



SETEMBRO 2018

## DIREITO EUROPEU E DA CONCORRÊNCIA

# NOVIDADES DIREITO E POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA 2.º TRIMESTRE 2018

Divulgamos a Nota Informativa de Direito e Política da Concorrência relativa ao 2.º trimestre de 2018, na qual se compilam as novidades mais significativas nesta área.

### EM FOCO:

#### PORTUGAL

##### I. AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Setor dos combustíveis líquidos rodoviários objeto de análise pela Autoridade da Concorrência

[Saiba mais aqui](#)

Autoridade da Concorrência cria mecanismo para que decisores públicos avaliem impacto concorrencial de políticas públicas

[Saiba mais aqui](#)

Presidente da Autoridade da Concorrência apresenta Plano de Atividades para 2018 em audição parlamentar

[Saiba mais aqui](#)

#### UNIÃO EUROPEIA

##### I. TRIBUNAIS

Tribunal Geral rejeita parcialmente decisão da Comissão Europeia no caso Lufthansa

[Saiba mais aqui](#)

Tribunal de Justiça densifica o conceito de *gun-jumping* ao exigir uma mudança de controlo duradoura na empresa adquirida

[Saiba mais aqui](#)

Tribunal de Justiça rejeita pedido de indemnização por danos causados por decisão do próprio Tribunal

[Saiba mais aqui](#)

##### II. COMISSÃO EUROPEIA

Gazprom evita pagamento de coima ficando sujeita ao cumprimento de compromissos

[Saiba mais aqui](#)

Parlamento Europeu e Conselho chegam a acordo provisório quanto à nova Diretiva ECN+

[Saiba mais aqui](#)

Comissão Europeia investiga compradores de estireno

[Saiba mais aqui](#)

Comissão Europeia inicia investigação aprofundada à compra do negócio de nylon da Solvay pela BASF

[Saiba mais aqui](#)

Partilhamos a Experiência. Inovamos nas Soluções.

SETEMBRO 2018

## PORTUGAL

### I. AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

#### Setor dos combustíveis líquidos rodoviários objeto de análise pela Autoridade da Concorrência

A pedido do Governo Português, a Autoridade da Concorrência (AdC) concluiu em junho de 2018 a análise ao preço dos combustíveis líquidos rodoviários.

Neste estudo, a AdC chegou à conclusão de que quase metade das recomendações já apresentadas por esta entidade para promover a concorrência no setor não foram aplicadas ou foram apenas parcialmente aplicadas.

A AdC frisou igualmente a concentração e a existência de barreiras à entrada nas atividades relacionadas de refinamento e armazenamento, assim como a falta de implementação das recomendações da AdC relativas às subconcessões dos postos de abastecimento nas autoestradas, em particular no processo concursal e na duração dos contratos de concessão.

A AdC depreendeu que os impostos são a componente do preço dos combustíveis mais significativa, assistindo-se a um engrandecimento significativo do seu peso relativo desde 2004. Como tal, a competitividade dos combustíveis rodoviários portugueses é inferior à verificada em Espanha.

Por fim, a AdC verificou que as margens brutas absolutas das empresas neste mercado se mantiveram constantes.

Após a análise, a AdC apresentou ao Governo um “4.º pacote” de Recomendações que visa promover a concorrência e propiciar ofertas mais competitivas para os consumidores no setor dos combustíveis líquidos rodoviários, como é o caso da finalização da ligação por oleoduto da refinaria da Galp ao porto de Sines, que, por permanecer incompleta, limita a utilização de terceiros do parque de armazenamento de combustível (CLC) e o acesso a importações competitivas.

*A AdC depreendeu que os impostos são a componente do preço dos combustíveis mais significativa, assistindo-se a um engrandecimento significativo do seu peso relativo desde 2004. Como tal, a competitividade dos combustíveis rodoviários portugueses é inferior à verificada em Espanha.*

#### **Autoridade da Concorrência cria mecanismo para que decisores públicos avaliem impacto concorrencial de políticas públicas**

A Autoridade da Concorrência (AdC) elaborou as Linhas de Orientação sobre Avaliação de Impacto Concorrencial de Políticas Públicas com o objetivo de auxiliar os decisores públicos na avaliação dos impactos sobre a concorrência das medidas de política pública (leis, regulamentos e/ou decisões).

Estas Linhas de Orientação irão auxiliar os organismos públicos na identificação dos potenciais impactos negativos na concorrência das medidas de política pública que pretendem ver implementadas.

Para tal, o organismo público deverá fazer uso de uma checklist que possibilitará encontrar impactos concorrenciais significativos, sendo que, em caso positivo, o organismo deverá remeter a sua proposta de política pública para a AdC que deverá analisar, de um modo mais aprofundado, os efeitos na concorrência da medida em questão, tendo em vista a apresentação de parecer onde serão sugeridas alternativas menos lesivas para a concorrência, devendo ficar igualmente salvaguardado o interesse público prosseguido pelo organismo público.

#### **Presidente da Autoridade da Concorrência apresenta Plano de Atividades para 2018 em audição parlamentar**

Margarida Matos Rosa, presidente da Autoridade da Concorrência (AdC), apresentou no dia 20 de junho de 2018, na Comissão de Economia, Inovação e Obras Públicas da Assembleia da República, o Plano de Atividades da AdC para 2018 e a atividade desenvolvida no ano 2017 e no 1.º semestre de 2018, com destaque para o reforço da investigação de práticas anticoncorrenciais e os estudos recentes nos setores da energia, nomeadamente no que diz respeito aos combustíveis.

Em traços gerais, a AdC propõe-se para 2018 intensificar a capacidade de deteção e investigação de infrações graves à Lei da Concorrência, fazendo igualmente uso de mecanismos de conhecimento oficioso das práticas lesivas da concorrência.

Por outro lado, no ano de 2018, a AdC conta com o novo portal de denúncias online e pretende intensificar a promoção da utilização do programa de clemência.

Por fim, a AdC pretende garantir, através da celeridade e eficácia, prazos mais curtos de análise de operações de concentração, ao mesmo tempo que tenciona incrementar a capacidade de deteção de operações de concentração não notificadas.

*Em traços gerais, a AdC propõe-se para 2018 intensificar a capacidade de deteção e investigação de infrações graves à Lei da Concorrência, fazendo igualmente uso de mecanismos de conhecimento oficioso das práticas lesivas da concorrência.*

Partilhamos a Experiência. Inovamos nas Soluções.

SETEMBRO 2018

## UNIÃO EUROPEIA

### I. TRIBUNAIS

#### Tribunal Geral rejeita parcialmente decisão da Comissão Europeia no caso Lufthansa

O Tribunal Geral (TG), por acórdão de 16 de maio de 2018, anulou parcialmente a decisão da Comissão Europeia (CE) no que respeita à manutenção da obrigatoriedade da Lufthansa de baixar periodicamente as suas tarifas para voos entre Zurique e Estocolmo.

Esta obrigatoriedade fazia parte do leque de condições relativas às tarifas impostas pela CE para que esta pudesse ter aprovado o projeto de compra da Swiss pela Lufthansa no ano de 2005.

Em novembro de 2013, a Lufthansa/Swiss requereu que a CE abrisse mão da obrigatoriedade em causa, fazendo uso de três razões fundamentais: (i) o consórcio entre a Lufthansa e a Scandinavian Airlines System (SAS) tinha já terminado; (ii) tinha havido uma alteração no enquadramento e tratamento da CE relativamente a situações de aliança entre companhias aéreas parceiras; e (iii) por último, existia de facto concorrência entre as companhias Swiss, SAS e LOT Polish.

*O TG, no seu acórdão, elucidou que a CE tinha de efetuar um exame criterioso do requerimento apresentado pela companhia aérea, procedendo, se necessário, a uma investigação que lhe permitisse chegar a conclusões instruídas, o que acabou por não acontecer, na visão do TG.*

Em 2016, a CE rejeitou o requerimento apresentado, alegando que o facto de o consórcio ter terminado, em si, era irrelevante, já que a Lufthansa e a SAS eram as únicas companhias que efetuavam os voos Zurique-Estocolmo e, por outro, ainda mantinham entre si um acordo de partilha de código (“*codeshare agreement*”), levando à conclusão de que a concorrência entre as duas companhias seria menor.

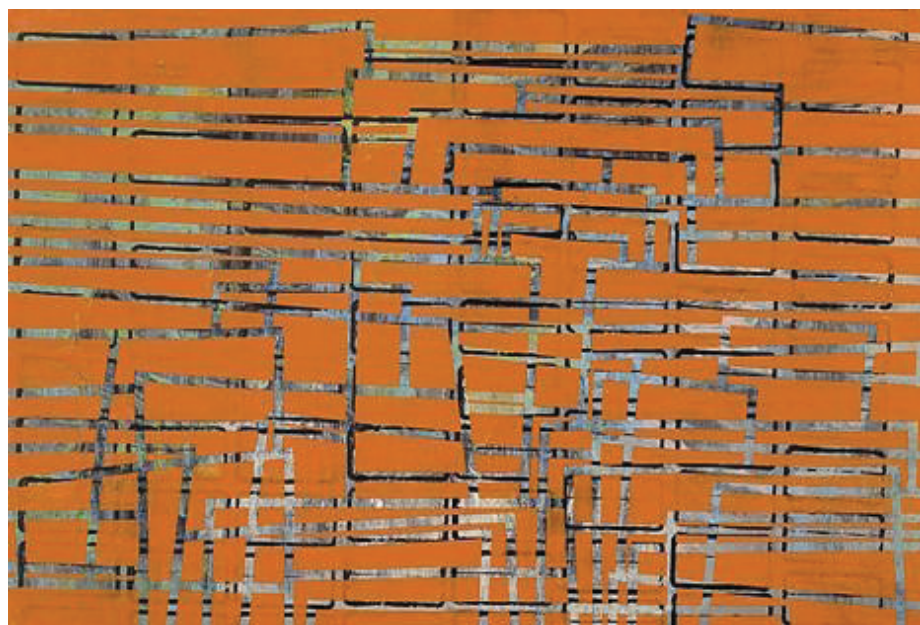
A Lufthansa recorreu da decisão da CE para o TG, alegando que a alteração contratual advinda do fim do consórcio com a companhia aérea SAS exigiria dispensar a obrigatoriedade da condição da descida periódica das tarifas, ao mesmo tempo que defendeu que o número de passageiros entre 2005 e 2014 duplicou ao mesmo tempo que as tarifas diminuíram significativamente. Numa palavra, estes dois pontos teriam de ser enquadrados numa evolução de mercado a médio e longo prazo, o que exigiria uma mudança nas condições anteriormente impostas pela CE.

O TG, no seu acórdão, elucidou que a CE tinha de efetuar um exame criterioso do requerimento apresentado pela companhia aérea, procedendo, se necessário, a uma investigação que lhe permitisse chegar a conclusões instruídas, o que acabou por não acontecer, na visão do TG.

O TG considerou que a CE (i) não examinou o impacto na concorrência do fim do consórcio entre a Lufthansa e a SAS, baseando-se apenas em considerações hipotéticas; (ii) não respondeu de forma adequada ao argumento acerca da mudança no enquadramento dado pela própria em questões paralelas; e (iii) não apresentou as razões pelas quais o acordo de código (“*codeshare agreement*”) entre as empresas poderia de facto reduzir ou remover a concorrência entre as companhias aéreas, ainda que em abstrato tal efeito pudesse ocorrer.

Numa palavra, para o TG, a CE falhou no exame da informação disponível, cometendo um manifesto erro de análise, não se mostrando capaz de justificar a manutenção da obrigatoriedade imposta à Lufthansa/Swiss relativamente à rota Zurique-Estocolmo.

Diametralmente, relativamente à rota Zurique-Varsóvia, o TG corroborou a decisão da CE, já que a relação contratual entre a Lufthansa/Swiss com a LOT Polish não tinha sofrido alterações desde a decisão adotada pela CE em 2005.



ANA VIDIGAL  
S/título, 1998 (detalhe)

Acrílico e esmalte s/tela, 130 x 195 cm

Obra da Coleção da Fundação PLMJ

Partilhamos a Experiência. Inovamos nas Soluções.

SETEMBRO 2018

**Tribunal de Justiça densifica o conceito de *gun-jumping* ao exigir uma mudança de controlo duradoura na empresa adquirida**

Em novembro de 2013, a auditora KPMG Dinamarca celebrou um acordo de concentração com a também auditora Ernst & Young. Neste acordo de concentração, estava inserida a obrigatoriedade de a KPMG Dinamarca terminar o acordo de cooperação com a KPMG International.

Assim, no dia da celebração do acordo de concentração com a Ernst & Young, a KPMG Dinamarca denunciou o acordo de cooperação com a KPMG International, sendo que três dias após a denúncia, a KPMG Dinamarca e a Ernst & Young deram início ao processo de pré-notificação junto da Autoridade da Concorrência dinamarquesa. Apesar de esta concentração ter sido autorizada pelas autoridades dinamarquesas, o Conselho da Concorrência da Dinamarca declarou que a KPMG Dinamarca tinha violado as regras da concorrência que impõem a suspensão da concentração até que seja tomada uma decisão final pela entidade responsável.

Na opinião da autoridade dinamarquesa, tinha ocorrido uma situação de *gun-jumping* já que, antes da decisão de aprovação da concentração pela Autoridade da Concorrência dinamarquesa, a KPMG Dinamarca tinha rescindido o acordo de cooperação com a KPMG International, tal como previamente definido com a Ernst & Young no seu acordo de concentração, e

que tal resolução do acordo de cooperação provavelmente afetaria o mercado de auditoria dinamarques.

O Tribunal de Justiça (TJ), através de reenvio prejudicial efetuado pelo tribunal dinamarquês, decidiu, por acórdão de 31 de maio de 2018, que a resolução do contrato não poderia ser considerada como uma violação das regras de *gun-jumping*, já que a Ernst & Young não teria capacidade de exercer qualquer tipo de influência sobre a KPMG Dinamarca, não obstante a resolução do acordo de cooperação.

De outra monta, o TJ defendeu que a avaliação dos efeitos económicos não deve contar para a aferição da obrigação de suspensão da operação de concentração.

O TJ concluiu que, mesmo no caso de operações de concentração que não causem efeitos económicos significativos no mercado, se as regras *gun-jumping* forem violadas – que exigem uma mudança de controlo duradoura na empresa adquirida – há sempre ilicitude no comportamento das empresas.

**Tribunal de Justiça rejeita pedido de indemnização por danos causados por decisão do próprio Tribunal**

No dia 7 de junho de 2018, o Tribunal de Justiça (TJ) rejeitou um recurso da decisão do Tribunal Geral (TG) que julgou improcedente o pedido de indemnização intentado contra o TJ pela empresa Ori Martin.

Em causa estaria uma eventual violação dos direitos fundamentais do visado que lhe teriam causado danos superiores a 13 milhões de euros, tendo este sido o valor pelo qual a empresa tinha sido condenada ao pagamento solidário de uma coima aplicada a uma subsidiária da empresa, pela participação em cartel com o objetivo de fixar preços e dividir o mercado siderúrgico. A condenação ao pagamento solidário advém de a empresa-mãe (Ori Martin) não ter conseguido ilidir a presunção existente de que exercia uma influência decisiva sobre a sua empresa subsidiária.

Em junho de 2017, o TG rejeitou o pedido de indemnização, por falta de sustento legal do pedido.

Em julho de 2017, a empresa visada recorreu da decisão do TG, alegando que este Tribunal tinha distorcido a substância do seu pedido de indemnização, já que a empresa não pretendia revisitar a questão da presunção e da sua condenação ao pagamento solidário, mas sim da insuficiência de fundamentação na decisão do TG que condenou a empresa.

Na decisão de junho de 2018, o TJ considerou que os vícios apontados ao acórdão do TG são infundados, pois tanto o TJ como o TG apresentaram as razões pelas quais se não poderia ter ilidido a presunção, não tendo de examinar todos os diferentes pedidos e fundamentos apresentados pelos recorrentes.

**II. COMISSÃO EUROPEIA**

**Gazprom evita pagamento de coima ficando sujeita ao cumprimento de compromissos**

A Comissão Europeia (CE), por decisão de 24 de maio de 2018, decidiu impor obrigações vinculativas à empresa Gazprom que permitirão uma livre circulação de gás natural nos mercados da Europa Central e Oriental.

Esta decisão da CE é o culminar de um processo de investigação desta instituição por suspeita de práticas lesivas da concorrência.

Na Nota de Ilícitude apresentada em 2015, a CE acusava a Gazprom de impor uma divisão territorial em oito Estados-Membros, o que lhe permitia cobrar preços mais elevados pelo gás fornecido, dada a proibição de revenda transfronteiriça deste produto. Nesta Nota de Ilícitude, a empresa foi igualmente acusada pela CE de aplicar uma política desleal de preços em cinco Estados-Membros, cobrando aos grossistas preços significativamente mais elevados, se comparados com os custos associados e com os preços de referência.

Para evitar a aplicação de uma coima, a Gazprom comprometeu-se, em primeiro lugar, a remover as cláusulas contratuais que tinham como objeto restringir ou proibir a revenda transfronteiriça e, por outro, a facilitar os fluxos de gás em mercados ainda isolados por falta de interligações.

*O TJ concluiu que, mesmo no caso de operações de concentração que não causem efeitos económicos significativos no mercado, se as regras *gun-jumping* forem violadas – que exigem uma mudança de controlo duradoura na empresa adquirida – há sempre ilicitude no comportamento das empresas.*

Partilhamos a Experiência. Inovamos nas Soluções.

SETEMBRO 2018

Por outro lado, a Gazprom ofereceu aos clientes com contratos mais longos (duração mínima de 18 meses) a faculdade de exigir preços em linha com as tarifas oferecidas na Europa Ocidental. Por fim, a Gazprom fica proibida de tirar partido da sua posição dominante no mercado de abastecimento do gás para obter vantagens no que respeita ao acesso às infraestruturas de gás ou ao seu controlo.

Caso a empresa russa falhe no cumprimento de qualquer destas obrigações, a CE poderá impor uma coima até 10% do volume de negócios mundial da empresa, sem ter de provar a infração de qualquer regra antitrust da UE.

#### Parlamento Europeu e Conselho chegam a acordo provisório quanto à nova Diretiva ECN+

O Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia (Conselho), instituições europeias com funções legislativas, obtiveram um acordo político provisório, após negociações, relativamente à Diretiva proposta pela Comissão Europeia (CE) em março de 2017, que introduz novas regras no quadro da Rede ECN (*European Competition Network*), as quais permitirão que as autoridades da concorrência nacionais detenham mais poderes para reprimir práticas atentatórias da concorrência.

Estes objetivos podem explicitar-se na independência e imparcialidade na atuação das autoridades nacionais da concorrência, na garantia da existência de condições humanas e financeiras para o seu normal exercício e no alargamento dos meios de prova admissíveis (como telemóveis, computadores portáteis e *tablets*).

Por outro lado, com esta nova Diretiva pretende-se fomentar os programas de clemência, com a existência de regras comuns em todo o espaço europeu, e introduzir novas regras em matéria de responsabilidade e de sucessão de sociedades-mãe para colmatar lacunas que existem atualmente nas legislações nacionais, lacunas essas que permitem às empresas evitar ou minimizar a aplicação de coimas.

A aprovação final do texto da Diretiva pelo Parlamento e Europeu e pelo Conselho é esperada até ao final de 2018.

Após a publicação no Jornal Oficial da União Europeia, os Estados-Membros terão, à partida, dois anos para transpor a Diretiva para os seus ordenamentos jurídicos, tendo em conta os objetivos dispostos na mesma.

#### Comissão Europeia investiga compradores de estireno

A Comissão Europeia (CE) confirmou que realizou várias diligências de busca e apreensão, tendo em conta a suspeita de colusão dos compradores do solvente que permite o fabrico de plástico, sendo de realçar a produção de tubos em PVC.

Estas diligências ocorreram todas no dia 5 de junho de 2018 em diversas empresas dispersas por diferentes Estados-Membros e foram acompanhadas pelas autoridades da concorrência nacionais respetivas.

*Com esta nova Diretiva pretende-se fomentar os programas de clemência, com a existência de regras comuns em todo o espaço europeu, e introduzir novas regras em matéria de responsabilidade e de sucessão de sociedades-mãe para colmatar lacunas que existem atualmente nas legislações nacionais, lacunas essas que permitem às empresas evitar ou minimizar a aplicação de coimas.*

#### Comissão Europeia inicia investigação aprofundada à compra do negócio de nylon da Solvay pela BASF

A Comissão Europeia (CE) decidiu iniciar uma investigação aprofundada para verificar se a proposta de aquisição pela BASF do negócio de nylon da empresa Solvay é conforme às exigências da concorrência.

Estas duas empresas são produtoras de nylon e de compostos utilizados para a sua produção, tendo o nylon uma importância significativa na economia europeia, pela sua grande amplitude de utilizações.

Na visão da CE, esta aquisição da Solvay poderia reduzir a concorrência e aumentar os preços dos produtos em questão, tendo-se mostrado apreensiva relativamente ao maior poder da BASF, que se verificaria após a aquisição, e à sua melhoria de posição na cadeia produtiva do nylon, já que a Solvay é a única fabricante no Espaço Económico Europeu que produz bens em toda a cadeia de produção do nylon.

Além de inexistir um qualquer concorrente com controlo produtivo sobre toda a cadeia, caso se desse a aquisição a quota de mercado da BASF corresponderia ao dobro da quota de mercado do seu concorrente mais próximo.

Tal quadro económico levaria, na opinião da CE, a que os seus concorrentes tivessem de depender do fornecimento pela BASF de componentes essenciais para a produção final destes produtos, não sendo provável que novos concorrentes neste mercado pudessem reequilibrar a concorrência.

A CE tem até ao dia 31 de outubro de 2018 para terminar a sua análise.

A presente Nota Informativa destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Nota Informativa não pode ser reproduzido, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este tema contacte a equipa de Direito e Política da Concorrência de PLMJ através dos Sócios [Ricardo Oliveira \(ricardo.oliveira@plmj.pt\)](mailto:ricardo.oliveira@plmj.pt) ou [Sara Estima Martins \(sara.estimamartins@plmj.pt\)](mailto:sara.estimamartins@plmj.pt).

 Melhor Sociedade de Advogados no Serviço ao Cliente  
*Chambers European Awards 2018*

 Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano  
*Who's Who Legal 2017-2015, 2011-2006*  
*The Lawyer European Awards 2015, 2012*  
*Chambers European Excellence Awards 2014, 2012, 2009*

 Top 50 - Sociedades de Advogados mais Inovadoras da Europa  
*Financial Times - Innovative Lawyers Awards 2017-2011*