



VIEIRA DE ALMEIDA  
& Associados Sociedade de Advogados, RL

# FLASH

26 de Agosto a 8 de Setembro de 2009

I N F O R M A T I V O

## DIREITO COMUNITÁRIO, CONCORRÊNCIA E PROPRIEDADE INDUSTRIAL

### Legislação

#### União Europeia liberta espectro para serviços de comunicações móveis novos e mais rápidos

Em 27 de Julho de 2009, o Conselho de Ministros aprovou uma proposta da Comissão Europeia destinada a modernizar a legislação comunitária que regula a utilização do espectro radioelétrico necessário para os serviços móveis, designadamente a “Directiva GSM”.

A actualização da referida Directiva visa permitir a utilização da faixa de 900Mhz para o fornecimento de serviços pan-europeus mais rápidos, como a Internet móvel, garantindo simultaneamente a continuidade dos serviços GSM.

Pretende-se com a referida actualização promover uma concorrência acrescida no mercado europeu das telecomunicações e contribuir para uma implantação mais rápida e generalizada dos serviços em banda larga sem fios, como um dos factores de retoma da economia. A directiva actualizada entrará em vigor em Outubro de 2009.

A directiva promoverá, igualmente, a implantação de novos serviços sem fios, em virtude da redução dos custos das redes resultante da utilização de faixas de frequências mais baixas. Desta forma, é expectável que o sector das telecomunicações realize economias na ordem de 1,6 mil milhões de euros com a oferta de uma rede europeia única.

### Notícias

#### Comissão Europeia aprova auxílios à *Austrian Airlines* e a aquisição pela *Lufthansa*

No passado dia 28 de Agosto, a Comissão Europeia aprovou a aquisição da companhia aérea austríaca Austrian Airlines por parte da transportadora aérea alemã Lufthansa. Ambas as companhias aéreas fazem parte da Star Alliance à qual a TAP também pertence. Esta operação de concentração havia suscitado preocupações relacionadas com a redução da escolha e com o aumento dos preços nas rotas entre Viena e diversas cidades europeias: Frankfurt, Munique, Estugarda, Colónia e Bruxelas.

A concentração foi aprovada mediante a apresentação de compromissos por parte da Lufthansa, que se obrigou designadamente a ceder *slots* de aterragem e descolagem nas rotas em causa. Este compromisso permitirá atenuar o problema do congestionamento dos *slots*, estimulando o desenvolvimento da oferta nesses percursos por parte de novos concorrentes ou de concorrentes já existentes. Por outro lado, foram ainda impostos outros remédios acessórios, em especial relativamente ao programa de passageiro frequente da Lufthansa.



# DIREITO COMUNITÁRIO, CONCORRÊNCIA E PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Acresce ainda que, no mesmo dia em que foi aprovada a operação de concentração, a Comissão Europeia aprovou os planos do Estado austríaco de privatização e reestruturação financeira da transportadora aérea Austrian Airlines, que consistiam na alienação de 41,56% do capital da companhia de aviação à Lufthansa mediante o pagamento de mais de € 366 milhões e na concessão de um apoio financeiro de € 500 milhões para a reestruturação da empresa.

A Comissão considerou que o preço pago pela Lufthansa reflectia o valor da empresa no momento da transacção. Contudo, como a falência da empresa representaria uma solução financeiramente mais vantajosa para o Estado austríaco do que a venda com a concessão do apoio financeiro, a Comissão considerou que existia um auxílio de Estado. A Comissão apreciou o plano de reestruturação de acordo com as regras aplicáveis a auxílios estatais a empresas em dificuldade e decidiu aprovar o plano, visto que:

- (i) o montante do auxílio foi o menor possível;
- (ii) a dimensão da Austrian Airlines iria ficar reduzida em 15% até finais de 2010;
- (iii) foi imposta uma limitação da taxa de crescimento da empresa, não podendo ultrapassar a média dos membros da Associação Europeia de Companhias Aéreas até 2015 ou até atingir o equilíbrio financeiro; e que
- (iv) a Austrian Airlines acordou ainda em reduzir para 25% a sua participação na empresa gestora dos aeroportos austríacos (*Schedule Coordination Austria GmbH*).

## Jurisprudência

### *República Italiana contra Comissão Europeia*

#### **Ilegalidade de benefícios fiscais concedidos a empresas recentemente admitidas a cotação em bolsa**

No passado dia 4 de Setembro de 2009, o Tribunal de Primeira Instância (“TPI”) negou provimento ao recurso interposto pela República Italiana contra a decisão da Comissão Europeia que considerou incompatível com o mercado comum (artigo 87º, TCE) o regime de auxílios (reduções fiscais) dividido por aquele Estado em favor de empresas recentemente admitidas a cotação em bolsa e determinou à República Italiana a recuperação dos montantes pagos junto das empresas beneficiárias daqueles auxílios acrescidos de juros.

A República Italiana argumentou que a decisão da Comissão em apreço não se encontrava devidamente fundamentada, em violação do disposto nos artigos 87º e 253º, TCE, e, que os benefícios fiscais concedidos às empresas recentemente admitidas a cotação em bolsa não preenchiam os requisitos do artigo 87º, TCE – não constituíam auxílios estatais –, a saber:

- (i) selectividade
- (ii) afectação do comércio intra-comunitário e falseamento da concorrência

O TPI considerou improcedentes tais argumentos, observando, *inter alia*, que:

- (i) a fundamentação de uma decisão deve revelar de forma clara e inequívoca o raciocínio da Instituição, o qual, segundo aquele Tribunal, era perceptível na decisão controvertida
- (ii) as reduções fiscais tinham carácter selectivo pois beneficiavam apenas determinadas empresas – nomeadamente, as empresas recentemente cotadas em bolsa – em detrimento de outras empresas e tal diferenciação não encontrava justificação na natureza e economia do sistema fiscal Italiano
- (iii) a Comissão não era obrigada a demonstrar os efeitos reais dos auxílios sobre o comércio intra-comunitário ou uma distorção efectiva da concorrência bastando apenas que tais auxílios fossem susceptíveis de os afectar
- (iv) um auxílio estatal, ainda que o montante seja pequeno, é susceptível de afectar a concorrência ou as trocas comerciais entre Estados-Membros quando o sector no qual a empresa beneficiária opera, como o do presente caso, se caracteriza por uma forte concorrência

# DIREITO COMUNITÁRIO, CONCORRÊNCIA E PROPRIEDADE INDUSTRIAL

## *AceaElectrabel Produzione SpA*

**Noção de unidade económica e obrigação da empresa beneficiária de um auxílio estatal devolver anteriores auxílios estatais declarados ilegais**

No passado dia 8 de Setembro de 2009, o Tribunal de Primeira Instância (“TPI”), no processo T-303/05, negou provimento ao recurso de anulação interposto pela *AceaElectrabel Produzione SpA* (“a requerente”) contra a decisão da Comissão Europeia (“Comissão”) relativa a um auxílio concedido pelo Estado Italiano para a redução de gases com efeito de estufa através da utilização de fontes de energia alternativa, na parte que qualifica como auxílio de Estado as medidas de financiamento para a construção de uma rede de aquecimento urbano na região da Lácio bem como na parte que suspende a atribuição do auxílio em causa até que o Estado Italiano prove ter recuperado um anterior auxílio declarado ilegal concedido a uma das empresas (Acea) do grupo económico a que a requerente pertence.

A requerente no processo em apreço é uma *joint-venture*, controlada conjuntamente pela Electrabel Itália (50%) e pela AceaElectrabel (50%), sociedades controladas elas próprias, respectivamente, pelo Grupo Electrabel e pelo Grupo ACEA (de que faz parte a Acea).

O TPI, ao confirmar a decisão da Comissão, pronunciou-se, *inter alia*, sobre o conceito de unidade económica para efeitos de aplicação da legislação Comunitária relativa aos auxílios estatais. Em concreto, esse Tribunal concluiu que:

- |       |   |      |  |
|-------|---|------|--|
| (i)   | pessoas colectivas distintas podem ser consideradas como constituindo uma “unidade económica” para efeitos de aplicação das regras de auxílios de estado, possuindo a Comissão uma larga margem de apreciação nesse domínio | (iv) | a requerente não provou ter autonomia funcional relativamente ao grupo ACEA  |
| (ii)  | a existência de tal “unidade económica” tem reflexos na determinação do beneficiário de um dado auxílio estatal   | (v)  | a Acea, sociedade pertencente ao Grupo ACEA, tinha previamente recebido um auxílio do Estado Italiano que tinha sido declarado ilegal pela Comissão, e, como tal, a sua recuperação tinha sido ordenada  |
| (iii) | in casu, a requerente era controlada conjuntamente por dois grupos de empresas – Electrabel e ACEA – e, como tal, estava ligada ao grupo ACEA e com ele constituía uma “unidade económica”                                  | (vi) | consequentemente, a Comissão suspendeu a atribuição do auxílio estatal à requerente até o Estado Italiano apresentar prova de que recuperou o anterior auxílio ilegal concedido à Acea na medida em que o Grupo ACEA, de que ambas as empresas fazem parte, seria o beneficiário da cumulação dos auxílios estatais em causa |

## **Exclusivo da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa nas Apostas Mútuas confirmado pelo TJCE**

No litígio que opõe a Liga Portuguesa de Futebol Profissional e a Bwin International, Ltd. (“Bwin”), por um lado, e a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (“SCML”), por outro, tendo como centro da discussão o exclusivo de que esta entidade goza no que respeita à organização de serviços de apostas mútuas – estendido, em 2003, por via da aprovação do Decreto-Lei n.º 282/2003, de 8 de Novembro (“DL 282/2003”), à promoção destas actividades em suporte electrónico – veio o Tribunal de Pequena Instância Criminal do Porto, junto do qual decorre a referida discussão, interpelar o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE”), formulando um pedido de decisão prejudicial.

Assim, o Tribunal Português questiona o TJCE sobre a adequação do direito de exclusivo atribuído à SCML face ao princípio da livre prestação de serviços, consagrado no artigo 49.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (“TCE”), na medida em que proíbe que os operadores como a Bwin, com sede noutros Estados-Membros, onde prestam legalmente serviços análogos, ofereçam jogos de fortuna ou azar na Internet, no território do referido Estado-Membro.

O TJCE, em Acórdão de 8 de Setembro de 2009, tendo considerado admissível o pedido de decisão prejudicial por incidir sobre a interpretação do Direito Comunitário (*in casu*, do artigo 49.º TCE), confirmou, desde logo, a jurisprudência comunitária no sentido da permissão de restrições à livre prestação de serviços na Comunidade por razões imperiosas de interesse geral (como a protecção dos consumidores e a prevenção de fraude ou de perturbações da ordem social em geral).

# DIREITO COMUNITÁRIO, CONCORRÊNCIA E PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Considerando que “a legislação dos jogos de fortuna ou azar é um dos domínios em que há divergências consideráveis de ordem moral, religiosa e cultural entre os Estados-Membros”, e não tendo esta legislação sido objecto de harmonização comunitária, o TJCE atendeu às razões de interesse público concretamente invocadas pelo Estado Português com vista a alicerçar a atribuição do mencionado exclusivo, por via legislativa, à SCML: o combate à criminalidade, designadamente a protecção dos consumidores de jogos de fortuna ou azar contra fraudes cometidas pelos operadores. Na perspectiva do Estado Português, a concessão deste exclusivo garante o funcionamento de um sistema fiável, controlado e seguro na medida em que o quadro jurídico aplicável à SCML nesta matéria coloca esta entidade sob a tutela administrativa do Estado.

Neste contexto, o TJCE admitiu a possibilidade de a prestação dos serviços em causa, embora em conformidade com a legislação de determinado Estado-Membro, poder ser considerada insuficiente, por parte de outro Estado-Membro, para garantir a protecção dos consumidores de jogos de fortuna ou azar contra fraudes cometidas pelos operadores, potenciada pelo recurso ao suporte electrónico. Acolheu, deste modo, o TJCE a justificação apresentada para a restrição criada pelo Estado Português à livre de prestação de serviços, excluindo qualquer violação do artigo 49.º do TCE pelo DL 282/2003.