



O Tribunal Geral da UE confirma a ilegalidade da cláusula de não concorrência entre a Portugal Telecom e a Telefónica no âmbito da aquisição do operador móvel brasileiro Vivo pela Telefónica

No entanto, a Comissão deverá, para efeitos do cálculo das coimas aplicadas às duas sociedades, determinar novamente as vendas relacionadas direta ou indiretamente com a infração

A PT (anterior Portugal Telecom) e a Telefónica são operadores históricos no domínio das comunicações electrónicas. A PT é o maior operador de telecomunicações em Portugal e tem uma presença estratégica noutros países, nomeadamente no Brasil e na África subsariana. A Telefónica é o maior operador de telecomunicações em Espanha e um dos maiores grupos europeus de telecomunicações, com uma presença internacional em diversos países da União Europeia, da América Latina e de África. A Vivo é um dos principais operadores de telecomunicações móveis do Brasil. Era conjuntamente controlada pela Telefónica e pela PT, através da Brasilcel, uma sociedade de investimento neerlandesa.

Em 2010, a PT e a Telefónica celebraram um acordo de compra de acções que tinha por objeto o controlo exclusivo da Vivo pela Telefónica¹. Os operadores inseriram neste acordo uma cláusula de não concorrência nos termos da qual, «na medida do permitido por lei, as partes abster-se-ão de participar ou investir, direta ou indiretamente através de qualquer filial, em qualquer projeto no setor das telecomunicações (incluindo serviços de comunicações fixas ou móveis, serviços de acesso à Internet e serviços de televisão, mas excluindo qualquer investimento e atividade detidos ou realizados à data do presente acordo) que possa ser considerado como estando em concorrência com a outra parte no mercado ibérico». Esta cláusula devia aplicar-se entre 27 de setembro de 2010 (data da conclusão definitiva da transacção) e 31 de dezembro de 2011.

Em Janeiro de 2011, depois de ter sido alertada para a existência desta cláusula pela Autoridade da Concorrência espanhola, a Comissão deu início a um procedimento contra a Telefónica e a PT. Em fevereiro de 2011, na sequência do início do procedimento pela Comissão, a Telefónica e a PT assinaram um acordo com vista a suprimir a cláusula. Numa decisão de 2013², a Comissão Europeia considerou que a cláusula equivalia a um acordo de partilha de mercado com o objeto de restringir a concorrência no mercado interno. Consequentemente, aplicou à Telefónica e à PT coimas nos montantes de, respetivamente, 66 894 000 euros e 12 290 000 euros. A Comissão concluiu que a cláusula abrangia todos os mercados de serviços de comunicações eletrónicas e de televisão em Espanha e Portugal, excetuando os mercados de serviços globais de telecomunicações e dos serviços grossistas de transporte internacional. A Comissão acrescentou que a cláusula era suscetível de atrasar o processo de integração no mercado do setor das comunicações electrónicas. Segundo a Comissão, este processo de integração seria gravemente prejudicado se operadores históricos, como a Telefónica e a PT, pudessem reforçar o seu já muito forte poder de mercado através de uma colusão, no sentido de proteger os seus mercados nacionais e de evitar a entrada de outros operadores nestes últimos.

¹ O acordo foi celebrado em 28 de Julho de 2010. A Telefónica adquiriu o controlo exclusivo da Vivo através da aquisição de 50% do capital da Brasilcel

² Decisão C(2013) 306 final da Comissão, de 23 de janeiro de 2013, relativa a um procedimento nos termos do artigo 101.º TFUE (processo COMP/39.839 – Telefónica/Portugal Telecom).

A PT e a Telefónica pedem ao Tribunal Geral da União Europeia a anulação da decisão da Comissão e a redução do montante das coimas aplicadas. Contestam designadamente que a cláusula constitua uma restrição da concorrência por objeto, uma vez que a Comissão não demonstrou que a Telefónica e a PT eram concorrentes potenciais e que a cláusula era, portanto, suscetível de restringir a concorrência. Alegam também que há que excluir do cálculo da coima o volume das vendas realizadas nos mercados ou com serviços não sujeitos a uma concorrência potencial, não abrangidas pelo âmbito de aplicação da cláusula.

Com os seus acórdãos de hoje, **o Tribunal Geral nega provimento aos recursos da PT e da Telefónica na sua quase totalidade. No entanto, a Comissão deverá determinar novamente as vendas relacionadas direta ou indiretamente com a infração para o cálculo do montante das coimas.**

O Tribunal Geral considera que a PT não demonstrou que a restrição gerada pela cláusula controvertida fosse acessória à opção de compra das suas ações detidas pela Telefónica (opção inicialmente prevista e mais tarde eliminada do acordo) e à renúncia dos membros do seu conselho de administração nomeados pela sociedade espanhola (renúncia prevista na versão final do acordo). Além disso, o Tribunal considera, à semelhança da Comissão, que nada indica que a cláusula continha uma obrigação de autoavaliação de que dependia a entrada em vigor da obrigação de não concorrência (com efeito, a PT sustentava, que a cláusula continha duas obrigações distintas – uma obrigação principal de autoavaliação e uma obrigação secundária de não concorrência –, sendo que a segunda só se tornava vinculativa se a sua legalidade fosse declarada quando do exercício da primeira).

Por sua vez, a Telefónica alega designadamente que a cláusula foi imposta pelo Governo português ou que era, em todo o caso, necessária para que este não bloqueasse o acordo relativo à transação da Vivo. Por esse facto, a Telefónica afirma que não teve outra opção que não a de se empenhar em limitar o impacto da cláusula, transformando-a numa cláusula de autoavaliação através da introdução da expressão «na medida do permitido por lei». O Tribunal considera que a Telefónica não apresentou provas suficientes em apoio dessas alegações. Além disso, assinala que a Telefónica não apresentou nenhum elemento suscetível de explicar por que razão uma cláusula de não concorrência no mercado ibérico poderia ser considerada objetivamente essencial para uma transação relacionada com a aquisição de participações no capital social de um operador brasileiro.

Tendo em conta que a própria existência da cláusula é um forte indício de uma concorrência potencial entre a PT e a Telefónica, que o seu objeto consistia num acordo de partilha de mercados, que tinha um âmbito de aplicação alargado e que se inseria num contexto económico liberalizado, o Tribunal considera que **a Comissão não estava obrigada, como afirmam a PT e a Telefónica, a proceder a uma análise pormenorizada da estrutura dos mercados em causa e da concorrência potencial entre as sociedades nesses mercados, a fim de concluir que a cláusula constituía uma restrição da concorrência por objeto.**

Todavia, o Tribunal declara que, no caso em apreço, as vendas de uma sociedade correspondentes a atividades que não possam ser consideradas como estando em concorrência com a outra sociedade no período de aplicação da cláusula devem ser excluídas para efeitos do cálculo da coima, uma vez que essas actividades estavam excluídas do âmbito de aplicação da cláusula por força da sua redação e que a Comissão se baseou, para o cálculo da coima, nas vendas que entram no âmbito de aplicação da cláusula. Assim, para determinar o valor das vendas das sociedades a tomar em consideração para o cálculo do montante das coimas, a Comissão deveria ter examinando os argumentos da PT e da Telefónica destinados demonstrar a inexistência de concorrência potencial entre elas relativamente a determinados serviços. Só com base nessa análise factual e jurídica é que teria sido possível determinar o valor das vendas relacionadas direta ou indiretamente com a infração (valor que deveria ter servido de montante de partida para o cálculo do montante de base da coima por força do método de cálculo aplicado pela Comissão neste caso). Por conseguinte, **a Comissão deverá pronunciar-se de novo sobre a fixação do montante da coima.**

NOTA: Da decisão do Tribunal Geral pode ser interposto recurso, limitado às questões de direito, para o Tribunal de Justiça, no prazo de dois meses a contar da sua notificação.

NOTA: O recurso de anulação destina-se a obter a anulação dos atos das instituições da União contrários ao direito da União. Os Estados-Membros, as instituições e os particulares podem, sob certas condições, interpor no Tribunal de Justiça ou no Tribunal Geral um recurso de anulação. Se o recurso for julgado procedente, o ato é anulado. A instituição em causa deve providenciar no sentido de colmatar o eventual vazio jurídico criado pela anulação do ato.

Documento não oficial, para uso exclusivo dos órgãos de informação, que não envolve a responsabilidade do Tribunal Geral

O texto integral dos acórdãos [T-208/13](#) e [T-216/13](#) é publicado no sítio CURIA no dia da prolação

Contacto Imprensa: Cristina López Roca ☎ (+352) 4303 3667