

2006 – Um ano em revista: Concorrência

Fevereiro de 2007

Concorrência

A Macedo Vitorino e Associados foi constituída em 1996, concentrando a sua actividade na assessoria a clientes nacionais e estrangeiros em sectores específicos de actividade, de que destacamos o sector financeiro, telecomunicações, energia e infra-estruturas. Desde a sua constituição, a Macedo Vitorino e Associados estabeleceu relações estreitas de correspondência e de parceria com algumas das mais prestigiadas sociedades de advogados internacionais da Europa e dos Estados Unidos, o que nos permite prestar aconselhamento em operações internacionais de forma bastante eficiente.

No âmbito do Direito da concorrência, a Macedo Vitorino e Associados presta serviços de assessoria a clientes nas seguintes matérias:

- Controlo de fusões e aquisições
- Abuso de posição dominante
- Práticas restritivas
- Ajudas de Estado
- Transposição de directivas comunitárias
- Regulação

O directório internacional “The European Legal 500” considera a Macedo Vitorino e Associados como uma das principais sociedades de advogados portuguesa, atendendo à sua experiência nas áreas de direito bancário, financiamento e derivados, mercado de capitais, direito societário, direitos de autor e propriedade industrial, direito fiscal, telecomunicações e contencioso.

Se quiser saber mais sobre a Macedo Vitorino e Associados por favor visite o nosso website em www.macedovitorino.com ou contacte-nos através de:

Tel.: (351) 21 324 1900 - Fax: (351) 21 324 1929

Email: mva@macedovitorino.com

Esta informação é de carácter genérico, pelo que não deverá ser considerada como aconselhamento profissional. Caso necessite de aconselhamento jurídico sobre estas matérias deverá contactar um advogado. Caso seja cliente da Macedo Vitorino e Associados, poderá contactar-nos para mva@macedovitorino.com ou através do seu contacto habitual.

Índice

1. Introdução	1
2. Práticas Restritivas da Concorrência	1
2.1. Condenação de práticas restritivas da concorrência	1
2.2. Medidas adoptadas no combate às práticas restritivas da concorrência	2
3. Operações de Concentração	3
3.1. Portugal	3
3.2. Europa	4
4. Auxílios de Estado	5
5. Outras Medidas	6
6. Conclusão	7

2006 – Um ano em revista: Concorrência

1. Introdução

O ano de 2006 ficou marcado pelo lançamento de duas ofertas públicas de aquisição hostis que foram objecto de investigação aprofundada pela Autoridade da Concorrência (“AdC”): a oferta pública de aquisição (“OPA”) lançada pela SONAE SGPS, SA e SONAECOM SGPS, SA (“SONAE”) sobre a Portugal Telecom SGPS, SA e PT Multimédia SGPS SA (“PT”) e a OPA lançada pelo Banco Comercial Português, SA (“BCP”) sobre o Banco BPI, SA (“BPI”).

No âmbito das práticas restritivas da concorrência foram também tomadas importantes decisões pela AdC, destacando-se a aplicação de uma coima de um milhão de euros à Nestlé por restrição vertical da concorrência e a condenação de um cartel no sector do sal.

À semelhança do que se sucedeu a nível nacional, no âmbito comunitário verificou-se o anúncio de duas fusões transfronteiriças: a fusão da E.ON com a Endesa e a fusão da Gás de France com o Grupo Suez. Além disso, foi adoptado um conjunto de medidas preventivas e sancionatórias na luta anti-cartel pela Comissão Europeia.

Com a publicação deste Ano em Revista, enunciaremos os principais acontecimentos do ano de 2006 em matéria de concorrência, em Portugal e na Europa.

2. Práticas Restritivas da Concorrência

2.1. Condenação de práticas restritivas da concorrência

A nível interno, a AdC tomou importantes decisões no combate às práticas restritivas da concorrência no ano de 2006. Entre essas decisões destacam-se:

- A condenação da Nestlé ao pagamento de uma coima no valor de um milhão de euros por restrição vertical da concorrência;
- A condenação ao pagamento de uma coima no valor de 910.728 euros de um cartel no sector do sal constituído pelas empresas Vatel, Salexpor, Salmex e Sociedade Aveirense de Higienização de Sal; e
- A condenação da Ordem dos Médicos ao pagamento de uma coima no valor de 250 mil euros pela imposição de preços máximos e mínimos nos serviços médicos prestados em regime independente.

A Nestlé foi condenada pela AdC pela celebração de contratos de fornecimento que previam a sua prorrogação automática sempre que o cliente não tivesse

adquirido determinadas quantidades mínimas obrigatórias de café uma vez decorridos cinco anos da sua compra. Este tipo de cláusulas não só dificultava a entrada de novos concorrentes como impedia que empresas com uma quota de mercado inferior angariassem novos clientes.

A AdC condenou ainda um cartel no sector do sal criado desde 1997. Este cartel actuava com base em um acordo, nos termos do qual as quotas relativas a cada empresa se deveriam manter inalteradas, independentemente das alterações verificadas no mercado do sal, pelo que se alguma empresa ultrapassasse a quota de mercado estabelecida teria de compensar as restantes. Essas empresas coordenavam ainda entre si os preços de venda do sal, bem como as datas das subidas de preços.

A Ordem dos Médicos foi igualmente condenada ao pagamento de uma coima devido à imposição de preços máximos e mínimos nos serviços prestados pelos médicos a exercerem a actividade em regime independente.

A nível comunitário, o combate às práticas restritivas da concorrência são de realçar a adopção das seguintes medidas:

- Envio de declaração de objecções da Comissão Europeia à Telefónica por abuso de posição dominante no mercado de acesso à Internet de banda larga; e
- Aplicação de coima à Microsoft no montante de 280,5 milhões de euros por incumprimento continuado das obrigações impostas pela Decisão da Comissão Europeia de Março de 2004. A Microsoft foi ainda condenada a divulgar aos seus concorrentes no mercado de sistemas operativos de servidores de grupos de trabalho as interfaces necessárias para que os seus produtos pudessem dialogar com o sistema operativo Windows.

2.2. Medidas adoptadas no combate às práticas restritivas da concorrência

Durante o ano de 2006 verificaram-se importantes desenvolvimentos na luta anti-cartel.

Em Março de 2006, na sequência de um *workshop* sobre medidas destinadas à luta anti-cartel, em particular no sector das empresas de construção e obras públicas, a AdC publicou um comunicado sobre o tema, bem como criou uma “célula anti-cartel” com vista ao acompanhamento e monitorização das diferentes fases de um concurso através da colaboração conjugada do Ministério Público, Tribunal de Contas, Inspecção-Geral de Finanças e Obras Públicas e Instituto dos Mercados das Obras Públicas e Particulares do Imobiliário.

Por sua vez, no plano comunitário foi criada uma unidade especial, transversal a todos os sectores de actividade económica, de luta anti-cartel e apresentado o

modelo do programa de imunidade e redução de coimas da rede europeia de concorrência.

Na sequência da criação deste modelo e da aprovação da Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto, a qual institui o regime de clemência em Portugal, a AdC aprovou ainda o Regulamento n.º 214/2006 sobre o procedimento administrativo relativo à tramitação necessária para a obtenção da dispensa ou atenuação especial da coima.

Portugal passa, assim, a ter um regime de clemência, o qual facilitará a denúncia e detecção de cartéis, permitindo que as empresas que denunciem cartéis usufruam de um sistema de imunidade ou atenuação da coima a que estariam sujeitas devido à sua participação no cartel.

No âmbito do combate às práticas restritivas da concorrência, em 20 de Abril de 2006, a Comissão Europeia publicou ainda as respostas à consulta pública sobre práticas abusivas de exclusão. No documento de trabalho que serviu de base à consulta, a Comissão Europeia propôs um método de avaliação das práticas restritivas mais comuns, como as vendas subordinadas, promoções e descontos e analisou se, para efeitos do artigo 82.º do Tratado da Comunidade Europeia, deveriam ser tomados em conta os ganhos de eficiência e em que circunstâncias. Por outro lado, adoptou, em Junho de 2006, novas orientações para o cálculo de coimas aplicáveis a práticas anticoncorrenciais através das quais .espera dissuadir as empresas de incorrerem em práticas restritivas.

3. Operações de Concentração

Durante o ano de 2006 foram anunciadas várias operações de concentração de empresas nacionais e noutros países da União Europeia.

3.1. Portugal

(1) OPA da SONAE sobre a PT

Em Fevereiro, a SONAE anunciou o lançamento de uma OPA sobre a PT, maior empresa portuguesa de telecomunicações, tendo em 22 de Dezembro de 2006, a AdC decidido não se opor à OPA. Para o efeito, o regulador nacional impôs à SONAE o cumprimento de determinadas condições.

Na rede fixa, a SONAE ficará obrigada a implementar as seguintes medidas:

- Separação estrutural das redes;
- Alienação do negócio da rede fixa de cobre ou de cabo, implementando, neste caso, a separação funcional da rede básica; e

- Alargamento a todas as condutas de empresas controladas pela SONAE das obrigações de fornecimento de acesso a terceiros, que hoje decorrem da Oferta de Referência de Acesso a Condutas (ORAC PT).

Quanto às redes móveis, a SONAE deverá assumir os seguintes compromissos:

- Assegurar o acesso a MVNO por parte de terceiros;
- Devolver os direitos de utilização de frequências do espectro radioelétrico e respectivas licenças, de modo a permitir a entrada de um novo MNO; e
- Assegurar que os preços retalhistas dos serviços prestados pela TMN e Optimus não subam excessivamente.

Todavia, o sucesso da OPA da SONAE sobre a PT estará ainda dependente da desblindagem dos estatutos da PT, o que deverá ficar decidido na próxima assembleia geral da PT que decorrerá durante o mês de Fevereiro de 2007.

(2) OPA do BCP sobre o BPI

Em Março, o BCP, o maior banco privado português, anunciou o lançamento de uma OPA sobre o BPI. Caso a OPA tenha sucesso, o BCP, verá a sua quota de mercado aumentar consideravelmente. No entanto, o Grupo La Caixa, o qual já era um dos principais accionistas do BPI, com 16% do capital, tem, desde o anúncio da OPA, reforçado a sua posição, controlando já 25% do capital do BPI. Recebeu ainda autorização do Banco de Portugal para reforçar a sua posição até aos 33%. Assim, o Grupo La Caixa está muito perto de adquirir o direito de veto na Assembleia-Geral do BPI. Deste modo, as probabilidades de sucesso da compra do BCP sobre o BPI são cada vez mais reduzidas.

(3) Revogação pelo Ministro da Economia da decisão AdC no caso Auto-Estradas do Atlântico

O panorama nacional ficou ainda marcado pela revogação pelo Ministro da Economia da decisão da AdC que proibiu a aquisição do controlo conjunto da Auto-Estradas do Atlântico pela sua filial Via Oeste e pela Auto-Estradas do Oeste.

Pela primeira vez, o Ministro da Economia fez uso desta prerrogativa por considerar que a necessidade de criação de um operador mais forte no sector das auto-estradas deveria prevalecer sobre a protecção da concorrência no sector.

3.2. Europa

A nível comunitário, duas operações revestiram especial importância: o anúncio da OPA da E.ON sobre a Endesa e o anúncio da OPA da Enel sobre o Grupo Suez, e posterior anúncio da fusão entre o Grupo Suez e a Gaz de France.

Após o anúncio da OPA da Gás Natural sobre a Endesa, importante empresa energética espanhola, a E.ON, empresa alemã, anunciou que também iria lançar uma OPA sobre a Endesa. Em 25 de Abril de 2006, a Comissão Europeia pronunciou-se no sentido de que a realização da OPA da E.ON sobre a Endesa não restringiria a concorrência no mercado espanhol de electricidade.

Apesar desta decisão da Comissão Europeia, o Governo espanhol reforçou os poderes de supervisão do Regulador de Energia (CNE), o qual impôs à E.ON, em Julho, pesadas condições para poder lançar a OPA sobre a Endesa. Em consequência, a Comissão Europeia condenou a Espanha por ter submetido a OPA da E.ON a condições contrárias ao direito de estabelecimento e à livre circulação de capitais e por ter adoptado a decisão em causa sem a prévia comunicação e aprovação da Comissão Europeia. O Governo espanhol tem agora de alterar as condições impostas à E.ON, sob pena de a Comissão Europeia abrir um procedimento de infracção ao abrigo do artigo 226.º do Tratado da Comunidade Europeia.

Por outro lado, a fusão entre a Gaz de France e o Grupo Suez também assumiu uma grande importância. A Enel, empresa italiana, anunciou, em Fevereiro, o lançamento de uma OPA sobre o Grupo Suez. Após alguns dias, foi anunciada uma fusão entre o Grupo Suez e a Gaz de France, com o apoio do Governo francês. Na sequência do anúncio da fusão, a Enel acusou o Governo francês de tomar medidas proteccionistas com vista a impedir a OPA da Enel.

Estas acusações levaram a Comissão Europeia a pronunciar-se contra a criação de obstáculos a ofertas públicas de aquisição lançadas por empresas doutros Estados-Membros e a iniciar uma investigação aprofundada sobre os efeitos anticoncorrenciais que a fusão entre a Gaz de France e o Grupo Suez poderia gerar nos mercados de fornecimento de gás e de electricidade na França e na Bélgica, dado que ambas são as principais empresas energéticas nos dois países, tendo sido até agora concorrentes.

Após a conclusão da referida investigação, em Novembro de 2006, a Comissão Europeia aprovou a fusão entre a Gaz de France com o Grupo Suez, mas mediante a adopção de determinadas medidas.

Estes casos são demonstrativos das divergências que têm surgido entre a Comissão Europeia e os Estados-Membros quando estão em causa fusões transfronteiriças que envolvem importantes empresas nacionais. Na verdade, o desejo proteccionista dos Estados-Membros de manterem as grandes empresas nacionais poderá não convergir com o objectivo da Comunidade Europeia de criação de um mercado único.

4. Auxílios de Estado

Em matéria de auxílios de Estado, os principais acontecimentos de 2006 foram:

- A exigência por parte da Comissão Europeia de que Portugal harmonize a sua legislação fiscal em matéria de juros de capitais provenientes do exterior com o direito comunitário;
- A investigação realizada ao subsídio que Portugal pretendia conceder à Auto Europa; e
- A adopção de um novo quadro de auxílios de Estado para a investigação, desenvolvimento e inovação.

Em Julho de 2006, a Comissão Europeia solicitou que alguns países da União Europeia, entre os quais Portugal, alterassem as normas fiscais internas que violam os princípios comunitários em matéria de pagamento de juros ao exterior. Deste modo, algumas normas que permitem aos bancos portugueses beneficiar duma tributação mais reduzida em relação aos bancos estrangeiros, como o artigo 27.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, poderão vir a ser alteradas.

Também merecedor de especial atenção da Comissão Europeia foi o projecto de auxílio a favor da Auto Europa, o qual consistia na concessão de um subsídio de 3.552.423 euros para ajudar a financiar um projecto de formação.

Por último, destacamos ainda a adopção pela Comissão Europeia de um novo quadro de auxílios de Estado para a investigação, desenvolvimento e inovação, o qual entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2007.

5. Outras Medidas

Em Portugal, foram ainda tomadas medidas que contribuiriam para a liberalização de certos sectores da economia.

De entre essas medidas destaca-se o anúncio da decisão do Governo de proceder à liberalização da propriedade das farmácias. Actualmente, só podem ser proprietários de farmácias os farmacêuticos ou as sociedades em nome colectivo ou por quotas se todos os sócios forem farmacêuticos e enquanto o forem.

Contudo, o Governo, no seguimento de uma orientação da AdC, pretende revogar este regime, mas com a ressalva de que cada farmácia será obrigada a ter como director técnico um farmacêutico credenciado e o restante quadro técnico da farmácia terá de ser composto por pessoal devidamente qualificado. Para além disso, o regime de incompatibilidades será alargado e será estabelecido um limite à concentração da propriedade das farmácias.

Por outro lado, revestiram especial importância as quarta e terceiras fases de privatização da Galp e da Portucel, respectivamente.

A quarta fase de privatização da Galp teve lugar entre os dias 9 e 20 de Outubro e consistiu numa operação pública de venda (“OPV”) e numa venda directa a

institucionais de 23% do capital que o Estado português detinha na empresa. A OPV foi bem sucedida, já que a procura excedeu largamente a oferta.

Já a terceira fase da privatização da Portucel ocorreu na primeira quinzena de Novembro, e também consistiu numa OPV de cerca de 25,7% do capital social da empresa. Com esta operação, cuja procura excedeu consideravelmente a oferta, o Estado português encaixou cerca de 419 milhões de euros.

6. Conclusão

Durante o ano de 2006, a AdC aprovou várias operações de concentração e decidiu ainda sobre duas ofertas públicas de aquisição hostis lançadas pela SONAE sobre a PT e em breve decidirá sobre a OPA lançada pelo BCP, o maior banco privado português, sobre o BPI.

Depois da AdC ter visto a sua decisão sobre a operação de concentração das Auto-Estradas do Atlântico – Concessões Rodoviárias de Portugal, S.A revogada, perspectiva-se que possa vir a autorizar a OPA do BCP sobre o BPI, ainda que impondo determinadas medidas, como aconteceu com a OPA da SONAE sobre a PT.

Por outro lado, foram ainda tomadas importantes decisões legislativas, de entre as quais se destaca a criação de um regime da clemência na luta anti-cartel.

Como consequência dos acontecimentos de 2006 e da forte intervenção da AdC em alguns processos, espera-se que em decisões futuras nomeadamente no processo em curso da OPA sobre o BPI, a AdC assuma um papel determinante com vista a salvaguardar os efeitos negativos das operações de concentração.

Esperamos ainda que a AdC venha a ter um papel mais activo no combate às práticas restritivas da concorrência.

A Comissão Europeia tem também dedicado especial atenção às fusões transfronteiriças, designadamente no sector da energia, bem como tem reforçado o combate à luta anti-cartel através de importantes decisões condenatórias e de novos desenvolvimentos a nível legislativo.

De facto, a Comissão Europeia está cada vez mais empenhada na criação de um mercado único concorrencial, pois só assim a União Europeia conseguirá alcançar o crescimento económico desejado e assumir um lugar de destaque na economia globalizada em que vivemos actualmente.

© Macedo Vitorino & Associados – 2007