

CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA



NEWSLETTER | CONCORRÊNCIA COMPETITION

NEWSLETTER CONCORRÊNCIA | 2.º Trimestre 2012

I A NOVA LEI DA CONCORRÊNCIA	2
II DESTAQUES UE	6

NEWSLETTER COMPETITION | 2nd Quarter 2012

I THE NEW COMPETITION ACT	11
II EU HIGHLIGHTS	15

NEWSLETTER CONCORRÊNCIA

I A NOVA LEI DA CONCORRÊNCIA

Entrou, agora, em vigor a nova Lei da Concorrência (LdC), um dos maiores bastiões das reformas legislativas exigidas pelo Memorando de Entendimento com a *troika*.

Apesar dos indiscutíveis méritos da nova Lei, a verdade é que determinados pontos do diploma mantêm expectantes os aplicadores do Direito em geral. Buscas domiciliárias, o efeito devolutivo dos recursos ou a situação geográfica do novo Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão são apenas algumas das matérias que maior e mais acesso debate despertaram e prometem continuar a despertar.

Sendo verdade que apenas no decurso dos próximos tempos se saberá qual a aplicação que a Autoridade da Concorrência pretende fazer do seu novo conjunto de poderes, pode desde já chamar-se à atenção para as principais alterações e pontos de fricção:

I – PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA

Princípio da oportunidade

Contrariamente ao disposto na anterior Lei, a Autoridade da Concorrência (AdC) passa agora a poder escolher os processos que pretende investigar, estabelecendo as suas prioridades.

Assim, a AdC orientará a sua acção *"pelo critério do interesse público de promoção de defesa da concorrência"*, podendo *"atribuir graus de prioridade diferentes no tratamento das questões que é chamada a analisar"*.

Novos poderes da AdC em sede de investigação

A AdC viu os seus poderes serem alargados em sede de investigação, nomeadamente no que concerne às buscas domiciliárias.

A AdC poderá efectuar buscas ao domicílio e veículos dos sócios, membros dos órgãos de administração, trabalhadores e colaboradores das empresas e associações de empresas investigadas, mediante autorização prévia de um juiz de instrução, bastando para tal *"fundada suspeita"* de que existem naqueles locais provas de violação grave.

O correio electrónico poderá ser apreendido, mesmo antes de qualquer autorização judicial, muito embora tenha de haver uma posterior validação pela autoridade judiciária.

Duas novas formas de concluir o procedimento

Passam a prever-se duas novas formas de conclusão do procedimento sancionatório, a decisão de condenação por transacção e a decisão de arquivamento com condições, para além da decisão de dar início à instrução ou a decisão de arquivamento.

Apesar de a AdC já usar, na prática, estes expedientes, a sua inclusão expressa na lei representa uma importante novidade a nível de eficiência na actuação da AdC.

Por fim, note-se que a AdC fica expressamente habilitada a emitir nova nota de ilicitude sempre que os elementos de prova apurados após a emissão da primeira nota de ilicitude alterem substancialmente os factos inicialmente imputados ao visado.

Prazos

A nova LdC prevê prazos máximos de duração das fases processuais: 18 meses para a fase de inquérito e 12 meses para a fase de instrução. Caso não seja possível o seu cumprimento, o Conselho da AdC dá conhecimento ao visado e informa-o do período necessário para conclusão da investigação.

Também se encontra previsto que o prazo mínimo para que o visado possa responder à nota de ilicitude da AdC seja de 20 dias úteis.

Estudos, inspecções e auditorias

No âmbito dos seus poderes de supervisão, a AdC pode realizar estudos sectoriais e inspecções e auditorias nas instalações das empresas e de associações de empresas, bastando nos últimos casos que as empresas sejam notificadas com uma antecedência mínima de 10 dias úteis. Note-se que a prova assim obtida pode ser utilizada em processos sancionatórios.

Publicação das decisões condenatórias

Existe agora uma obrigação de publicação na página electrónica da AdC das decisões finais adoptadas em sede de processos por práticas restritivas, sem prejuízo da salvaguarda dos segredos de negócio e de outras informações consideradas confidenciais, à semelhança do que já ocorre para as concentrações.

II – CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

Critérios de notificação prévia obrigatória

Os limiares de notificação de operações de concentração também sofrem alterações relevantes. A partir da entrada em vigor da nova LdC passam a ser notificadas concentrações que:

- a) Criem ou reforcem uma quota de mercado igual ou superior a 50% (anteriormente 30%);
- b) Criem ou reforcem uma quota de mercado igual ou superior a 30%, mas inferior a 50%, desde que pelo menos duas das empresas tenham realizado, individualmente, um volume de negócios em Portugal igual ou superior a 5 milhões de euros;
- c) O volume de negócios realizado em Portugal pelo conjunto das empresas tenha sido de 100 milhões de euros (anteriormente 150 milhões), desde que o volume de negócios individual de duas dessas empresas tenha sido, pelo menos, de 5 milhões de euros (anteriormente 2 milhões), neste país.

Alterações a nível processual

A nível processual mantêm-se os prazos de decisão da AdC (30 dias úteis para a primeira fase e 90 dias úteis a contar da data da notificação para a adopção de uma decisão em fase de investigação aprofundada), mas consagram-se algumas importantes alterações.

Entre estas, elimina-se o prazo de sete dias úteis para notificar uma operação de concentração (mantendo-se, porém a obrigação de não realizar a concentração antes de uma decisão por parte da AdC), e a possibilidade de notificar uma operação de concentração antes da conclusão do acordo, quando as empresas demonstrem uma intenção séria de o fazer, e a previsão de adopção de um formulário simplificado para concentrações que à partida não suscitem entraves significativos à concorrência.

Critério substantivo de apreciação de concentrações

O critério substantivo de apreciação das operações de concentração passa a ser o da criação de entraves significativos à concorrência (abandonando-se o critério da criação ou reforço de uma posição dominante em linha com as mais recentes legislações incluindo a da UE) e elimina-se a referência ao contributo da operação de concentração para a competitividade internacional da economia nacional como factor de apreciação das concentrações, uma vez que não estava directamente relacionado com objectivos de política de concorrência.

III – SANÇÕES E PRESCRIÇÃO

Sanções

Fica expressamente previsto na nova LdC que determinadas pessoas singulares podem ser responsabilizadas por infracções às regras de concorrência. Entre estas encontram-se, não só, os titulares dos órgãos de administração (que já podiam ser responsabilizados à luz da lei anterior), mas também os responsáveis pela direcção ou fiscalização de áreas de actividade em que seja praticada alguma contra-ordenação.

As coimas por práticas anti-concorrenciais e realização de operações de concentração sem decisão prévia da AdC ou desrespeito pelas condições e obrigações impostas mantêm o limite de 10% do volume de negócios, especificando-se na nova LdC que este corresponde ao exercício imediatamente anterior ao da decisão final condenatória. No caso de pessoas singulares, a coima não pode exceder 10% da respectiva remuneração anual auferida pelo exercício das suas funções na empresa infractora, no ano anterior ao da verificação da prática proibida.

A AdC fica obrigada à adopção de linhas de orientação contendo a metodologia a utilizar para aplicação das coimas.

Por fim, resulta claro da nova LdC que a AdC pode impor medidas de carácter estrutural indispensáveis à cessação da prática ou dos seus efeitos.

Prescrição

Os prazos de prescrição aumentam de 8 para 10,5 anos, pretendendo-se assim evitar a repetição de casos de prescrição por demora da AdC a investigar ou dos Tribunais a julgar.

IV – RECURSOS

Regime dos recursos

A maior novidade a este nível é o efeito meramente devolutivo dos recursos das decisões condenatórias da AdC por práticas restritivas da concorrência, exceptuando os casos em que sejam aplicadas medidas de carácter estrutural. Note-se que o efeito suspensivo de decisões finais condenatórias que impliquem uma coima ou outras sanções pode ser requerido, caso em que o requerente terá de demonstrar que a execução da decisão lhe causará prejuízo considerável e oferecer-se para prestar caução.

Acresce que o Tribunal poderá, à luz deste novo regime jurídico, reduzir ou aumentar qualquer coima ou sanção pecuniária compulsória aplicada pela AdC.

Com o recém-instituído Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, os recursos das decisões da AdC em são agora da sua competência e das sentenças deste recorre-se para o Tribunal da Relação de Évora.

V – CLEMÊNCIA

Regime de clemência

A nova LdC prevê expressamente que o programa de clemência seja aplicado, em exclusivo, às práticas anti-concorrenciais horizontais, i.e., entre concorrentes.

O novo regime jurídico permite quer às pessoas colectivas, quer às singulares, beneficiarem da dispensa total de coima, devendo para isso o requerente de imunidade ser o primeiro a contribuir com informações e elementos de prova.

Os restantes denunciantes que não o primeiro poderão ainda assim beneficiar de reduções no valor da coima caso apresentem informações ou elementos de prova que apresentem um valor adicional significativo para a investigação em curso.

VI – APLICAÇÃO NO TEMPO

Aplicação a novos processos

A nova LdC aplica-se a todos os (i) processos de contra-ordenação abertos, (ii) operações de concentração notificadas, (iii) estudos, inspecções e auditorias cuja realização seja deliberada e (iv) pedidos apresentados à AdC após a sua entrada em vigor.

II DESTAQUES UE

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça no Processo C-158/11 Auto 24 SARL / Jaguar Land Rover France SAS

Em 14 de Junho de 2012, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) emitiu um acórdão no Processo C-158/09, relativamente ao pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentado pela *Cour de Cassation* (França), no processo Auto 24 SARL (“Auto 24”) contra Jaguar Land Rover France SAS (“JLR”).

O pedido de decisão prejudicial teve por objecto a interpretação do artigo 1.º, n.º 1, alínea f), do Regulamento de Isenção por Categoria para o Sector Automóvel¹ (“Regulamento”), em consequência do litígio existente entre as referidas partes relativamente à recusa da JLR em aceitar a Auto 24 como distribuidor autorizado de veículos a motor novos da marca Land Rover, pela qual a Auto 24 exige uma indemnização pelos respectivos danos.

O TJEU pronunciou-se assim, no âmbito do pedido efectuado, sobre a expressão “critérios específicos”, no sentido de averiguar se, para beneficiar da isenção prevista naquele Regulamento, um sistema de distribuição selectiva quantitativa na aceção do regulamento tem de se basear em critérios que sejam objectivamente justificados e aplicados de modo uniforme e indiferenciado a todos os candidatos à aprovação.

¹ Regulamento (CE) n.º 1400/2002 da Comissão, de 31 de Julho de 2002, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no sector automóvel (JO L 203, p. 30).

O Tribunal começou assim por afirmar que o desrespeito de uma condição necessária à isenção não pode, por si só, dar lugar a uma indemnização ao abrigo do artigo 101.º TFUE ou obrigar um fornecedor a admitir um distribuidor candidato num sistema de distribuição.

O TJUE notou, desde logo, que o Regulamento estabelece condições distintas a aplicação da isenção por categoria conforme o sistema em causa seja classificado como “distribuição selectiva quantitativa” ou “distribuição selectiva qualitativa”. Assim, a consideração de que os critérios quantitativos de selecção têm de ser objectivos e não discriminatórios levará à criação de uma confusão entre as condições exigidas pelo regulamento para a aplicação da isenção aos sistemas de distribuição selectiva qualitativa e aos sistemas de distribuição selectiva quantitativa.

Deste modo, o Tribunal considerou que a expressão “critérios específicos” deve ser entendida, no que diz respeito a um sistema de distribuição selectiva quantitativa na acepção desse Regulamento, como critérios cujo conteúdo específico pode ser verificado, não sendo necessário que os critérios de selecção utilizados para efeitos de um sistema de distribuição selectiva sejam publicados, sob pena de, como afirmou o Governo francês, comprometer o segredo comercial ou mesmo facilitar eventuais comportamentos colusórios.

Assim o TJUE concluiu que, para beneficiar da isenção prevista no Regulamento, não é necessário que esse sistema se baseie em critérios objectivamente justificados e aplicados de modo uniforme e indiferenciado a todos os candidatos à aprovação.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça no Processo C-124/10 P Comissão/ Electricité de France (EDF)

Em 2003, a Comissão adoptou uma decisão no sentido de que a Electricité de France (EDF), empresa francesa que produz, transporta e distribui electricidade, particularmente em França, havia sido dispensada do pagamento do imposto sobre as pessoas colectivas no valor de € 888.89. Segundo a Comissão, tal dispensa resultou no fortalecimento da posição competitiva da EDF em relação aos seus concorrentes, constituindo um auxílio de Estado incompatível com o mercado interno, que, como tal, devia ser restituído com juros.

A EDF intentou uma acção junto do Tribunal Geral da União Europeia (TG) pedindo a anulação de parte daquela decisão. O TG decidiu, em 2009, anular a decisão da Comissão, dado que, no seu entender, a Comissão deveria ter analisado se o Estado francês tinha agido como um “investidor privado na economia de mercado”, ainda que a medida em causa tivesse natureza fiscal.

A Comissão recorreu desta decisão para o TJUE sustentando, na essência, que a natureza fiscal da medida em causa preclude a aplicação do teste do investidor privado, dado que a medida em causa não se encontra no âmbito das capacidades de um investidor privado. Acresce que, sendo o conceito de auxílio de Estado um conceito objectivo, o TG não devia ter tido em consideração os objectivos do Estado francês.

Chamado a decidir, o TJUE considerou que o TG não cometeu nenhum erro de direito ao considerar que o critério do investidor privado pode ser aplicado mesmo no caso de terem sido utilizados meios de natureza fiscal.

No seu acórdão de 5 de Junho, o TJUE decidiu que, numa situação em que um Estado-Membro é um credor fiscal de uma empresa pública e o seu único accionista, esse Estado-Membro pode contar com o teste do investidor privado (i.e., se a vantagem recebida pela empresa poderia ter sido obtida nas condições normais de mercado) quando procede a uma injeção de capital nessa empresa através da dispensa de um imposto.

O Estado-Membro tem de estabelecer, inequivocamente e com base em provas objectivas e verificáveis, que uma determinada medida implementada deve ser imputada à actuação do Estado como accionista. Caso o Estado-Membro faça tal prova, cabe à Comissão levar a cabo uma avaliação global, considerando toda a prova, a fim de determinar se o Estado adoptou a medida em causa na sua capacidade de accionista ou no exercício de autoridade pública.

Por último, o TJUE, na esteira do TG, estatuiu que os objectivos do Estado francês aquando da adopção da medida podem ser tidos em consideração a fim de determinar se o Estado agiu ou não na sua capacidade de accionista.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Conclusões do Advogado-geral: a Comissão pode obter indemnização em acção de responsabilidade extra-contratual contra cartel

Em Fevereiro de 2007, a Comissão Europeia aplicou à Otis, Kone, Schindler e Thyssenkrupp coimas que ascendiam a mais de 990 mil milhões de Euros por participação em cartel no mercado da venda, instalação e manutenção de elevadores e escadas rolantes na Bélgica, Alemanha, Luxemburgo e Países Baixos.

Na sequência dessa decisão, a Comissão Europeia intentou uma acção contra aquelas empresas, pedindo uma indemnização de 7 milhões de Euros, pelos prejuízos financeiros sofridos em procedimentos de contratação pública, em resultado do referido cartel.

O *Rechtbank van koophandel te Brussel*, tribunal perante o qual a Comissão intentou a acção, decidiu submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia um pedido de decisão

prejudicial. Nomeadamente, O tribunal belga questionou o Tribunal de Justiça sobre se à luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Comissão pode assumir a representação em juízo da União Europeia nos tribunais nacionais já que os danos sofridos resultaram de contratos celebrados por várias instituições e órgãos da União Europeia, mas num caso em que a União pede, na qualidade de demandante, uma indemnização fundada em responsabilidade extracontratual, tendo o prejuízo sofrido tido origem num comportamento anticoncorrencial declarado pela própria Comissão.

A 26 de Junho do presente ano, o Advogado-geral Cruz Villalón apresentou as suas Conclusões. O Advogado-geral considerou que o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que estabelece o direito à acção e a um tribunal imparcial, não sofre quaisquer atropelos em virtude de o tribunal nacional não poder questionar a validade da decisão condenatória da Comissão quanto à existência do cartel e consequentes coimas. Neste domínio, cabe exclusivamente ao TJUE julgar se as decisões da Comissão são ou não válidas, salvaguardando-se assim aquele direito graças a esta apreciação (em sede de acção de anulação da decisão). O órgão jurisdicional de reenvio pode reenviar as questões que considere pertinentes quanto à validade dos actos da Comissão, com base nos quais está a julgar e ordenar a suspensão da instância enquanto aguarda pela decisão do TJUE. De igual modo, o Advogado Geral entende que o princípio de igualdade de armas em processo cível não é posto em causa pelo facto de a Comissão ter tido acesso a informação confidencial no âmbito da investigação, pois aquela Instituição não usou mais informação do que aquela que consta da versão pública da decisão.

A este propósito, o Advogado-geral sublinha que estabelecer um dever de a Comissão demonstrar que nenhuma das informações carriladas para o processo resulta de informação confidencial a que só ela tinha acesso equivale a fixar uma *diabolica probatio* que não deve ser admitida.

A importância destas Conclusões reside no facto de, se seguidas pelo TJUE, significarão um reforço inédito do *private enforcement* da concorrência.

COMISSÃO EUROPEIA

Comunicação da Comissão sobre a Iniciativa de Modernização do Controlo dos Auxílios de Estado na União Europeia, de 8 de Maio de 2012

No passado dia 8 de Maio de 2012, a Comissão Europeia lançou uma iniciativa de reforma do controlo de auxílios de Estado, tendo por fim três grandes objectivos:

- (1) fomentar o crescimento num mercado interno mais forte, dinâmico e competitivo;
- (2) focar o *enforcement* nos casos de maior impacto para o mercado interno; e
- (3) criar regras simplificadas e obter decisões mais céleres.

As **propostas** da Comissão nesta sede incluem:

- Identificar princípios comuns para avaliar a compatibilidade do auxílio com o mercado interno, através de diversas orientações;
- Rever, simplificar e possivelmente consolidar orientações relativas aos auxílios de Estado para torná-las coerentes com estes princípios comuns (Orientações relativas aos auxílios regionais; investigação, desenvolvimento e inovação; auxílios ambientais; capital de risco e banda larga; entre outras orientações);
- Rever o Regulamento de Isenção por Categoria e o Regulamento de Implementação do Conselho (e ainda, possivelmente, o Regulamento *De Minimis*);
- Esclarecer e clarificar o conceito de auxílio de Estado; e
- Modernizar o Regulamento Processual no que toca ao tratamento das denúncias e às ferramentas de informação de mercado.

A Comissão Europeia pretende desenvolver todo o pacote de reforma no decurso dos próximos meses, esperando encerrar o processo de revisão até ao final de 2013. É intenção da Comissão consultar os Estados-Membros e abrir um diálogo com o Parlamento Europeu e outras partes interessadas, esperando assim obter *inputs* quanto a propostas de modernização.

CONTACTOS

CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA & ASSOCIADOS, RL

Sociedade de Advogados de Responsabilidade Limitada

LISBOA

Praça Marquês de Pombal, 2 (e 1-8º) | 1250-160 Lisboa | Portugal

Tel. (351) 21 355 3800 | Fax (351) 21 353 2362

lisboa@cuatrecasasgoncalvespereira.com | www.cuatrecasasgoncalvespereira.com

PORTO

Avenida da Boavista, 3265-7º | 4100-137 Porto | Portugal

Tel. (351) 22 616 6920 | Fax (351) 22 616 6949

porto@cuatrecasasgoncalvespereira.com | www.cuatrecasasgoncalvespereira.com

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. Caso pretenda deixar de receber esta Newsletter, por favor envie um e-mail para o endereço lisboa@cuatrecasasgoncalvespereira.com.

NEWSLETTER COMPETITION

I THE NEW COMPETITION ACT

It just came into force the new Competition Act (LdC), one of the major flags of the legislative reforms demanded by the Memorandum of Understanding.

Despite the undoubted merits of the new act, the truth is that certain points of law keep expectant the applicators of the law in general. House searches, the devolutive effect of the appeals or the geographical situation of the new Court for Competition, Regulation and Supervision are just some of the issues that have aroused and will certainly continue to arise a heated debate.

Although is true that only during the next times it will be possible to know what kind of application of its new set of powers will the Competition Authority do, we can already highlight the main changes and tension points:

I – RESTRICTIVE PRACTICES

Opportunity principle

Contrary to the established in the previous Act, the Competition Authority (“Autoridade da Concorrência”, AdC) will now be able to choose the cases it wants to investigate, establishing its own priorities.

The AdC shall direct its actions by “a public interest criterion on the promotion of the competition defence”, hence “assigning different degrees of priority in addressing the issues which it is called to analyse”.

New powers of investigation

The AdC has seen its investigation powers being extended, namely regarding home searches.

The AdC can perform searches in homes or vehicles of shareholders, directors, workers and staff of the investigated companies, after prior authorisation of a judge, when there is founded suspicion that evidence of serious infringement may be found in those places.

Two new ways of completing the procedure

The new LdC provides for two new ways of completing the sanction procedure, the settlement decision and the decision to dismiss the case subject to commitments, in addition to the decision to continue the investigation or to simply dismiss it.

Although the AdC has already been using these measures, their express inclusion in the new LdC represents an important feature for an efficient performance.

Finally, it should be noted that the AdC is now expressly authorised to issue a new statement of objections every time the evidence gathered after the issuance of the first statement of objections considerably changes the facts that were initially charged.

Terms

The new LdC provides for maximum terms for the AdC to conclude the procedural phases: 18 months for the inquiry phase and 12 months for the investigation phase. If compliance with these terms is not possible, the Board of the AdC shall inform the concerned entity of that fact and of the necessary period to conclude each phase.

It is foreseen a minimum term of 20 business days to answer to the statement of objections.

Studies, inspections and audits

The AdC can conduct sector inquiry studies and inspections and audits in the premises of the undertakings and associations of undertakings, as part of its supervisory powers. To proceed with inspections and audits the AdC must notify the undertakings at least 10 business days prior to such inspection or audit. The evidence gathered may be used in infringement procedures.

Publication of the decisions

There is now an obligation to publish on the website of AdC the final decisions adopted in restrictive practices procedures, notwithstanding the protection of trade secrets and other information considered confidential, as already happens for mergers.

II – MERGER CONTROL

Thresholds for mandatory notification

The criteria for notification of mergers also underwent significant changes. Upon entry into force of the new LdC mergers which trigger the following thresholds must be notified:

- a) Create or strengthen a market share exceeding 50% (previously 30%);
- b) Create or strengthen a market share exceeding 30% but lower than 50%, provided that at least two of undertakings at stake have recorded, individually, a turnover in Portugal of at least 5 million euro;
- c) The turnover in Portugal recorded by the undertakings at stake was 100 million euro (previously 150 million), provided that the individual turnover of at least two of them has been 5 million euro minimum (previously 2 million) in this country.

Procedural changes

On a procedural level, the time limits for the issuance of a decision by the AdC remain the same (30 business days for the first phase and 90 business days from the notification to the adoption of a decision under the in-depth investigation phase).

However, some relevant changes were introduced. Among these changes we may find the elimination of the seven business days period to file a notification (keeping, however, the obligation not to implement the transaction before a decision of AdC) and the possibility to notify a merger before reaching a binding agreement, provided that the undertakings demonstrate serious intent to do so. Additionally, we may expect the adoption of a simplified form for the mergers that a priori do not pose significant impediment to competition.

Substantive test

The newly adopted substantive test for evaluation of mergers is the significant impediment to effective competition (like in the most recent competition legislations, including the EU). Also, reference to the contribution of the merger to the international competitiveness of the Portuguese economy is abandoned, since it was not directly related with purely competition policy objectives.

III – SANCTIONS AND LIMITATION PERIODS

Sanctions

It is expressly provided that certain natural persons may be liable for infringements of competition rules. Among these are not only directors (who could be held accountable under the previous law), but also those responsible for the management or supervision of areas of activity where the breach takes place.

The fines for anti-competitive practices and implementation of mergers without prior decision by the AdC or disrespect for conditions and obligations imposed are still limited to 10% of the turnover. However, the new LdC specifies that it corresponds to the turnover of the year immediately before the adoption of the final decision. In case of natural persons, the fine shall not exceed 10% of their annual remuneration earned in the performance of their duties, the year immediately prior to the verification of the forbidden practice.

The AdC is to adopt guidelines with the methodology for imposing fines.

Finally, the new LdC clearly states that the AdC may impose structural remedies on the undertakings when these are necessary for the termination of the forbidden practice or its effects.

Limitation periods

With the new legal regime, the limitation periods increase from 8 to 10,5 years. The objective is to avoid time barred cases due to delays in the AdC's investigations or of Courts' decision.

IV – APPEALS

The appeal system

The greatest novelty is the fact that appeals do not suspend the effects of a conviction decision (except for the cases where structural remedies have been imposed).

The suspensive effect of the final conviction decisions imposing a fine may be required, in which case the applicant shall demonstrate that the implementation of the decision will cause considerable damage and shall offer to provide a deposit.

Furthermore, the Court may, in light of this new legal regime, reduce or increase any fine or periodic penalty payment applied by AdC.

The appeals from the AdC decisions shall be addressed to the recently established Court for Competition, Regulation and Supervision and from its decisions one shall appeal to the Appeal Court of Évora.

V – LENIENCY

The leniency regime

The new LdC expressly provides that the leniency program shall apply, exclusively, to the anti- competitive horizontal practices, i.e., among competitors.

The new legal regime allows both legal and natural persons to benefit from immunity, in which case the applicant must be the first to contribute with information and supporting evidence.

Other undertakings or natural persons can still benefit from fine reductions if they present information or supporting evidence with significant value to the ongoing investigation.

VI – APPLICATION IN TIME

Application to the new cases

The LdC applies to all (i) infringement procedures opened, (ii) mergers notified, (iii) studies, inspections and audits decided, (iv) requests presented to the AdC after its entry into force.

II EU HIGHLIGHTS

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Ruling of the Court of Justice in Case C-158/11 Auto 24 SARL / Jaguar Land Rover France SAS

On June 14, 2012, the Court of Justice of the European Union ("ECJ") issued its ruling on Case C-158/09, regarding a reference for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Cour de cassation (France), in Case Auto 24 SARL ("Auto 24") versus Jaguar Land Rover France SAS ("JLR").

The reference for a preliminary ruling concerned the interpretation of Article 1(1)(f) of the Motor Vehicle Block Exemption Regulation² ("Regulation"), following a dispute between the above mentioned parties regarding the refusal of JLR in appointing Auto 24 as an authorized distributor of new Land Rover vehicles, for which Auto 24 seeking losses compensation.

The ECJ ruled, in the ambit of the reference presented, on the term 'specified criteria', to assess whether, in order to benefit from the exemption provided for in the Regulation, a quantitative selective distribution system must be based on criteria which are objectively justified and applied in a uniform manner in respect of all applicants for authorization.

Thus, the Court first stated that non-compliance with a condition necessary for the exemption cannot, in itself, give rise to damages pursuant to Article 101 TFEU or oblige a supplier to accept an applicant distributor into a distribution system.

The ECJ pointed out that the Regulation predicts distinct exemption conditions according to whether the selective distribution in question is classified as 'quantitative' or 'qualitative'. Therefore, the consideration that quantitative selection criteria has to be objective and non-discriminatory, will result in a conflation of the conditions required by the Regulation for the application of the exemption to qualitative selective distribution systems and to quantitative selective distribution systems.

Consequently, the ECJ found that the term 'specific criteria' means, in what concerns a quantitative selective distribution system within the definition of the Regulation, criteria of which the precise content may be verified, not being necessary that the selection criteria used for the purposes of a selective distribution system be published, at the risk, as the French government pointed out, of compromising business secrets, or even facilitating possible collusive behaviour.

² Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector (OJ 2002 L 203, p. 30).

Therefore, the ECJ concluded that, in order to benefit from the exemption provided for by the Regulation, it is not necessary for such a system to be based on criteria that are objectively justified and applied in a uniform and non-differentiated manner in respect of all applicants for authorisation.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Judgement of the Court of Justice in case C-124/10 P Commission/ Electricité de France (EDF)

In 2003, the Commission adopted a decision stating that Electricité de France ('EDF'), a company that produces, transports and distributes electricity, particularly throughout France, was exempted of the payment of € 888.89 million, corresponding to the corporation tax. According to the Commission, the effect of that waiver had been to strengthen EDF's competitive position in relation to its rivals and that the waiver constituted State aid incompatible with the common market, which had to be paid back with interest.

EDF brought an action before the General Court (GC) for the annulment of the Commission's decision. In 2009, the GC annulled the decision, holding that the Commission should not have refused itself to examine whether the French State had acted as a "private investor in a market economy" simply because the measure taken was fiscal in nature.

The Commission brought an appeal before the ECJ requesting the reversion of this decision. According to the Commission, the fiscal nature of the measure in question precludes the applicability of the private investor test, since such a measure is not within the capabilities of a private investor. Moreover, since State aid is an objective concept, the GC should not have taken into account the aims pursued by the French State.

The ECJ dismissed the Commission's appeal, finding that the judgment of the GC was not vitiated by any error of law when it decided that the private investor's test may be applicable even to the cases where fiscal measures are at stake.

In its judgement delivered on 5 June, the ECJ examined whether, in a situation where a Member State is both a fiscal creditor of a public undertaking and its sole shareholder, that Member State can rely on the private investor test (i.e., whether the company can get the same advantage in normal market conditions) where it makes a capital injection in that undertaking by waiving a tax claim.

It is for the Member State to establish, unequivocally and on the basis of objective and verifiable evidence, that the measure implemented falls to be ascribed to the State acting as shareholder.

If the Member State concerned produces such evidence, it is for the Commission to carry out a global assessment, taking into account all evidence enabling it to determine

whether the Member State took the measure in question in its capacity as shareholder or as a public authority.

Finally, accordingly to the ECJ, the GC was right to hold that the objective pursued by the French State could be taken into account for the purposes of determining whether the State had indeed acted in its capacity as shareholder.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Conclusions of the Advocate-General: the Commission can be compensated for damages in a non-contractual liability action against a cartel

In February 2007, the European Commission fined Otis, Kone, Schindler and Thyssenkrupp with more than € 990 million for having participated in a cartel on the market for the sale, installation, maintenance and modernisation of elevators and escalators in Belgium, Germany, Luxembourg and The Netherlands.

Following this decision, the Commission brought an action against those companies, seeking € 7 million in damages for the financial loss suffered in public procurement contracts entered into by the EU.

The Commission brought this action before the *Rechtbank van koophandel te Brussel*, which decided to submit a preliminary ruling to the European Union Court of Justice. Notably, the Belgian court asked the ECJ whether in the light of the EU Charter of Fundamental Rights, the Commission may represent the EU before the national courts since the loss has arisen from contracts entered into by EU institutions, but in a case where the EU is seeking damages based on a loss that originated in behaviour that has been found anticompetitive by a Commission decision.

On 26 June, the Advocate General Cruz Villalón has presented his Opinion. The Advocate General concluded that Article 47 of the Charter establishing the right to an effective remedy and to a fair trial is not breached by the fact that the national court cannot challenge the validity of the Commission's decision. In fact, it is for the ECJ to decide on the validity of this decision. The right protected by Article 47 of the Charter is safeguarded by this power of the ECJ in an action for annulment proceeding. The national court may address the ECJ questions regarding the validity of the Commission's acts and order the stay of the proceedings while awaiting for the ECJ's decision.

Likewise, the Advocate General understands that the right to equality of arms is not precluded by the fact that the Commission has had access to confidential information while carrying out its investigation, since the Institution has only used information available in the public version of the decision.

In this regard, the Advocate General considers that establishing a duty for the Commission to show that none of the information made available to the Court is confidential information to which only the Commission had access, is requiring from the latter a *diabolica probatio*, which should not be admitted.

The importance of this Opinion lies on the fact that, if followed by the ECJ, they will mean a significant reinforcement of competition private enforcement.

EUROPEAN COMMISSION

Communication on State Aid Modernization, 8 May, 2012

On 8 May, 2012, the European Commission launched an initiative to reform the State aid control aiming at three main goals:

- (1) To foster growth in a strengthened, dynamic and competitive internal market;
- (2) To focus enforcement on cases with the biggest impact on the internal market; and
- (3) To create streamlined rules and faster decisions.

The **proposals** of the Commission include:

- To identify common principles for assessing the compatibility of aid with the internal market, across various guidelines;
- To revise, streamline and possibly consolidate State aid guidelines to make them consistent with those common principles (first, the guidelines on Regional Aid, Research & Development & Innovation, Environmental aid, Risk Capital and Broadband; followed by other guidelines);
- To revise the Block Exemption Regulation and the Council Enabling Regulation (and, possibly, the De Minimis Regulation);
- To clarify and better explain the notion of State aid; and
- To modernise the Procedural Regulation with regard to complaint-handling and market information tools.

The European Commission wants to develop the whole reform package in the next months, and to close this modernization process until the end of 2013. The Commission intends to consult the Member States and to open the dialogue with the European Parliament and other interested parties, in order to receive inputs regarding the proposed modernization.

CONTACT

CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA & ASSOCIADOS, RL

Sociedade de Advogados de Responsabilidade Limitada

LISBOA

Praça Marquês de Pombal, 2 (e 1-8º) | 1250-160 Lisboa | Portugal

Tel. (351) 21 355 3800 | Fax (351) 21 353 2362

lisboa@cuatrecasasgoncalvespereira.com | www.cuatrecasasgoncalvespereira.com

PORTO

Avenida da Boavista, 3265-7º | 4100-137 Porto | Portugal

Tel. (351) 22 616 6920 | Fax (351) 22 616 6949

porto@cuatrecasasgoncalvespereira.com | www.cuatrecasasgoncalvespereira.com

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 lawyer-client 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. If you do not want to continue receiving this Newsletter, please send an e-mail to lisboa@cuatrecasasgoncalvespereira.com.
