários produtores de vidro para automóveis na Europa. A Asahi Glass Co apresentou um pedido de clemência, tendo colaborado com a Comissão e fornecido provas que auxiliaram a investigação, o que lhe valeu uma redução de 50% no valor da coima imposta a final. Já a Saint-Gobain France, filial francesa do gigante mundial do sector do vidro foi condenada ao pagamento de uma multa de €896 milhões, um novo valor *record* para maior multa individual aplicada a uma empresa envolvida em cartel¹.

Uma retrospectiva do ano de 2008 mostra que a Comissão Europeia prosseguiu com uma política activa de investigação e de punição severa de práticas restritivas da concorrência. No âmbito dos cartéis, foram proferidas sete condenações envolvendo um total de 37 empresas² e multas na ordem dos €2.200 milhões. Este valor, embora represente um decréscimo relativamente a 2007 (€3.300 milhões), não contraria a tendência de crescimento exponencial do nível global de sanções impostas que se vem verificando ao longo dos últimos anos: o nível de coimas aplicadas no quadriénio 2005-2009 (€8.271 milhões³ regista um crescimento de quase 150% relativamente ao quadriénio 2000-2004 (€3.207 milhões⁴). A tabela infra apresenta uma súmula dos cartéis objecto de condenação em 2008.

“A COMISSÃO EUROPEIA PROSSEGUIU COM UMA POLÍTICA ACTIVA DE INVESTIGAÇÃO E DE PUNIÇÃO SEVERA DE PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA. NO ÂMBITO DOS CARTÉIS, FORAM PROFERIDAS SETE CONDENAÇÕES ENVOLVENDO UM TOTAL DE 37 EMPRESAS.”

Em cinco dos sete cartéis alvo de condenação, as investigações da Comissão Europeia foram desencadeados pela apresentação de pedidos de clemência por empresas envolvidas no cartel; nos dois outros casos, pelo menos uma das empresas participantes apresentou um pedido de clemência e colaborou com a Comissão em fase posterior. Estas circunstâncias vêm corroborar a relevância do Estatuto da Clemência enquanto mecanismo de descoberta e investigação de cartéis e a valoração positiva, para as empresas investigadas, dos benefícios conferidos por este (imunidade ou redução de multas). As coimas aplicadas pela Comissão naquelas decisões reflectem já as (novas) Orientações para o cálculo das coimas, adoptadas em 2006⁵. Estas Orientações são significativamente mais precisas e incluem regras potencialmente mais penalizantes que as Orientações anteriores.

A título de exemplo, o agravamento permitido no caso de reincidência pode ir até 100% do montante base da coima individual⁶. A Comissão aplicou à Saint-Gobain (*Vidro Automóvel*) e à ENI (*Cera*) um agravamento de 60% e à Arkema (*Clorato de Sódio*), um agravamento de 90% do montante-base da coima.

Os níveis verdadeiramente “espectaculares” que têm atingido, nos últimos anos, as coimas aplicadas pela Comissão Europeia são uma característica do *competition enforcement* não isenta de controvérsia. Algumas vezes na doutrina não hesitam em ver nesta escalada uma tendência para a “criminalização” do direito comunitário da concorrência.

Contrariamente ao que sucede nos Estados-Unidos e nalguns Estados-membros (Reino Unido, Irlanda), onde a participação em cartel constitui crime punível com pena de prisão, as violações às regras da concorrência comunitárias constituem infracções de natureza administrativa e, portanto, punidas com sanções de cariz pecuniário. Numa área que é prioritária para a política comunitária da concorrência, a imposição de multas pesadas aos infractores tem sido um dos instrumentos privilegiados, utilizados pela Comissão para potenciar o efeito de *deterrence*. ■

CONDENAÇÕES DE CARTÉIS PELA COMISSÃO EUROPEIA (2008)

SECTOR/MERCADO	COIMA TOTAL	EMPRESA COM MAIOR MULTA INDIVIDUAL	MAIOR COIMA INDIVIDUAL
Vidro automóvel	€1.300.000.000	Saint Gobain	€896.000.000
Bananas*	€60.300.000	Dole	€45.600.000
Cera*	€676.011.400	Sasol	€318.200.000
Fluoreto de Alumínio*	€4.970.000	Société des Industries Chimiques du Fluor	€1.700.000
Clorato de Sódio*	€79.070.000	Arkema/Elf Aquitaine	€59.020.000
Serviços Internacionais de Mudanças	€32.755.500	Ziegler	€9.200.000
Borracha sintética*	€34.230.000	Bayer	€28.870.000

*Investigação desencadeada por pedido de clemência

¹Cfr: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1685&guiLanguage=en> “Cômputo efectuado por referência a grupos económicos distintos. ²Este valor inclui já a multa de €131.510.000 aplicada em 30.01.2009, pela Comissão Europeia, a um cartel no sector das mangas marítimas. ³Valor após correcção em sede de recurso judicial. ⁴Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, JOUE C210, pp. 2-5. ⁵Já as orientações anteriores não prescreviam o valor do agravamento; a prática decisória aplicava, em regra, um agravamento de 50%.



A Nova Política Europeia da Energia - Parte I

Luís do Nascimento Ferreira
Inferreira@mlgs.pt

Muito se tem falado sobre energia, na Europa, nos últimos meses, sem que as mais recentes iniciativas político-legislativas neste domínio tenham tido o devido eco junto da maioria dos portugueses. Pelo número de novidades que têm ocorrido neste campo e pela sua importância, é justo falar-se no surgimento de uma nova Política Europeia da Energia.

A génese desta nova política remonta a 10 de Janeiro de 2007, quando a Comissão Europeia dirigiu uma Comunicação ao Conselho e ao Parlamento Europeus, intitulada “Uma Política Energética para a Europa”¹. Subjacente a esta comunicação estava o objectivo de alcançar um compromisso alargado, que permitisse uma economia de baixo consumo energético na União Europeia, com energia mais segura, mais competitiva e mais duradoura.

Desde então, a nova política energética tem assentado e evoluído em torno, essencialmente, de três eixos: (i) o chamado 3.º 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.

Na presente edição da *Newsletter* iremos focar a nossa atenção no primeiro aspecto, deixando para o próximo número a análise das restantes duas questões.

Depois das iniciativas legislativas de 1996/1998² e 2003³, a Comissão Europeia apresentou, em 19 de Setembro de 2007, aquele que se destina a ser o 3.º pacote de liberalização do mercado interno da energia, composto por duas Directivas e três Regulamentos⁴.

O principal objectivo desta proposta é tornar plenamente operacional a abertura dos mercados nacionais de electricidade e gás, na expectativa de se evoluir para um verdadeiro mercado interno da energia.

Do conjunto de 6 medidas traçadas para concretizar esta iniciativa⁴, destacamos uma: a obrigação de

separação das actividades de produção e comercialização, por um lado, e de transporte de energia, por outro.

Desde o início, a Comissão nunca escondeu a sua intenção de, com este 3.º pacote legislativo, avançar para a **separação de propriedade dos activos referentes às redes de transporte**, por considerar que este constitui o meio mais eficaz de promover o investimento nas infra-estruturas e impedir comportamentos discriminatórios.

Antecipando as implicações desta medida em países como a Alemanha e a França, onde existem dois dos maiores grupos energéticos europeus com redes de transporte próprias, a Comissão avançou, como *second best*, com a opção do chamado “operador de rede independente” (ORI), que permitiria às empresas verticalmente integradas manter a propriedade das suas redes, atribuindo a gestão desta a um ORI, que teria de ser uma entidade completamente distinta da empresa proprietária⁶.

A Comissão parecia então convencida de que só um destes dois meios permitiria assegurar uma separação efectiva entre as actividades de produção e fornecimento e o transporte. A Comissão chegou a afirmar que, independentemente de algumas empresas serem forçadas a alienar alguns activos, «[n]ão parece, com efeito, haver qualquer alternativa às opções propostas, para garantir a completa independência dos operadores das redes de transporte»⁷.

Ora, **acontece que o mundo dá muita volta e que o Conselho da União Europeia** (leia-se, os Estados-Membros) **acabou por forçar uma terceira via para a separação efectiva**, a que chamou o “operador de transporte independente” (OTI). O modelo do OTI evita o desmantelamento e a descaracterização de uma parte importante de alguns grupos energéticos europeus e equivale a uma “super separação funcional”, que permite aos operadores de redes de transporte continuarem a fazer parte de empresas integradas, embora sujeitos a regras detalhadas sobre a autonomia, a independência e os investimentos.

Um outro aspecto polémico da proposta inicial da Comissão, que sofreu um desvio importante nas “mãos do Conselho”, respeita à **cláusula de salvaguarda para países terceiros**.

Na sua proposta inicial, a Comissão introduziu uma salvaguarda à separação efectiva, aplicável tanto a empresas comunitárias como não-comunitárias. Assim, as empresas que detenham activos de produção ou fornecimento de energia, dentro ou fora da União Europeia, não poderão em princípio adquirir ou explorar uma rede de transporte em qualquer Estado-Membro, e *vice-versa*⁸.

Se o adquirente tivesse origem num país terceiro, ou fosse um país terceiro, a Comissão propunha uma medida de protecção adicional: a aquisição de controlo de redes de transporte de energia comunitárias, nesse caso, só seria possível ao abrigo de um acordo internacional celebrado entre a União Europeia e esse país terceiro.

Esta exigência acabou por ser eliminada pelo Conselho, passando apenas a prever-se a obrigação de o Estado-Membro garantir o cumprimento de uma das três opções de separação e assegurar o não comprometimento da segurança do aprovisionamento energético. Deixa assim de ser necessária a autorização da Comissão, mas o Estado-Membro fica incumbido de a consultar e de “dar a maior importância” ao seu parecer.

Neste momento, aguarda-se para breve a posição final do Parlamento Europeu sobre esta versão “burilada” do 3.º pacote, sendo de esperar que o mesmo venha a ser aprovado por esse órgão e pelo Conselho no decorrer de 2009. ■

Neste momento, aguarda-se para breve a posição final do Parlamento Europeu sobre esta versão “burilada” do 3.º pacote, sendo de esperar que o mesmo venha a ser aprovado por esse órgão e pelo Conselho no decorrer de 2009.

¹Cfr. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0001:FIN:PT:PDF>. ²Directiva 96/92/CE, de 19.12.1996, que estabeleceu regras comuns para o mercado interno da electricidade, e Directiva 98/30/CE, de 22.06.1998, relativa a regras comuns para o mercado interno do gás natural. ³Directiva 2003/54/CE, de 26.06.2003, que revogou a Directiva 96/92/CE, e Directiva 2003/55/CE, de 26.06.2003, que revogou a Directiva 98/30/CE. ⁴As duas Directivas constituem propostas de alteração às actuais Directivas 2003/54/CE e 2003/55/CE, relativas ao mercado interno da electricidade e do gás natural, respectivamente. Por seu turno, os Regulamentos respeitam à criação de uma Agência Europeia de Cooperação dos Reguladores de Energia, às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade e às condições de acesso às redes de transporte de gás natural. Os documentos que compõem o pacote estão disponíveis em http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/third_legislative_package_en.htm. ⁵A saber: (i) separação efectiva entre a propriedade e exploração das redes de transporte e as restantes actividades do sector da energia; (ii) reforço dos poderes e da independência das entidades reguladoras nacionais do sector da energia; (iii) estabelecimento de um mecanismo independente de cooperação entre os reguladores nacionais (a que se chamou Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia); (iv) melhoria da coordenação dos operadores de redes de transporte, em aspectos relativos à exploração e segurança da rede e ao comércio transfronteiriço; (v) maior transparência e melhor funcionamento do mercado retalhista; e (vi) aumento da cooperação regional entre Estados-Membros com vista a reforçar a segurança do abastecimento. ⁶De notar que Portugal passa um pouco ao lado da polémica da separação efectiva, uma vez que concretizou já a separação de propriedade das suas redes de transporte de electricidade e gás. ⁷Cfr. exposição de motivos das propostas de alteração à Directiva 2003/54/CE, p. 6 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0528:FIN:PT:PDF>), e à Directiva 2003/55/CE, p. 6 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0529:FIN:PT:PDF>). ⁸Esta restrição, conhecida como *level playing field*, resulta de várias discussões no âmbito do Conselho e representa uma vitória política importante dos países que, como Portugal, concretizaram a separação efectiva das suas redes de transporte. Esses países poderão, sob certas condições, passar a opor-se à aquisição dos seus activos energéticos quando o comprador não tenha procedido a uma separação efectiva das respectivas redes de transporte.

A troca de informação entre empresas concorrentes

A condenação da Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa

Mónica Pinto Candeias
mpcandeias@mlgts.pt

O crescente papel das associações empresariais de outras plataformas de cooperação e de desenvolvimento das mais diversas actividades económicas coloca na ordem do dia a problemática da compatibilidade de sistemas (formais ou informais) criados para recolher, tratar e disponibilizar informação sobre os sectores, as empresas e suas actividades, com as regras da concorrência.

Tradicionalmente, a Comissão Europeia (“Comissão”) analisa a troca de informação entre empresas como uma prática subsumível à proibição constante do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (“Tratado CE”), apesar de a lista (não exaustiva) de práticas proibidas desse artigo nada dizer a este propósito. A *praxis* decisória assume, pois, particular importância na estabilização de parâmetros de actuação para as empresas e associações empresariais nesta matéria.

A primeira referência da Comissão a esta problemática enquanto prática restritiva da concorrência é feita na Comunicação relativa aos acordos, decisões e práticas concertadas respeitantes à cooperação entre empresas, de 1968¹. A Comunicação estabelece que as trocas de informação entre empresas concorrentes podem cair no âmbito de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE caso “a liberdade de acção das empresas [que participam nos acordos cuja única finalidade seja a de fornecer em comum informações] for limitada ou se o seu comportamento no mercado for coordenado, expressamente ou por meio de práticas concertadas”.

Mais tarde, em 1977, no seguimento de diversas decisões adoptadas nesta matéria ao abrigo do artigo 81.º do Tratado CE, e do acórdão do Tribunal de Justiça no processo *Suiker Unie*², a Comissão estabeleceu três parâmetros de análise por que se norteia ainda hoje a sua investigação³.

Num primeiro momento, a Comissão analisa a estrutura do mercado relevante por forma a determinar as suas características e grau de concentração. Com efeito, os mecanismos de troca

de informação entre concorrentes em mercados concentrados podem aumentar a sua transparência e assim facilitar a coordenação de comportamentos.

A troca de informação entre empresas assume particular acuidade para efeitos do Direito da Concorrência quando a mesma versa sobre matérias de especial importância, como sejam preços, quantidades, quotas de mercado ou estratégias das próprias empresas, e é utilizada para aumentar artificialmente a transparência no mercado do lado da oferta, eliminando a incerteza normal dos mercados e, por essa via, diminuir ou eliminar a concorrência. Por esta razão, a natureza e âmbito da informação objecto de troca entre empresas concorrentes é cuidadosamente escrutinada pela Comissão, por forma a distinguir desde logo a informação nociva daquela cuja divulgação será inócua.

Por fim, a Comissão toma em devida consideração o facto de a troca de informação entre concorrentes normalmente permitir às “empresas vendedoras” um maior conhecimento do mercado, privando as “empresas compradoras” de beneficiarem da “concorrência secreta” que subsiste entre as primeiras em mercados oligopolistas e de, por essa via, as “empresas compradoras” contrariarem a rigidez que caracteriza a estrutura dos preços desses mercados.

Sem prejuízo da importância que assume a estabilização de parâmetros de análise utilizados pela Comissão, sublinha-se que em nenhum dos documentos desta instituição é feita uma distinção entre troca de informação enquanto (i) tipo de infracção autónoma previsto no artigo 81.º do Tratado CE, ou (ii) elemento integrante de outras infracções. No entanto, esta distinção tem sido claramente efectuada ao longo da prática decisória da Comissão, com decisões de condenação por práticas restritivas da concorrência decorrentes da implementação de sistemas de informação, independentemente de quaisquer outras infracções⁴, e condenações por práticas restritivas da concorrência tipificadas no artigo 81.º do Tratado CE nas quais

a troca de informações constitui um elemento acessório a essas práticas⁵.

No plano nacional, o artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (“Lei da Concorrência”), não especifica a troca de informação como uma prática restritiva da concorrência subsumível à proibição constante do referido normativo. Contudo, a proibição genérica do n.º 1, a qual abrange todos os acordos que tenham por objecto ou efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência, parece permitir uma interpretação em moldes semelhantes à realizada pela Comissão e tribunais comunitários relativamente ao artigo 81.º do Tratado CE.

Tendo exclusivamente por base a informação constante do Comunicado n.º 21/2008 da Autoridade da Concorrência (“AdC”), este poderá também ser o entendimento desta autoridade. Com efeito, em Dezembro último, a AdC condenou a Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa por uma infracção ao artigo 4.º da Lei da Concorrência consubstanciada na troca de informação sobre preços de venda de pão ao público.

Apesar das dúvidas que a redacção do Comunicado suscita quanto ao exacto ilícito que esteve na origem da decisão condenatória, caso se venha a confirmar a condenação desta associação por troca de informação, parece-nos importante a publicação de uma versão não confidencial da decisão para que, na ausência de orientações específicas da AdC neste particular, as empresas e associações empresariais possam delimitar de forma criteriosa a sua actuação nesta matéria.

Por outro lado, será importante conhecer a interpretação da AdC quanto ao artigo 4.º da Lei da Concorrência, em particular no que respeita à compatibilização da técnica legislativa de *tipos abertos* deste artigo - onde por isso não só relevam os exemplos expressos nesse normativo mas outros (através da expressão “nomeadamente”) -, com o princípio da legalidade⁶. ■

¹JO 75 de 29/07/1968. ²Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, no proc. C-40/73, *Suiker Unie e outros c. Comissão*, [1975], ECR 1663. ³Cf. VII Relatório sobre a Política de Concorrência, 1977. ⁴A primeira decisão da Comissão Europeia por violação do disposto no artigo 81.º do Tratado CE relativamente a sistemas de trocas de informação foi adoptada no âmbito do processo IV/31.128 - Ácidos gordos (1986). Neste caso, a Comissão analisou um sistema de troca de dados estatísticos relativos à produção, existências e carregamentos de ácidos gordos estabelecido entre concorrentes no seguimento de um acordo oral, e concluiu que o mesmo, tendo sido “celebrado pelos três maiores produtores num mercado em recessão e baseado numa troca de informações confidenciais acerca de posições de mercado tradicionais, por um lado, e fornecendo um meio de vigilância das suas actuações futuras, por outro, tem efeitos restritivos inerentes sobre a concorrência, embora esses efeitos não sejam sempre mensuráveis ou sequer aparentes para um observador do mercado desconhecedor da existência de tal acordo” (cf. parágrafo 45 da decisão). Pelo exposto, considerou a Comissão que a celebração do acordo para troca de informação constitui uma infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE. ⁵Em 2007, a Comissão Europeia publicou o Projecto de Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos serviços de transportes marítimos (2007/C 215/03), no qual apresenta um conjunto de parâmetros de análise relativos aos acordos horizontais cujo objecto seja o intercâmbio de informação entre concorrentes, e que cristaliza a prática decisória e jurisprudência até então. Apesar de o Projecto em causa se referir em particular a um sector económico, não deixa de fornecer importantes orientações sobre esta matéria aplicáveis aos demais sectores. ⁶Como refere Augusto Silva Dias a propósito do artigo 132.º do Código Penal, a compatibilidade de uma norma deste tipo com o princípio da legalidade depende da garantia oferecida de uma razoável vinculação do juiz à lei. Ou seja, conclui este autor, ao juiz apenas é concedido integrar as circunstâncias que, embora não estejam expressamente previstas, correspondam à estrutura do sentido e ao conteúdo do desvalor de cada exemplo-padrão (in, Augusto Silva Dias, *Crimes contra a vida e a integridade física*, AAFDL, 2007, pp. 27 e segs.).



Orientações da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 82.º CE a comportamentos de exclusão adoptados por empresas em posição dominante

Cláudia Coutinho da Costa
ccosta@mlgts.pt

No passado dia 3 de Dezembro de 2008 a Comissão Europeia (“Comissão”) publicou as Orientações sobre as suas prioridades na aplicação do artigo 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (“Tratado CE”) a comportamentos de exclusão Abusivos por parte de empresas em posição dominante¹ (“Orientações”).

Estas Orientações sinalizam o culminar de 3 anos de discussão e reflexão interna e externa, iniciadas com a publicação do documento interno de discussão da Comissão Europeia relativo à aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão adoptados por empresas em posição dominante².

As Orientações pretendem estabelecer uma abordagem económica, baseada nos efeitos das condutas de exclusão (*effects-based approach*) e fornecer indicações sobre a metodologia que a Comissão utilizará para determinar as suas prioridades na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE às referidas condutas de exclusão. A adopção de uma abordagem centrada na análise dos efeitos das condutas de exclusão parece enfatizar a política da Comissão Europeia no sentido de distinguir a *concorrência pelo mérito* (que deve ser promovida), da concorrência susceptível de causar encerramento do mercado e, consequentemente, de prejudicar os consumidores.

As Orientações estabelecem o quadro analítico que a Comissão pretende utilizar para a análise das formas mais comuns de comportamentos de exclusão tais como a *acordos exclusivos, política de descontos, vendas subordinadas e vendas agrupadas, prática de preços predatórios, recusa de fornecimento e compressão de margens (margin squeeze)*³.

Em termos metodológicos as Orientações começam por descrever, de forma genérica, a abordagem que a Comissão seguirá na determinação da *posição de domínio* de uma empresa e o respectivo poder de mercado. Este é, aliás, o primeiro exercício que deve ser realizado para verificar se uma determinada conduta é ou não susceptível de violar as disposições do artigo 82.º do Tratado CE.

Neste particular, para a análise da posição de domínio, a Comissão tomará em consideração, para além da quota de mercado detida pela empresa, a estrutura competitiva do mercado e, em particular, (i) os condicionalismos impostos pelas alternativas existentes e a posição relativa de todos os *players* do mercado), (ii) os condicionalismos impostos por ameaças credíveis de futura expansão pelos concorrentes actuais ou entrada de concorrentes potenciais no mercado (expansão e entrada) e (iii) os condicionalismos impostos pelo poder de negociação dos clientes das empresas (poder de compensação dos compradores). Importa ainda notar que de acordo com as Orientações é estabelecido um “porto de abrigo”: presume-se não existir posição de domínio se a quota de mercado de uma empresa for inferior a 40%. As Orientações descrevem, como ponto prévio, o quadro geral que a Comissão pretende aplicar para avaliar se determinada conduta deve ser investigada.

“AS ORIENTAÇÕES PRETENDEM ESTABELECEER UMA ABORDAGEM ECONÓMICA, BASEADA NOS EFEITOS DAS CONDUTAS DE EXCLUSÃO (EFFECTS-BASED APPROACH).”

A Comissão deverá demonstrar se um determinado comportamento adoptado por uma empresa em posição dominante é susceptível de restringir a concorrência e, consequentemente, de prejudicar os consumidores. A empresa dominante poderá, contudo, refutar as conclusões da Comissão se demonstrar que a sua conduta é susceptível de **gerar eficiências** que, genericamente, favorecem os consumidores. Parece, pois, que a Comissão se encontra agora disponível para analisar **justificações de eficiência** eventualmente apresentadas por uma empresa dominante.

Este enquadramento geral é subsequentemente analisado e adaptado aos vários comportamentos de exclusão já acima referidos.

A Comissão salienta os seguintes princípios fundamentais da *effects-based approach*: (i) a livre concorrência é a

melhor forma de garantir o funcionamento adequado dos mercados, com inerentes benefícios para as empresas e para os consumidores, (ii) a prioridade da Comissão em sede de aplicação do artigo 82.º do Tratado CE incide sobre a protecção dos consumidores e a protecção do processo de concorrência; (iii) a Comissão não necessita de fazer prova de que a conduta da empresa dominante prejudicou *efectivamente* a concorrência, bastando apresentar provas de que os prejuízos são *prováveis*; (iv) para a análise dos efeitos dos alegados comportamentos de exclusão adoptados por empresas em posição dominante, a Comissão admite atender aos eventuais efeitos pró-competitivos das condutas (justificação das condutas baseada em motivos de eficiência) como acontece, aliás, em sede de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e em sede de controlo das operações de concentração entre empresas.

Importa ainda referir que é patente nestas Orientações o recurso a conceitos econométricos e económicos que podem introduzir alguma dificuldade na (auto)-análise dos comportamentos de empresas dominantes. No entanto a publicação deste documento é bem-vinda uma vez que pretende introduzir um elemento importante de segurança jurídica, e parece demonstrar a intenção séria da Comissão em afastar-se da sua anterior abordagem formalista e baseada em presunções que, tendencialmente, presumia determinados efeitos anticoncorrenciais sistemáticos em qualquer conduta de exclusão menosprezando os seus eventuais efeitos pró-competitivos.

Saliente-se finalmente que a abordagem *renovada* da Comissão parece convergir com a abordagem prosseguida nos E.U.A. Com efeito, o *Department of Justice* dos E.U.A. publicou recentemente um relatório sobre a avaliação da conduta das empresas ao abrigo da Secção 2 do *Sherman Act*. Apesar deste fenómeno de convergência, também resultante da crescente cooperação transatlântica entre as agências de concorrência, existem ainda algumas divergências significativas que não podem deixar de se salientar, nomeadamente no equilíbrio a ponderar entre os efeitos pró-competitivos e anti-concorrenciais de condutas, na importância das quotas de mercado detidas pela empresa em posição de domínio e na própria avaliação de certos comportamentos de exclusão (*pricing conduct*). ■

¹J0 C45, de 24.02.2009. ²De acordo com a informação pública disponível, durante o processo de discussão interna a Comissão Europeia teve oportunidade de discutir igualmente a aplicação do artigo 82.º a comportamentos exploratórios (i. e., preços excessivos ou discriminação de preços entre clientes). No entanto, a Comissão Europeia tem centrado as suas prioridades na estabilização da sua abordagem aos comportamentos de exclusão no sentido de evitar a verificação de distorções de mercado (intervenção *ex ante*), diminuindo a necessidade de agir após a verificação de tais distorções (intervenção *ex post*). ³Estas condutas são normalmente percebidas no sentido de impedir a expansão de concorrentes actuais ou a entrada de concorrentes potenciais num determinado mercado, privando assim os clientes de uma maior oferta, de produtos ou serviços inovadores e / ou de preços mais reduzidos.

Supremo Tribunal de Justiça clarifica prazo de recurso

Alberto Saavedra
asaavedra@mlgts.pt

O Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de fixação de jurisprudência n.º 1/2009, de 4 de Dezembro de 2008, estabeleceu que em processo de contra-ordenação, é de 10 dias quer o prazo de interposição de recurso para a Relação quer o da apresentação da resposta, nos termos dos artigos 74.º, n.º 1 e 4 e 41.º do Regime Geral das Contra-Ordenações. Este Acórdão vem esclarecer qual o sentido que deve ser dado àquelas disposições legais, dado que havia profundas divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao prazo.

Este aresto reveste-se também de importância nos processos relativos às práticas restritivas da concorrência, em que a Autoridade da Concorrência aplica uma coima às empresas envolvidas em ilícitos jus-concorrenciais, uma vez que o Regime Geral das Contra-Ordenações constitui o regime jurídico subsidiário da Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho). Esta decisão do Supremo Tribunal de Justiça encontra-se disponível no Diário da República, 1.ª Série, n.º 11, 16.01.2009, pp. 389 e ss.. ■

A Comissão envia comunicação de objecções à Microsoft devido a alegado abuso de uma posição dominante (*tying* do Internet Explorer com o sistema operativo Windows)

Alberto Saavedra
asaavedra@mlgts.pt

A Comissão Europeia (“Comissão”) confirmou que enviou uma Comunicação de Objecções à Microsoft (“CO”) em 15 de Janeiro de 2009 (*cf.* MEMO/09/15, disponível no site da Comissão). A CO estabelece a posição preliminar da Comissão de que a prática de *tying* do *browser* Internet Explorer da Microsoft com o seu sistema operativo para clientes de computadores pessoais constitui uma infracção às disposições legais relativas ao abuso de uma posição dominante (artigo 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (“Tratado CE”).

Na CO, a Comissão estabelece a prova e conclui preliminarmente que o referido *tying* do Internet Explorer ao sistema operativo Windows é prejudicial para a concorrência entre *browsers*, enfraquece a inovação e em última análise reduz a escolha dos consumidores.

A CO assenta nos princípios legais e económicos estabelecidos no julgamento do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 2007 (Processo T-201/04), no qual o Tribunal confirmou a decisão da Comissão de Março de 2004 (ver IP/04/382), que acusava a Microsoft de ter abusado da sua posição dominante no mercado dos sistemas operativos de computadores pessoais, devido às práticas de *tying* do Windows Media Player ao seu sistema operativo Windows (ver MEMO/07/359).

“O REFERIDO *TYING* DO INTERNET EXPLORER AO SISTEMA OPERATIVO WINDOWS É PREJUDICIAL PARA A CONCORRÊNCIA ENTRE *BROWSERS*”

A prova recolhida durante a investigação leva a Comissão a crer que o *tying* do Internet Explorer ao Windows distorce a concorrência pelo mérito ao nível dos *web browsers*, pois implica que o Internet Explorer se encontre disponível em 90% dos computadores pessoais a nível mundial. A Comissão está preocupada que a Microsoft, através do *tying*, consiga evitar a concorrência dos outros *browsers* relativamente ao Internet Explorer.

Após a resposta da Microsoft à CO, e se as conclusões preliminares da Comissão se mantiverem, a Comissão pode aplicar uma multa à Microsoft, exigindo a esta empresa que cesse o abuso, bem como impor um remédio que restaure a escolha dos consumidores e que permita a concorrência pelo mérito. ■

LEX  MUNDI

THE WORLD'S LEADING ASSOCIATION OF INDEPENDENT LAW FIRMS

Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados realiza a reunião anual europeia da Lex Mundi sobre Direito da Concorrência em Lisboa

A Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, R.L., na qualidade de membro da Lex Mundi, acolheu nos seus escritórios de Lisboa, no dia 13 de Fevereiro de 2009, a reunião anual europeia da Lex Mundi relativa a *Antitrust, Competition and Trade Practice*, na qual foram debatidos temas associados ao Direito da Concorrência.

A reunião congregou peritos em Direito da Concorrência de várias jurisdições da União Europeia, entre as quais se incluem Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Grécia, Holanda, Itália, Lituânia, Polónia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Roménia e Suíça.

A sociedade esteve representada pelos sócios Carlos Botelho Moniz e Joaquim Vieira Peres e pelos associados principais Margarida Rosado da Fonseca, Gonçalo Machado Borges e Eduardo Maia Cadete.

O sócio Carlos Botelho Moniz e o Associado Principal Gonçalo Machado Borges asseguraram a presença de Portugal na edição de Dezembro de 2008 da revista *InsideCounsel*, promovida pela associação Lex Mundi. A participação foi feita através de um artigo sobre o regime português de pré-notificação de operações de concentração. A edição em causa contou com a participação de 15 sociedades de advogados europeias, membros da Lex Mundi, e pode ser vista em http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/InsideCounsel/InsideCounsel_Eur_ope_Dec2008.pdf.

A MLGTS é o único membro português da Lex Mundi, a maior associação mundial de sociedades de advogados independentes, congregando 160 sociedades de advogados, com 560 escritórios e mais de 21.000 advogados em 100 países.



Mattos Filho
Veiga Filho
Marrey Jr.
e Quiroga

ADVOGADOS

PARCERIA MLGTS / MATTOS FILHO ADVOGADOS

F com muito agrado que se inaugura nesta edição uma rubrica que passará a dar relevo periódico aos temas mais marcantes do Direito da Concorrência no Brasil. Esta coluna estará a cargo da reputada sociedade de advogados brasileira Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Advogados, cuja colaboração desde já agradecemos e que, estamos seguros, será muito apreciada pelos

nostros leitores, independentemente das suas nacionalidades.

Esta rubrica surge no contexto da Parceria celebrada entre a MLGTS e a Mattos Filho Advogados, no final do ano de 2006, nas áreas do Direito Comercial, Fusões e Aquisições e Mercado de Capitais, a qual se tem vindo a estender a várias outras áreas, como o Direito

Europeu e da Concorrência. A Parceria tem permitido a ambos os escritórios prestar assessoria legal aos seus Clientes, num mercado cada vez mais globalizado, assessorando entidades públicas e privadas em algumas das mais relevantes transações em Portugal e no Brasil. Esperamos com esta publicação poder contribuir para a aproximação crescente entre os direitos brasileiro e europeu.

Balanço de 2008 do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e Perspectivas para 2009

Lauro Celidonio Gomes dos Reis Neto /
Patrícia Avigni
lauro@mattosfilho.com.br / patricia@mattosfilho.com.br
www.mattosfilho.com.br

No ano de 2008, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) tomou diversas medidas no intuito de aprimorar o trabalho que vem sendo desenvolvido pelas autoridades concorrenciais brasileiras.

Na atual estrutura, o SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), uma autarquia que julga os atos de concentração e as infrações contra a ordem econômica; pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), responsável pela análise econômica dos processos; e, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), que investiga as infrações concorrenciais e faz o exame jurídico dos atos de concentração.

Em 2008, os três órgãos operaram com eficiência, transparência e celeridade. Merece ênfase o bom trabalho da SEAE que contribuiu para consolidar o desempenho do sistema, sobretudo com o precioso apoio técnico na análise detalhada dos mercados relevantes em atos de concentração. O CADE aperfeiçoou a informatização e a comunicação com o público, em especial na Internet, disponibilizando dados processuais e jurisprudenciais que se tornaram acessíveis a todos e não apenas aos advogados que militam na área. Graças à adoção do rito sumário, da instrução conjunta e da criação de súmulas, o tempo de análise dos processos diminuiu e vários deles passaram a ser julgados em bloco.

O CADE reforçou sua participação internacional (OCDE, ICN e outros), firmou acordos de cooperação com outros países (Portugal, Rússia e Canadá) e investiu em treinamentos e capacitações técnicas.

O grande desafio, entretanto, continua sendo o fortalecimento da defesa judicial de suas decisões. Pela constituição federal brasileira (artigo 5º XXXV), a decisão administrativa está sujeita à revisão do Poder Judiciário. Os administrados inconformados com as decisões desfavoráveis do CADE têm ido a juízo para tentar revertê-las. Ao ratificar ou reformar a decisão de mérito proferida pelo CADE, o Judiciário colabora com a consolidação da jurisprudência do Direito da Concorrência. Contudo, a morosidade das decisões judiciais é o principal empecilho para o uso desta importante ferramenta. Não obstante a média estimada de 10 anos para o trânsito em julgado de ações judiciais dessa natureza, o empresariado tem se valido deste recurso para questionar as restrições impostas pelo CADE. Em 2007, por exemplo, o CADE foi parte em 460 ações judiciais, a maior marca desde que a Lei de Defesa da Concorrência foi promulgada em 1994.

A política de combate aos cartéis implementada pela SDE desde a gestão anterior, vem sendo constantemente melhorada. Em 2008, adotaram-se quatro medidas importantes: (1) as autoridades fizeram visitas pontuais aos principais escritórios de advocacia nos Estados Unidos e Europa, com o propósito de convencê-los a levar seus clientes envolvidos em cartel a denunciar no Brasil as demais empresas sob investigação; (2) cartilhas contendo informações básicas sobre o crime de cartel foram elaboradas e distribuídas nos principais aeroportos brasileiros para informar e incentivar a população a denunciar as práticas de cartel; (3) ações preventivas foram tomadas junto aos órgãos públicos federais, estaduais e municipais visando alertá-los contra cartéis que atuam em concorrências públicas; e, (4) investigações direcionadas aos sindicatos patronais

e aos chamados "cartéis populares" (aqueles praticados por empresas de pequeno porte).

Se levarmos em consideração as limitações do sistema, as autoridades brasileiras têm feito um bom trabalho. Além da investigação das infrações contra a ordem econômica, a SDE também faz a análise dos atos de concentração. Com cerca de vinte técnicos que são responsáveis pela condução das investigações de cartéis em todo o País, no período de Janeiro a Outubro de 2008, a SDE cumpriu 57 mandados de busca e apreensão e 32 pessoas foram temporariamente presas em decorrência das acusações de conluio. Para se ter uma idéia do volume de trabalho da SDE, de Janeiro a Outubro de 2008, cerca de 120 processos administrativos e 530 atos de concentração foram encaminhados ao CADE para julgamento.

Ainda na seara do combate aos cartéis, a SDE destacou-se no âmbito internacional ao celebrar acordos de cooperação (Canadá e Chile) e realizar intercâmbios de assistência técnica (Chile, Noruega, Egito e Polónia) e fóruns para debate (OCDE, UNCTAD e ICN). Por fim, é relevante mencionar o avanço na tramitação do Projeto de Lei nº 3937/04, que visa modificar o SBDC atualmente em vigor. Em 17/12/2008, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou o referido Projeto de Lei, cujas principais mudanças prevêem uma nova estrutura para o sistema, a obrigação de notificação prévia dos atos de concentração, novo trâmite para os processos, novos critérios objetivos para a notificação e novas penalidades. Espera-se que o Projeto de Lei seja encaminhado ao Senado Federal ainda este ano para que esteja definitivamente aprovado até o final de 2009. ■

Contribuição Mattos Filho Advogados (Cont.)

Os dias 7 e 8 de novembro de 2008, foi realizado o **14.º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência**, na cidade de Campos do Jordão, Estado de São Paulo, Brasil. Promovido pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC), o evento contou com a participação das autoridades concorrenciais brasileiras, bem como de advogados, economistas, professores e empresários brasileiros e estrangeiros. O MLGTS foi representado pelo Dr. Carlos Botelho Moniz que discorreu sobre o tema “Repressão do Abuso de Posição Dominante, Condutas Unilaterais e Práticas de Exclusão”. Nos demais painéis, os palestrantes analisaram um caso hipotético de joint venture e debateram “Os Limites da Propriedade Intelectual na Análise Antitruste”

e “Concorrência e Política Industrial”. Os Seminários organizados pelo IBRAC são um importante encontro entre as autoridades brasileiras e os profissionais que atuam na área. O objetivo principal dos seminários é fazer com que todos contribuam com suas respectivas experiências e promovam debates aprofundados sobre questões relevantes para o Direito da Concorrência.

Desde Setembro de 2007, a legislação concorrenciais brasileira admite que empresas investigadas pela formação de cartel realizem acordos com as autoridades antitruste no curso da investigação. São os chamados **Termos de Compromisso de Cessação (TCC)**, que antes daquela data só podiam ser realizados por empresas envolvidas em outras

infrações contra a ordem econômica, exceto cartel. Por meio do TCC, o agente econômico investigado assume obrigações de cessação de determinadas condutas, pagamento de compensação financeira, colaboração com as autoridades na investigação e, dependendo da negociação do TCC junto ao CADE, pode reconhecer suas condutas ilícitas e sua culpa na formação do cartel. Embora a iniciativa para a realização do TCC seja da empresa investigada, o CADE tem total discricionariedade para realizar ou não o TCC e negociar seus termos e condições. Em fins de 2007 e em 2008, foram firmados TCCs com indústrias de frigoríficos, embalagens e cimentos envolvidas em acusações de cartel, sendo que desta última a contribuição pecuniária foi de R\$ 43 milhões, a maior já feita até hoje. ■

Seminário de Direito da Concorrência MLGTS / Mattos Filho

No contexto da parceria entre a MLGTS e a Mattos Filho Advogados, realizou-se em São Paulo, Brasil, em Novembro de 2008, um seminário organizado pelas duas firmas, sobre o impacto do Direito da Concorrência nos negócios na Europa e no Brasil. O seminário teve lugar nas instalações da Mattos Filho, em São Paulo, e contou com a participação de advogados de ambas as sociedades.

A MLGTS foi representada pelos sócios Carlos Botelho Moniz e Joaquim Vieira Peres, que

apresentaram, respectivamente, os temas “*A investigação e controlo das práticas comerciais restritivas no Direito Europeu*” e “*Controlo de concentrações no Direito Europeu da Concorrência*”.

Pela parte da Mattos Filho Advogados, entrevistaram o sócio Lauro Neto e a advogada Patrícia Avigni, que se focaram na importância da regulação da concorrência na dinâmica das empresas e nos aspectos essenciais que caracterizam os procedimentos de controlo de concentrações e de práticas comerciais restritivas no Brasil. ■

14.º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, Brasil 2008

MLGTS, representada pelos sócios Carlos Botelho Moniz e Joaquim Vieira Peres, foi convidada para participar no 14.º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, organizado pelo IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, que se realizou entre os dias 7 e 8 de Novembro de 2008, em Campos do Jordão, Brasil. ■

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

LISBOA

Rua Castilho, 165
1070-050 Lisboa
Tel.: (+351) 213 817 400
Fax: (+351) 213 817 499
mlgtslisboa@mlgts.pt

PORTO

Av. da Boavista, 3265 - 5.2
Edifício Oceanvs – 4100-137 Porto
Tel.: (+351) 226 166 950 | 226 052 380
Fax: (+351) 226 163 810 | 226 052 399
mlgtsporto@mlgts.pt

MADEIRA

Avenida Arriaga, Edifício Marina Club, 73, 2.º
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