

2007 – Um Ano em Revista: Concorrência

Março 2008



MACEDO VITORINO & ASSOCIADOS
Sociedade de Advogados, RL

Grupo de Concorrência

A Macedo Vitorino e Associados presta assessoria a clientes nacionais e estrangeiros em sectores específicos de actividade, de que destacamos a área de Direito Bancário e Mercado de Capitais. Desde a sua constituição, que 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.

A Macedo Vitorino e Associados presta serviços de assessoria a clientes na área de concorrência, nomeadamente 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 “Legal 500” considera a Macedo Vitorino e Associados como uma das principais sociedades de advogados portuguesas, 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 e contencioso.

Se pretender mais informações sobre a Macedo Vitorino e Associados visite-nos em www.macedovitorino.com ou contacte-nos:

Tel.: 21 324 1900 – Fax: 21 324 1929

Índice

1. Introdução	1
2. Práticas Restritivas	1
2.1. Cartéis	1
2.2. Abuso de posição dominante.....	3
2.3. Principais medidas legislativas	4
3. Concentrações.....	4
3.1. Operações de concentração	4
3.2. Principais medidas legislativas	6
4. Auxílios de Estado	6
5. Outras Medidas.....	8
6. Conclusões	9

Na presente publicação, a Macedo Vitorino & Associados revê os principais acontecimentos do ano de 2007 na área da concorrência, a nível nacional, acompanhando a actividade da Autoridade da Concorrência, e a nível comunitário, destacando as principais iniciativas da Comissão Europeia.

1. Introdução

O ano de 2007 ficou marcado por importantes acontecimentos, a nível interno e comunitário, na área da concorrência.

À semelhança do que já tinha sucedido em 2006, a Autoridade da Concorrência (“AdC”) intensificou a sua actuação no domínio das práticas restritivas da concorrência e controlo de operações de concentração.

A AdC aprovou várias operações de concentração, impondo, em alguns casos, condições aos respectivos intervenientes, bem como adoptou um procedimento simplificado com o objectivo de tornar mais célere a análise dos processos de operações de concentração.

A nível comunitário, a Comissão Europeia adoptou novas medidas na luta anti-cartel, tendo lançado uma consulta pública com vista à instituição de um procedimento de transacção nos casos em que as empresas reconheçam o seu envolvimento nos cartéis.

Por outro lado, a confirmação pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (“TPI”) da decisão da Comissão Europeia de condenação da Microsoft ao pagamento de uma coima por abuso de posição dominante constituiu um acontecimento de relevo, não só pelo carácter exemplar da coima mas também pelas obrigações concorrenciais impostas à Microsoft.

A Comissão Europeia aprovou ainda importantes medidas no domínio dos auxílios de Estado, nomeadamente em sede de auxílios *de minimis* e de isenções por categoria.

Com a publicação deste Ano em Revista, enunciaremos os principais acontecimentos do ano de 2007 em matéria de concorrência, em Portugal e na União Europeia.

2. Práticas Restritivas

2.1. Cartéis

Em 2007 verificou-se um reforço da actividade da AdC no âmbito da luta anti-cartel, tendo sido adoptadas pelo regulador nacional, entre outras, as seguintes medidas:

- Condenação de cartel que tinha por objectivo a fixação de preços e partilha de clientela no mercado da prestação de serviços de reboque marítimo do porto de Setúbal;
- Arquivamento do processo que envolveu a farmacêutica Bayer Cropscience na sequência de denúncia apresentada pela Sapec Agro; e

2007 – Um Ano em Revista: Concorrência

- Condenação de cartel no âmbito de concurso público para o fornecimento de meios aéreos de combate a incêndios florestais.

Após uma investigação iniciada em Maio de 2006, a AdC condenou três empresas – Rebonave, Rebosado e Lutamar –, que se dedicavam à prestação de serviços auxiliares de transporte marítimo no porto de Setúbal, a uma coima total de 185 mil euros.

A AdC decidiu arquivar o processo contra-ordenacional instaurado contra a Bayer Cropscience com fundamento na existência de uma cláusula de não concorrência nos contratos tipo utilizados por aquela farmacêutica na distribuição de diversos produtos agroquímicos.

Os contratos tipo previam que o distribuidor ficaria impedido de intervir directa ou indirectamente na promoção e comercialização de qualquer produto que pudesse estar em concorrência directa com alguns produtos da Bayer Cropscience, recebendo como contrapartida um bónus.

Em contrapartida do arquivamento deste processo, a Bayer Cropscience comprometeu-se a não exigir o cumprimento da obrigação de não concorrência no primeiro ano de vigência dos contratos e a suprimir a referida cláusula nas relações com os seus distribuidores.

No âmbito de um concurso público promovido pelo Serviço Nacional de Bombeiros e Protecção Civil para o fornecimento de meios aéreos de combate a incêndios florestais, a AdC condenou o cartel constituído pelas empresas Aeronorte e Helisul ao pagamento de coima por práticas restritivas da concorrência.

Em 2005, a Aeronorte e a Helisul decidiram apresentar-se, em regime de consórcio, ao referido concurso público com o objectivo de reduzirem o número de concorrentes (de dois para um) e de induzirem a alta dos preços em cerca de 93%. Na sequência desse aumento de preço, o concurso acabaria por ser anulado por decisão governamental e as empresas envolvidas condenadas ao pagamento de uma coima total de cerca de 310 mil euros.

Em 2007, o Tribunal da Relação de Lisboa viria ainda a confirmar a decisão da AdC que condenou, em Junho de 2006, as empresas Vatel, Salexpor, Salmex e Sociedade Aveirense de Higienização de Sal ao pagamento de uma coima total de 910.728 euros.

O denominado “cartel do sal” tinha por objectivo a cristalização das quotas de mercado das empresas intervenientes ao estabelecer que as empresas que ultrapassassem a quota de mercado estariam obrigadas a compensar as restantes.

As empresas envolvidas recorreram para o Tribunal de Comércio de Lisboa, que confirmou a existência do cartel e reduziu ligeiramente as coimas

aplicadas. Tendo sido interposto novo recurso, o Tribunal da Relação viria a confirmar a decisão do Tribunal de Comércio.

Esta decisão reveste especial importância, na medida em que constitui o primeiro caso de cartel, detectado e condenado pela AdC, a ser confirmado pelos tribunais e por se tratar do único processo relativamente ao qual se encontram esgotadas todas as instâncias normais de recurso judicial.

2.2. Abuso de posição dominante

No âmbito do combate às situações de abuso de posição dominante, destacam-se, entre outras, as seguintes decisões da AdC:

- Confirmação pelo Tribunal de Comércio de Lisboa da condenação da Ordem dos Médicos por fixação de preços máximos e mínimos nos serviços prestados por médicos em regime de trabalho independente; e
- Condenação da PT Comunicações S.A. (“PTC”) ao pagamento de uma coima na sequência de queixa apresentada pelas empresas de televisão por cabo Tvtel Comunicações, S.A. (“Tvtel”) e Cabovisão S.A. (“Cabovisão”).

Apesar da redução da coima aplicada de 250 mil para 230 mil euros, o Tribunal de Comércio de Lisboa viria a confirmar a decisão da AdC de condenação da Ordem dos Médicos por fixação de tabelas de preços.

A PTC foi também condenada ao pagamento de uma coima no valor de 38 milhões de euros por recusar aos seus concorrentes, Tvtel e Cabovisão, o acesso à sua rede de condutas no subsolo.

Esta recusa de acesso impediu a Tvtel e Cabovisão de “cablar” mais de 73 mil casas em todo o país, limitando, conseqüentemente, as suas ofertas de televisão por cabo, Internet de banda larga e telefone fixo. A ausência de concorrência nesses mercados permitiu ainda à PTC evitar uma eventual descida dos preços dos respectivos serviços.

A nível comunitário, é de salientar a confirmação pelo TPI da decisão da Comissão Europeia de condenação da Microsoft ao pagamento de uma coima por abuso de posição dominante.

Ao recusar-se a divulgar as suas *interfaces* para que produtos concorrentes pudessem comunicar com o sistema operativo *Windows*, a Microsoft actuou em abuso de posição dominante. Por outro lado, ao comercializar conjuntamente o programa *Windows Media Player* e o sistema operativo *Windows*, a Microsoft introduziu um elemento de distorção da concorrência no mercado dos programas de reprodução de áudio e vídeo.

O TPI decidiu manter a coima aplicada pela Comissão Europeia, no valor de 497 milhões de euros, e as obrigações de divulgação das especificações de

interoperacionalidade aos seus concorrentes e de comercialização de uma versão do *Windows* sem o *Windows Media Player*.

Esta decisão poderá vir, assim, a constituir um importante precedente, não só pela coima exemplar aplicada, mas também pelas obrigações concorrenciais impostas à Microsoft e que poderão vir a ser aplicadas a empresas que actuam no mercado em posição dominante e, em particular, a empresas de alta tecnologia.

2.3. Principais medidas legislativas

No âmbito da luta anti-cartel, a Comissão Europeia lançou uma consulta pública com vista à instituição de um procedimento de transacção nos casos em que as partes reconheçam o seu envolvimento e responsabilidade no cartel e concordem com a adopção de uma decisão através de um procedimento simplificado.

O pacote para consulta pública é composto por uma proposta de comunicação da Comissão e uma proposta de regulamento que visa alterar o Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004.

Com este novo procedimento, a Comissão poderá, após o início de um processo por infracção, fixar um prazo para os interessados directos declararem por escrito a sua disponibilidade para participarem em negociações com vista à apresentação de propostas de transacção.

Se a Comissão acolher, na comunicação de objecções, as propostas de transacção dos interessados e se estes confirmarem, nas suas respectivas, que a comunicação de objecções corresponde ao teor das suas propostas de transacção, a Comissão poderá adoptar imediatamente uma decisão, após a consulta do Comité Consultivo.

3. Concentrações

3.1. Operações de concentração

Em 2007, a AdC aprovou várias operações de concentração, impondo, em alguns casos, condições aos respectivos intervenientes. De entre as principais concentrações decididas pela AdC, destacam-se:

- A aquisição do Banco Comercial Português S.A. (“BCP”) pelo Banco BPI S.A. (“BPI”);
- A aquisição da Portugália – Companhia Aérea de Transportes Aéreos S.A. (“PGA”) pela Transportes Aéreos Portugueses SGPS, S.A. (“TAP”);
- A aquisição da Telemilénio – Telecomunicações, Sociedade Unipessoal, Lda. (“Tele2”) pela Sonaecom SGPS S.A. (“Sonaecom”); e
- A aquisição do Carrefour Portugal S.A. (“Carrefour”) pela Sonae Distribuição SGP S.A. (“Sonae Distribuição”).

2007 – Um Ano em Revista: Concorrência

Em Março de 2007, a AdC decidiu autorizar a oferta pública de aquisição lançada pelo BPI sobre o BCP mediante a imposição de determinadas condições, nomeadamente:

- Alienação das participações do BCP e do BPI na UNICRE;
- Desenvolvimento de uma operação de *acquiring*;
- Venda de sessenta sucursais do BPI a uma entidade exterior ao BCP;
- Venda de uma carteira de clientes empresa no montante de 450 milhões de euros; e
- Adopção de medidas relativas à mobilidade dos denominados “clientes empresa”, designadamente, não cobrança de comissões pela rescisão unilateral de contas e fornecimento do histórico da relação bancária da empresa.

Esta oferta pública de aquisição acabaria, no entanto, por não ter sucesso, uma vez que o BCP condicionou a oferta à compra de 82,5% do capital social do BPI. A referida oferta acabaria por ser aceite por apenas 3,93% dos accionistas do BPI.

Outra decisão de relevo da AdC diz respeito à aprovação da aquisição da PGA pela TAP. Por forma a permitir a entrada de um novo operador no mercado da rota Lisboa-Porto, a AdC sujeitou esta operação de concentração a condições, já que, em virtude da fusão, a TAP passaria a ser o único operador neste mercado, com uma posição de monopólio.

Após o insucesso da oferta pública de aquisição lançada sobre a PT, o grupo Sonae liderou, em 2007, duas importantes operações de concentração:

- A aquisição da Tele 2 pela Sonaecom, a qual foi aprovada, sem limitações, pela AdC por não criar ou reforçar uma posição dominante; e
- A aquisição da Carrefour pela Sonae Distribuição, a qual abrangeu doze hipermercados em funcionamento, treze projectos de hipermercados e oito postos de abastecimento de combustíveis. A AdC impôs condições à Sonae Distribuição nos mercados do Montijo, Seixal, Barreiro, Paços de Ferreira, Penafiel, Grande Porto, Viana do Castelo, Coimbra e Portimão.

Por último, salientamos a notificação à AdC da aquisição pela TVCabo do controlo exclusivo da Bragatel, Pluricanal Leiria e Pluricanal Santarém, as quais desenvolvem as actividades de operador da rede de distribuição por cabo e de prestador de serviços de acesso à internet.

Em 2008 é, assim, de prever que a AdC venha a decidir esta operação de concentração e a impor condições à TV Cabo, uma vez que esta verá reforçada a sua posição dominante no mercado das comunicações por cabo.

3.2. Principais medidas legislativas

No âmbito das operações de concentração, a AdC aprovou um procedimento de “decisão simplificada” que permitirá a realização de uma análise menos complexa e mais célere dos processos de operações de concentração.

Nos processos em que se aplique o novo procedimento, a fundamentação da decisão final deverá passar a limitar-se aos elementos essenciais que a AdC considere indispensáveis à análise da operação de concentração.

Sem prejuízo de a aplicação deste procedimento ficar dependente da análise de cada operação, em regra, as operações que não causem uma alteração significativa da estrutura concorrencial do mercado, nomeadamente por estar em causa uma mera transferência de quota de mercado, podem ficar sujeitas ao procedimento de decisão simplificada.

De igual modo, podem seguir o referido procedimento as seguintes operações de concentração:

- As operações que consistam na constituição de uma empresa-comum, cuja actividade económica no mercado nacional venha a ser, provavelmente, negligenciável ou inexistente;
- As operações que não impliquem efeitos horizontais e/ou verticais significativos; e
- As operações que não consubstanciem uma operação de mercado ou que não se encontrem abrangidas pela obrigatoriedade de notificação também beneficiarão deste procedimento.

Nos casos, porém, em que seja necessário solicitar pedidos de elementos ou haja lugar a audiência dos interessados, a decisão da AdC não poderá assumir a forma de procedimento de “decisão simplificada”.

4. Auxílios de Estado

Em 2007, a actuação da Comissão Europeia implementou as seguintes medidas no domínio dos auxílios de Estado:

- Adopção de novo regulamento relativo aos auxílios *de minimis*;
- Lançamento de consulta pública sobre o novo regulamento geral de isenções por categoria;
- Adopção de novas medidas no âmbito dos serviços sociais de interesse económico geral; e
- Adopção de novas regras procedimentais.

No âmbito dos auxílios de *minimis*, a Comissão Europeia adoptou um novo regulamento de *minimis* – Regulamento (CE) n.º 1998/2006, de 15 de Dezembro de 2006 –, o qual prevê que os auxílios não superiores a um limiar

2007 – Um Ano em Revista: Concorrência

de 200 mil euros durante um período de três anos não afectam o comércio entre os Estados-Membros e/ou não falseiam nem ameaçam falsear a concorrência.

O referido limiar é fixado em 100 mil euros para as empresas que desenvolvam actividades no sector dos transportes rodoviários. Para as garantias, o limiar é, em geral, de 1,5 milhões de euros e de 750 mil euros, para as empresas do sector dos transportes rodoviários.

Ficam excluídos do âmbito de aplicação do novo regulamento de *minimis* os sectores de produção primária de produtos agrícolas, pesca, aquicultura e carvão, bem como os auxílios *de minimis* à exportação, os que favorecem a produção nacional em detrimento de produtos importados e os auxílios destinados às empresas em dificuldade.

Quanto às isenções por categoria, a Comissão Europeia lançou, em Abril de 2007, uma consulta pública sobre a versão provisória do regulamento geral das isenções por categoria, o qual deverá ser adoptado em 2008.

A Comissão Europeia pretende, assim, reunir num só documento o regime de várias isenções por categoria (auxílios às pequenas e médias empresas, auxílios à investigação e desenvolvimento para pequenas e médias empresas, auxílios aos trabalhadores deficientes ou em situação de desvantagem, auxílios à formação e auxílios regionais) e harmonizar matérias transversais às diferentes categorias de auxílios de Estado.

Para além das isenções já existentes, o novo regulamento inclui os auxílios ao ambiente e os auxílios na forma de capital de risco e alarga o âmbito dos auxílios à investigação e desenvolvimento às grandes empresas.

Por outro lado, verifica-se um alargamento das competências da União Europeia aos serviços sociais de interesse económico geral, os quais passam a estar incluídos no artigo 14.º, n.º 1 do novo Tratado da União Europeia e em protocolo anexo.

Cada autoridade competente dos Estados-Membros passará a ter que notificar a Comissão Europeia quando esteja em causa um serviço social de interesse económico geral nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 86.º. A obrigação de notificação não existirá, porém, nos financiamentos até 30 milhões por ano que se destinem a serviços sociais de interesse económico.

Relativamente aos auxílios destinados a hospitais e habitações sociais, não é estabelecido nenhum limite, mas os Estados-Membros terão de respeitar os requisitos enunciados no pacote da Comissão Europeia sobre os serviços de interesse económico geral.

No domínio dos auxílios de Estado, a Comissão Europeia adoptou ainda novas regras procedimentais ao introduzir formulários de notificação suplementares e a obrigação, a partir de 1 de Julho de 2008, de utilização de

um sistema de notificação electrónica e de um sistema de correio electrónico protegido. Este novo formulário de notificação permitirá a prestação de mais informações à Comissão Europeia.

5. Outras Medidas

No início de 2007, o Comité Económico e Social Europeu publicou um parecer sobre o Livro Verde da Comissão Europeia relativo às acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*¹.

No seu Livro Verde, a Comissão Europeia identificou como principais matérias, objecto de análise, no âmbito das acções de indemnização por incumprimento de regras concorrenciais: (i) o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade, (ii) o acesso aos elementos de prova, (iii) o cálculo da indemnização, (iv) os custos processuais, (v) a possibilidade de intentar acções colectivas e (vi) o foro competente e lei aplicável.

No âmbito desta iniciativa, a Comissão Europeia confirmou já estar a preparar um Livro Branco que concretizará algumas das questões suscitadas pelo Livro Verde, caminhando, assim, no sentido da introdução, num futuro próximo, de acções de indemnização por infracção ao direito europeu da concorrência.

Por outro lado, no sector da energia, a Comissão Europeia deu a conhecer as conclusões sobre o inquérito realizado, tendo identificando como principais entraves à concorrência: (i) a elevada concentração, (ii) a integração vertical da oferta, da produção e das infra-estruturas, (iii) a falta de integração entre os mercados dos Estados-membros e (iv) a eventual colusão entre os operadores tradicionais, a qual se reflecte na formação dos preços.

Com vista à remoção desses entraves, a Comissão Europeia defendeu, entre outras, a adopção das seguintes medidas: (i) lançamento de programas de liberalização dos mercados energéticos, (ii) separação efectiva entre a

¹ COM(2005) 672 final (19.12.2005)

propriedade das redes e o controlo das actividades de distribuição (separação vertical e horizontal), (iii) reforço substancial dos poderes dos reguladores independentes e (iv) necessidade de harmonização do modelo de mercado e o desenvolvimento da capacidade de interligação.

A Comissão Europeia recomendou ainda a realização de um forte investimento nas redes de gás natural liquefeito e uma ponderação entre os incentivos *ex ante* ao investimento e o fomento da concorrência *ex post* mediante a concessão de uma isenção de regulação aos investimentos nas infra-estruturas.

No âmbito do sector dos seguros, a Comissão Europeia publicou um relatório final sobre o inquérito por si realizado, no qual salienta a sua preocupação relativamente à prática de alinhamento de prémios, conflitos de interesses e falta de transparência na forma como os intermediários são tipicamente remunerados.

A Comissão Europeia considerou ainda que o regulamento de isenção por categoria para o sector dos seguros, cuja vigência termina em 2010, deverá continuar a aplicar-se depois dessa data. Contudo, essa matéria será novamente revista em Março de 2009.

Por último, é de salientar a assinatura, em Lisboa, do Novo Tratado Reformador da União Europeia (também conhecido por “Tratado de Lisboa”), o qual visa substituir o projecto de “Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa” aprovado em 2004 e que não chegou a entrar em vigor por não ter sido ratificado pelos Estados francês e holandês.

O Tratado Reformador da União Europeia ficará agora dependente de ratificação por parte dos vinte e sete Estados-Membros, vigorando até essa data o Tratado de Nice. Em Portugal, o Primeiro-Ministro já confirmou a opção pela ratificação parlamentar, prescindindo da realização de uma consulta popular.

6. Conclusões

Cinco anos após a criação da AdC, a sua actividade tem-se revelado eficaz na detecção e condenação de práticas restritivas da concorrência, em particular no domínio dos cartéis e abuso de posição dominante.

Em 2007, verificou-se precisamente um reforço da actuação da AdC no combate a práticas restritivas da concorrência, tendo várias empresas sido condenadas por cartelização e abuso de posição dominante, nomeadamente a PTC no âmbito da queixa da Tvtel e Cabovisão. Por outro lado, neste domínio, algumas das decisões da AdC foram judicialmente confirmadas, como aconteceu nos casos dos cartéis do sal e da Ordem dos Médicos.

2007 – Um Ano em Revista: Concorrência

A actuação da AdC reflectiu-se igualmente no âmbito das operações de concentração, uma vez que ao sujeitar a aprovação de determinadas operações à imposição de obrigações, tem impulsionado a concorrência no mercado nacional.

A adopção de um procedimento de “decisão simplificada” nos processos de operações de concentração vem ainda permitir que as decisões da AdC se tornem mais céleres neste domínio.

A nível comunitário, o ano de 2007 ficou marcado pela comemoração dos 50 anos do Direito Comunitário da Concorrência, perspectivando-se que, nos próximos tempos, a Comissão Europeia venha a adoptar importantes medidas no domínio das práticas restritivas com vista à revisão do regime de clemência, adopção de um modelo de programa de imunidade e redução das coimas da rede europeia da concorrência.

No âmbito das operações de concentração, a Comissão Europeia deverá preparar um conjunto de orientações sobre concentrações verticais e fusões de empresas que operem em diferentes áreas e, no domínio dos auxílios de Estado, concretizar as medidas adoptadas, em 2007, com vista à implementação de um plano de acção neste domínio.

Por último, espera-se que, no decurso do ano de 2008, a Comissão Europeia venha a publicar o Livro Branco sobre as conclusões retiradas do Livro Verde sobre as acções de indemnização por práticas restritivas da concorrência. Embora a implementação deste tipo de acções judiciais não seja isenta de dificuldades, a possibilidade de um particular poder ser ressarcido pelos danos resultantes de práticas restritivas poderá vir a representar um grande avanço na efectivação do direito da concorrência.