



- I ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2010, NO PROCESSO C-543/08 "GOLDEN SHARES" DO ESTADO PORTUGUÊS NA EDP
- II NOVAS REGRAS DE CONCORRÊNCIA DA UE PARA OS ACORDOS DE COOPERAÇÃO HORIZONTAL
- III DESTAQUES NACIONAIS
- IV DESTAQUES UE

I – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2010, NO PROCESSO C-543/08 "GOLDEN SHARES" DO ESTADO PORTUGUÊS NA EDP

Introdução

No passado dia 11 de Novembro, o Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE") emitiu mais uma decisão relativa à detenção de direitos especiais pelo Estado Português ("Estado"). Após a decisão de 8 de Julho de 2010, relativa às acções privilegiadas ("*golden shares*") detidas pelo Estado na Portugal Telecom (processo número C-171/08), o TJUE confirmou no presente acórdão que os direitos especiais detidos pelo Estado Português na EDP – Energias de Portugal (doravante "EDP"), não são compatíveis com as disposições do tratado relativas à livre circulação de capitais.

O TJUE deu assim provimento ao pedido da Comissão Europeia ("Comissão"), declarando que o Estado, ao manter direitos especiais por intermédio de "*golden shares*" na EDP, se encontra em violação das obrigações impostas pelos artigos 56.º e 43.º TCE (que correspondem aos actuais artigos 63.º e 49.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ("TFUE")), relativos à liberdade de movimentos de capitais e ao direito de estabelecimento no mercado interno europeu.

Antecedentes do litígio

Decorrente da reestruturação operada em Portugal desde o início dos anos 90 do século XX no sector da energia eléctrica, a EDP, criada por Decreto-Lei como empresa pública em 1976, foi, em 1991, transformada em sociedade anónima no âmbito da Lei n.º 11/90, de 5 de Abril (Lei-Quadro das Privatizações - "LQP"), processo que continua, presentemente, a decorrer, esperando-se que ocorra, durante o ano de 2011, a 8ª fase de privatização do seu capital social.

Em consequência da possibilidade prevista pela LPQ de criação de acções privilegiadas que concedem ao Estado, entre outros, o direito de vetar alterações do pacto social e deliberações relativas a determinadas matérias aí previstas, assim como os poderes definidos nos estatutos da EDP, resulta que algumas das deliberações a tomar com vista aos aspectos fundamentais desta sociedade carecem de parecer favorável do Estado.

Em 18 de Outubro de 2006, a Comissão veio pôr em causa a conformidade com o direito europeu da possibilidade de detenção pelo Estado dessas acções privilegiadas das quais advêm direitos especiais, nomeadamente, "o direito de veto relativamente a determinadas deliberações da assembleia-geral dos accionistas desta sociedade e o direito de designar um administrador, nas situações em que o Estado votar contra a proposta que fizer vencimento na eleição dos administradores, e a isenção do Estado do tecto de voto de 5% previsto relativamente à emissão de votos", conforme resulta dos Estatutos da EDP.

Tendo, o Estado sido notificado para se pronunciar, e tendo a resposta por este dada sido considerada pela Comissão como insatisfatória, a 30 de Outubro de 2007 esta

intentou a referida acção junto do TJUE (à época Tribunal de Justiça das Comunidades).

Acórdão proferido

Após considerar improcedentes os argumentos aduzidos pelo Estado a título liminar, relativamente à (in)admissibilidade da acção, o TJUE, quanto ao mérito da causa, considerou que, “o direito de veto de que o Estado português dispõe relativamente a um número considerável de deliberações importantes, e nomeadamente relativamente a qualquer alteração dos estatutos da EDP, implica que a influência do Estado português só pode ser reduzida se o próprio Estado o autorizar”.

De acordo com o disposto no acórdão, a influência do Estado na gestão da EDP é susceptível de “desencorajar os investimentos directos de operadores de outros Estados Membros” principalmente porque estes “não podem participar na gestão e controlo da sociedade na proporção do valor das suas participações”.

O TJUE considerou ainda que o argumento justificativo de uma eventual restrição da livre circulação de capitais e liberdade de estabelecimento, apresentado pelo Estado Português, de que a detenção das “*golden shares*” e dos direitos especiais a elas associados na EDP tinham a sua justificação no facto de visarem “garantir a segurança do abastecimento energético, em caso de crise, de guerra ou de terrorismo”, não deveria proceder, podendo tal fundamento servir apenas “em caso de ameaça real e suficientemente grave a um interesse da sociedade”.

A final, o TJUE decidiu que as “*golden shares*” detidas pelo Estado na EDP “constituem uma restrição não justificada à livre circulação de capitais”, sendo por isso, contrárias ao Direito da União Europeia.

Execução da Decisão

Uma vez que a decisão do TJUE apenas tem efeitos declaratórios, não sendo esta passível de recurso, fica o Estado obrigado a tomar medidas para pôr cobro aos direitos especiais que detém na EDP. Caso o Estado não cumpra com a obrigação decretada pelo tribunal, poderá então a Comissão recorrer ao TJUE para que seja aplicada ao Estado uma sanção pecuniária enquanto se verificar a manutenção da situação de incumprimento.

Conclusão

Esta decisão, conforme já referido, vem explicitar o entendimento das instâncias europeias relativamente à possibilidade da existência de “*golden shares*”, reiterando e apoiando assim a posição da Comissão à existência das mesmas.

O Estado português tem, naturalmente, posição diversa, ainda que não disponha de alternativas para se opor a esta decisão, podendo contudo procurar salvaguardar, através de vias alternativas, o interesse estratégico nacional inerente às empresas em questão, neste caso em particular, na EDP.

II – NOVAS REGRAS DE CONCORRÊNCIA DA UE PARA OS ACORDOS DE COOPERAÇÃO HORIZONTAL

Introdução

A Comissão publicou, em 14 de Dezembro de 2010 as novas regras de concorrência aplicáveis aos acordos de cooperação horizontal, compreendendo, por um lado, a

revisão das Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal¹ (“novas Orientações”), e por outro, a minuta de Regulamento relativo à aplicação do artigo 101.º n.º 3 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de especialização² (“novo Regulamento de Isenção de acordos de especialização”) e a minuta de Regulamento relativo à aplicação do artigo 101.º n.º 3 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento³ (“novo Regulamento de Isenção de I&D”) (em conjunto “novos Regulamentos de Isenção”).

Novas Orientações

As novas Orientações têm como objectivo clarificar e proporcionar às empresas um quadro pormenorizado que lhes permita realizar uma melhor análise sobre a conformidade dos seus acordos de cooperação com a regulamentação europeia.

A nova reforma tem como elementos essenciais a adopção de uma secção inteiramente dedicada ao intercâmbio de informações entre concorrentes, e uma revisão substancial da secção sobre acordos de normalização. Estruturalmente, foi eliminada das novas Orientações a secção dedicada aos acordos em material ambiental, sendo estes mencionados nas diversas secções relevantes.

Relativamente ao intercâmbio de informações, as novas Orientações reconhecem por um lado, que este pode aumentar a concorrência, por combater assimetrias de informações, permitindo a redução de custos, quer das próprias empresas, quer dos consumidores. Por outro lado, é evidenciada a existência de situações em que o intercâmbio de informações poderá ter efeitos nefastos na concorrência, como sendo, por exemplo, a colusão.

Na nova secção sobre normalização, a Comissão concentra-se nos acordos de normalização, assim como os seus termos e condições, tentando promover um sistema de normalização aberto e transparente. São estabelecidos os critérios que devem ser respeitados para que o referido acordo beneficie da “esfera de admissibilidade automática”.

Novos Regulamentos de Isenção

Os novos Regulamentos de Isenção estabelecem as novas regras para que os acordos de especialização e os acordos de I&D possam beneficiar da “esfera de isenção automática”. Apesar de na sua maioria, as regras dos anteriores regulamentos se terem mantido, a Comissão apresentou alguns desenvolvimentos nos novos regulamentos.

O novo Regulamento de Isenção de acordos de especialização clarifica diversos aspectos, como seja o seu âmbito de aplicação, abrangendo acordos de produção em conjunto, acordos de especialização unilateral e recíproca. Também se esclarece que, relativamente a produtos intermediários, o limiar de mercado de 20% se aplica quer ao mercado para o produto intermediário quer ao mercado de produto a jusante. Relativamente ao novo Regulamento de Isenção de I&D, a Comissão essencialmente ampliou o seu âmbito, abrangendo, além das actividades de I&D em conjunto, os acordos “contra remuneração”, e outras possibilidades de exploração conjunta, incluindo situações onde é atribuída a uma parte uma licença exclusiva pela outra para explorar os resultados da I&D.

¹ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/horizontal_guidelines_pt.pdf.

² http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/specialisation_ber_pt.pdf.

³ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/research_development_ber_pt.pdf.

Entrada em vigor

Estes novos documentos vêm substituir as Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal de 2001⁴ e os Regulamentos de Isenção de 2000 aplicáveis a estes mesmos sectores⁵. Após um processo de revisão de dois anos, as novas Orientações entraram em vigor aquando da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia ("JOUE")⁶, e os novos Regulamentos de Isenção entraram já em vigor a 1 de Janeiro de 2011, apesar de preverem um período transitório dos anteriores regulamentos por um período de dois anos para os acordos por estes abrangidos mas já não pelos novos Regulamentos.

Conclusão

As novas regras da Comissão, além de uma maior transparência, colocam nas empresas um ónus mais pesado ao efectuarem a sua própria avaliação dos riscos de concorrência inerentes aos futuros acordos de cooperação que celebrarem, assim como a reverem os acordos existentes tendo em vista a sua adequação às novas regras ou até a sua alteração de acordo com as novas possibilidades agora admitidas pelos novos regulamentos.

III- DESTAQUES NACIONAIS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Decisão do Tribunal da Relação de Lisboa no Processo PT Comunicações c. Autoridade da Concorrência

O Tribunal da Relação de Lisboa proferiu em 20 de Dezembro de 2010 a sua decisão no Processo PT Comunicações, S.A. ("PTC") c. Autoridade da Concorrência ("AdC") (Processo n.º 1065/07.0TYLSB) relativo à multa aplicável pela AdC àquela empresa, no valor de EUR 38 milhões, por abuso de posição dominante.

No seguimento da sentença do Tribunal de Comércio datada de 2 de Março de 2010, que tinha dado provimento ao recurso da PTC contra a decisão da AdC de 1 de Agosto de 2007 de condenação da prática de contra-ordenações por abuso de posição dominante por recusa de acesso a uma infra-estrutura essencial de telecomunicações (rede de condutas PTC), o Tribunal da Relação veio confirmar na sua totalidade a sentença daquele tribunal. O Tribunal veio igualmente concluir que não foi feita prova de que as condutas da PTC cujo acesso foi restringido à TV Tel e à Cabovisão fossem infra-estruturas essenciais à prestação dos serviços de televisão por subscrição, de acesso à Internet e de voz fixa.

A decisão deste Tribunal, da qual não cabe recurso, veio assim pôr fim a este longo processo, absolvendo definitivamente a PTC das referidas acusações.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

AdC apresenta Relatório Final sobre relações comerciais entre a Grande Distribuição Alimentar e Fornecedores

A AdC apresentou, em 6 de Outubro de 2010, em audição parlamentar o Relatório Final sobre relações comerciais entre a Grande Distribuição Alimentar e Fornecedores ("Relatório").

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:003:0002:0030:PT:PDF>.

⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:304:0003:0006:PT:PDF> e <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:304:0007:0012:PT:PDF>.

⁶ As Orientações foram publicadas no JOUE a 14 de Janeiro de 2011 (2011/C 11/01).

No seguimento do Relatório preliminar da AdC, divulgado em 5 de Janeiro de 2010, a presente análise surge em resposta a um alegado desequilíbrio nas relações comerciais entre fornecedores e distribuidores (grandes grupos retalhistas “GGR”) nos mercados da produção, aprovisionamento e grande distribuição alimentar. Através do Relatório, a AdC apresentou um conjunto de recomendações, incluindo a necessidade de Códigos de Condutas entre as partes, a regulamentação de práticas comerciais e o reforço da recolha, tratamento e difusão de informação estatística de preços e quantidades ao longo da cadeia de abastecimento alimentar.

As preocupações suscitadas, apesar de não serem enquadradas estritamente como práticas restritivas, abusos de posição dominante ou de dependência económica (artigos 4.º, 6.º e 7.º da Lei da Concorrência, respectivamente), encontram-se norteadas pelos fins de “promoção da concorrência, [d]o equilíbrio e [d]a transparência entre agentes económicos e uma intervenção mais eficaz das entidades com responsabilidades na matéria”.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Autoridade da Concorrência lança Consultas públicas sobre Linhas de Orientação sobre compromissos e processos de práticas restritivas

A AdC lançou em 17 Novembro e 28 de Dezembro de 2010 duas consultas públicas sobre as Linhas de Orientação sobre a Adopção de Compromissos em Controlo de Concentrações (“Linhas de Orientação de Compromissos”) e as Linhas de Orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 4.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (“Linhas de Orientação de Práticas Restritivas”), respectivamente.

Na sua proposta de Linhas de Orientação de Compromissos a AdC pretendeu facultar um conjunto de indicações relativas à selecção, desenho, execução e monitorização de compromissos no âmbito de processos de controlo prévio de operações de concentração de forma a promover a transparência, eficiência, celeridade e segurança jurídica dos mesmos. A AdC, com base na sua experiência e de outras entidades, em especial da Comissão, procurou assim proporcionar, às empresas que delas careçam, uma ajuda na selecção e apresentação de compromissos, quer de natureza comportamental quer estrutural, para as operações que possam suscitar problemas jusconcorrenciais. Este documento encontra-se aberto à apresentação de observações (após uma prorrogação do prazo) até dia 15 de Janeiro de 2011.

Relativamente à proposta de Linhas de Orientação de Práticas Restritivas, a AdC teve como objectivo, na decorrência da sua prática, divulgar aos interessados o *modus operandi* desta entidade na instrução dos processos relativos a práticas restritivas, de forma a proporcionar igualmente uma transparência e previsibilidade dos mesmos, com efeitos na eficiência daqueles. O documento, que expõe exaustivamente todas as fases do processo, encontra-se em consulta pública até ao dia 31 de Janeiro de 2011.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Decisão do Tribunal da Relação de Lisboa no Processo Empresas da Indústria Farmacêutica c. Autoridade da Concorrência

O Tribunal da Relação de Lisboa proferiu, a 15 de Dezembro de 2010, a sua decisão no Processo Empresas da Indústria Farmacêutica c. Autoridade da Concorrência (Processo n.º 350/08.8TYLSB) relativo à multa aplicada pela AdC àquelas por concertação de preços praticada em concursos públicos hospitalares para efeitos de fornecimento de reagentes de determinação de glicose no sangue.

Esta decisão encerra mais uma etapa no processo que se iniciou com a queixa apresentada à AdC pelo Centro Hospitalar de Coimbra ("CHC"), sobre os preços propostos pelas várias empresas concorrentes no referido concurso público.

O acórdão do Tribunal da Relação, emitido na sequência de recurso interposto por três das arguidas após sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, manteve a coima de € 3.000.000,00 aplicada por este tribunal a uma das arguidas (Abbot Laboratórios, Lda.). Relativamente a outra das recorrentes, a Menarini Diagnósticos, Lda., o Tribunal da Relação reduziu o montante da coima aplicada pelo Tribunal de Comércio para € 1.000.000,00 por ter considerado que se tratou de uma única infracção cometida ao longo de um determinado período temporal. Quanto à terceira e última recorrente, a Johnson & Johnson, Lda., o tribunal declarou agora extinto o procedimento contra-ordenacional uma vez que esta recorrente já havia pago o montante relativo à coima aplicada.

Com esta decisão o TRL reiterou o sancionamento de uma prática que é, normalmente tida como a mais gravosa das práticas anti-concorrenciais, devido aos efeitos nefastos que tem no processo concorrencial, do ponto de vista do direito da concorrência, quer nacional quer internacional.

IV- DESTAQUES UE

COMISSÃO EUROPEIA

Comissão torna vinculativos os compromissos assumidos pela Visa Europe

Em 8 de Dezembro de 2010 a Comissão anunciou⁷ a sua decisão, nos termos do artigo 9.º do Regulamento 1/2003, de aceitar, tornando vinculativos, os compromissos propostos pela Visa Europe.

Os referidos compromissos surgem na sequência da Nota de Ilicitude enviada pela Comissão à Visa Europe em Abril de 2009, com as alegações de que as suas taxas de intercâmbio multilateral ("TIM") eram prejudiciais à concorrência entre os bancos dos comerciantes, inflacionavam os custos dos comerciantes pela aceitação de cartões de pagamento e, por fim, aumentavam os preços dos consumidores. A Visa Europe comprometeu-se, assim, a reduzir a TIM média ponderada máxima sobre as transacções transfronteiriças e nacionais em vários países do EEE para 0,2%. Os países beneficiados com a redução da TIM doméstica cingem-se àqueles onde a taxa é estabelecida pela Visa Europe em vez das associações de bancos locais.

Prevê-se assim que estas medidas reduzam em 30% o nível das taxas de intercâmbio cobradas nas transacções internacionais realizadas dentro da União Europeia e em 60% nas transacções domésticas realizadas nos países relacionados. Estes compromissos serão válidos por um período de quatro anos, sujeitos a monitorização, não abrangendo, contudo, as taxas cobradas nas operações com cartões de crédito, que continuam a ser objecto da investigação da comissão.

COMISSÃO EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de Outubro de 2010, no processo C-280/08P Deutsche Telekom AG c. Comissão

O Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE"), proferiu, em 14 de Outubro de 2010, um acórdão no processo C-280/08P Deutsche Telekom AG c. Comissão relativo

⁷ <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1684&format=HTML>.

à coima imposta pela Comissão àquela empresa, no valor de EUR 12,6 milhões por abuso de posição dominante nos mercados de telefonia fixa na Alemanha.

O presente recurso, interposto pela Deutsche Telekom, teve como objecto a sentença do Tribunal Geral da União Europeia ("TGUE") de 10 de Abril de 2008, alegando que este continha erros de direito no tratamento da regulação das actividades da recorrente pela RegTP enquanto autoridade regulamentar nacional competente, na aplicação do artigo 82.º CE, e no cálculo das coimas, por não ter sido tida em conta a regulação tarifária.

O Tribunal julgou todos estes fundamentos improcedentes, mantendo assim a decisão anterior que declarou que a Comissão tinha legitimidade em impor a referida coima à arguida pela prática de um abuso sob a forma de "compressão das margens" (*margin squeeze*), resultante de uma relação desajustada entre as tarifas grossistas dos serviços de acesso à rede local e as tarifas a retalho dos serviços que presta aos utilizadores finais. Não obstante o Tribunal concordar que não se pode excluir a possibilidade de as autoridades regulamentares nacionais terem, no caso, violado o direito da União e, podendo a Comissão, efectivamente optar por intentar uma acção por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE contra a República Federal da Alemanha, esses factos foram considerados irrelevantes para a acção em causa, tendo o teste utilizado e a natureza da infracção sido considerados como adequados às circunstâncias.

COMISSÃO EUROPEIA

Prorrogação do quadro temporário da UE em matéria de auxílios estatais no contexto da crise financeira e económica a partir de 1 de Janeiro de 2011

Em 1 de Dezembro de 2010 a Comissão decidiu, através da adopção de diversas comunicações⁸, prorrogar o quadro temporário da UE em matéria de auxílios estatais no contexto da actual crise financeira e económica a partir de 1 de Janeiro de 2011.

Em face da gradual recuperação económica na União, e apesar de alguma fragilidade ainda existente nos mercados financeiros, a Comissão, com vista à progressiva eliminação do regime temporário aplicável aos auxílios estatais durante este período de crise, decidiu alargar o âmbito temporal de vigência da regulamentação especial até final de 2011, mantendo algumas medidas de apoio ao acesso ao financiamento. Foram também introduzidas condições mais restritivas de forma a facilitar o retorno às medidas aplicáveis aos auxílios estatais normais, e limitar o impacto da prorrogação deste enquadramento temporário na concorrência.

Assim, e de acordo com o previsto no âmbito desta regulamentação extraordinária, a Comissão decidiu autorizar a prorrogação do regime de auxílios de minimis no montante de 500.000 euros a Portugal até 31 de Dezembro de 2011.

⁸ Comunicação da Comissão relativa ao Quadro temporário da União relativo às medidas de auxílio estatal destinadas a apoiar o acesso ao financiamento durante a actual crise financeira e económica (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temporary_framework_pt.pdf), Comunicação sobre a aplicação, a partir de 1 de Janeiro de 2011, das regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/banks_pt.pdf), Comunicação da Comissão que altera o período de aplicação da Comunicação da Comissão aos Estados-Membros nos termos do n.º 1 do artigo 93.º do Tratado CE relativa à aplicação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado ao seguro de crédito à exportação em operações garantidas a curto prazo (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/export_credit_insurance_pt.pdf) e Comunicação da Comissão que altera as orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais e capital de risco a pequenas e médias empresas (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_temporary_measures/risk_capital_guidelines_pt.pdf).

COMISSÃO EUROPEIA

Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia, de 15 de Dezembro de 2010, no processo T-141/08 E. ON Energie c. Comissão

O TGUE proferiu, em 15 de Dezembro de 2010, um acórdão no processo T-141/08 E. ON Energie c. Comissão relativo à coima de EUR 38 milhões imposta àquela empresa pela quebra de um selo durante uma inspeção da Comissão.

O presente recurso, interposto pela E.ON Energie, teve como objecto a anulação ou a redução da coima imposta pela Comissão na sua decisão de 30 de Janeiro de 2008. O TGUE julgou contudo improcedentes os argumentos da arguida, declarando a legalidade da decisão da Comissão, considerando que a quebra de selo foi, no mínimo negligente, não sendo o valor da coima imposto desproporcional à infracção ocorrida, assim como ao efeito dissuasor que se pretende.

Da referida decisão poderá ainda ser interposto pela ora recorrente recurso para o TJUE, somente relativamente às questões de direito, no prazo de dois meses da notificação da decisão.

CONTACTOS

LISBOA

Praça Marquês de Pombal, 2 (e 1-8º) • 1250-160 Lisboa
Tel. (351) 21 355 3800 • Fax (351) 21 353 2362
lisboa@gpcb.pt • www.gpcb.pt

PORTO

Avenida da Boavista, 3265-7º • 4100-137 Porto
Tel. (351) 22 616 6920 • Fax (351) 22 616 6949
porto@gpcb.pt • www.gpcb.pt

CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA & ASSOCIADOS, RL
Sociedade de Advogados de Responsabilidade Limitada

A presente Newsletter foi elaborada pela Cuatrecasas, Gonçalves Pereira & Associados, RL com fins exclusivamente informativos, não devendo ser entendida como forma de publicidade. A informação disponibilizada bem como as opiniões aqui expressas são de carácter geral e não substituem, em caso algum, o aconselhamento jurídico para a resolução de casos concretos, não assumindo a Cuatrecasas, Gonçalves Pereira & Associados, RL qualquer responsabilidade por danos que possam decorrer da utilização da referida informação. O acesso ao conteúdo desta newsletter não implica a constituição de qualquer tipo de vínculo ou relação entre advogado e cliente ou a constituição de qualquer tipo de relação jurídica. A presente newsletter é gratuita e a sua distribuição é de carácter reservado, encontrando-se vedada a sua reprodução ou circulação não expressamente autorizadas.



I	RULING OF THE COURT OF JUSTICE IN THE EDP – ENERGIAS DE PORTUGAL COMPETITION AUTHORITY CASE
II	NEW EU COMPETITION RULES ON HORIZONTAL CO-OPERATION AGREEMENTS
III	NATIONAL HIGHLIGHTS
III	EU HIGHLIGHTS

I – RULING OF THE COURT OF JUSTICE, OF 11 NOVEMBER, IN CASE C-543/08 “GOLDEN SHARES” OF THE PORTUGUESE STATE IN EDP

Introduction

On 11 November 2010 the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) issued another ruling regarding the holding of special rights by the Portuguese State (“State”). After the ruling issued on 8 July 2010, concerning the “golden shares” held by the State in Portugal Telecom (Case No. C-171/08), the CJEU confirmed in the present ruling that the special rights held by the Portuguese State in EDP – Energias de Portugal (“EDP”), are not compatible with the provisions set forth in the EC Treaty pertaining to the free movement of capitals.

The Court upheld the European Commission’s (“Commission”) request, declaring that the State, by maintaining special rights allocated through the EDP’s golden shares in EDP is infringing its obligations under articles 56 and 43 of the EC Treaty (which correspond to articles 63 and 49 of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”)), pertaining to the free movement of capitals and to the right of establishment in the European internal market.

Background of the Dispute

Due to the restructuring operated in Portugal in the early 1990’s in the electricity sector, EDP, incorporated by Law-Decree as a public company in 1976 was transformed, in 1991, into a share company under the scope of Law No. 11/90, of 5 April (Framework Law on Privatisations - “FLP”), in an ongoing procedure, being the conclusion of the 8th phase of privatization expected to occur during the course of 2011.

From the possibility given by the FLP to issue golden shares which grant the State, amongst other rights, the possibility to veto changes to the company’s by-laws and corporate resolutions regarding certain matters indicated therein, as well as the powers contained in EDP’s by-laws, results that some resolutions regarding fundamental management aspects concerning the company require the vote of the State for its approval.

On 18 October 2006, the Commission questioned the compliance of the possibility of the State holding golden shares from which special rights emerge with European Union Law, notably the “right of veto in respect of certain resolutions of the general meeting of the company’s shareholders” and the “right to appoint a director, where the State has voted against the nominees successfully elected as directors, and the exemption of the State from the voting ceiling of 5% laid down in relation to the casting of votes”, as results from EDP’s by-laws.

Having the State been notified to reply and having the response provided by the State been deemed inadequate by the Commission, on October 30 of 2007 the Commission

filed a complaint with the CJEU (at the time the Court of Justice of the European Communities).

Ruling of the Court

After dismissing the arguments put forward at the outset by the State, regarding the (in)admissibility of the proceedings, the CJEU, concerning the merits of the case found that the right of veto of which the State may make use “regarding the adoption of a large number of significant resolutions” and, namely, regarding “any resolution involving an amendment of EDP’s articles of association”, implies that “the influence of the Portuguese State on EDP cannot be reduced except with the consent of that State itself”.

According to what is laid down in the ruling issued by the CJEU, the influence of the State on the management and control of EDP may have the effect of discouraging “operators from other Member States from making direct investments in EDP” mostly due to the fact that they “could not be involved in the management and control of that company in proportion to the value of their shareholding”.

The Court further considered that the justifying argument to an eventual restriction to the free movement of capital and freedom of establishment, presented by the State defending that the State itself could hold golden shares and, therefore, the special rights connected with the former in EDP, were justified by the fact that they had the purpose of ensuring “a secure energy supply in that Member State in case of crisis, war or terrorism”, could not be upheld, and would be taken as a ground in the event of a “genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society”.

Ultimately, the Court decided that the golden shares held by the State in EDP and the special rights allocated in connection with such shares are an unjustified restriction to free movement of capital and, as such, contrary to European Union Law.

Execution of the Decision

Considering that the CJEU’s decision has mere declaratory effects, and cannot be object of an appeal, the State is obliged to adopt the necessary measures in order to divest the special rights held in EDP. In the event of non compliance, by the State, with the obligations imposed by the Court, the Commission will then be able to resort to the CJEU in order for the latest to apply a penalty payment whilst the State’s failure to comply remains.

Conclusion

This decision, as previously stated, reiterates the position of the European Courts and Authorities regarding the possibility of the existence of “golden shares”, endorsing the Commission in its opposition to the existence of such shares.

The State naturally adopts a different position, although it does not have any alternative means to object to this decision. However, it has the possibility to try to safeguard, through alternative means, the key national interest inherent to the companies in question, in this particular case, to EDP.

II – NEW EU COMPETITION RULES ON HORIZONTAL CO-OPERATION AGREEMENTS

Introduction

The Commission published, on 14 December 2010, the new competition rules on horizontal co-operation agreements, including, on the one hand, the revised Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements⁹ ("new Guidelines") and, on the other hand, the draft Regulation on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements ("new specialization BER") and the draft Regulation on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements¹⁰ ("new R&D BER") (together "new BERs").

The new Guidelines

The new Guidelines have the purpose of clarifying and presenting to the undertakings a detailed framework that enables them to carry on a better assessment on the conformity of their agreements with the European legislation.

The key features of this revision consist on the introduction of a new section fully dedicated to information exchanges between competitors, and the substantial revision of the section on standardization agreements. In terms of configuration, the new Guidelines do not present anymore a separate chapter on environmental agreements, being those assessed on the different relevant sections.

Regarding the information exchanges, the new Guidelines acknowledge, on the one side, that these may enhance competition, through the avoidance of information asymmetries, allowing a cost reduction, both for the undertakings themselves and for consumers. On the other hand, it is noticed that some situations of exchanges of information may have anticompetitive effects, such as collusion.

In the new standard-setting section, the Commission focuses on standardization agreements, as well as their terms and conditions, with a view to promote an open and transparent standard-setting system. It further establishes the criteria that must be fulfilled in order for the referred agreement to fall inside the "safe harbor" threshold.

New BERs

The new BERs establish the new rules that the specialisation and R&D agreements must meet to fall inside the "safe harbor" threshold. Although most of the previous regime was maintained, the Commission presented some developments in the new regulations.

The new specialization BER clarifies certain issues, such as the scope of the exemption, as to cover joint production, unilateral specialization and reciprocal specialization. It also explains that, where intermediary products are concerned, the 20% market share threshold applies both to the intermediary product and the downstream product.

As regards the R&D BER, the Commission essentially expanded its scope, covering, besides the R&D activities carried out jointly, the "paid-for research" agreements, and other possibilities of joint exploitation, such as situations where one party is granted exclusive licence by the other to exploit the R&D results.

⁹ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/horizontal_guidelines_en.pdf.

¹⁰ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/research_development_ber_pt.pdf.

Entry into force

These new documents replace the 2001 Guidelines on horizontal co-operation agreements¹¹ and the 2000 BERs applicable to the same activities¹². Following a two year revision process, the new Guidelines entered into force upon publication in the Official Journal of the European Union ("OJEU")¹³ and the new BERs have entered into force on 1 January 2011, despite comprising a transitional period of two years for the previous regulations, with regard to the agreements which fall within the scope of the latter and not of the new BERs.

Conclusion

The new Commission rules, besides a further transparency, give the undertakings an enhanced burden for the self assessment of the competition risks of their co-operation agreements, as well as for the revision of the existing agreements, in what concerns their compliance with the new regulations and its amendment in view of the possibilities of the new regulations.

III – NATIONAL HIGHLIGHTS

COMPETITION AUTHORITY

Decision of the Lisbon Court of Appeal in the Case PT Comunicações v. Competition Authority

On 20 December 2010, the Lisbon Court of Appeal issued his decision on the Case PT Comunicações, S.A. ("PTC") v. Competition Authority ("AdC") (Case no. 1065/07.0TYLSB) regarding the fine imposed by the AdC to the former in the amount of EUR 38 million for the abuse of its dominant position.

Following the ruling of the Lisbon Court of Commerce of 2 March 2010, which upheld the appeal of the PTC against the AdC's decision of 1 August 2007 of condemning the former for the practice of offences involving the abuse of a dominant position by means of the denial of access to essential telecommunications infrastructure (the PTC conduit network), the Lisbon Court of Appeals confirmed the ruling of the former Court in its entirety. The Lisbon Court of Appeal also concluded that the AdC did not show proof that the PTC conduits which access was denied to TV Tel and Cabovisão were an essential infra-structure to the provision of pay-TV, broadband internet and fixed-line telephone services.

This ruling cannot be subject to an appeal, thus putting an end to this long proceeding, definitively acquitting PTC from the referred accusations.

COMPETITION AUTHORITY

AdC publishes the Final Report on Commercial Relations between the Large Retail Groups and their Suppliers

On 6 October 2010 the AdC presented, at a Parliament's hearing, its Final Report on Commercial Relations between the Large Retail Groups and their Suppliers ("Report").

¹¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:003:0002:0030:PT:PDF>.

¹² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:304:0003:0006:EN:PDF> e <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:304:0007:0012:EN:PDF>.

¹³ The Guidelines were published in the OJEU on 14 January 2011 (2011/C 11/01).

Following the AdC's preliminary report, published on 5 January 2010, the current analysis appears as an answer to an eventual unbalanced commercial relationship between suppliers and distributors (large food retail) in the markets for the production, supply and large food retail. Through this Report, the AdC presented a group of recommendations, including the need for Codes of Conduct between the parties, the regulation of commercial practices and the strengthening of the collection, treatment and the disclosure of statistic information regarding prices and quantities in the whole food supply chain.

The concerns rised, although they cannot be defined as restrictive practices, abuses of dominant position or economic dependence (articles 4, 6 and 7 of the Competition Law, respectively), were determined by purposes of "promotion of competition, balance and transparency between the economic agents and a more effective intervention of the responsible entities".

COMPETITION AUTHORITY

AdC launches public consultations on the Guidelines on the Adoption of Commitments and on the conduct of restrictive practices' proceedings

On 17 November and 28 December 2010 the AdC launched two public consultations regarding the Guidelines on the Adoption of Commitments on merger control proceedings ("Guidelines on Commitments") and the Guidelines on the conduct of proceedings regarding the application of articles 4, 6 and 7 of Law No. 18/2003, of 11 June ("Guidelines on Restrictive Practices"), respectively.

In the Guidelines on Commitments, the AdC intended to provide a group of statements regarding the selection, definition, execution and monitoring of commitments in the ambit of proceedings of merger control as to promote the transparency, efficiency, swiftness and legal certainty of the same. The AdC, based on its own experience and the one from other entities, notably the Commission, tried to offer the companies which require so, help in the selection and presentation of commitments, either from a natural or structural nature, to the transactions that may give rise to competition issues. This document is open to the presentation of observations (after a deadline extension) until 15 January 2011.

Regarding the Guidelines on Restrictive Practices, the AdC's purpose, subsequent to its experience, was to disclose the interested parties the *modus operandi* of this authority in the investigation of the cases concerning restrictive practices, in order to also enable the transparency and predictability of the same, with consequences in their efficiency. The document, which thoroughly exposes all phases of the proceedings, is on public consultation until 31 January 2011.

COMPETITION AUTHORITY

Decision of the Lisbon Court of Appeal in the Case "Empresas da Indústria Farmacêutica" v. Competition Authority

The Lisbon Court of Appeal issued a ruling on 15 December 2010 on the Case Pharmaceutical Companies v. Competition Authority (Case no. 350/08.8TYLSB) regarding the fines applied by the AdC to those companies for uniform price fixing practices performed in several public tenders to supply hospitals with blood sugar reagent packs.

The present decision closes another stage in a process initiated with a complaint filed with the PCA by the *Centro Hospitalar de Coimbra* ("CHC") on the prices charged for several competitors in the referred public tender.

Following the appeal submitted by three of the concerned undertakings of a prior ruling of the Lisbon Court of Commerce, the above mentioned ruling maintained the amount of the fine of € 3,000,000.00 applied by the Lisbon Court of Commerce to one of the defendants (Abbot Laboratórios, Lda.). Regarding another appellant, Menarini Diagnósticos, Lda., the Lisbon Court of Appeal reduced the amount of the applied fine to € 1,000,000.00 on the grounds that the conduct at hand was regarded as a single infringement. Regarding the third and last appellant, Johnson & Johnson, Lda., the Court declared extinct the administrative offence procedure since this appellant had already paid the amount of the imposed fine.

With this decision the Lisbon Court of Appeal restated the sanctioning of a practice that is usually considered to be the most burdensome of anti-competitive practices due the adverse effects it has on the competition process, from the competition law standpoint, both domestic and international.

IV –EU HIGHLIGHTS

EUROPEAN COMMISSION

Commission makes the commitments offered by Visa Europe legally binding

On 8 December 2010 the Commission announced¹⁴ its decision, pursuant to article 9 of Regulation 1/2003, to accept, making legally binding, the commitments proposed by Visa Europe.

The referred commitments were offered following the Statement of Objections sent by the Commission to Visa Europe in April 2009, alleging that Visa Europe's multilateral interchange fees ("MIFs") harmed competition between merchants' banks, inflated merchants' costs for accepting payment cards, producing an increase on consumer prices. Visa Europe has thus committed to reduce the maximum weighted average MIF for cross-border transactions and national transactions in several EEA countries to 0.2%. The countries which will benefit from the domestic MIF reduction comprise only those where the MIFs are set by Visa Europe rather than by local banks' associations.

It is foreseen that those measures will reduce in 30% the level of the interchange fees charged in international transactions within the European Union and in 60% the domestic transactions in related countries. These commitments are binding for four years, subject to monitoring, and do not cover the fees charged in the credit card transactions, which are still subject to the Commission's investigation.

EUROPEAN COMMISSION

Ruling of the Court of Justice, of 14 October 2010, on Case C-280/08P Deutsche Telekom AG v. Commission

On 14 October 2010, the CJEU, issued its ruling on the Case C-280/08P Deutsche Telekom AG ("Deutsche Telekom") v. Commission regarding the fine imposed by the Commission to the former, in the amount of EUR 12.6 million, for the abuse of its dominant position in the fixed telephony markets in Germany.

¹⁴ <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1684&format=HTML>.

The appeal, lodged by Deutsche Telekom, concerned the ruling of the General Court of the European Union (“GCEU”) of 10 April 2010, was grounded on errors of law in the manner in which the regulation of the appellant’s activities by RegTP as the competent national regulatory authority was dealt with, in the application of Article 82 EC and in the calculation of the fines owing to the failure to take the regulation of charges into account.

The Court dismissed all those arguments, upholding that the Commission had legal standing to impose the referred fine to the defendant for the abuse in the form of a “margin squeeze” generated by an inappropriate spread between wholesale charges for local loop access services and retail charges for end-user access services.

Despite the CJEU agreeing that it is conceivable that the national regulatory authorities have infringed EU law, in the case at stake, the European Union law, and that the Commission could indeed have chosen to bring an action for failure to fulfil obligations against the Federal Republic of Germany under Article 226 EC, such facts were considered as irrelevant to the present appeal, having the test used and nature of the infraction been considered appropriate to the circumstances.

EUROPEAN COMMISSION

Extension of the EU temporary State aid crisis framework from 1 January 2011

On 1 December 2010, the Commission decided, through the adoption of several communications¹⁵, to prolong the temporary State aid crisis framework as from 1 January 2011.

In face of the gradual EU economic recovery, and despite the fact that the financial markets still notice some fragilities, in order to progressively withdrawal the State aid crisis framework, the Commission decided to extend the period of validity the special State aid regulation until the end of 2011, maintaining some measures to support access to finance. Some stricter conditions were also introduced as to ease the return to the normal State aid rules and to limit the impact of this extension on competition.

Thus, and according to the content of this extraordinary regulation, the Commission decided to authorize the extension of the de minimis State aid regime in the amount of 500,000 euros to Portugal until 31 December 2011.

EUROPEAN COMMISSION

Ruling of the General Court, of 15 December 2010, on Case T-141/08 E. ON Energie v. Commission

On 15 December 2010, the GCEU issued its ruling on the Case T-141/08 E. ON Energie v. Commission regarding the imposition to the former of a fine in the amount of EUR 38 million for the break of a seal during a Commission inspection.

¹⁵ Communication of the Commission on the Temporary Union framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temporary_framework_en.pdf), e Communication of the Commission on the application, from 1 January 2011, of State aid rules to support measures in favour of banks in the context of the financial crisis (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/banks_en.pdf), Communication of the Commission amending the period of application of Communication of the Commission to the Member States pursuant to Article 93(1) of the EC Treaty applying Articles 92 and 93 of the Treaty to short-term export-credit insurance (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/export_credit_insurance_en.pdf) and Communication of the Commission amending the community guidelines on state aid to promote risk capital investments in small and medium-sized enterprises (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_temporary_measures/risk_capital_guidelines_en.pdf).

In the current appeal E.ON Energie requested the annulment or the reduction of the fine imposed by the Commission in its decision of 30 January 2008. The GCEU dismissed all the appeal, declaring that the breaking of the seal was at least negligible, being the value of the fine not disproportionate to the infringement or to the dissuasive effect intended.

This ruling may be subject to appeal before the CJEU, limited to the points of law, within two months from the notification of the decision.

CONTACT

LISBOA

Praça Marquês de Pombal, 2 (e 1-8º) • 1250-160 Lisboa
Tel. (351) 21 355 3800 • Fax (351) 21 353 2362
lisboa@gpcb.pt • www.gpcb.pt

PORTO

Avenida da Boavista, 3265-7º • 4100-137 Porto
Tel. (351) 22 616 6920 • Fax (351) 22 616 6949
porto@gpcb.pt • www.gpcb.pt

CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA & ASSOCIADOS, RL
Sociedade de Advogados de Responsabilidade Limitada

This Newsletter was prepared by Cuatrecasas, Gonçalves Pereira & Associados, RL for information purposes only and should not be understood as a form of advertising. The information provided and the opinions herein expressed are of a general nature and should not, under any circumstances, be a replacement for adequate legal advice for the resolution of specific cases. Therefore Cuatrecasas, Gonçalves Pereira & Associados, RL is not liable for any possible damages caused by its use. The access to the information provided in this newsletter does not imply the establishment of a lawyerclient relation or of any other sort of legal relationship. This Newsletter is complimentary and the copy or circulation of the same without previous formal authorization is prohibited.
