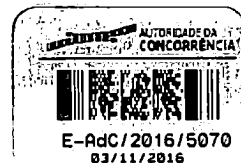




Certificação CITTUS:
Elaborado em: 03-11-2016



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Exma. Senhora

Avenida de Berna, N.º 19
1050-037 Lisboa

Processo: 223/06.9TYLSB	Ação Administrativa Especial	Referência: 153739 Data: ver data certificada pelo sistema
Autor: Barraqueiro Sgps, S.A. e outro(s)... Réu: Autoridade da Concorrência		

Assunto: Sentença

Fica V. Ex.^a notificada, na qualidade de Mandatária, relativamente ao processo supra identificado, da sentença, Ref^a 153258, proferida de fls. 3129 a 3186, cuja cópia se anexa.

A Oficial de Justiça,

Olga Vicente



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

153258

CONCLUSÃO - 28-10-2016

(Termo electrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Manuela Augusta Rosa)

=CLS=

SENTENÇA.

I. RELATÓRIO.

1.1. Em 26-02-2016, ss Autores **BARRAQUEIRO SGPS, S.A.**, com sede na Rua de Angola, Olival de Basto, 2675-039 Loures, com o capital social de 31.148.563,03 Euros, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Odivelas sob o n.º 10009, pessoa colectiva n.º 502 903 562, e **ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS, S.A.**, com sede em Lisboa, na Avenida Duque D'Ávila, 66-5º, com o capital social de 50.000,00 Euros, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o n.º 11347, pessoa colectiva n.º 506 198 324, vieram interpor a presente acção administrativa especial contra a Ré **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**), pessoa coletiva de Direito Público n.º 506.557.057, com sede na Avenida de Berna, n.º 19, 1050-037 Lisboa, **peticionando**:

- a anulação da Decisão de proibição à operação de concentração notificada, ou da operação tal qual resultou das alterações introduzidas pelos autores da notificação, por não ser a mesma operação susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste;

- a condenação da Autoridade da Concorrência à adopção dos actos e operações necessárias à reconstituição da situação que existiria se o acto anulado não tivesse sido praticado e dar cumprimento aos deveres que ela não tenha cumprido com fundamento no acto impugnado, designadamente a condenação da Autoridade da Concorrência na prática de uma Decisão de não oposição à operação de concentração tal como foi notificada, ou na sequência de alterações introduzidas pelos autores da notificação.

Identificou como contra-interessados a **CARRIS – Companhia Carris de Ferro de Lisboa, S.A.**, com sede na Rua 1.º de Maio, n.º 101-103, 1300-472 Lisboa; **VIMECA TRANSPORTES – Viação Mecânica de Carnaxide, Lda.**, com sede na Estrada Consiglieri Pedroso, 81-Queluz de Baixo, 2730-260 Barcarena; a **TRANSTEJO –**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 223/06.9TYLSB

Transportes do Tejo, S.A., com sede no Terminal Fluvial do Cais do Sodré, Rua da Cintura do Porto de Lisboa, 1249-249 Lisboa; a CP – Comboios de Portugal, com sede na Calçada do Duque, n.º 20, 1249-109 Lisboa; e o METROPOLITANO DE LISBOA, com sede na Avenida Fontes Pereira de Melo, n.º 28, 1050 Lisboa.

Discordando do sentido da decisão de não oposição adoptada pela AdC, após a identificação do acto sindicado, da operação de concentração e da motivação da legitimidade e interesse em agir, na sequência do despacho proferido em 27-10-2016 (ref.ª 67792), os Autores sustentam a procedência dos pedidos formulados nos seguintes fundamentos (em síntese):

DA AVALIAÇÃO JUSCONCORRENCIAL ILÍCITA POR SE ABSTRAIR DO CONTEXTO REGULADO:

- A Autoridade da Concorrência desconsiderou o enquadramento legal da referida operação de concentração, para efeitos de definição do mercado relevante, de avaliação jusconcorrencial, mas também de análise dos compromissos, estruturantes e comportamentais, oferecidos pelas notificantes, violando, deste modo, os preceitos legais aplicáveis.

- Verifica-se que a Autoridade da Concorrência concedeu, no n.º 139 da Decisão, que estava “perante duas actividades sujeitas a regulação, quer por força de lei, de contrato ou de supervisão exercida pelos INTF e DGTT” e, no n.º 267 da Decisão, que “numa perspectiva regulamentar o acesso à actividade ferroviária e rodoviária está sujeita a regulamentação”. Contudo, a AdC não retirou as devidas ilações da sua própria constatação apreciando a operação de concentração em conformidade com a regulamentação do sector.

- Ao aplicar o direito da concorrência, de forma abstracta e sem atender ao contexto da operação de concentração notificada, a Autoridade da Concorrência denegou a própria legitimidade de uma regulamentação estatal, nomeadamente, no que respeita à fixação de preços e tarifas, que por si só acautelaria as preocupações concorrenciais.

- A desconsideração da regulação do sector dos transportes pela Autoridade da Concorrência consubstancia uma ilegalidade preponderante na Decisão de que se recorre, que se repercute em todas as etapas do processo, determinando, conseqüentemente, a anulabilidade da definição do mercado relevante, da avaliação jusconcorrencial e da análise dos compromissos, como aliás se demonstrará.

- A Autoridade da Concorrência desconsiderou que a operação de concentração se enquadra em sectores, ferroviário e rodoviário, regulados: as frequências, a amplitude de horários, as tarifas, a segurança, bem como a qualidade em geral, são parâmetros fixados administrativamente e fiscalizados pelas respectivas autoridades reguladoras (INTF e DGTTF1).

¹ No futuro a Autoridade Metropolitana de Lisboa, embora em coordenação com a DGTTF, mas que ainda não se encontra em plenitude de funções.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 223/06.9TYLSB

- A Autoridade da Concorrência omitiu igualmente a acção fiscalizadora, de apoio à DGTTF, efectuada pela Inspeção-Geral das Obras Publicas (IGOP). Nos termos da sua Lei Orgânica², cabe a este organismo público, designadamente, fiscalizar o cumprimento das regras relativas à actividade de transporte rodoviário e às actividades auxiliares desta, por parte das entidades que operem nesses sectores, quer nas respectivas instalações quer na estrada, e proceder ao levantamento dos autos de notícia decorrentes dessas acções de fiscalização³.

- Acresce ao contexto da operação de concentração – um sector ferroviário regulado, no qual, per se, a concorrência se encontra fortemente reduzida – a exploração em regime de concessão da travessia da Ponte 25 de Abril, que, por via contratual, veio definitivamente aniquilar a existência de um mercado concorrencial. A celebração do contrato entre o Estado Português, representado pelo INTF, e a FERTAGUS, que vigora desde 22 de Junho de 1999, concedeu a exploração do serviço de transporte suburbano de passageiros do Eixo Ferroviário Norte-Sul (EFNS), da região de Lisboa, de acordo com as bases da concessão, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 189-B/99, de 2 de Junho. A concessão para a exploração do serviço de transporte ferroviário de passageiros eliminou, inevitavelmente, qualquer possibilidade de comportamento concorrencial por parte das empresas. Essa constatação subsiste no quadro do novo contrato de concessão, aprovado em Abril de 2005, através da publicação do Decreto-Lei n.º 78/2005, de 13 de Abril.

- Porque a inexistência de concorrência caracteriza, de facto, o sector considerado, o contrato de concessão assinado apresenta reforçadas garantias relativamente ao anterior. Com efeito, de forma a acautelar os interesses dos consumidores, esse contrato de concessão define com o maior rigor e detalhe todos os parâmetros de qualidade a cumprir pela concessionária, bem como o respectivo modelo de monitorização, e impõe penalidades mais gravosas para as situações de incumprimento.

- Face de um direito exclusivo de exploração e, seu corolário, na ausência de concorrência, dificilmente se poderá compreender como a Autoridade da Concorrência entende que se possa restringir uma concorrência que, à partida, não existe.

DA IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA, CONSOLIDADA PELA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA:

- Entenda-se que a ausência de concorrência no mercado relevante considerado, impossibilitando caracterizar um entrave significativo da concorrência efectiva, na acepção da jurisprudência europeia, não está condicionada pela existência de uma legislação europeia ou de uma derrogação expressamente prevista às regras da concorrência. A “ausência de concorrência” possui um âmbito mais alargado, se não veja-se a jurisprudência geral em matéria de concorrência. Assim, em sede de práticas restritivas e de abuso de posição dominante, considera-se matéria assente que, se uma legislação nacional cria “um quadro jurídico que, por si só, elimina qualquer possibilidade de comportamento concorrencial” por parte das empresas, os artigos 81.º e 82.º não se aplicam (Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 16 de Dezembro de 1975,

² Cfr. Decreto-Lei n.º 409/87, de 31 de Dezembro, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 60/89, de 23 de Março, pelo Decreto-Lei n.º 124/91, de 21 de Março, e pelo Decreto-Lei n.º 116/2002, de 20 de Abril.

³ Cfr. alíneas i) e j) do artigo 2.º, tal como alterado pelo Decreto-Lei n.º 116/2002, de 20 de Abril.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Suiker Unie e.a. / Comissão, de 40/73 a 48/73, 50/73, de 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 3 114 /73, nºs 71 e 72, e de 11 de Novembro de 1997, *Comissão e França / Ladbroke Racing*, C-359/95 P e C-379/95 P, nº 33; Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003, *Atlantic Container Line e.a. / Comissão*, T-191/98, de T-212/98 a T-214/98, nº 1130).

DA AVALIAÇÃO JUS-CONCORRENCIAL PROSPECTIVA ILÍCITA:

- A Autoridade da Concorrência devia ter avaliado a operação de concentração no contexto legal existente – não deturpado - e retirado as devidas ilações, designadamente, que, tratando-se de mercados não concorrenciais porque estritamente regulados, da referida operação de concentração não podiam resultar restrições de concorrência, devendo a operação de concentração ser, por isso, autorizada. A Autoridade da Concorrência actuou à revelia da jurisprudência comunitária e da Lei da Concorrência, ignorando o contexto regulado que enquadrava a operação de concentração notificada com fundamento em meras conjecturas sobre a evolução legal futura do sector dos transportes, em completa ilegalidade, devendo, deste modo, ser anulada a Decisão proferida.

DA AUSÊNCIA ILEGAL DE DEMONSTRAÇÃO DE “ENTRAVES SIGNIFICATIVOS À CONCORRÊNCIA EFECTIVA NO MERCADO NACIONAL OU NUMA PARTE SUBSTANCIAL DESTES”, NOS TERMOS DO ARTIGO 12.º, N.º 4., DA LEI DA CONCORRÊNCIA:

A Autoridade da Concorrência definiu o mercado (de produto e geográfico) relevante como o correspondente, para efeitos de apreciação da presente operação de concentração, ao transporte público rodoviário e ferroviário de passageiros, compreendendo todos os percursos realizados no eixo Setúbal/Lisboa, via travessia da Ponte 25 de Abril – a alegada sobreposição dos modos rodoviário e ferroviário, ficando juridicamente vinculado pela sua definição como impõem os princípios da auto-vinculação e da boa-fé.

- Ora, tal definição peca por defeito, sendo manifestamente indefensável que tal recorte do mercado seja relevante, pois não satisfaz a exigência legal de ter de se referir ao mercado nacional ou a uma parte substancial deste (cfr. artigo 9.º, n.º 1 al. a) da Lei da Concorrência). C

- Com efeito, o mercado relevante definido pela Autoridade da Concorrência abrange apenas a travessia da Ponte 25 de Abril e 70.400 deslocações diárias (ou seja, 35.200 utilizadores ou menos, no caso de se verificar uma média de deslocações diárias por utilizador superior a dois), o que representa apenas 1,9 % do total das deslocações diárias motorizadas na Grande Área Metropolitana de Lisboa.

- A Autoridade da Concorrência nem por isso se dignou demonstrar a existência de tal afectação do mercado nacional ou de uma parte substancial deste. Em resposta às preocupações das notificantes sobre a definição de um mercado restritíssimo, a Autoridade da Concorrência auto-atribuiu-se um poder arbitrário de “interpretação” do mercado relevante. Mais grave, a Autoridade da Concorrência, numa tentativa de justificar a sua posição, adiantou considerações genéricas e parciais, deduzindo da “extensão abrangida pelo transporte efectuado (Lisboa a Setúbal)” e das “dezenas de milhar de passageiros”, o carácter “inequívoco, na perspectiva



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 223/06.9TYLSB

do consumidor, e para efeitos de aplicação do regime jurídico da concorrência, que estamos perante uma parte substancial que carece de ser devidamente compulsada” (cfr. n.º 498 da Decisão).

- A Autoridade da Concorrência deliberadamente adulterou o conceito de “mercado relevante ” contido no artigo 12.º, n.º 4, da Lei da Concorrência, ficando a Decisão proferida ferida de ilegalidade.

- Na própria aceção defendida pelo Tribunal de Comércio, a determinação da afectação de uma parte substancial do mercado nacional constitui um requisito autónomo, distinto da definição do mercado relevante, cujo ónus da prova recai sobre a Autoridade da Concorrência. Com efeito, nos termos do Acórdão do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 07-11-2005, claramente se refere que “não basta, porém, determinar o mercado relevante, quanto ao produto ou serviço e quanto à área geográfica. À luz do citado artigo 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro é preciso apurar qual a quota de mercado que vai ser afectada ou, se tal não for possível (numa quantificação rigorosa), apurar se vai ser afectada uma parte substancial do mercado nacional”⁴ (cfr. Acórdão que se junta como doc. sob o n.º 16).

- Relativamente à operação de concentração notificada, a Autoridade da Concorrência tinha, por conseguinte, o ónus de provar, posteriormente à definição do mercado relevante para determinar a criação ou o reforço de posição dominante, a importância económica que resultava da operação de concentração. Tal omissão feriu, irremediavelmente, a Decisão da Autoridade da Concorrência de ilegalidade.

- A Autoridade da Concorrência manifestamente não considerou oportuno fundamentar a Decisão, apesar das 81 páginas apresentadas, quanto ao carácter substancial da presente operação de concentração, pressuposto essencial da regulamentação aplicável às concentrações. Mais, da ausência propositada de resposta à observação das notificantes de que não se encontrava preenchido tal requisito, só se poderá concluir pelo grave desrespeito dos direitos das aa., evidenciando também as lacunas indiscutíveis da Decisão na sua substância.

- Por outro lado, a própria Autoridade da Concorrência confessa, inadvertidamente, a irrelevância, em termos de quota de mercado, que as carreiras a desinvestir confeririam ao potencial adquirente, a saber: “(...) um corredor restrito e isolado face à rede que opera na margem Sul” (ver n.º. 444 in fine da Decisão em apreço).

-- Ou seja, aquilo que para a Autoridade da Concorrência serviu para construir o mercado relevante (sobreposição dos modos rodoviário e ferroviário) já não serve para o “desconstruir”, através da desmontagem da sobreposição dos modos de transporte rodoviário e ferroviário.

DA DEFINIÇÃO ILEGAL DO MERCADO RELEVANTE:

- A Autoridade da Concorrência definiu ilegalmente o mercado relevante ao considerar o mercado do transporte público de passageiros, por via ferroviária e rodoviária, entre Lisboa e Setúbal, via travessia da Ponte 25 de Abril.

⁴ Nos termos do novo regime da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que revogou o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, estes requisitos, constantes do artigo 7.º, n.º 1, foram substituídos, no artigo 12.º, n.º 4, pela exigência de “entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste”. A necessidade de apurar qual a quota de mercado afectada desapareceu, assim, no quadro do novo regime da concorrência.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- Não só é feita uma delimitação errada do mercado relevante como também foram utilizados métodos ilegais para tal efeito. Na verdade, de acordo com a própria jurisprudência da Autoridade da Concorrência, confirmada pelo Tribunal de Comércio, a definição correcta do mercado geográfico relevante consiste na Grande Área Metropolitana de Lisboa. Por sua vez, também existem mercados de produto relevantes distintos atinentes, respectivamente ao transporte público de passageiros por via ferroviária e ao transporte público de passageiros por via rodoviária, os quais deviam, como se demonstrará, ter sido considerados separadamente para efeitos da apreciação da presente operação de concentração.

DO MERCADO GEOGRÁFICO RELEVANTE: A GRANDE ÁREA METROPOLITANA DE LISBOA:

- O mercado geográfico relevante é o da Grande Área Metropolitana de Lisboa onde operam as empresas intervenientes na operação. De acordo com os próprios critérios estabelecidos pela Autoridade da Concorrência, na Decisão adoptada em 3 de Junho de 2004 relativa à operação de aquisição à Barraqueiro SGPS do controlo dos TST pela Arriva (cfr. Decisão que se junta como doc. sob o n.º 17), a definição do mercado geográfico relevante corresponde “exactamente” às áreas concessionadas às empresas notificantes.

- Na sentença proferida em 7 de Novembro de 2005 (cfr. Sentença que se juntou como doc. sob o n.º 16), o Tribunal de Comércio confirmou essa aceção do mercado geográfico relevante, dando como facto provado, no n.º7 dos factos dados como assentes, que “a TST detinha a concessão para o transporte rodoviário de serviço público de passageiros na Península de Setúbal” e, no n.º8 dos factos assentes, que “a Arriva passou assim a operar na área geográfica mencionada no n.º anterior”. Sem conceder, nunca a definição de mercado geográfico relevante podia ser mais restritiva do que a adoptada pela Autoridade da Concorrência na referida Decisão, designadamente, a Península de Setúbal.

- Tratava-se de uma operação de concentração em que as empresas intervenientes eram substancialmente as mesmas da operação de concentração em apreço. De um lado, o grupo Barraqueiro que, sendo detentor da concessionária da travessia ferroviária, era titular do domínio total da sociedade denominada Transportes Sul do Tejo, S.A., a qual explorava as concessões rodoviárias na península de Setúbal e do outro lado, o grupo Arriva que pretendia adquirir o controlo da TST. Numa operação semelhante, mas mais vasta do que aquela e em que actuam empresas na margem Norte do Tejo como é a operação em análise, já a AdC define um mercado relevante mais restrito do que a Península de Setúbal, consubstanciado em bom rigor na travessia da Ponte 25 de Abril. É incompreensível e ilegal.

- Mesmo admitindo uma justificação adequada da AdC para ter, in casu, recusado aplicar o critério da área da concessão, por si anteriormente definido para aferir do mercado geográfico relevante e confirmado pelo Tribunal de Comércio – alteração da prática decisória que a AdC não considerou oportuno fundamentar –, **a AdC sempre deveria ter considerado a existência de mercados geográficos distintos para cada par origem/destino considerado, de acordo com a prática decisória britânica e comunitária.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.º 223/06.9TYLSB

- Nas suas decisões relativas aos serviços de transporte de passageiros, confirmadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a Comissão desenvolveu a abordagem "lugar de origem/lugar de destino" (O & D)⁵, considerando cada trajecto como um mercado geográfico relevante distinto.

- A Autoridade da Concorrência ignorou dolosamente as provas fornecidas pelas notificantes que demonstram a inexistência de paragens nas carreiras da TST, com destino a Lisboa, na margem Sul, localizadas próximo das estações de comboio e, como tal, a ausência de sobreposição em termos de origem/destino nos dois meios de transporte. Designadamente, em mapa fornecido à Autoridade da Concorrência (cfr. doc. que se junta sob o n.º 18) as partes demarcaram à volta de cada estação de comboio, no trajecto concessionado à FERTAGUS, um círculo com um raio de 1 km a partir dessas estações. Revela-se não existirem paragens da TST nesse raio de 1 km para carreiras que atravessam a ponte 25 de Abril⁶. Ora, o círculo de 1 km excede a distância que autoridades da concorrência utilizam habitualmente para medir a distância que os passageiros estariam dispostos a percorrer a pé para utilizar um modo de transporte alternativo. O tempo considerado como habitual para este percurso é o de uma caminhada de 10 minutos a 15 minutos, e para percorrer aquela distância de 1 km nunca seriam necessários menos de 15 minutos. Confirma-se, assim, a existência de percursos origem/destino diferentes, devendo concluir-se, também com este fundamento, à ilegalidade da decisão da AdC.

DA AUSÊNCIA DE SUBSTITUIBILIDADE ENTRE OS MODOS DE TRANSPORTE COLECTIVO FERROVIÁRIO E RODOVIÁRIO E CONSEQUENTE ILEGALIDADE DA DECISÃO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. A INTER-MODALIDADE

- A Autoridade da Concorrência também desconsiderou ilicitamente a existência de pares origem/destino distintos para efeitos de definição do mercado de produto relevante. Indiscutivelmente se conclui, em conformidade com a referida jurisprudência comunitária e britânica, pela ausência de substituíbilidade entre os modos de transporte colectivo ferroviário e rodoviário quando considerados pares origem/destino distintos.

- Nas suas decisões relativas aos serviços de transporte de passageiros, no respeitante à definição do mercado de produto relevante, a Comissão Europeia ainda considerou, em lugares de origem/destino" (O & D) idênticos, que a substituíbilidade entre os modos de transporte em dependia de variados critérios tais como, sinteticamente, à existência de ligações directas ou, inversamente, de paragens intermédias, a duração da viagem, as frequências, os preços e os aspectos práticos do serviço.

- Nos referidos relatórios *FirstGroup plc and the Scottish Passenger Rail franchise, National Express Group plc and the Greater Anglia franchise, National Express Group plc and Thameslink and Great Northern franchise merger inquiry* e no relatório provisório (*provisional findings report*) *Greater Western Passenger Rail*

⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de Abril de 1989 (66/86, Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH contra Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.), Acórdão do Tribunal de primeira instância, de 15 de Setembro de 1998 (T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94), Decisões da Comissão, de 9 de Dezembro de 1998 (IV/M.1305 – EUROSTAR), de 18 de Julho de 2001 (COMP.D.2 37.444 – SAS/Maersk Air e COMP.D.2 37.386 – Sun-Air contra SAS e Maersk Air) e de 27 de Agosto de 2003 (COMP/37 685 GVG/FS).

⁶ Exceptuando-se, somente, a carreira da TST que serve o Pólo Universitário e tem uma paragem em Fornos de Amora.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Franchise, a *Competition Commission* do Reino Unido acrescentou que, mesmo em pares origem/destino idênticos, a substituíbilidade entre o rodoviário e o ferroviário pode depender de circunstâncias específicas afectando os passageiros, incluindo o acesso ao serviço; a disponibilidade de um serviço directo ou, em contrário, a necessidade de os passageiros mudarem para outro autocarro ou comboio para chegarem ao seu destino final; os tempos de espera; os tempos diários; e, obviamente, os preços⁷.

- Na decisão ora recorrida, não só a AdC ignorou a área onde operam as empresas notificantes (GAML) para definir o mercado geográfico relevante, como também desconsiderou a existência de pares origem/destino distintos e de percursos distintos em cada par origem/destino considerado, análise que teria conduzido à definição de mercados de produto relevante distintos para cada um dos modos de transporte público, designadamente, ferroviário e rodoviário.

- Na verdade, nos percursos realizados na ponte 25 de Abril, por modo rodoviário e ferroviário, além de se verificar pares origem/destino distintos, também não existe coincidência nos locais de paragem nem no perfil e duração efectiva dos transportes, não havendo assim percursos coincidentes.

- A Autoridade da Concorrência demonstrou, aliás, manifesta leviandade nas comparações efectuadas, comparando, por exemplo, percursos e frequências por autocarro entre Almada e o Areeiro / Praça de Espanha com viagens ferroviárias entre Pragal e Sete – Rios / Roma Areeiro. Ora, Almada não é próxima do Pragal e o comboio não tem como destino a Praça de Espanha. Estes percursos não são, assim, directamente comparáveis. Acresce que a Autoridade da Concorrência analisa a duração dos trajectos utilizando horários, mas não a duração efectiva e real nas horas de ponta (km. percorridos por hora), as mais relevantes em termos de análise concorrencial no sector.

- Nem mesmo a Autoridade da Concorrência retirou as devidas ilações dos cálculos por si apresentados e subvertidos. Com efeito, a existência de dois mercados relevantes, rodoviário e ferroviário, distintos infere-se também dos próprios cálculos da Autoridade da Concorrência, sendo que uma esmagadora maioria dos utentes dos TST e da FERTAGUS inquiridos – 86% a 90 %, rejeita liminarmente a substituíbilidade entre os modos de transporte rodoviário e ferroviário, por motivos que, na óptica da Autoridade da Concorrência, são controláveis pelas partes. Se considerarmos então o mercado relevante definido pela Autoridade da Concorrência, que representa apenas 11,7 % das deslocações diárias das empresas notificantes, a permutabilidade invocada pela Autoridade da Concorrência ocorre apenas na percentagem irrisória de 1,2 a 1,6% daquelas deslocações. Considerando ainda que as deslocações diariamente asseguradas pelas notificantes representam 21% do total das deslocações em transporte colectivo na Grande Área Metropolitana de Lisboa (GAML), as percentagens desceriam para valores de 0,25% a 0,35%.

⁷ Cfr. nºs 4.18 e 4.19 do relatório da *Competition Commission* do Reino Unido, no processo *FirstGroup plc and the Scottish Passenger Rail franchise*, n.º 4.4 do relatório da *Competition Commission* do Reino Unido, no processo *National Express Group plc and the Greater Anglia franchise*, n.º 7.8 do relatório da *Competition Commission* do Reino Unido, no processo *National Express Group plc and Thameslink and Great Northern franchise merger inquiry* e n.º 5.22 do relatório provisório (*provisional findings report*) da *Competition Commission* do Reino Unido, no processo *Greater Western Passenger Rail Franchise*.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- A inquirição dos utentes, através de inquérito realizado a posteriori da definição do mercado relevante de modo ilegal, confirmou, assim, a ausência de substituíbilidade efectiva entre os dois tipos de transporte e a consequente análise errónea da Autoridade da Concorrência ao considerar os dois modos de transporte como sendo substituíveis.

- No que respeita à finalidade de utilização, na perspectiva do consumidor, queremos salientar que esta assenta essencialmente na deslocação origem/destino e não na travessia do Tejo per se, pelo que se infere da análise anterior que os consumidores associam finalidades diversas aos modos de transporte público de passageiros, ferroviário e rodoviário, concluindo-se igualmente que esses dois modos de transporte não são substituíveis.

- Em 10 e 21 de Março de 2005, a Autoridade da Concorrência colocou duas questões à Direcção-Geral de Transportes Terrestres e Fluviais (doravante também designada por DGTTF): a primeira, relativa à substituíbilidade do modo de transporte público fluvial, relativamente aos modos de transporte público ferroviário e rodoviário e, a segunda, relativa à substituíbilidade entre os modos de transporte público ferroviário e rodoviário (cfr. faxes enviados pela Autoridade da Concorrência, juntos sob o doc. n.º 19).

- Sucede que a Autoridade da Concorrência não quis deliberadamente questionar a DGTTF quanto à substituíbilidade do modo transporte rodoviário privado, invalidando, deste modo, a definição realizada do mercado relevante. Mais grave, em perfeita desconsideração da característica essencial do sector considerado – a regulação – a Autoridade da Concorrência na Decisão recorrida, e nas várias decisões intercalares, omitiu intencionalmente a resposta oferecida pela DGTTF (cfr. Ofício nº 89/05/DG, de 8 de Abril de 2005, junto como doc. sob o n.º 20).

- Ora, à primeira questão da Autoridade da Concorrência relativa à substituíbilidade entre o transporte fluvial efectuado pela TRANSTEJO, em combinação com outros modos de transporte que facultam o acesso à travessia fluvial, e o transporte rodoviário efectuado pelos TST, ou o transporte ferroviário efectuado pela FERTAGUS, responde a DGTTF, considerando “três cadeias de deslocação – tipo”, que “a escolha entre estas ofertas depende das linhas de desejo das deslocações para as diferentes origens na margem sul e dos factores associados ao tempo e custo envolvidos na deslocação, ao conforto / preferência modal percebidos pelos utentes e, nessa medida, estamos a referir-nos, sempre, a ofertas alternativas e não substitutivas”⁸. À segunda questão da Autoridade da Concorrência relativa a substituíbilidade nos serviços de transporte, entre a margem sul e a margem norte (Lisboa), no eixo Setúbal/Lisboa, efectuado pelos TST e pela FERTAGUS, a DGTTF responde liminarmente: “também aqui as ofertas existentes são alternativas, particularmente em razão dos destinos em Lisboa e Margem Norte”.

- A DGTTF considerou, assim, expressamente, não existir substituíbilidade entre os diferentes modos de transporte público considerados. Assim, melhor se compreendem então as motivações ilícitas da Autoridade da Concorrência para negar, ilegalmente, a qualidade de autoridade reguladora à DGTTF, dispensar a sua consulta ao abrigo do disposto no artigo 39º da Lei da Concorrência, e para excluir, também ilegalmente, da consulta do

⁸ Sublinhados da Direcção-Geral de Transportes Terrestres e Fluviais.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

processo toda a informação proveniente da DGTTF, à exclusão destas respostas. Assim, de indiscutível má-fé, a Autoridade da Concorrência censurou ilegalmente um parecer da DGTTF que, emitido por uma autoridade reguladora do sector considerado pela operação de concentração notificada, oferecia, consequentemente a maior pertinência para aferir da sua compatibilidade com as disposições concorrenciais.

- As respostas da DGTTF salientam também a preponderância da inter-modalidade no âmbito das preocupações existentes no sector do transporte, que a Autoridade da Concorrência desconsiderou em preferência da aplicação da concorrência per se.

- Com efeito, a **Autoridade da Concorrência ignorou a especificidade da estrutura do mercado de transportes, sobretudo nas grandes áreas metropolitanas, onde a intermodalidade, concretizando uma efectiva integração e coordenação dos diversos modos de transporte e evitando a concorrência entre os mesmos, é o que verdadeiramente serve os interesses dos consumidores. Essa satisfação das necessidades da procura explica que o mercado assente em concessões de serviço público de transportes. Aliás, desde a entrada em vigor do Regulamento dos Transportes Automóveis⁹ que a complementaridade entre modos de transporte (ferroviário e rodoviário) tem vindo a ser um objectivo legal porque se entende que é o que melhor serve os interesses dos utentes. Esse contexto, indispensável para aferir da compatibilidade da operação de concentração notificada, foi totalmente desconsiderado pela Autoridade da Concorrência.**

- E a operação de concentração notificada, pelas sinergias e economias de escala proporcionadas, adequava-se precisamente a essa necessidade de garantir a intermodalidade.

- A intermodalidade era a primacial sinergia resultante da operação de concentração e que beneficiaria efectivamente os consumidores. A AdC preferiu ignorar tal vantagem e nunca se referiu a ela como vantagem da operação ou como valor subjacente a qualquer política de transportes.

- Todavia, a AdC nas preocupações jus-concorrenciais elencaria inadvertidamente uma relativa à intermodalidade e não à concorrência: o rebatimento à Transtejo pelos modos rodoviário e num futuro próximo pelo metro ligeiro. Isso foi assegurado através dos compromissos apresentados pelas partes. É, aliás, sintomático que a TRANSTEJO, quando consultada sobre os efeitos da operação de concentração pela AdC, defendia precisamente a eliminação da concorrência na Ponte 25 de Abril e o rebatimento, pelo modo rodoviário, aos modos pesados de transporte colectivo de passageiros, o ferroviário e o rodoviário.

DA TEÓRICA E EFECTIVA SUBSTITUIBILIDADE DOS MODOS DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO, RODOVIÁRIO E FLUVIAL COLECTIVOS E RODOVIÁRIO INDIVIDUAL, DE ACORDO COM AS PREMISSAS DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, TENDO EM CONTA A SUA DESCONSIDERAÇÃO ILÍCITA DA EXISTÊNCIA DE PERCURSOS ORIGEM/DESTINO DISTINTOS:

⁹ Regulamento dos Transportes em Automóveis aprovado pelo Decreto nº. 37.272, de 31.12.1948.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- Com efeito, se nos abstrairmos, sem conceder, da desconsideração ilícita dos critérios supra-referidos pela AdC, a verdade é que, ao defender a substituíbilidade entre os modos de transporte colectivo ferroviário e rodoviário, mediante aplicação de critérios distintos dos referidos pela jurisprudência europeia, a Autoridade da Concorrência, por maioria de razão, também devia ter considerado a substituíbilidade efectiva entre estes modos de transporte e os modos de transporte rodoviário privado e o modo fluvial colectivos. Com efeito, desconsiderando a existência de pares origem/destino distintos, de percursos realizados em pares origem/destino idênticos distintos e a intermodalidade aplicando os conceitos referidos pela Autoridade da Concorrência quando define o mercado relevante, só se podia concluir existir uma pressão concorrencial efectiva exercida pelo transporte individual e pelo modo de transporte fluvial. Na verdade e sem conceder da posição segundo a qual os modos de transporte ferroviário e rodoviário constituem mercados de produtos relevantes distintos, na óptica de uma desconsideração pelos critérios supra-referidos, a Autoridade da Concorrência devia ter incluído no mercado de produto relevante o modo rodoviário privado e o modo fluvial colectivo.

- Para efeitos da definição do mercado de produto relevante, ignorando – ao revês da prática decisória nacional e europeia – a existência de pares origem/destino distintos, de percursos realizados em pares origem/destino idênticos distintos e a intermodalidade, deve se considerar a teórica e efectiva substituíbilidade do transporte rodoviário privado relativamente ao transporte público de passageiros.

- A Autoridade da Concorrência, ao arropio de inúmeros estudos sobre transportes, ignorou a efectiva transferência modal dos passageiros para o transporte individual, limitando-se, nos nºs 38 a 42 da Decisão de proibição, a rebater a teórica e efectiva substituíbilidade do transporte por viatura particular com fundamento nas suas características intrínsecas. Ora, nos termos da Comunicação da Comissão Europeia relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, datada de 9.12.1997, (cfr. Comunicação da Comissão que se juntou como doc. sob o n.º 15) “a intersubstituíbilidade funcional ou semelhança das suas características podem não constituir, em si, critérios suficientes, uma vez que a reacção dos clientes às oscilações dos preços relativos pode ser igualmente determinada por outras considerações” e, por outro lado, “as diferenças nas características de produto não são, em si, suficientes para excluir a substituíbilidade do lado da procura”¹⁰.

- Na verdade, o transporte individual motorizado exerce uma pressão concorrencial efectiva relevantíssima sobre todos os modos de transporte, muito em especial na travessia do Tejo. Aliás, relembre-se que a introdução do transporte ferroviário na ponte 25 de Abril teve como ambição essencial reduzir drasticamente a circulação automóvel, evidenciando, assim, na perspectiva da política dos transportes, uma concorrência efectiva com o transporte privado. De facto, essa utilização do transporte automóvel privado é susceptível de influenciar decisivamente o comportamento dos operadores e de os impedir de actuar com independência de uma eventual pressão concorrencial efectiva, de acordo com o critério estabelecido na referida Comunicação da Comissão Europeia.

¹⁰ Cfr. n.º 36 da Comunicação da Comissão Europeia relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, de 9.12.1997.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 223/06.9TYLSB

- Só quem ignora os transportes colectivos e *maxime* a realidade da travessia do Tejo pode afirmar despudoradamente que o transporte individual automóvel não exerce pressão concorrencial efectiva sobre aqueles. Mas alguém tem dúvida que se os preços aumentassem inusitadamente (o que não é possível pois são fixados administrativamente) ou a qualidade decrescesse haveria uma migração significativa para o transporte individual automóvel e os operadores perderiam importantes receitas!

- Fica, aliás, claramente demonstrado¹¹ que há perda de quota do transporte colectivo para o transporte individual, daí resultando uma relevante pressão concorrencial que teria forçosamente de ser levada em conta pela Autoridade da Concorrência e que não foi.

- No respeitante à finalidade de utilização, a mesma finalidade de utilização que a Autoridade da Concorrência reconhece para os dois meios de transporte público de passageiros, rodoviário e ferroviário, no n.º 51 da Decisão, verifica-se também para o transporte individual motorizado: a “Travessia da ponte 25 de Abril”, entre a margem sul e a margem norte do rio Tejo.

- Do mesmo modo, relembremos que a posição das notificantes subsume-se inequivocamente à **existência de mercados de produto relevante distintos de acordo com a existência de pares origem/destino distintos, de percursos realizados em pares origem/destino idênticos distintos e da intermodalidade, constituindo o modo de transporte fluvial colectivo, um mercado de produto relevante distinto.**

- Contudo, sem conceder, mesmo sem considerar os referidos critérios, as notificantes consideram que, de acordo com os pressupostos e a definição de mercado relevante da própria Autoridade da Concorrência, com os quais discordam em absoluto, logicamente se deveria incluir o transporte fluvial colectivo no mercado de produto relevante. A **ilegalidade da Decisão Autoridade da Concorrência também advém da ausência de demonstração quanto à caracterização de “mercado distinto” do transporte público de passageiros por via fluvial.**

- O transporte público de passageiros por via fluvial é, nos termos da Autoridade da Concorrência, distinto dos restantes modos pelas características do modo de transporte. **Na verdade, os critérios que a**

¹¹ Cfr. estudo da autoria da VTM Consultores datado de Julho de 2005, enviado à Autoridade da Concorrência em 5 de Julho de 2005.

No mesmo sentido, o relatório em devida altura disponibilizado à AdC intitulado “Mobilidade e Transportes na AML 2000” de Fevereiro de 2000 da DGTTF/DTL (cfr. doc. que se juntou sob o n.º 10), demonstra que as viagens motorizadas na AML entre 1973 e 1998 cresceram 37% enquanto no mesmo período as viagens em transporte público (TP) decresceram 2,6%, verificando-se praticamente uma inversão da repartição modal a favor do transporte individual (TI). Em 1973, o TP tinha uma quota de 51% e o TI 49%, enquanto em 1998 o TP representava apenas 38% e o TI já representava 62% das deslocações.

De forma idêntica, a importância do TP nas ligações da AML-sul com Lisboa desce no mesmo período de 77% para 59%.

De acordo com o mesmo relatório, entre 1990 e 1998, os passageiros transportados na AML decresceram 14,3%. Os TST entre 1996 e 1998 perderam mais de meio milhão de passageiros, ou seja, uma perda substancial num curtíssimo período de dois anos e antes da entrada em funcionamento da travessia ferroviária.

Registe-se ainda que, entre 1990 e 1998, o tráfego médio diário na Ponte 25 de Abril aumentou 27,7% apesar da abertura em 1998 da Ponte Vasco da Gama.

Finalmente refira-se que entre 1998 e 2003 apesar da inauguração da ligação ferroviária se verificou um decréscimo de passageiros em transporte público na AML de 8,1%.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Autoridade da Concorrência referiu para excluir a substituíbilidade entre o modo de transporte público de passageiros fluvial e os modos de transporte público de passageiros ferroviário e rodoviário, também se verificam entre os modos de transporte público de passageiros ferroviário e rodoviário.

- Ao não ter incluído no mercado (ir)relevante de produto o modo fluvial de transporte colectivo fica evidenciada a construção de um mercado relevante dirigido exclusiva e dolosamente à proibição da operação de concentração.

- Não subsistem dúvidas de que o modo de transporte fluvial é uma alternativa para todos os utentes que recorram à intermodalidade. A definição de mercado de produto relevante realizada pela Autoridade da Concorrência desconsiderou ilegalmente esse modo de transporte fundamental nas ligações entre as duas margens do Rio Tejo.

- A AdC ilicitamente desconsiderou a existência de pares origem/destino distintos, de percursos realizados em pares origem/destino idênticos distintos e a intermodalidade.

- Não obstante essa ilegalidade, que as notificantes definitivamente se recusam admitir, a noção de mercado de produto relevante que englobe indistintamente os dois modos de transporte colectivo (ferroviário e rodoviário) é duplamente errada. Errada porque se trata, segundo os próprios critérios da Autoridade da Concorrência (“características intrínsecas”), de modos distintos; e errada, por não eleger como modo de transporte que exercem uma efectiva pressão concorrencial o transporte individual e o transporte fluvial.

- Ao não incluir o modo de transporte público de passageiros por via fluvial no mercado de produto relevante, a Autoridade da Concorrência violou as próprias premissas que eleger para incluir no mercado relevante quer o transporte rodoviário quer o ferroviário. E tanto mais grave quando incluiu tal mercado na categoria de mercado distinto e conexo, susceptível de sofrer efeitos perniciosos decorrentes da presente operação de concentração.

DA CONSIDERAÇÃO ERRADA DE UM MERCADO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASSAGEIROS FLUVIAL CONEXO:

- A Autoridade da Concorrência também errou ao considerar o mercado de transporte público de passageiros por via fluvial, entre as margens sul e norte do Tejo como um mercado de produto/serviço e geográfico vizinho relacionado em termos concorrenciais com o mercado dos transportes públicos de passageiros, ferroviário e rodoviário (mercado conexo).

- A preocupação injustificada da Autoridade da Concorrência sobre o potencial abuso concorrencial do operador (após a *Joint-Venture*) utilizando a qualidade do serviço e/ou preço como uma forma anticoncorrencial de transferir os passageiros do autocarro, ou da travessia fluvial da Transtejo, para o comboio ignora o impacto do contrato de concessão ferroviária, que torna tais medidas comercialmente suicidárias e de uma grande irracionalidade económica para o operador que resulte da *Joint-Venture*.

- Note-se que, com a próxima entrada em funcionamento do MST (programada para dentro de um ano) serão substancialmente alteradas as condições de acesso a Cacilhas com a retirada de meios e carreiras da TST e a sua substituição pela linha de metro ligeiro com evidentes ganhos de eficiência, quantidade e qualidade de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

serviço para o cliente. Aí está um claro exemplo que irá privilegiar a intermodalidade em detrimento da concorrência, eliminando os autocarros do perímetro urbano de Almada e substituindo-o pelo metro ligeiro. Aliás, tal acontecerá com ou sem *Joint-Venture* porque a isso obriga o contrato de concessão do MST e as novas condições de circulação locais (nos termos e para os efeitos do artigo 531º do Código de Processo Civil, requer-se ao douto Tribunal que se digne notificar a Câmara Municipal de Almada para entregar na secretaria todos os estudos realizados para esse efeito, designadamente, o Plano de Deslocações Almada / Laranjeiro – Acessibilidades XXI).

DA OMISSÃO E ERRADA AVALIAÇÃO DOS ELEMENTOS DE DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE:

- Autoridade da Concorrência, sempre atenta ao frasear da Comunicação da Comissão de 1997 (cfr. doc. que se juntou sob o n.º 15), **não procedeu, no entanto, ao exame rigoroso dos critérios para a aferição do mercado relevante preconizado pela mesma Comissão Europeia e adoptada por outras autoridades da concorrência com experiência na análise do impacto de concentrações nos respectivos sectores de transporte.**

- **A Autoridade da Concorrência considerou a concorrência potencial existente para definir o mercado relevante, em violação do artigo 12 da Lei da Concorrência.**

- Com efeito, descrevendo a metodologia para aferição do mercado relevante, a Autoridade da Concorrência inicia a sua exposição, no n.º 28 da Decisão, referindo-se ao artigo 12.º da Lei da Concorrência. Ora, este artigo garante “a apreciação das operações de concentração com o objectivo de determinar os seus efeitos sobre a estrutura da concorrência” (n.º 1), tendo em conta, nomeadamente, “a estrutura dos mercados relevantes e a existência ou não de concorrência por parte de empresas estabelecidas nesses mercados ou em mercados distintos” (n.º 2). Mas essa análise, de que se reconhece o carácter fundamental, só intervém posteriormente, uma vez definido o mercado relevante. A apreciação da concorrência potencial, visada, nomeadamente, por este artigo 12.º da Lei da Concorrência, não permite definir o mercado relevante.

- Nos termos da referida Comunicação da Comissão de 1997, “a concorrência potencial, não é tomada em consideração na definição dos mercados, uma vez que as condições em que a concorrência potencial representará efectivamente um verdadeiro condicionalismo concorrencial dependerá da análise de factores e de circunstâncias específicos relacionados com as condições de penetração no mercado. Caso necessário, esta análise é apenas realizada numa fase subsequente, em geral, uma vez determinada a posição das empresas em causa no mercado relevante”. Essa concorrência potencial distingue-se, aliás, do conceito de substituição do lado da oferta, elemento possivelmente considerado na definição dos mercados, que “requer que os fornecedores possam transferir a sua produção para os produtos relevantes e comercializá-los a curto prazo sem incorrer em custos ou riscos suplementares significativos em resposta a pequenas alterações de preços relativos”.

- Assim, quando a Autoridade da Concorrência, no n.º 49 da Decisão, determina que a Carris “não pode ser considerada como sendo uma alternativa viável aos TST e à FERTAGUS”, está claramente a antecipar a análise a realizar, eventual e subsequentemente, a qual requereria uma prévia definição do mercado relevante.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Tal preterição de definir precisamente o mercado relevante só encontra explicação no receio da Autoridade da Concorrência integrar, como era seu dever, a Carris na análise do mercado de produto relevante, na medida em que as diferenças existentes teriam, inevitavelmente, obrigado a Autoridade da Concorrência a concluir pela não substituíbilidade do transporte público de passageiros, rodoviário e ferroviário.

- A Autoridade da Concorrência, apesar de citar e referir amiúde a referida Comunicação da Comissão na determinação dos possíveis critérios a utilizar para aferição do mercado relevante, manifestamente ignorou esse método praticado pelas autoridades nacionais e europeias da concorrência.

- E não é verdade o que a AdC despudoradamente refere nos n.ºs. 69 e 72 da Decisão. Imputa falsamente a Autoridade da Concorrência que as partes notificantes teriam considerado inviável incluir uma questão sobre um hipotético aumento de preços no inquérito efectuado. Essas alegações não correspondem à realidade. Foi acordado entre a Autoridade da Concorrência e as partes notificantes que uma questão sobre um hipotético aumento de preço na ordem dos 5% a 10% induziria uma resposta que não reflectiria a efectiva predisposição do consumidor para a permutabilidade ou não e apenas serviria para lesar a imagem das partes.

- Mais, a Autoridade da Concorrência apenas **analisa a elasticidade entre os transportes públicos e as viaturas particulares**, no n.º 59 da Decisão, para admitir, apesar do cauteloso adjectivo “exorbitante”, em clara contradição com o declarado no n.º 24 da Decisão, a efectiva substituíbilidade entre esse modos de transporte.

- Depois, a Autoridade da Concorrência limita-se a excluir, no n.º 65 da Decisão, um “hipotético aumento de preço” por esse ser “inaceitável para o consumidor português”, confundindo então a apreciação pontual dos consumidores sobre um eventual aumento de preços com a sua reacção efectiva a um aumento pequeno mas duradouro dos preços relativos.

- Em violação do seu dever de diligência, a **Autoridade da Concorrência considerou a preferência dos consumidores reveladas por um inquérito orientado única e exclusivamente para a demonstração da sua tese**, no que considera somente a substituíbilidade entre os transportes públicos de passageiros, rodoviário e ferroviário, na travessia da Ponte 25 de Abril e não, como deveria, a substituíbilidade também existente entre estes meios de transportes e os transportes público de passageiros por via fluvial e privado por via rodoviária.

- As questões foram unilateralmente definidas pela Autoridade da Concorrência, com algum contributo das partes, registe-se que com um período excessivamente longo que permitiu aos técnicos da AdC uma larga ponderação e reflexão sobre as questões a incluir no inquérito e, após várias reuniões, uma com as partes notificantes, e as outras com a empresa independente que a Autoridade da Concorrência seleccionou e escolheu.

DO INQUÉRITO E SUA DETURPAÇÃO:

- As notificantes consideram manifestamente ilícita a desconsideração no inquérito da existência de pares origem/destino distintos pela Autoridade da Concorrência. Como anteriormente se referiu nos n.ºs 103 e seguintes do presente recurso, a consideração diferenciada dos pares origem/destino distintos constitui um pressuposto essencial na definição do mercado relevante, de acordo com a prática decisória britânica e comunitária. Mesmo admitindo a recusa da AdC, neste caso sem a devida fundamentação, em aplicar esse critério unanimemente adoptado, sempre o inquérito efectuado deveria ter incluído uma análise pormenorizada e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

diferenciada entre cada par origem/destino, independentemente do modo de transporte considerado, só assim garantindo uma definição do mercado relevante idónea e correcta.

- Não obstante esta desconsideração da existência de pares origem/destino distintos consubstanciar uma ilicitude verdadeiramente insuprível, entendem ainda as notificantes demonstrar, sempre sem conceder, que a Autoridade da Concorrência deturpou as estatísticas resultantes do inquérito para aferição do grau de substituíbilidade existente entre os meios de transporte da FERTAGUS (ferroviário) e dos TST (rodoviário) nas travessias da Ponte 25 de Abril.

DA SUBSTITUIBILIDADE HIPOTÉTICA

- No n.º 73 da Decisão em apreço, a Autoridade da Concorrência evidencia que 19,20% dos utentes da FERTAGUS, no que respeita à travessia da Ponte 25 de Abril, consideram hipoteticamente que o autocarro poderá ser uma alternativa viável ao comboio. Uma outra forma mais correcta de analisar os dados em questão, será considerar que 80,80% dos utentes não consideram esse meio de transporte como uma alternativa.

- Procedendo a uma análise coerente, uma proporção economicamente significativa de utentes não considera o outro meio de transporte como substituível. Também se conclui, noutra perspectiva, que não se verifica uma proporção economicamente significativa de utentes que configurem viável a permutabilidade.

- Importa ressaltar que a interpretação destes inquéritos requer uma devida consideração do contexto de novidade: a situação de substituíbilidade apenas recentemente surgiu com a abertura da travessia ferroviária. Será, assim, inevitável que parte dos passageiros tenha experimentado o comboio e seguramente uma porção significativa dos utentes deste modo tenham no passado utilizado na travessia do Tejo o autocarro.

- Da interpretação correcta de tais inquéritos e questões de facto se conclui que os produtos de mercado ora em confronto não apresentam qualquer substituíbilidade (hipotética) e permanecem, por isso, em mercados diferenciados.

DA SUBSTITUIBILIDADE EFECTIVA:

- Dos motivos concretos e quantificados que determinaram os utentes a utilizarem um outro modo de transporte, resulta que nem o preço nem a qualidade de serviço – factores alegadamente influenciáveis pelos operadores – são verdadeiramente irrisórios, nunca podendo assumir a qualificação desadequada de uma proporção economicamente significativa.

- Com efeito, dos utentes da FERTAGUS que já utilizaram o autocarro como meio de transporte na travessia da ponte, utilizando presentemente o comboio como meio de transporte, justificam a sua mudança com base nos seguintes factores (a maioria não influenciável pelas partes notificantes), a saber: apenas 1,5% por motivo de preço, 5,9% por motivo de Horários/frequências, 14,5% por motivo de Origem/Destino/Acessibilidade, 56,9% por motivo das características do modo de transporte e 2,3% por outros motivos residuais. Desses resultados se infere, ao contrário do afirmado pela Autoridade da Concorrência, que nem o preço (1,5%) nem a qualidade (5,9%), na medida em possam ser controladas pelas partes, conduziram à



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

mudança do modo de transporte. Estes dois motivos traduzem-se num total de 7,4%, o que corresponde apenas a 1,23% do total de utentes.

- Mais gravosamente e para servir as suas próprias conclusões, a Autoridade da Concorrência considera, no n.º 82 da Decisão, que as características do modo de transporte constituem um motivo controlável pelas partes. As Autoras não aceitam e refutam vigorosamente essas alegações falsas, pois na verdade, das 243 respostas apresentadas, encontram-se sob o motivo das “características do modo de transporte”, v.g. os aspectos da “rapidez” e “não há trânsito”, 84% das respostas.

- A mesma constatação também se verifica para a análise da travessia da ponte 25 de Abril pelos utentes dos TST que, em proporção de 29,5%, já utilizaram o comboio como meio de transporte, utilizando presentemente o autocarro. No respeitante aos motivos apresentados, 16,4% reconduzem-se ao preço (4,8% dos utentes) e 9,6% aos horários e frequência. Dessas percentagens deduzimos, após devido cálculo, que apenas 26% dos 29,5% utentes acima referidos já substituíram o comboio pelo autocarro por razões alegadamente controláveis pelas partes, ou seja, apenas 7,7% dos utentes.

- Assim, conclui-se que apenas uma parcela entre 1 e 8% dos utentes da FERTAGUS e da TST, respectivamente, já mudaram de modo de transporte por razões que alegadamente são controláveis pelas partes. Demonstra-se, assim, a correspondente inexactidão das alegações da Autoridade da Concorrência que, no n.º 84 da Decisão, considera que “entre a 10% a 14% dos utentes da TST e da FERTAGUS já mudaram de modo de transporte por razões que são controláveis pelas partes” e que “tal indica que uma parcela não despidiendá de utilizadores do comboio ou do autocarro já demonstrou que considera estes dois tipos de serviços como substituíveis entre si, por razões de preço ou qualidade”.

- Quanto à ligação Lisboa/Pólo Universitário, correspondendo a serviços de transporte completamente distintos, aplicam-se mutatis mutandis as mesmas conclusões, reduzindo os hipotéticos 48,97%, referidos no n.º 85 da Decisão, para 7,02% no caso da FERTAGUS e os 10,08%, referidos no n.º 86 da Decisão, para 6,48% no caso dos TST, tendo em consideração os motivos não controláveis pelas partes notificantes!

- Como ora se demonstrou a leitura correcta dos resultados do inquérito produz conclusões diametralmente opostas às da Autoridade da Concorrência. E se tivermos em consideração a definição de mercado relevante na aceção das partes notificantes – a Grande Área Metropolitana de Lisboa, mas flagrante fica a deturpação dos resultados: os valores acima referidos conduzem a que a substituíbilidade efectiva apenas se verifica para uma percentagem irrisória de 0,07% do total das deslocações naquela delimitação geográfica.

- Sintetizando as conclusões – correctas – decorrentes dos resultados do inquérito: entre 83,4% e 70,5% dos utentes, respectivamente, da FERTAGUS e dos TST, nunca mudaram de modo de transporte; e apenas entre 1% a 8% dos utentes mudaram de modo de transporte por razões, na óptica da Autoridade da Concorrência, controláveis pelas partes (preços).

- Resulta, assim, da presente análise a ausência manifesta de uma proporção economicamente significativa de utentes que considera a substituíbilidade como real. Aliás, a própria Autoridade da Concorrência



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

refere “uma parcela não despicienda” no n.º 87 da Decisão, adjectivo que claramente não significa proporção economicamente significativa de utentes.

- Retiram-se as mesmas conclusões mutatis mutandis quanto ao Pólo Universitário. Contudo, a sua falta de expressão quantitativa e geográfica tornam as mesmas conclusões irrelevantes em termos jusconcorrenciais.

- Pergunta-se então por que razão, perante dois modos pretensamente substitutos e concorrentes, que propõem preços semelhantes e qualidade tão distintas, os passageiros não optam pelo comboio?

- Em nosso entender, a única resposta possível é que tal substituíbilidade, na perspectiva dos utentes, não existe. Verdadeiramente, fica assim demonstrado que a substituíbilidade invocada pela Autoridade da Concorrência simplesmente não existe. Em caso contrário, constatar-se-ia um comportamento dos utentes bem diverso.

- No respeitante aos factores alegadamente controláveis pelas partes, importa referir novamente a importância do contexto regulado do sector dos transportes considerado. Será possível considerar, honestamente, que os níveis de serviço, frequências e horários da FERTAGUS, impostos pelo Estado em contrato de concessão e sujeitos a fortes penalidades, são vectores controláveis pelo operador?

- Será possível pretender, seriamente, que as características próprias do modo de transporte ferroviário, um modo pesado, utilizando via dedicada e moderno equipamento (fiabilidade, pontualidade, segurança e conforto), dependem da responsabilidade da concessionária?

- Ou, inversamente, que os atrasos, a imponderabilidade e o desconforto próprios do modo de transporte rodoviário, utilizando vias congestionadas com obras permanentes e sem canais de circulação própria, dependem da responsabilidade ou são alteráveis pela empresa operadora?

- A mesma pergunta se aplica também ao factor origem/destino e proximidade do local de trabalho ou residência, os quais assumem função determinante na escolha do transporte como demonstrado pelos inquéritos. São também estes factores controláveis pelos operadores? Podem os operadores interferir na opção que os seus utentes fazem do local que escolheram para residir, estudar ou trabalhar?

- A verdadeira análise dos resultados do inquérito demonstra a fonte exógena aos operadores da maioria dos motivos de escolha do modo de transporte. Isto foi ilegalmente desconsiderado pela AdC que a levou a efectuar uma falsa representação da realidade, culposa, e que culminou na prática de um acto praticado com vício de violação de lei (erro nos pressupostos).

- Acresce que as empresas consideradas vivem num regime de preços fixados administrativamente. Mesmo a FERTAGUS, que contratualmente goza de uma curta margem tarifária, tem de pedir prévia autorização para proceder a quaisquer revisões tarifárias, podendo sempre a tutela recusá-las. Também aqui convém recordar que as receitas adicionais decorrentes desses hipotéticos aumentos de tarifas sempre reverteriam em larga escala para o Estado (75%) e não para a concessionária, facto que nunca referiu (ou deturpou) a Autoridade da Concorrência.

- A dinâmica comercial e empresarial das notificantes consiste, diversamente, em melhorar a sua competitividade de forma a reunir condições para investir mais na qualidade das suas frotas e nos efectivos. Só



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

assim conseguem estancar ou mesmo recuperar a perda de passageiros observada no transporte público a favor do transporte individual. Afinal, a única concorrência que estas empresas pretendem combater consiste no transporte individual.

DOS ELEMENTOS DA SUBSTITUIBILIDADE NO PASSADO:

- Acresce ainda que as ilações da Autoridade da Concorrência, baseadas na contabilização das deslocações médias diárias, são perfeitamente infundadas. Principalmente, do acréscimo do total de deslocações diárias, entre 1991 e 2001, para o Concelho de Lisboa e da relativa estabilidade das deslocações diárias, no mesmo período, para os transportes colectivos, deduz a Autoridade da Concorrência que “tal indicia fortemente a ocorrência de uma substituição entre os dois serviços”. Fixa a AdC, assim, uma fronteira hermética artificial entre o transporte individual e o transporte colectivo e rejeita liminarmente, sem prova alguma, a possível e verdadeira transferência inter-modal dos passageiros nesse período. A Autoridade da Concorrência reconhece, aliás, a fragilidade das suas conclusões referindo, no n.º 100 da Decisão, que “admitindo que a variação do total de deslocações para o concelho de Lisboa, entre 1991 e 2001, pudesse ser distribuída de forma proporcional pelos diferentes modos de transporte (individual ou colectivo) segundo a repartição observada em 2001 (o que assumiria que os consumidores considerariam como igualmente próximos todos os tipos de transporte – individual ou colectivo) ”.

- Em conclusão a AdC treslé o dito documento e subverte o que nele vem evidenciado, teimando em ignorar o transporte individual como modo de transporte que exerce uma pressão concorrencial efectiva sobre os operadores de transporte colectivo de passageiros-

DA DESCONSIDERAÇÃO DAS AUTORIDADES REGULADORAS – PRETERIÇÃO DE FORMALIDADE ESSENCIAL:

- Já anteriormente referimos que nem mesmo a Autoridade da Concorrência pode desconsiderar que, tanto o acesso ao mercado, as tarifas, a frequência, as carreiras (itinerários), os locais de paragem, são aspectos regulados, sendo o sector dos transportes públicos um sector regulado, sujeito às respectivas autoridades reguladoras.

- E as autoridades reguladoras do sector são o INTF e a DGTTF, até porque as AMTL ainda não estão na plenitude de funções, conforme é referido claramente pela Autoridade da Concorrência. Refira-se também a Inspeção-Geral das Obras Públicas (IGOP) que, ao remeter à DGTTF os autos de notícia decorrentes das suas acções de fiscalização, nos termos combinados dos artigos 2.º, alínea f) e 6.º-A, n.º 4, da sua Lei Orgânica, complementa verdadeiramente a função reguladora da DGTTF.

- Ora, num sector regulado administrativamente, as preocupações concorrenciais devem ser mitigadas e não superlativadas, como fez, injustificadamente, a Autoridade da Concorrência.

- Nos termos do DL n.º 296/94, de 17 de Novembro, são atribuições legais da DGTTF a orientação e controlo dos transportes terrestres rodoviários, a promoção de normas regulamentares de organização e funcionamento dos transportes terrestres, assegurando ainda a fiscalização e o cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis aos transportes terrestres.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- Não se compreende, desta forma, que, citando a doutrina que ora reproduzimos, a Autoridade da Concorrência prossiga, no n.º 351 da Decisão, com a referência à Lei-quadro dos institutos públicos (imediatamente após reconhecer que as entidades reguladoras não possuem Lei-quadro, no n.º 349 da Decisão), negando o estatuto de entidade reguladora à DGTTF por esta não se conformar com o referido diploma.

- Desde logo se intui que a DGTTF, dispondo de poderes normativos e fiscalizadores, é um regulador sectorial.

- Além de não existir Lei-quadro das entidades reguladoras, da Lei-quadro dos institutos públicos não se pode retirar nada que supostamente caracterize as entidades reguladoras.

- Superadas estas incoerências lógicas, importa agora analisar se deveria ter sido solicitado parecer à DGTTF enquanto autoridade reguladora ex vi artigo 39º da Lei da Concorrência. Refira-se que é esta a expressão utilizada pela Lei da Concorrência e não o conceito de entidade reguladora mencionado na Decisão. Não se trata de um preciosismo, revestindo-se, ao invés, esta distinção, da maior importância, como adiante se verá. Sem prejuízo do que se disse, não se compreende como a Autoridade da Concorrência não reproduz, total ou parcialmente, as informações prestadas no procedimento pela DGTTF, independentemente da base legal dos seus poderes e atribuições (como fez com a pronúncia, pasme-se, do Instituto de Defesa do Consumidor).

- Ao averiguar-se da obrigatoriedade, nos termos do artigo 39º da Lei da Concorrência, da Autoridade da Concorrência solicitar que a DGTTF se pronuncie sobre a operação de concentração em causa, deve primeiramente atender-se ao conceito material de autoridade reguladora vertido no artigo 39.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho. Age como uma autoridade reguladora quem exerce poderes reguladores, independentemente da sua classificação como autoridade administrativa independente, sendo que o referido artigo faz depender a Decisão sobre uma operação de concentração que incida sobre um mercado objecto de regulação sectorial de parecer prévio da respectiva autoridade reguladora. Não existem dúvidas de que é este o caso do mercado dos transportes rodoviários, sendo que os poderes reguladores são exercidos pela DGTTF, que “promove a adopção de normas regulamentadoras da organização e funcionamento dos transportes terrestres” (cfr. artigo 2.º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 296/94, de 17 de Novembro).

- A desconsideração da DGTTF para efeitos do artigo 39.º sugere a confusão, por parte da Autoridade da Concorrência, de forma jurídica com o exercício de poderes materiais, que é o que releva verdadeiramente na interpretação e aplicação do artigo 39.º da Lei da Concorrência, podendo esta confusão levar a resultados insólitos.

- Incidindo a operação em diversos mercados regulados, como o ferroviário e o rodoviário, deve ser pedido parecer às respectivas autoridades reguladoras, previamente à Decisão da Autoridade da Concorrência. Enquanto que, no primeiro, os poderes reguladores são exercidos por uma autoridade administrativa independente, no segundo são exercidos por uma direcção-geral, parte da Administração directa do Estado. Tal diferença de forma deverá ter como consequência que não seja pedido parecer a quem de facto exerce os poderes de regulação, estando em causa a mesma questão num e noutro caso?! Ficarà sem efeito o artigo 39.º, em virtude desta diferença?! A resposta é claramente negativa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- Em suma, a questão fundamental por trás do artigo 39.º da Lei da Concorrência diz respeito ao exercício efectivo dos poderes de regulação e, nesse sentido, age como autoridade administrativa para efeitos do referido artigo quem, à semelhança da DGTTF, exerce poderes reguladores. Por outro lado, o artigo 6.º do Estatuto fornece exemplos de entidades reguladoras sectoriais que colaboram com a Autoridade da Concorrência no desempenho das suas funções. Ao fazê-lo, reflecte a tendência a que se tem vindo a assistir, de intervenção estadual na economia pela via reguladora, e através de mecanismos que promovam a descentralização, como as autoridades administrativas independentes. Não obstante, não se encontram razões que justifiquem a restrição do conceito material de autoridade administrativa vertido no artigo 39.º da Lei da Concorrência de modo a abranger apenas a forma abrangida no artigo 6.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência (entidades reguladoras), sendo tal restrição contrária, quer à letra, quer ao espírito do referido artigo da Lei da Concorrência.

- Desta forma, a interpretação do disposto no artigo 39º da Lei 18/2003, de 18 de Junho, é claramente abusiva e não se encontra na letra da lei um mínimo de correspondência verbal.

- Ao averiguar-se da obrigatoriedade, nos termos do artigo 39º da Lei da Concorrência, da Autoridade da Concorrência solicitar que a DGTTF se pronuncie sobre a operação de concentração em causa, deve também atender-se à ratio e ao espírito deste preceito legal.

- Assim, o disposto no citado artigo 39º da Lei da Concorrência ambiciona seguramente que a Autoridade da Concorrência beneficie da competência dos reguladores sectoriais que acompanham e melhor conhecem o sector considerado, de forma a garantir uma avaliação rigorosa, que tenha em devida consideração o enquadramento regulamentar da operação de concentração notificada. Ora, em face das atribuições e competências da DGTTF, descritas anteriormente, este regulador sectorial é certamente daqueles que melhor podia informar a Autoridade da Concorrência dos mercados considerados na operação de concentração notificada.

- De forma a assegurar uma apreciação rigorosa da operação de concentração notificada, ponderando, de forma exaustiva, as incumbências das operadoras no sector considerado, exigia-se da Autoridade da Concorrência que consultasse a Inspeção-Geral das Obras Públicas (IGOP), tendo em conta a sua actividade, complementar da DGTTF, de fiscalização no domínio dos transportes rodoviários. Essa consulta, em conjunto com a consulta legalmente exigida da DGTTF como autoridade reguladora, teria, inevitavelmente, alterado a conclusão da Autoridade da Concorrência em sede de apreciação jusconcorrencial, porquanto estaria definitivamente demonstrada a efectiva fiscalização da actividade das operadoras, designadamente dos TST. Ao contrário, a Autoridade da Concorrência ignorou por completo a existência da Inspeção-Geral das Obras Públicas (IGOP), incorrendo, assim, num erro manifesto de apreciação e violação de lei expressa.

- A DGTTF não foi consultada nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 39.º da Lei da Concorrência (preterição de formalidade essencial), estranhando-se que a Autoridade da Concorrência tenha tido o cuidado de versar sobre a qualificação da natureza da DGTTF em quase 3 páginas da sua Decisão e que nunca tenha citado qualquer texto proferido pela mesma e vimos que pelo menos duas vezes a DGTTF foi questionada sobre questões parcelares da operação de concentração.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- Mas também é a todos os níveis lamentável ter sido consultada a AMTL que ainda não se encontrava em funções e a DGTTF não, mesmo porque, em termos de transportes, a Autoridade da Concorrência poderia, se assim o tivesse desejado, ter aprendido algo que a impedisse de ter tomado uma Decisão escandalosa, e altamente prejudicial, como se demonstrará, para os consumidores.

DA QUOTA DE MERCADO PÓS-CONCENTRAÇÃO E DO PODER DE MERCADO LIMITADO:

- Tendo em consideração a regulação sectorial e os contratos de concessão exclusivos celebrados com o Estado Português, as notificantes consideram desadequada a utilização dos conceitos de “quota de mercado” e de “eliminação de concorrência”. De facto, a concorrência apenas existe no acesso ao mercado e não dentro do mercado, embora se deva considerar uma pressão concorrencial efectiva do transporte individual (ao nível da qualidade de serviço) sobre a rede de transportes que opera em regime de intermodalidade.

- Nos termos do n.º 8 das Orientações da Comissão Europeia para a apreciação das concentrações horizontais, de 5.2.2004¹² (cfr. doc. junto sob o n.º 21), “entende-se por “aumento de poder de mercado” a capacidade de uma ou mais empresas aumentarem os preços de forma lucrativa, reduzirem a produção, a escolha ou a qualidade dos bens e serviços, diminuírem a inovação ou influenciarem de outra forma os parâmetros da concorrência”. Ora, em face da regulamentação sectorial, designadamente, do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro, no respeitante à actividade ferroviária, e do Decreto-Lei n.º 37.242/48, de 31 de Dezembro de 1948, no respeitante à actividade rodoviária, mas também dos contratos de concessão da FERTAGUS e do MTS – Metro Transportes do Sul, S.A. –, as partes notificantes não têm capacidade de aumentar os preços de forma lucrativa, reduzir a produção, a escolha ou a qualidade dos serviços. Em suma, ficará demonstrado que da realização da operação de concentração não resulta a possibilidade de as empresas notificantes exercerem um poder de mercado.

- As obrigações prescritas nos contratos de concessão rodoviário e ferroviário relativas à frequência, aos horários e à qualidade do serviço, aniquilam qualquer liberdade das operadores para exercer um poder de mercado. Aliás, a não observância pela FERTAGUS destas recomendações considera-se ilegal e tida como violação da concessão (ver Anexo 14 do Contrato de Concessão cuja cópia se junta como doc. n.º 12). Por sua vez, a DGTTF controla e fiscaliza as operações de transporte rodoviário da TST nos termos do artigo 2.º, alínea f), do Decreto-Lei n.º 296/94, de 17 de Novembro, que aprova a orgânica da Direcção-Geral dos Transportes Terrestres, dos artigos 20.º e segs. do Decreto-Lei n.º 3/2001, de 10 de Janeiro, e do RTA. A DGTTF sujeita, assim, as contra-ordenações a coimas fixadas no respectivo legal, podendo mesmo, em determinadas situações, revogar as licenças.

- Nem mesmo a noção de quota de mercado se mostra apropriada porquanto as concessões exclusivas atribuídas pelo Estado Português se reconduzem, inevitavelmente, à existência de um monopólio na área

¹² Orientações da Comissão Europeia para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C 31/03) – JO, C 31, de 5.2.2004.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

concessionada. Sem conceder, da definição errónea do mercado relevante também resultou uma avaliação errada, por parte da AdC, das quotas de mercado existentes e pós-concentração.

DA POSSIBILIDADE DE AS EMPRESAS PODEREM PROCEDER A AUMENTOS DE PREÇOS:

- Entendem as notificantes repor a verdade dos factos, porquanto a AdC afirma, no n.º 168 da Decisão, que “a FERTAGUS, poderá, querendo, proceder anualmente a uma revisão do tarifário”. De facto, as partes notificantes não gozam de liberdade na fixação dos preços. Para aferir dos mecanismos de formação e actualização dos preços previstos no novo contrato de concessão, celebrado entre o Estado Português e a FERTAGUS, remetemos para o disposto no anexo 7 do contrato de concessão (cfr. doc. que se junta sob o n.º 13). Anexam-se também, pela sua fundamental importância, as cláusulas 7ª e 8ª referentes à reposição do equilíbrio económico e financeiro e tarifário (cfr. que se juntam como doc. sob o n.º 14).

- O regime tarifário na mencionada concessão ferroviária, obedecia ao disposto no Decreto-Lei n.º 8/93, de 11 de Janeiro, e ao regime previsto no contrato de concessão anterior, celebrado entre a FERTAGUS e o Estado Português em 1999, devendo também respeitar a designada Base Tarifária Média (BTM) estabelecida pelo INTF.

- A AdC errou na apreciação e interpretação do novo contrato de concessão ao considerar a existência de uma margem arbitrária para a concessionária anualmente fixar os aumentos reais em 5% relativamente à BTM verificada nos 12 meses anteriores. Na verdade, o contrato renegociado apenas concede à concessionária a possibilidade de esta propor, anualmente, à entidade reguladora uma revisão da BTM “dentro de um intervalo de 5% real, inferior ou superior relativamente à BTM verificada nos doze meses anteriores” podendo sempre o concedente “opor-se à alteração de tarifário pretendida pelo concessionário (...) desde que razões de interesse público obstem à respectiva concretização”. Em caso de oposição do concedente, apenas haverá lugar a indemnização da concessionária nos termos previstos na cláusula 8ª, n.º 6, do contrato de concessão. Fica assim demonstrado o infundado da pretensa liberdade tarifária alegada pela AdC.

- Acresce que nas presentes condições de receita e procura, os proveitos adicionais gerados por aumentos de tarifas superiores aos que constam do modelo financeiro do contrato de concessão da FERTAGUS seriam sempre canalizados na proporção de 75% para o Estado. Esse mecanismo de partilha das receitas previsto no novo contrato de concessão desmotiva, por conseguinte, a concessionária a propor aumentos superiores aos constantes do modelo financeiro.

- Registe-se ainda que a AdC sublinha que nunca se verificou, no aumento do tarifário e dos passes combinados, qualquer incumprimento da BTM e do disposto nos sucessivos Despachos Normativos (cfr. n.º 178 da Decisão). Também em resposta a pedido de elementos da AdC, afirma o INTF, face ao novo enquadramento contratual, que se mantêm limitações impostas pelo contrato de concessão quanto às tarifas, embora atenuadas, confirmando, assim, a referida posição das notificantes (cfr. n.º 189 da Decisão).

- Contudo, apesar de contestarem o entendimento da AdC, as notificantes apresentaram um compromisso comportamental destinado a responder às referidas preocupações jus-concorrenciais: a FERTAGUS



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

comprometeu-se a não propor (por razões de ganho comercial) aumentos reais da BTM superiores aos que constam do modelo financeiro anexo ao contrato de concessão (entre 2005 e 2010), exceptuando deste compromisso, aumentos a serem decididos pelo concedente, por razões de equilíbrio económico e financeiro, eliminando a infundada preocupação jusconcorrencial.

- Relembremos que os TST só podem propor um aumento de tarifas em escrupulosa obediência ao referido Decreto-Lei 8/93, ao Despacho Normativo conjunto e a um Despacho da DGTTF adoptado em execução dos referidos preceitos legais. Esse Despacho da DGTTF fixa os valores máximos dos aumentos em percentagem dos diferentes títulos de transporte.

- Se fosse possível aos operadores aumentar preços por sua livre iniciativa, o principal constrangimento a esse aumento, para o mercado relevante identificado, seria o risco de perda de passageiros para o transporte individual. Fica assim demonstrada a invalidade das conclusões da AdC quando afirma, no n.º 211 da decisão, que desaparecendo a pressão concorrencial, os operadores aumentariam inusitadamente os mesmos, prejudicando os consumidores perante a falta de alternativas.

- Mas porque a AdC, apesar dos esclarecimentos prestados pelas aa., manteve as suas preocupações jusconcorrenciais, as partes notificantes apresentaram um compromisso comportamental efectivo: a garantia dos TST não proporem à DGTTF aumentos de preços nos seus títulos próprios, ou aumentos das quotas nos passes combinados, superiores aos valores administrativamente fixados.

DA QUALIDADE DO SERVIÇO:

- As notificantes também consideram perfeitamente errónea a alegação da AdC, no n.º 213 da Decisão, de que existe “a possibilidade de as notificantes poderem diminuir a qualidade, ou perderem incentivos para a melhorar, atenta a supressão da concorrência no mercado relevante”.

- Relembremos que a DGTTF tem poderes para fazer cumprir os horários e frequências de serviço de acordo com as licenças detidas pelos concessionários. Esses parâmetros da qualidade, que tanta preocupação ocasiona à AdC (“forte preocupação” referida no n.º 213 da Decisão), são regulados e fiscalizados pela DGTTF e qualquer suspensão, redução ou cancelamento de carreiras carece da autorização do Ministro competente mediante requerimento dirigido à DGTTF (cfr. art.ºs. 118º a 120º do RTA).

- A preocupação de diminuição de qualidade, ou a perda de incentivos para a melhorar, resultante da operação de concentração afigura-se perfeitamente infundada. Bastaria referir a factualidade de que, quando os dois modos de transporte em apreço encontravam-se ambos na órbita do grupo Barraqueiro, a qualidade não só não regrediu como, inclusive, melhorou. Acrescente-se ainda que a DGTTF exerce efectivamente a sua competência para fiscalizar o cumprimento da regulamentação aplicável por parte das empresas reguladas; para instruir processos de contra-ordenação e para aplicar coimas às empresas em caso de incumprimento da mesma regulamentação de acordo com o disposto no artigo 209.º do RTA e nos artigos 2.º, alínea f), e 6.º, n.º 5, alínea c), do Decreto-Lei n.º 296/94, de 17 de Novembro. A título de exemplo, refira-se os Processos de Contra Ordenação da Direcção-Geral de Transportes Terrestres, n.º 3006621503-000, de 18 de Março de 2004, e n.º



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

300618403-000, de 11 de Junho de 2004, que puniram com coimas a TST-TRANSPORTES SUL DO TEJO, S.A.

DA RUPTURA COM O SISTEMA DE PASSES COMBINADOS:

- Em primeiro lugar, é importante relativizar a importância dos passes combinados comparada com a real dimensão do passe multimodal. De facto este último representa 75% das viagens tituladas por passes multi- operador na rede da TST. E a percentagem das receitas dos passes combinados relativamente às receitas totais com o serviço público dos TST é de apenas 3,3%.

- Assim, a abordagem que é feita relativamente a uma eventual ruptura pelas notificantes do sistema de passes combinados é totalmente descabida porque se confunde, certamente por desconhecimento, passes combinados com sistema de passes multimodais.

- Efectivamente, todos os operadores privados que subscreveram o protocolo do sistema de passes multimodais denunciaram o referido acordo em 2004, por falta de pagamento pelo Estado das compensações financeiras a que têm direito a título de remuneração das prestações de serviço público social. A eficácia desta denúncia foi, no entanto, suspensa pelo prazo de um ano por decisão governamental que impôs a todos os operadores a manutenção daquelas obrigações de serviço público.

- No termo daquele prazo, decorreram negociações entre operadores privados e governo com o objectivo de encontrar soluções de financiamento público que evitassem a sua saída do sistema, tendo-se chegado já a um entendimento que passa pelo reconhecimento por parte do Estado do direito dos operadores privados serem compensados financeiramente pela prestação de serviço público social (passes multimodais).

- Saliente-se também que a FERTAGUS não integra nem nunca integrou o sistema de passes multimodais, razão por que não pode denunciar um acordo que jamais subscreveu. Como aliás, outros pequenos operadores rodoviários que integram a *Joint-Venture*.

- Como deveria a AdC saber, porque consta do anexo 7 ao contrato de concessão, está contratualmente estabelecida a descrição de todos os títulos combinados, o respectivo campo de aplicação e regime de validade bem como preços e quotas, sendo que é com base nesta estrutura de títulos que foi calculada a BTM da concessão, com todas as consequências daí resultantes, nomeadamente, ao nível do modelo financeiro e da fixação das compensações financeiras a atribuir pelo Estado. O mesmo se diga relativamente ao contrato de concessão do MTS, onde igualmente estão definidos todos os títulos combinados bem como os respectivos preços.

- Nos termos dos nºs 263 e 264 da Decisão, a AdC identificou uma eventual preocupação relativamente à posição negocial sobre os passes combinados, a qual foi assegurada pelo compromisso apresentado de não denunciar unilateralmente o presente sistema de passes combinados.

DAS BARREIRAS À ENTRADA:

- No respeitante à análise das barreiras à entrada, a AdC demonstrou verdadeiramente a sua incompreensão pela natureza e funcionalidade do sector dos transportes, ferindo, consequentemente, a sua Decisão de ilegalidade, porquanto afirma, nomeadamente, que “o acesso à exploração de novos percursos no



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

transporte público de passageiros, por via rodoviária, encontra barreiras à entrada e expansão de natureza diferente, mas não menos preocupante” (cfr. n.º 276 da Decisão).

- A protecção dos interesses do consumidor de transportes traduz-se precisamente na intermodalidade e não na concorrência redundante de modos de transporte. Ora, essa intermodalidade só se atinge com uma verdadeira coordenação dos vários modos de transporte – metro, barco, comboio e autocarro – e não através de uma competição, nos mesmos percursos, entre vários operadores.

- Sucede que a operação de concentração adequa-se perfeitamente com esse objectivo da coordenação entre os dois modos de transporte, rodoviário e ferroviário¹³, garantindo a intermodalidade, sem prejuízo da ligação à Transtejo.

DOS GANHOS DE EFICIÊNCIA E SINERGIAS:

- Já anteriormente se referiram os ganhos evidentes de inter-operacionalidade e de intermodalidade, objectivos claros das autoridades reguladoras sectoriais, do RTA e dos Governos sucessivos, na óptica do serviço ao utente. Consubstanciam ganhos qualitativos dificilmente mensuráveis em termos económico-financeiros, ao contrário do subsumido pela AdC no n.º 290 da Decisão.

- Por outro lado, as notificantes quantificaram os ganhos de sinergia decorrentes da operação, bem como demonstraram que tais ganhos permitiriam intensificar a renovação e modernização da frota. Na verdade, as sinergias que a operação permite são significativas ao gerar uma racionalização dos recursos. Sem ela muitos serviços e funções paralelos teriam de continuar a existir, prejudicando a racionalidade económica e afectando a capacidade de investimento das empresas.

- A AdC admite as suas próprias lacunas ao referir, no n.º 291 da Decisão, sem devida demonstração que “não é claro que os ganhos apontados não possam ser obtidos sem a realização da operação de concentração”. Ora, no âmbito da operação de concentração, seria efectivamente possível atingir ganhos de sinergia como redução de custos ao nível do back office, uniformização dos corpos de fiscalização e das redes de vendas, centralização das estruturas de formação actualmente dispersas, redução de outras estruturas de apoio redundantes, especialização e concentração de funções de carácter técnico e operacional, ganhos ao nível do management. As notificantes surpreendem-se com a sugestão da AdC, no n.º 291 da Decisão, de que tais sinergias poderiam ser conseguidas sem a operação de concentração. Bastaria pensar nos ganhos inerentes à intermodalidade que a operação de concentração permite para se concluir que sem esta operação essa intermodalidade não é possível ou é, pelo menos, extremamente difícil!

- Acresce que esses ganhos de sinergia permitiriam um investimento na melhoria da qualidade, tendo sido assumido neste sentido um compromisso concreto de redução da idade média da frota dos TST em 20%, num horizonte temporal de cinco anos.

- Apesar da total discordância das notificantes com a avaliação, realizada pela AdC, dos efeitos da operação de concentração notificada e de se ter demonstrado novamente a sua perfeita ilegalidade, apresentaram,

¹³ E rodoviário e fluvial e, a breve trecho, metroviário e fluvial.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

as notificantes, compromissos de natureza estrutural e comportamental que solucionavam, especificamente, cada uma das preocupações enunciadas e que, ora, importa elencar.

DA DESCONSIDERAÇÃO ILÍCITA DOS COMPROMISSOS OFERECIDOS E DA EXISTÊNCIA DE COMPROMISSOS EFECTIVOS:

- A Autoridade da Concorrência alega, mas não demonstra, diversas preocupações jusconcorrenciais, designadamente, relativas à quota de mercado adveniente da operação de concentração (num mercado assente em exclusivos?!), a um hipotético aumento de preços (preços fixados por via administrativa?!), à possível diminuição da qualidade do serviço prestado (num sector regulado) e ainda eventual ruptura com o sistema de passes combinados (sempre possível num cenário diferente do da operação de concentração).

- Relembremos que nos termos da Comunicação da Comissão sobre as soluções passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 447/98 da Comissão, de 2.3.2001 (cfr. junto como doc. sob o n.º 22), “constitui prática mais corrente que as partes apresentem compromissos com vista a tornar a concentração compatível com o mercado comum num prazo específico que começa a correr após a respectiva autorização”. Preconiza também a referida Comunicação que a Comissão tenha “em consideração o facto de qualquer solução pressupor sempre um certo elemento de incerteza quanto aos seus resultados, na medida em que constitui um compromisso que não foi ainda executado”. Dificilmente se compreende assim que a Autoridade da Concorrência tenha recusado ilegalmente considerar os compromissos comportamentais apresentados com fundamento exclusivo de, na sua opinião infundada, estes compromissos representarem “meramente uma promessa”. A ratio que preside à apresentação de compromissos consiste justamente no seu carácter prospectivo, leia-se, na sua realização futura.

- Foi assim manifestamente violado o disposto no art.º 35º/3, conjugado com o art.º 37º/2, ambos da Lei da concorrência.

- Sem conceder, ao contrário do afirmado pela Autoridade da Concorrência, no n.º 399 da Decisão, os compromissos apresentados não representam “meramente uma promessa de adoptar um determinado comportamento”. As soluções comportamentais, como supra descritas na descrição da operação de concentração, representam compromissos verdadeiramente efectivos, tanto mais pela monitorização externa, independente e isenta a que as partes sugeriam ficar adstritas. Respondem, assim, tais compromissos cabalmente às mencionadas preocupações derivadas da “passagem de dois operadores no mercado relevante para apenas um operador”¹⁴.

- Acresce que estes compromissos comportamentais integram um pacote de compromissos, incluindo também compromissos estruturais (desinvestimento das carreiras rodoviárias que atravessavam a Ponte 25 de Abril), que a Autoridade da Concorrência recusou ilegalmente considerar para efeitos de apreciação da resolução das preocupações jusconcorrenciais.

- Ora, na presente operação de concentração, a alienação das carreiras da TST que integram o mercado relevante, indiscutivelmente, por si só, assegurava resposta cabal para as preocupações mencionadas, mas também reforçava as soluções de ordem comportamental que se mantinham válidas.

¹⁴ Cfr. n.º 399 da Decisão.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- A Autoridade da Concorrência, que na apreciação da operação de concentração manifestou uma perfeita desconsideração pelo carácter estritamente regulado do transporte ferroviário e rodoviário, somente referiu essa realidade em sede da apreciação dos compromissos comportamentais para se furtar à devida apreciação dos compromissos, num autêntico venire contra factum proprium. A circunstância de a operação de concentração se enquadrar num sector regulado apenas serviu à Autoridade da Concorrência para, paradoxalmente, alegar um conflito de competências entre as suas atribuições e as atribuições das autoridades reguladoras: INTF e futura AMTL mas também DGTTF, agora e despidoradamente qualificada de entidade fiscalizadora.

- Contudo, essa alegada sobreposição de atribuições não se verifica, pois os compromissos comportamentais inserem-se na margem de actuação dos operadores. Com efeito, traduzem-se em obrigações comportamentais adicionais relativamente às normas mínimas dependendo, estas sim, da competência das autoridades reguladoras. Se a Autoridade da Concorrência se considera suficientemente competente para identificar preocupações respeitantes a alegados comportamentos futuros das notificantes, num cenário pós concentração, a fortiori também deveria reconhecer essa competência para aferir da efectividade, proporcionalidade e razoabilidade dos compromissos apresentados.

- Relativamente à apreciação dos compromissos comportamentais oferecidos, estes respondem efectivamente às preocupações jusconcorrenciais da Autoridade da Concorrência e suprimem a alegada criação ou reforço da posição dominante. E por maioria de razão se tivermos em devida consideração a margem muito restrita, no próprio entendimento da Autoridade da Concorrência, de liberdade de actuação dos operadores no sector regulado dos transportes.

- Se as preocupações concorrenciais da Autoridade da Concorrência, resultantes da “passagem de dois operadores no mercado relevante para apenas um operador”, residiam na quota de mercado adveniente da operação de concentração (assente em exclusivos?), num hipotético aumento de preços (impossível legalmente!), na possível diminuição da qualidade do serviço prestado (sector fiscalizado na própria tese da AdC) e ainda na eventual ruptura com o sistema de passes combinados (sempre possível fora da operação de concentração), os compromissos comportamentais respondiam por excesso às três últimas preocupações enquanto a solução estrutural eliminava a primeira.

- No respeitante a parâmetros de qualidade, as diversas soluções apresentadas – manutenção de frequências, horários, itinerários e locais de paragem das actuais carreiras TST; manutenção dos elevados padrões de qualidade da FERTAGUS; redução da idade média da frota dos TST; a obtenção de uma certificação de qualidade dos TST de acordo com os requisitos da Norma ISSO 9001 – eliminavam as preocupações (injustificadas!) da Autoridade da Concorrência, assegurando em contrário um aumento da qualidade do serviço público prestado em benefício dos utentes. A Autoridade da Concorrência procedeu, assim, ilegalmente por arbitrariamente e com total ausência de devida fundamentação para a recusa dos compromissos, em prejuízo da concorrência.

- No respeitante a preços, a garantia dos TST de não proporem à DGTTF aumentos de preços nos seus títulos próprios, ou aumentos das quotas, nos passes combinados, e ainda da FERTAGUS não propor aumentos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

reais da BTM, superiores aos valores administrativamente fixados, bastaria, aritmeticamente, para eliminar as alegadas e inexistentes preocupações jusconcorrenciais.

- Também, no respeitante a passes combinados, o compromisso das notificantes de não denunciarem a sua participação nos passes combinados dificilmente respondia melhor à referida preocupação da Autoridade da Concorrência relativa à ruptura do sistema de passes combinados.

- Mas sempre se dirá que a AdC não queria que a operação de concentração fosse “aprovada”, ainda que todas as suas preocupações jus-concorrenciais fossem aplacadas! Pois, só assim se entende que nunca a AdC tenha querido discutir seriamente os contornos dos compromissos oferecidos, a sua extensão e a sua profundidade, nem tenha respondido à permanente e aberta disponibilidade das empresa, ora aa., para oferecer outros compromissos ou alterar os propostos de molde a permitir uma decisão de não oposição à operação de concentração. Ao actuar desse modo (non facere), a AdC violou os preceitos legais aplicáveis, correctamente interpretados, (cfr. artigos 35º/2 e 27º/3 ambos da Lei da concorrência) e o princípio constitucional da proporcionalidade dos actos administrativos (cr. Artº. 266º/2 da CRP).

- Nos termos da Comunicação da Comissão sobre as soluções passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 447/98 da Comissão, de 2.3.2001, “quando a concentração projectada ameaça criar ou reforçar uma posição dominante que impediria uma concorrência efectiva, a forma mais eficaz de restabelecer a concorrência efectiva, para além da proibição da operação, consiste na criação das condições para o aparecimento de um novo concorrente ou para o reforço dos concorrentes existentes através de uma alienação”¹⁵. As actividades alienadas devem constituir uma actividade viável, corresponderem à actividade mais adequada, e serem as actividades transferidas para um adquirente adequado. A solução estrutural oferecida pelas notificantes, ora aa., responde integralmente a essas exigências.

- As quinze carreiras da TST na travessia da Ponte 25 de Abril que as notificantes se propunham alienar, constituem indiscutivelmente uma actividade viável. Foi aliás a própria AdC que configurou essa actividade num mercado relevante e portanto susceptível de se tornar uma oportunidade de negócio importante para a operação de concentração em termos tais que pudesse configurar uma posição dominante em detrimento dos interesses dos consumidores.

- Estas carreiras exploradas por uma terceira empresa independentes das aa. garantem uma concorrência efectiva à actividade da FERTAGUS na travessia da Ponte 25 de Abril, e, ao contrário da afirmação indemonstrada e indemonstrável da Autoridade da Concorrência, independentemente de qualquer mercado conexo. Também, só assim, se compreende a definição do mercado geográfico relevante da própria Autoridade da Concorrência: mercado do transporte entre Lisboa e Setúbal, via travessia da Ponte 25 de Abril. As carreiras objecto da alienação constituem uma actividade existente, susceptível de ser explorada numa base autónoma, como atesta aliás o interesse demonstrado na aquisição por várias entidades, caso do adquirente identificado e a mero título de exemplo da “VIMECA”, grupo de grande dimensão à escala nacional.

¹⁵ Cfr. n.º 13 da Comunicação da Comissão sobre as soluções passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 447/98 da Comissão, de 2.3.2001.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- Dificilmente, também, podiam as notificantes ter sugerido uma alienação de actividade mais adequada do que aquela, objecto central da operação de concentração. Assim, onde havia uma “passagem de dois operadores no mercado relevante para apenas um operador”¹⁶, preocupação primordial da AdC, através do desinvestimento das carreiras rodoviárias que actuavam no mercado relevante, para um adquirente adequado, continuariam a co-existir dois operadores no mercado relevante.

- Na presente operação de concentração, as partes demonstraram indiscutível capacidade em atrair um adquirente adequado, tendo mesmo apresentado um “comprador firme”, a empresa Isidoro Duarte, Lda., relativamente à qual a Autoridade da Concorrência nem se dignou indagar da sua idoneidade, capacidade e solvabilidade ou sequer consultar para os devidos e legais efeitos. Ora, só de manifesta má fé, de modo arbitrário e infundamentado, se pode negar à empresa Isidoro Duarte, Lda., a condição de “concorrente viável, independente e não relacionado com as partes, que disponha de recursos financeiros e de comprovada experiência e que tenha interesse em manter e desenvolver a actividade alienada enquanto operador activo em concorrência com as partes”¹⁷.

- O adquirente Isidoro Duarte, Lda., apresenta um ratio Debt/EBITDA, indicador fundamental para efeitos da classificação (“rating”) das empresas, baixíssimo, sendo inferior a 1 desde 2003, designadamente, 0,71 em 2003 e 0,73 em 2004, enquanto que valores de 3 a 4 já seriam considerados bons ou aceitáveis. Este indicador, objectivo e indiscutível, revela uma grande autonomia financeira e uma excelente capacidade para contrair endividamento adicional, leia-se, que lhe permitiriam avançar, com segurança, para um novo investimento na Margem Sul.

- No respeitante ao volume de negócios do adquirente Isidoro Duarte, Lda., este tem vindo a crescer numa base constante desde 2002, passando de 4.316.931 Euros em 2002 para 4.805.847 Euros em 2005. Verifica-se, ainda, uma estabilidade no Cash-Flow operacional – EBITDA, tendo mesmo aumentado entre 2002 a 2004 (cfr. balanços e demonstrações de resultados do adquirente relativos aos exercícios de 2002, 2003 e 2004 e uma lista de empresas do sector evidenciando a facturação em termos relativos, cfr. docs. sob o.n.º 24).

- Relativamente às despropositadas e desadequadas preocupações da Autoridade da Concorrência relativamente a infra-estruturas de apoio na Margem Sul, convém lembrar que estamos perante um conjunto de concessões com início ou término em Lisboa. Ora, sendo a adquirente uma, indiscutivelmente, prestigiada empresa, possuindo excelentes instalações na região de Lisboa, pode esta naturalmente dispensar infra-estruturas paralelas na outra Margem, aliás, do mesmo modo que os TST apenas mantém instalações logísticas na margem Sul operando igualmente na margem Norte do Rio Tejo.

- Acresce que, ao referir-se à posição concorrencial do Potencial Adquirente e alegada posição dominante das notificantes após desinvestimento, a Autoridade da Concorrência centraliza os seus fracos argumentos na

¹⁶ Cfr. n.º 396 da Decisão.

¹⁷ Cfr. n.º 49 da Comunicação da Comissão sobre as soluções passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 447/98 da Comissão, de 2.3.2001.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.º 223/06.9TYLSB

“preferência dada à TST na atribuição de concessões”, omitindo, no entanto, que o inverso também se verificaria com o Potencial Adquirente, ou seja, este também beneficiaria do mesmo direito de preferência.

- Conclui-se que a actividade a alienar é assim viável, actividade existente susceptível de ser explorada numa base autónoma das partes notificantes e, mais graves, fica evidenciado carácter arbitrário e desproporcionado da Decisão de proibição da operação de concentração, o que invalida a mesma por desvio de poder (arbitrariedade), vício de violação de lei (falta de fundamentação) e violação dos princípios da proporcionalidade e da boa-fé.

- Com a manifesta intenção de se furtar à devida apreciação dos compromissos apresentados, a Autoridade da Concorrência salientou repetidamente a sua margem de apreciação discricionária (que claramente se convolou em arbitrariedade grosseira), invocando também que às partes incumbia o ónus de demonstrar a eficácia e exequibilidade dos compromissos apresentados¹⁸.

- Sucede que as notificantes apresentaram um pacote de compromissos, comportamentais e estruturais, efectivos, solucionando as preocupações concorrenciais manifestadas pela Autoridade da Concorrência. Nem por isso, a Autoridade da Concorrência respondeu ou procedeu a qualquer análise rigorosa das soluções apresentadas.

- A própria jurisprudência europeia confirma a ilegalidade da decisão da Autoridade da Concorrência, porquanto esta não procede à devida demonstração da insuficiência dos compromissos para restabelecer uma concorrência efectiva. Com efeito, nos termos, nomeadamente, do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância T-87/05, de 21 de Setembro de 2005, no processo EDP, *Energias de Portugal S.A. / Comissão da Comunidade Europeia*, “compete à Comissão europeia demonstrar que uma operação de concentração não pode ser declarada compatível com o mercado comum”. Ora, “uma operação de concentração modificada responde aos mesmos critérios, no respeitante ao ónus da prova, que uma concentração não modificada”. Pelo que se deduz que “a Comissão europeia tem o dever de analisar uma operação de concentração tal como esta se encontra modificada pelos compromissos validamente propostos pelas partes intervenientes na operação (ver, nesse sentido, acórdão do Tribunal de 30 de Setembro de 2003 *ARD/Comissão*, T- 158/00) ” e, que “a Comissão só pode declarar a operação de concentração incompatível com o mercado comum se os compromissos forem insuficientes para impedir a criação ou o reforço de uma posição dominante” ocasionando uma restrição da consequência efectiva. E relembra o Tribunal de Primeira Instância, apesar da margem de interpretação da Comissão europeia, que o ónus da prova incumbe à mesma Comissão europeia.

- No processo EDP, *Energias de Portugal S.A. / Comissão da Comunidade Europeia*, a Comissão Europeia, aliás, de forma idêntica à Autoridade da Concorrência, na Decisão ora recorrida, também invocava a Comunicação relativa a compromissos e outras soluções referindo que “incumbe às partes demonstrar que as soluções propostas, uma vez executadas, suprimem a criação ou o reforço da posição identificada pela Comissão” nos termos do n.º 6. Argumento a que o Tribunal de Primeira Instância respondeu que, “mesmo

¹⁸ Veja-se por exemplo o n.º 417 da Decisão.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

supondo que a Comissão entenda incumbir às participantes na operação de concentração notificada a demonstração da eficácia dos compromissos propostos, a Comissão não poderia concluir que, na dúvida, tem de optar pela proibição dessa operação. Bem pelo contrário, ao final, a Comissão deve demonstrar que esta operação, tal como modificada por compromissos, tem de ser declarada incompatível com o mercado comum por causa da persistência da criação ou do reforço de uma posição dominante restringindo significativamente uma concorrência efectiva”. “Conclui-se que pertence à Comissão o ónus de provar que os compromissos validamente submetidos pelas participantes na operação de concentração não tornam essa operação, assim modificada por esses compromissos, compatível com o mercado comum”.

- Em conformidade com essa interpretação, não pode a Autoridade da Concorrência invocar arbitrariamente a sua margem de apreciação para se furtar ao ónus de demonstrar que, apesar dos compromissos apresentados pelas notificantes, persiste a criação ou o reforço de uma posição dominante restringindo significativamente a concorrência efectiva.

- Relativamente ao compromisso estrutural, a Autoridade da Concorrência limitou-se a conjecturar, sem qualquer prova ou demonstração objectiva e, mais grave, com total desprezo pela informação carreada para os autos pela aa., sobre o que seria a posição concorrencial do Potencial Adquirente após desinvestimento, no entanto, sem nunca consultar aquele Potencial Adquirente apresentado pelas notificantes, designadamente, a Isidoro Duarte, Lda. Nem mesmo a AdC demonstrou a persistência da criação ou o reforço de uma posição dominante, referindo somente a “quota de 73,21%, por via da FERTAGUS, o que por si só, pode fazer presumir a existência de uma posição dominante”. Em face de tal manifesta falta de argumentos definiu a Autoridade da Concorrência um novo e ilegal mercado geográfico relevante, como adiante se explicitará.

- A verdade é que a Autoridade da Concorrência recusou examinar seriamente os compromissos apresentados por estar ciente de que não dispunha de argumentos válidos que lhe permitissem rebater esta realidade indesmentível: as quinze concessões constituem um todo, económico e financeiramente, técnica e operacionalmente, viável e uma vez exploradas por um operador independente permitiam manter dois operadores em concorrência efectiva no mercado relevante definido pela AdC.

- Nem se pode admitir, como alega a Autoridade da Concorrência nos n.ºs 416 e 417 da Decisão, a falta de tempo para analisar este compromisso de desinvestimento justificada pela proximidade do termo do prazo para proferir a Decisão. Com efeito, por fax enviado pela Autoridade da Concorrência às notificantes (a solicitar esclarecimentos referentes ao desinvestimento), em 29 de Setembro de 2005, refere a mesma encontrar-se suspenso o prazo de investigação aprofundada do procedimento. Assim, nada impedia a Autoridade da Concorrência de requerer mais do que uma vez os necessários esclarecimentos, à semelhança de tantas outras vezes.

- Finalmente, a própria Autoridade da Concorrência manifestou incertezas e dúvidas relativamente à apreciação dos compromissos, invocando, nomeadamente, que as notificantes não tinham sido capazes de “dissipar as incertezas ou preocupações” que a proposta de alienação “acarreta quanto à susceptibilidade de o Potencial Adquirente poder prosseguir a sua actividade de forma eficiente, eficaz, autónoma e duradoura” mas



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

também que “parece inequívoco” a afectação significativa da procura nas carreiras alienadas¹⁹. Ora, além dos compromissos apresentados efectivamente responderem cabal e integralmente às preocupações jusconcorrenciais da Autoridade da Concorrência, relembremos que, na acepção comunitária, a Autoridade da Concorrência não podia, na dúvida, concluir que tem de optar pela proibição dessa operação. Na dúvida, a AdC tinha de pedir esclarecimentos às aa. e se aquela persistisse teria de resolver a questão de acordo com regra de repartição do ónus da prova: o facto tem de ser considerado provado a favor de quem o ónus da prova é estabelecido e neste caso, como vimos, é a favor das aa. Competia à AdC demonstrar que os compromissos oferecidos pelas aa. não eram idóneos a estabelecer a concorrência efectiva no mercado por si definido e isso não logrou fazer.

- No âmbito da audiência escrita, propuseram as notificantes a criação de uma comissão tripartida e sugeriram o envio, anual ou com outra periodicidade a definir pela Autoridade da Concorrência, de um relatório à Autoridade da Concorrência, elaborado por uma empresa de auditoria independente, a qual se pronunciará sobre o cumprimento das obrigações assumidas pelas notificantes. As notificantes afirmaram-se, “em qualquer caso [...] totalmente receptivas para citar outra forma de monitorização que a Autoridade da Concorrência considere [considerasse] ser mais adequada ou conveniente.”

- Esta monitorização proposta pelas notificantes por uma comissão tripartida, representativa e independente, não respondia a uma obrigação legal imposta às partes, mas sim a uma proposta voluntária destinada a garantir o pleno efeito do n.º 3 do artigo 35.º da Lei da Concorrência, disposição que autoriza a Autoridade da Concorrência a acompanhar as suas decisões “da imposição de condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pelos autores da notificação com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva”.

-- Paradoxalmente, a Autoridade da Concorrência recusou a proposta de monitorização, sinteticamente, por exigir um acompanhamento adicional e “a supervisão sectorial desse mercado competir, por atribuição legal, às entidades competentes para acompanhamento destas actividades”²⁰. Ora, nos termos da referida Comunicação da Comissão sobre os compromissos e outras soluções, de 2.3.2001 (cfr. doc. que se juntou sob o n.º 22), “muito embora os compromissos devam ser propostos pelas partes, a Comissão assegura a aplicação dos compromissos, subordinando a autorização à sua plena observância”. Também na referida decisão 97/816/CE (IV/M.877 – *Boeing/MacDonnell Douglas*), em resposta a um pacote de compromissos apresentado pela Boeing, respondeu a Comissão europeia: “a fim de garantir o pleno cumprimento destes compromissos por parte da Boeing, em aplicação do n.º 2, segundo parágrafo, do artigo 8.º, a Comissão controlará este cumprimento. Em especial, a Boeing autorizará a Comissão, ou qualquer perito por ela nomeada, a ter acesso a dados internos relevantes para a execução deste controlo, e, quando a Comissão o solicitar, deverá estar preparada para discutir o seu cumprimento dos compromissos”²¹.

¹⁹ Cfr., respectivamente, n.ºs 429 e 445 da Decisão.

²⁰ Cfr. n.ºs 405 a 409 da Decisão.

²¹ Cfr. n.º 123 da decisão 97/816/CE da Comissão (IV/M.877 – *Boeing/MacDonnell Douglas*), JO L 336 de 8.12.1997, página 16.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- Na referida Decisão ENERNOVA/ORTIGA/SAFRA a Autoridade da Concorrência não só autoriza a monitorização de compromissos exclusivamente comportamentais, como esta corresponde a obrigações que “só produzirão efeitos a partir de 1 Janeiro de 2006, devendo-se prolongar até ao final do ano de 2010”. A preocupação da Autoridade da Concorrência, invocada no n.º 406 da Decisão em apreço, de que alegadamente “o que se propõe no presente caso é um acompanhamento até 2010”, de manifesta má fé, perde assim qualquer fundamento. Refira-se ainda que a monitorização autorizada na Decisão ENERNOVA/ORTIGA/SAFRA não oferecia a representatividade e a independência garantidas na proposta em análise, na medida em que essa monitorização autorizada se apoiava numa informação exclusivamente disponibilizada pela, pasme-se, notificante.

- Em face de pressupostos idênticos ou semelhantes nas duas operações de concentração notificadas, devia a Autoridade da Concorrência ter adoptado critérios de apreciação idênticos ou semelhantes, salvo motivos prementes e, nesse, caso devidamente aparentes na Decisão a final. Na ausência, na operação de concentração considerada, de tal fundamentação para a utilização de critérios de apreciação dos compromissos apresentados só se poderá concluir pela violação do princípio constitucional de igualdade de tratamento e da segurança e confiança jurídica pela indiscutível má fé da Autoridade da Concorrência, que feriram a presente Decisão de ilegalidade.

- A apresentação do compromisso estrutural permitia, indiscutivelmente, eliminar as preocupações jusconcorrenciais da Autoridade da Concorrência: alienar as carreiras dos TST que integram o mercado relevante significava, a muito custo das notificantes, alienar uma actividade central na operação de concentração notificada, actividade “mais adequada” na interpretação da Comunicação da Comissão, datada de 2.03.2001, sobre as soluções passíveis de serem aceites. Em forma de resposta, tentou descabeladamente redefinir a Autoridade da Concorrência, em perfeita ilegalidade, o mercado geográfico relevante do “Transporte Rodoviário Colectivo de Passageiros na Margem Sul do Tejo, onde não se inclui a travessia sobre o Tejo, e que compreenderá o transporte rodoviário efectuado nos concelhos Almada, Seixal, Sesimbra, Palmela, Barreiro, Setúbal, onde operam TST, Transportes Colectivos do Barreiro e SulFERTAGUS”²².

- A Autoridade da Concorrência afirma, no n.º 547 da Decisão, que “uma definição do mercado relevante é função directa da operação em causa”. Ora, só a operação de concentração notificada pelas partes e objecto da apreciação, nos termos do artigo 12.º da Lei da Concorrência, pode consubstanciar a dita “operação em causa”. Só assim se compreende o n.º 3 do artigo 35 da Lei da Concorrência que relaciona a decisão de não oposição à operação de concentração (artigo 35, n.º 1, alínea b) com a imposição de condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento dos compromissos assumidos. Assim, os compromissos apresentados integram a operação de concentração inicial e, ao contrário do assumido pela Autoridade da Concorrência, não consubstanciam, por si só, aliás por ausência de notificação prévia, uma operação de concentração distinta, sujeita a nova definição do mercado relevante.

²² Cfr. n.º 110 da Decisão.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- Conforme interpreta a Comunicação da Comissão europeia sobre os compromissos e outras soluções, as alterações introduzidas nas operações de concentração constituem meras “soluções” e consideram-se, por isso, como derrogações que se avaliam posteriormente à constatação que a operação de concentração notificada cria ou reforça uma posição dominante.

- Concluimos assim que a Autoridade da Concorrência ilegalmente rejeitou compromissos efectivos e benéficos para os consumidores – ratio da concorrência efectiva, em perfeita contradição com a interpretação comunitária e a sua própria jurisprudência e patente violação a Lei da Concorrência e os princípios constitucionais e administrativos aplicáveis.

DA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA CONFIANÇA, DA BOA FÉ E DA PROPORCIONALIDADE:

- A AdC neste processo e através da prolação da Decisão recorrida violou os princípios da legalidade, da boa fé, da confiança, da igualdade e da proporcionalidade.

- A decisão recorrida viola diversas normas jurídicas, maxime os preceitos legais da Lei da Concorrência aplicáveis à operação de concentração.

- Como claramente resultou do exposto, a AdC violou o disposto no artigo 12º/2 da Lei da Concorrência quando efectua dolosamente uma falsa representação do mercado relevante e uma interpretação errada que efectua da suposta criação ou reforço de uma posição dominante de que possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mencionado mercado.

- Igualmente a AdC preteriu uma formalidade prévia essencial, consubstanciada na falta de pronúncia da autoridade reguladora do sector dos transportes colectivos de passageiros, a DGTTF, ex vi artigo 39º da Lei da Concorrência.

- A AdC violou igualmente o disposto no artigo 12º/3 da Lei da Concorrência quando desconsiderou os compromissos assumidos pelas aa. que asseguravam a concorrência efectiva que a AdC pretendia no mercado por si definido.

- A AdC violou o princípio da boa fé, pois não agiu no procedimento administrativo de molde a ponderar os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação da presente operação, em especial na frustração da confiança suscitada nas aa. pela definição do mercado relevante e a enunciação das preocupações jus-concorrenciais e, após os compromissos assumidos que garantiam a concorrência no mercado relevante, dar o dito por não dito, alterar os contornos do mercado por si definido e recusar infundadamente os compromissos (cfr. artº. 6º-A do CPA).

- Igualmente a AdC violou o princípio da igualdade de tratamento quando para operações de concentração semelhantes aceita compromissos comportamentais sem monitorização externa e independente (cfr. artº. 5º do CPA).

- Finalmente, a AdC viola o princípio da proporcionalidade de acordo com o qual determinada medida restritiva, maxime uma proibição de uma operação de concentração, não pode ultrapassar o que é estritamente necessário, adequado e proporcional para atingir os objectivos prosseguidos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- Ora, os objectivos prosseguidos legalmente impostos à AdC seria a concorrência efectiva, tendo em conta os interesses dos consumidores, sendo que a proibição excede largamente os referidos interesse legais.

- Nem a concorrência efectiva poderia ser restringida num mercado regulado, nem os interesses dos consumidores ficariam afectados com a operação de concentração.

- Mas a desproporcionalidade da medida proibitiva fica claramente evidenciada com a recusa obstinada dos compromissos comportamentais e estrutural que dissipavam todas as dúvidas e preocupações jusconcorrenciais da AdC.

- Desde o início do procedimento administrativo que a AdC, através do departamento de operações de concentração e com a colaboração dos membros do Conselho, apostou em frustrar a operação.

- Numa operação complexa como é a sujeita a notificação prévia, a avaliação das empresas é um dado importantíssimo na relação de troca que se estabelece nas negociações.

- Não obstante tal facto, a AdC iniciou desde logo a sua atitude persecutória com a não aceitação da produção dos efeitos típicos da notificação prévia na data da sua apresentação, com o fundamento espúrio e não verdadeiro de que faltariam elementos para a perfeição da notificação (cfr. ofício da AdC que se junta para os devidos efeitos sob o n.º 26).

- Após vários pedidos de esclarecimentos e de reuniões com as partes notificantes, o pessoal encarregue de analisar a operação de concentração aparentemente mostrava ter compreendido que se tratava de um mercado regulado, de um modo administrativo de fixação dos preços e tarifas, que as autoridades reguladoras eram o INTF e a DGTTF, dos contornos do mercado geográfico relevante (tal como anteriormente tinha sido defendido pela própria Autoridade da Concorrência, na decisão adoptada em 3 de Junho de 2004), que o sector se baseava em concessões e que necessariamente as preocupações jusconcorrenciais eram, se não inexistentes, pelo menos ultrapassáveis.

- A total desconsideração da lei dos transportes e a subversão do regime jurídico vigente a uns putativos valores concorrenciais levou a que a AdC em lugar de recomendar ao Governo a alteração do quadro legal – em obediência a uma visão concorrencial e livre dos transportes colectivos – optou por sancionar os operadores com fundamento no tal quadro legal (sugestivo da concentração empresarial) e na alegada – mas não provada – insuficiência de regulação sectorial.

- Omitindo dolosamente a necessária investigação dos pressupostos do mercado relevante bem como da alegada substituíbilidade – na verdade, inexistente – entre os modos de transporte público ferroviário e rodoviário, conclusão que a ADC só podia ter deduzido mediante realização um inquérito prévio aos consumidores, como é prática da Comissão Europeia nesta matéria, a AdC constrói um mercado (ir)relevante ao arpejo do sector regulado, dos pareceres obtidos das entidades reguladoras e de vários estudos sobre a mobilidade e transportes.

- Tendo em conta a ilegal desconsideração da AdC pela existência de pares origem/destino distintos, critério preconizado pela jurisprudência europeia, nomeadamente comunitária e britânica, esses inquéritos, no pressuposto de terem sido realizados, como competia legalmente à AdC, teriam necessariamente conduzido à



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

definição de um mercado relevante com a inclusão do transporte individual, que na tese das aa. é o único modo de transporte que exerce uma pressão concorrencial efectiva, e na linha de pensamento da própria AdC, o transporte fluvial.

- Porque a AdC queria frustrar a operação e sabia que o prolongamento da mesma no tempo sem surtir efeitos frustraria com elevada probabilidade o negócio, abre a fase da investigação aprofundada sem que minimamente existissem razões para tal, já que as alegadas preocupações jusconcorrenciais (preço, qualidade e mercado conexo) eram infundadas, abrangendo parâmetros, na sua essência, pré-determinados pela regulação sectorial, e não exigiam qualquer investigação aprofundada, a qual de facto nunca existiu (cfr. cópia do ofício que determinou a abertura da fase de investigação aprofundada, junta como doc. sob o n.º 27).

- No mesmo sentido, a AdC define um mercado relevante que é a todos os níveis irrelevante e que só serve um fim ilegal: o de permitir a primeira decisão da AdC de proibição de uma operação de concentração.

- É nesta fase de putativa investigação aprofundada que as partes notificantes, não compreendendo as preocupações jusconcorrenciais, todavia, disponibilizam-se para negociar compromissos que assegurem e satisfaçam cabalmente as referidas preocupações elencadas pela própria AdC.

- A AdC nunca quis discutir o que significava essa disponibilidade das partes para assumir compromissos que assegurassem uma concorrência efectiva no mercado relevante durante toda a alegada e inexistente fase de investigação aprofundada!

- Mas a violação da AdC dos princípios da boa fé e da confiança surge claramente quando as partes notificantes concretizam os compromissos comportamentais para cada uma das alegadas preocupações jusconcorrenciais.

- A AdC e os seus funcionários recusaram-se a discutir seriamente qualquer dos compromissos, pois bem sabiam que os mesmos, no contexto de um sector regulado, satisfariam integralmente as alegadas e infundadas preocupações jusconcorrenciais.

VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO E CONSULTA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO:

- A AdC violou o seu dever de informação e de consulta do processo administrativo ao impossibilitar, no âmbito da audiência de interessados, a consulta efectiva do processo administrativo. A Autoridade da Concorrência procedeu novamente de manifesta má fé ao negar tal consulta.

- Relembremos que a audiência de interessados, na falta de regulamentação específica na Lei da Concorrência, é regulada pelos artigos 100º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo. E, nos termos do artigo 62º, posteriormente densificado no artigo 101º, n.º 2, *in fine*, a consulta do processo é um direito dos administrados.

- Convém primeiramente restabelecer a verdade dos factos. A Autoridade da Concorrência, em cumprimento da sua obrigação legal, fixou as horas para a consulta do processo na notificação que efectuou dos dois projectos de decisão. No texto do projecto de Decisão, reproduzido no texto da Decisão sob o n.º 357, a própria Autoridade da Concorrência garante nomeadamente que “as informações recolhidas em sede de reuniões



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

com os seus técnicos e as respostas a pedidos de elementos da Autoridade da Concorrência enviadas por aquela entidade [a DGTTF] integram, obviamente, o acervo de documentos que compõem o processo administrativo, o qual, como as notificantes não desconhecem, pode por elas ser livremente consultado”.

- Na verdade, aquando da consulta do processo nas instalações da Autoridade da Concorrência, em 10.11.2005, constataram as notificantes a expurga do processo de grande parte dos documentos que estas consideravam essenciais para a sua defesa. Os dossiers, nomeadamente atinentes à consulta das entidades reguladoras, encontravam-se verdadeiramente despojados do seu conteúdo. Constavam, assim, quase exclusivamente dos dossiers, as informações comunicadas pelas notificantes e a correspondência estabelecida entre as notificantes e a Autoridade da Concorrência. A consulta do processo perdeu, assim, qualquer utilidade para as notificantes.

- Ao pedido de esclarecimento endereçado no local pelas notificantes, respondeu a responsável presente que os documentos expurgados correspondiam exclusivamente a documentos considerados confidenciais. Ora, as notificantes não aceitam que se tenha expurgado do processo os aludidos documentos ditos confidenciais, quando estes documentos não podem manifestamente estar sujeitos a tal classificação.

- Com efeito, quer o Código do Procedimento Administrativo (doravante também designado por CPA) e a Lei de acesso aos documentos da Administração (doravante também designada por LADA) estatuem um princípio da administração aberta, respectivamente nos seus artigos 65º e 1º.

- Acresce que o Código do Procedimento Administrativo, no artigo 62º, n.º 1, consagra o direito dos interessados consultarem o processo que não contenha documentos classificados, ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica. Também a Lei de acesso aos documentos da Administração estatui um direito de acesso a documentos administrativos de carácter não nominativo no artigo 7º.

- Resta somente à Autoridade da Concorrência, por via de excepção, a possibilidade de proibir ou limitar o acesso à documentação verificadas as seguintes situações: documentos que contenham informações cujo conhecimento possa pôr em risco ou causar dano à segurança interna e externa do Estado²³, documentos referentes a matérias em segredo de justiça²⁴, documentos nominativos²⁵ e documentos cuja comunicação ponha em causa segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna das empresas²⁶. Nada disto foi feito ou sequer fundamentado pela AdC.

- A documentação atinente à consulta das entidades reguladoras claramente não se enquadra nestas excepções. E mesmo admitindo tal restrição no acesso à informação comunicada pelos concorrentes das partes notificantes e sem conceder, sempre esta recusa deveria ser devidamente fundamentada pela Autoridade da Concorrência, no respeito do disposto no artigo 15º, n.º1, alínea a), da Lei de acesso aos documentos da

²³ Cfr. artigo 5º da LADA e artigo 65º, n.º 1, do CPA.

²⁴ Artigo 6º da LADA e artigo 62º, n.º 1, do CPA.

²⁵ Artigo 8º da LADA e artigo 62º, n.º 2, do CPA.

²⁶ Artigo 10º, n.º 1, da LADA e artigo 62º, n.º 1, do CPA.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Administração e do direito dos administrados à consulta do processo, constante do artigo 101º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo. Para além do mais alegado, de acordo com a interpretação restritiva das exceções ao princípio da administração aberta da Lei de Acesso aos Documentos da Administração e com respeito pela proporcionalidade (princípio da proporcionalidade que deve naturalmente presidir às decisões de acesso aos documentos que integram o processo administrativo numa matéria tão sensível como a das garantias processuais), se a Autoridade da Concorrência decidisse recusar ou limitar o acesso documentação, desde que fundamentando devidamente a sua decisão, sempre essa confidencialidade deveria única e exclusivamente abranger as informações ditas confidenciais e não servir de pretexto à expurgação pura e simples do documento do acervo dos documentos acessíveis no processo e dessa forma tentar dificultar a defesa dos direitos dos administrados!.

- Sucede que a Autoridade da Concorrência não fundamentou a recusa ao acesso dos documentos integrando o processo administrativo; seguramente porque, atendendo à natureza dos documentos expurgados, tal recusa não encontrava fundamento legal! Mais grave, a Autoridade da Concorrência retirou pura e simplesmente do processo administrativo os documentos na sua íntegra, ao arripio dos direitos processuais das partes, em lugar de limitar tal expurgação estritamente às informações consideradas confidenciais ou de facultar às partes uma versão não confidencial desses documentos, como aliás é a prática comunitária, generalizada nos restantes Estados membros da União Europeia, com exceção de ... Portugal.

- Ainda a respeito da consulta do processo no local, as notificantes também se indignam perante a ilegal ausência de registo ou de numeração dos documentos constantes do processo administrativo, consubstanciando tal facto (omissão) uma perfeita violação do direito das partes à consulta do processo e dos princípios da publicidade, da transparência, da igualdade, da justiça e da imparcialidade, integrando o princípio da administração aberta, anteriormente referidos. Negando às partes até a simples informação da existência dos documentos vertidos no processo administrativo, a Autoridade da Concorrência violou as garantias processuais mais elementares, nomeadamente o princípio do contraditório e da igualdade de armas, inclusivamente amputando os direitos processuais das partes em sede de recurso.

- Em sede de segunda audiência escrita de interessados, requereram as notificantes, formalmente, o direito à consulta integral do processo, excluindo-se apenas a informação confidencial nos termos legais, o que nunca poderia abranger a troca de informação escrita com a DGTTT e a demais informação que as entidades consultadas não a classificaram desse modo, bem como a consulta da respectiva documentação administrativa da Autoridade da Concorrência.

- Veio depois a Autoridade da Concorrência, despudoradamente, indeferir o requerimento das notificantes, por fax enviado em 24.11.2005 (cfr. junto como doc. sob. o n.º 28), alegando, no n.º 4 da referida mensagem, que “toda a informação recebida pela AdC proveniente da DGTT integra naturalmente o processo administrativo consultado pelas notificantes, tendo ficado apenas excluído desse acervo apontamentos pessoais dos técnicos da AdC, elaborados no âmbito de reuniões com a DGTT”. Acrescenta ainda, no n.º 5, “que toda a informação que motiva e fundamenta a decisão, que ora se junta em anexo, se encontra no processo, o qual foi



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

consultado, mais lhe tendo sido facultadas as fotocópias simples que entenderam requerer”. Entendemos aqui rectificar e repor a verdade: não “as fotocópias simples que entenderam [as notificantes] requerer”, mas antes as fotocópias simples dos únicos documentos disponíveis aquando da consulta do processo.

- A Autoridade da Concorrência, colocando à disposição das notificantes um simulacro de processo, ao arrepio do Código de Procedimento Administrativo e da Lei de Acesso aos Documentos da Administração (Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, alterada pela Lei n.º 8/95, de 29 de Março e pela Lei n.º 94/99, de 16 de Julho), procedeu de má fé e em clara preterição de formalidades essenciais no procedimento administrativo.

- Foram assim violados os artigos 61º e segs. do CPA, quer na modalidade do direito à informação quer no direito de consultar o processo, bem como o princípio da administração aberta.

Requeru, então, a notificação da AdC para juntar aos autos o processo administrativo, a notificação da Câmara Municipal de Almada para vir juntar aos autos os estudos de mobilidade existentes, designadamente o designado por Mobilidade XXI, e a audição de testemunhas.

1.2. Cumprida a citação, a contra-interessada **Transtejo – Transportes Tejo, S.A.** veio apresentar contestação, a fls. 1767 a 1778, defendendo a procedência dos pedidos das Autoras.

1.3. A Autoridade da Concorrência (doravante **AdC**) veio remeter certidão do processo administrativo e apresentar contestação, a fls. 1780 a 1930, opondo-se à procedência dos pedidos das Autoras.

Para o efeito, e em síntese, procedeu ao enquadramento das atribuições da Autoridade da Concorrência e do procedimento de controlo das operações de concentração – artigos 1.º a 12.º; defendeu a inadmissibilidade do pedido das Autoras com fundamento na discricionariedade das decisões da Autoridade da Concorrência – 13.º a 36.º; pronunciou-se sobre a “Nota Prévia” do articulado das Autoras – artigos 37.º a 44.º; contextualizou a operação de concentração e dos compromissos – artigos 45.º a 55.º; impugnou a valoração dos pareceres juntos pelas Autoras – artigos 56.º a 107.º; enquadrou a decisão proferida de proibição da operação de concentração – artigos 108.º a 184.º; e pronunciou-se sobre os conceitos de mercado relevante e da afectação de parte substancial do mercado, nos termos da Lei da Concorrência – artigos 185.º a 213.º; sobre a preterição de formalidade essencial – artigos 214.º a 273.º; sobre a avaliação jusconcorrencial da decisão e sobre a alegada desconsideração dos compromissos oferecidos – artigos 274.º a 283.º; sobre a alegada



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

violação do dever de informação e consulta do processo administrativo – artigos 284.º a 334.º; e sobre a alegada violação do dever de informação e consulta do processo administrativo, peticionando a condenação das Autoras como litigantes de má-fé.

1.4. Por requerimento de 13-11-2014, a AdC veio requerer que a presente acção fosse declarada e julgada extinta por inexistir interesse na sua prossecução, com a consequente absolvição da AdC da instância, porquanto os Grupos Arriva e Barraqueiro já não existem nos mesmos moldes observados na concentração de 2005, com as evidentes consequências que tal alteração societária sempre acarretariam em termos jusconcorrenciais.

1.5. Por requerimento de fls. 2261 a 2265, as Autoras exerceram contraditório ao requerimento de extinção da instância, defendendo que a causa de pedir e o pedido na acção cristalizaram-se na petição inicial, manifestando interesse na prolação de decisão final.

1.6. Em 11-05-2015, ao abrigo do disposto no artigo 88.º, n.º 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (doravante C.P.T.A., aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, na versão conferida pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro), foi proferido despacho a determinar à secção de processos deste tribunal que obtivesse e juntasse aos presentes autos certidão do registo comercial das Autoras

1.7. Em 11-06-2015, foi proferido despacho saneador (cfr. 2291 a 2321), o qual:

- **julgou improcedentes** os requerimentos de desentranhamento de peça processual e de documento que as Autoras ofereceram com a resposta ao pedido da sua condenação como litigantes de má fé (cfr. ponto 1.1. do despacho);

- **julgou improcedente**, por infundado, o requerimento de extinção da instância com fundamento na inutilidade superveniente da lide (cfr. ponto 1.2. do despacho);

- **julgou parcialmente procedente** a excepção dilatória inominada de pedido ilegal, declarando ilegal e, em consequência, rejeitando o pedido deduzido pelas Autoras tendente à condenação da Ré à prática do acto devido (cfr. ponto 1.3. do despacho);

- **fixou o valor da acção** em 14.963,95€ (catorze mil, novecentos e sessenta e três mil euros e noventa e cinco cêntimos);

- **definiu o objecto do litígio e os temas de prova** (cfr. ponto 2. do despacho).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

1.8. Regularmente notificados para reclamarem do despacho que ficou o objecto do litígio e os temas de prova, e para apresentarem dos requerimentos de prova, as Autoras vieram apresentar o requerimento probatório de 03-07-2016 (ref.ª 17247).

1.9. Regularmente notificada para reclamarem do despacho que ficou o objecto do litígio e os temas de prova, e para apresentarem dos requerimentos de prova, a Ré veio apresentar o requerimento de 06-07-2016 (ref.ª 17265), alegando que as questões que cabe ao Tribunal decidir resultam da prova documental constante dos autos, sendo certo que os documentos dos autos nunca foram impugnados, ou reconduzem-se a questões de direito; sugerindo a alteração dos temas de prova e apresentando requerimento probatório.

1.10. **Em 10-08-2015**, foi proferido despacho a julgar improcedente, por infundada, a reclamação apresentada pela Ré; a indeferir a inquirição de José Manuel Viegas, Nuno Miguel Monteiro Soares Ribeiro, José da França Teles de Menezes; a indeferir a inquirição de João Pearce de Azevedo, Sónia Moura, João Gata, Jorge Jacob, Fernanda matos e Pedro Marques, e convidou-se as Autoras a, no prazo de 10 dias, identificar expressamente quais os artigos vertidos nos seus articulados que contém os factos que pretendem provar através da inquirição de Ana Cristina Dourado, José Manuel de Sá Guimas e Chris Applegarth, por forma a discernir-se a necessidade da produção dessa prova testemunhal à luz das objeções colocadas pela ré.

1.11. Por requerimento de 01-09-2015 (ref.ª 17859), as Autoras vieram responder ao convite, e, por requerimento de 17-09-2015 (ref.ª 18105), apresentaram tradução em língua Portuguesa dos relatórios apresentados com o requerimento probatório.

1.12. Por requerimento de 22-09-2015 (ref.ª 17182), a Ré veio requerer prazo de 30 dias para exercer contraditório aos estudos apresentados pelas Autoras.

1.13. **Em 24-09-2015, foi proferido despacho a deferir a inquirição das testemunhas Ana Cristina Dourado e José Manuel de Sá Guimas aos artigos 47; 161; 179, 182 e 184; 230; 271, 273, 274 e 275; 328, 397, 399 e 405 da petição inicial e quanto aos factos demonstrativos dos pontos 1 a 10 dos temas de prova, indeferindo a inquirição quanto às demais alegações não factuais da petição inicial; a indeferir a inquirição da testemunha Chris Applegarth; a prorrogar o prazo de contraditório ao mencionado documento pelo período de 15 dias.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Considerando o decurso de prazo de contraditório e a eventual necessidade de definição das diligências de prova em audiência de julgamento, considerando o volume processual do processo e a complexidade da instrução documental, expressamente se consignou que, no prazo de 15 dias, se determinaria pela digitalização das peças processuais e documentos relevantes para melhor condução da audiência de julgamento.

1.14. Por requerimento de 16-10-2015 (ref.^a 18699), a Ré veio pronunciar-se sobre os estudos apresentados pelas Autoras, tendo esta exercido contraditório nos termos do requerimento de 29-10-2015 (Ref.^a 18923).

1.15. Em 03-11-2015, foi proferido despacho a admitir a junção (na versão traduzida) do documento apresentado pelas Autoras no requerimento de 17-09-2015 e a **determinar** a apresentação, para consulta, de todos os volumes do presente processo, abrindo de novo conclusão.

1.16. Em 16-11-2015, foi proferido despacho a **determinar** que se procedesse à digitalização e gravação em suporte digital de peças e documentos processuais respectivamente nomeadas.

Considerando que não se encontra instalado gabinete de apoio junto da Comarca de Santarém e do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão nos termos e para os efeitos do art.º 35.º da LOSJ, atendendo à complexidade técnica dos temas de prova enunciados no despacho saneador, afigurando-se-nos da maior utilidade e pertinência que o julgamento dos presentes autos decorresse na presença e assistência de peritos com conhecimentos especiais na área da gestão de transportes e economia, **determinou-se a notificação de várias faculdades** para que indicassem pessoa idónea com conhecimentos na área de economia e pessoa idónea com conhecimentos na área de gestão de transportes rodoviários e ferroviários, ambas para assessoria técnica no presente processo de acção administrativa especial, com envio de informação curricular.

1.17. Em 15-01-2015, relevando o requerimento apresentado pela AdC, foi proferido despacho a **determinar** a correcção e aditamento do índice PASTA A); a **nomear** o Sr. Professor Dr. Fernando Branco, na qualidade de pessoa idónea com conhecimentos na área de economia, e a **nomear** o Sr. Professor Álvaro Fernando de Oliveira Costa, na qualidade de pessoa idónea com conhecimentos na área de gestão de transportes rodoviários e ferroviários, para assessoria técnica



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

no presente processo de acção administrativa especial, **a admitir** a intervenção do Dr. Pedro Miguel Silva Marques como assistente técnico da Ré AdC, e **designar dia para a realização de realização de audiência final.**

1.18. Em 10-02-2016, considerando o conflito de interesses comunicado ao Tribunal, **foi proferido despacho a dar sem efeito** a nomeação do Sr. Professor Álvaro Fernando de Oliveira Costa, e **a nomear** o Eng. Nuno Martins Cavaco, na qualidade de pessoa idónea com conhecimentos na área de gestão de transportes rodoviários e ferroviários para assessoria técnica no presente processo de acção administrativa especial

1.19. Designado o dia para a realização da audiência de julgamento, a mesma decorreu em inteira observância do legal formalismo, como decorre da respectiva acta de dia 12-02-2016, determinando-se que fosse aberta conclusão para definição e proposta de temas objecto dos pareceres a solicitar aos respectivos Assessores Técnicos, sem prejuízo da promoção do devido contraditório.

1.20. Em 18-02-2016, com a informação que já se encontram reparadas as deficiências na digitalização do processo apontadas pela AdC e notificadas às partes, **foi proferido despacho a determinar** a elaboração de parecer pelos assessores nomeados pelo Tribunal com a finalidade probatória de análise da conformidade técnica da decisão da Autoridade da Concorrência, com definição do respectivo objecto.

1.21. Em 07-03-2016, após contraditório sobre o objecto dos pareceres cfr. requerimento de 29-01-2016, ref.^a 20852 e requerimento de 29-01-2016, ref.^a 20853), **foi proferido despacho a deferir** parcialmente as alterações propostas pelas Autoras e Ré, quanto ao ponto 1) do requerimento de 29-01-2016, ref.^a 20852 e quanto aos pontos 24, a); 24 i) e j); 26-p); 26-q); e 28-a) a 28-g) do requerimento de 29-01-2016, ref.^a 20853, indeferindo o demais, e **a determinar** a elaboração de parecer pelos assessores nomeados pelo Tribunal com a finalidade probatória de análise da conformidade técnica da decisão da Autoridade da Concorrência com o objecto definitivamente definido, solicitando que a elaboração de parecer e resposta sobre as questões acima enunciadas, no prazo de 30 dias contados após o recebimento do pedido.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

1.22. Em 11-04-2016, relevando a não oposição das partes e a motivação do requerimento, **foi proferido despacho a deferir** a prorrogação do prazo de entrega de parecer técnico para o dia 13 de Maio de 2016.

1.23. Em 18-05-2016, **foi proferido despacho a determinar** a notificação dos Autores, Ré e Contra-interessadas para que se pronunciassem, no prazo de 10 dias, sobre os pareceres técnicos apresentados pelo Ilustres Assessores Técnicos, apresentando, designadamente, reclamações, nos termos e para os efeitos do art.º 485.º do novo Código de Processo Civil, por remissão do art.º 1.º do C.P.T.A.

1.24. Em 14-06-2016, considerando que as Autoras vieram pronunciar-se nos termos do requerimento de 02-06-2016 (ref.ª 22106), requerendo que os pareceres sejam desconsiderados pela sua patente inutilidade; considerando que a Ré veio pronunciar-se nos termos do requerimento de 02-06-2016 (ref.ª 22107), sem prejuízo da oportuna valoração probatória dos pareceres; **foi proferido despacho** a consignar que não há motivo para determinar que os Ilustres Assessores Técnicos respondessem aos requerimentos apresentados.

Considerando que, nos termos do art.º 91.º, n.º 1 do C.P.T.A., finda a produção de prova, quando tenha lugar, pode o juiz ou relator, sempre que a complexidade da matéria o justifique, ordenar oficiosamente a realização de uma audiência pública destinada à discussão oral da matéria de facto, considerando que as partes não renunciaram à apresentação de alegações por escrito, afigurando-se-nos que a prova produzida em audiência de julgamento (inquirição de 2 testemunhas) não demandava a marcação de uma diligência especificadamente destinada à discussão oral da matéria de facto, **foi proferido despacho** a determinar que se notificassem as partes para apresentarem alegações por escrito, nos termos do art.º 91.º, n.º 41 do C.P.T.A.

1.25. Em conformidade, as Autoras vieram apresentar alegações escritas (cfr. requerimento de 11-07-2016, ref.ª 22660), que aqui se dão por reproduzidas.

1.26. Em conformidade, a Ré veio apresentar alegações escritas (cfr. requerimento de 20-00-2016, ref.ª 23405), que aqui se dão por reproduzidas.

* * *

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

II. SANEAMENTO.

A instância mantém a validade e regularidade que lhe foram reconhecidas no despacho saneador proferido nos autos.

* * *

*

III. QUESTÕES A RESOLVER.

Impõe o conhecimento dos presentes autos que se decidam as seguintes questões:

- A decisão da AdC de proibição proferida no processo Ccent. 37/2004 é nula ou anulável porquanto não foi precedida do cumprimento de formalidade prescrita no art.º 39.º da Lei da Concorrência aplicável?

- A decisão da AdC de proibição proferida no processo Ccent. 37/2004 é nula ou anulável pela incumprimento do dever de informação e de consulta do processo administrativo, bem como do princípio de administração aberta, previstos nos artigos 62.º, 65.º, e 101.º, n.º 2 do CPA aplicável?

- A decisão da AdC de proibição proferida no processo Ccent. 37/2004 é nula ou anulável com fundamento em vício de violação de lei, designadamente no art.º 12.º da LdC aplicável, por erro manifesto de apreciação do interesse dos consumidores finais, da estrutura dos mercados relevantes e da existência de concorrência, da existência de direitos exclusivos conferidos por lei; do contributo da concentração para a economia nacional?

- A decisão da AdC de proibição proferida no processo Ccent. 37/2004 é nula ou anulável com fundamento em vício de violação de lei, designadamente no art.º 12.º da LdC aplicável, por erro manifesto de apreciação dos entraves significativos à concorrência no mercado nacional ou numa parte substancial deste, com incumprimento o ónus de prova da importância que resultava da operação, e definindo o mercado geográfico e de produto relevante em modo que não satisfaz a exigência legal do art.º 9.º, n.º 1 da Lei da Concorrência aplicável, para determinar a criação ou reforço de posição dominante?

- A decisão da AdC de proibição proferida no processo Ccent. 37/2004 é nula ou anulável com fundamento em vício de violação de lei, designadamente do artigo 35.º, n.º



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

3, conjugado com o art.º 37.º, n.º 2 da Lei da Concorrência aplicável, por manifesto erro na apreciação dos compromissos assumidos?

- A decisão da AdC de proibição proferida no processo Ccent. 37/2004 é nula ou anulável com fundamento em vício de violação de lei (falta de fundamentação – arts.º 124.º e 125.º do CPA), desvio de poder subjectivo (arbitrariedade – art.º 266.º, n.º 2 da CRP e 3.º do CPA) e objectivo (violação dos princípios de proporcionalidade e da boa fé – arts.º 266.º, n.º 2 da CRP e 5.º e 6.º-A do CPA) na apreciação dos compromissos apresentados?

- A decisão da AdC de proibição proferida no processo Ccent. 37/2004 é nula ou anulável com fundamento em desvio de poder objectivo, porquanto violou o princípio da boa fé (arts.º 266.º, n.º 2 da CRP e 6.º-A do CPA), da igualdade de tratamento (arts.º 13 e 266.º, n.º 2 da CRP e 5.º do CPA), da proporcionalidade (arts.º 266.º, n.º 2 e 5.º, n.º 2 do CPA)?

- A decisão da AdC de proibição proferida no processo Ccent. 37/2004 é nula ou anulável com fundamento em erro manifesto de apreciação do inquérito para aferição do grau de substituíbilidade entre os meios de transporte ferroviário e rodoviário na travessia da ponte 25 de Abril, e com fundamento em erro de facto consubstanciado na utilização de dados estatísticos deturpados?

- As Autoras litigam de má-fé?

* * *

*

IV. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO.

4.1. Factos provados.

Com relevância para a discussão da causa encontram-se assentes os factos que se seguem por referência ao tempo da notificação da operação de concentração à Autoridade da Concorrência:

1. Em 5 de Novembro de 2004, foi notificada à Autoridade da Concorrência (AdC), nos termos dos artigos 9.º e 31.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (doravante Lei da Concorrência), uma operação de concentração, que consiste na aquisição do controlo conjunto da empresa ARRIVA TRANSPORTES DA MARGEM SUL, S.A. (doravante designada por



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

“ATMS”), pela BARRAQUEIRO SGPS, S.A. (doravante designada por “BARRAQUEIRO”) e pela ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS, S.A. (doravante designada por “ARRIVA”), empresas melhor descritas na Notificação da Operação.

2. As empresas notificantes, para concretização plena da operação pretendida, propunham-se desenvolver um conjunto de operações societárias, mediante as quais visavam a prossecução dos seguintes objectivos:

- Serem titulares, cada uma, de 50% das participações sociais representativas do capital social da ATMS, uma vez concluída a operação;
- Controlarem conjuntamente a ATMS;
- Garantir que, após a eventual aprovação e concretização da operação notificada, e apenas nesse momento posterior, passarão a estar na esfera da ATMS todas as sociedades que interessam e dão fundamento à presente operação, quais sejam, respectivamente: (a) JJ; (b) RODOVIÁRIA (c) HLM; (d) CGDP; (e) FERTAGUS; (f) MTS e (g) TST.

d) Assim, estamos perante uma alteração de controlo exclusivo da ATMS (até aqui detida exclusivamente pela ARRIVA) para um controlo conjunto (a exercer pelas BARRAQUEIRO e ARRIVA).

3. Em 22 de Fevereiro de 2005 a AdC concluiu a primeira fase do procedimento com uma decisão de passagem a investigação aprofundada, por entender que da realização da presente operação poderia resultar o reforço de uma posição dominante susceptível de criar entraves significativos para a concorrência efectiva no mercado nacional.

4. A segunda fase de investigação visou a (i) definição do mercado relevante, e a influência desta operação sobre factores como (ii) preços e (iii) qualidade nos transportes ferroviários e rodoviários.

5. Ao abrigo do n.º 1 do artigo 39.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, foi solicitada à Entidade Reguladora do Transporte Ferroviário (INTF - Instituto Nacional do Transporte Ferroviário) que se pronunciasse sobre a operação de concentração em análise.

6. Ao abrigo do artigo 9.º dos Estatutos da Autoridade de Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, foi igualmente solicitado à Autoridade



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Metropolitana de Transportes de Lisboa (adiante “AMTL”), que se pronunciasse sobre a operação de concentração em análise.

7. As Autoras apresentaram uma lista de compromissos de natureza comportamental em três grupos: parâmetros de qualidade, preços e passes combinados, e monitorização.

8. Posteriormente, e após a realização da Audiência de Interessados, apresentaram as notificantes um requerimento à AdC, nos termos do qual, ao abrigo do artigo 35.º n.º 2 da Lei da Concorrência, pretendiam introduzir uma alteração à notificação prévia da operação de concentração, requerendo que fossem desconsideradas as carreiras da TST que integram o mercado relevante, “retirando-as assim da joint-venture projectada e notificada”.

9. A AdC, perante a alteração à notificação prévia, solicitou oficiosamente que fossem prestados esclarecimentos adicionais com vista à clarificação da posição assumida pelas notificantes, designadamente se a mesma consubstanciava uma alteração à operação notificada, ou um compromisso estrutural de alienação de um conjunto de carreiras.

10. Na resposta enviada à AdC, as notificantes esclarecem que o requerimento relativo à transferência das concessões rodoviárias “pode ser entendido como um compromisso nos termos do disposto no artigo 35.º n.º3 ex vi n.º2 do artigo 37.º da Lei da Concorrência, o qual, conjugado com os compromissos já oferecidos no que se refere às preocupações da AdC relativas ao rebatimento ao modo fluvial, deverá permitir a viabilização da operação de concentração”.

11. Mais acrescentaram que “tal compromisso é oferecido como uma alternativa aos compromissos anteriormente apresentados, ou como uma forma de penalização que a AdC poderá utilizar em caso de incumprimento dos compromissos anteriormente oferecidos”.

12. A AdC procedeu a diligências complementares de prova.

*

13. A Autora BARRAQUEIRO SGPS, S.A., que é uma sociedade que tem por objecto a gestão de participações sociais de outras sociedades como forma indirecta de exercício de actividades económicas.

14. O Grupo Barraqueiro é um operador privado de transporte rodoviário de passageiros na zona da Área Metropolitana de Lisboa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

15. A Joaquim Jerónimo, Lda. (JJ), sociedade integralmente detida pela BARRAQUEIRO SGPS exercia, *directa e indirectamente*, a actividade de transportes rodoviários e ferroviários, regulares e ocasionais de passageiros.

16. Esta sociedade foi, entretanto, objecto de uma operação de cisão, tendo resultado da mesma duas sociedades: Joaquim Jerónimo-Transportes Rodoviários, S.A. (JJ Rodovia), e Joaquim Jerónimo-Transportes Ferroviários, SGPS, S.A. (JJ Ferrovia).

17. A Rodoviária de Lisboa, S.A. (RL), sociedade participada em 99,99% pela JJ que exerce a actividade de transportes públicos rodoviários de passageiros e de mercadorias e, acessoriamente explora os serviços e efectua as operações civis e comerciais, industriais e financeiras relacionadas, *directa ou indirectamente*, no todo ou em parte com o seu objecto: prestação de serviços de consultadoria, gestão operacional no âmbito do sector dos transportes rodoviários de passageiros e mercadorias, incluindo aquisição de participações sociais em outras sociedades.

18. A Henrique Leonardo da Mota, Lda. (HLM), sociedade participada em 73,66% pela JJ Rodovia e em 26,33% pela Barraqueiro Transportes, S.A. (BT), sendo esta última detida, por seu turno, em 99,91% pela JJ. A HLM explora a indústria de transporte rodoviário de passageiros na Área Metropolitana de Lisboa, em especial a exploração das carreiras de Guerreiros a Lisboa e vice-versa e a de A-Dos-Cães a Pinheiro de Loures e vice-versa.

19. A CGDP – Companhia Geral para o Desenvolvimento do Transporte de Passageiros, S.A. (CGDP), sociedade participada em 52% pela BARRAQUEIRO SGPS, 1% pela BT e nos restantes 47% pela JJ Ferrovia e que tem por objecto social a realização de estudos, consultoria, concepção, realização, exploração de sistemas ou de sociedades de transportes de passageiros urbanos, interurbanos, internacionais, nacionais ou regionais.

20. A MTS – Metro Transportes do Sul, S.A. (MTS), sociedade participada em 34% pela JJ Rodovia e que desenvolve a sua actividade, em regime de concessão, para o projecto, construção, financiamento, exploração, manutenção e conservação da totalidade da rede do metropolitano ligeiro da margem sul do Tejo, ao abrigo do Contrato de Concessão assinado em 30 de Julho de 2003 com o Estado Português, tendo a concessão iniciado em 12 de Dezembro de 2002.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

21. A FERTAGUS – Travessia do Tejo, Transportes, S.A. (FERTAGUS), sociedade participada em 35% pela CGDP, e em 50% pela JJ Ferrovia e que explora directamente a actividade de serviço público de transporte ferroviário suburbano de passageiros no Eixo Ferroviário Norte-Sul da Região de Lisboa, entre as estações de Roma-Areiro, Entrecampos, Sete-Rios, Campolide, Alvito, Pragal, Corroios, Foros de Amora e Fogueteiro, com extensão ao troço ferroviário de Setúbal.

22. A FERTAGUS tem ainda por objecto a exploração das estações e interfaces afectada ao referido eixo, a publicidade nessas estações e interfaces ou no material circulante, e ainda qualquer actividade que interesse à concessão ou aos utentes do serviço concessionado.

23. A autora ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS, S.A., é uma sociedade que tem por objecto a gestão de participações sociais de outras sociedades como forma indirecta de exercício de actividades económicas.

24. A ARRIVA TRANSPORTES DA MARGEM SUL, S.A. (ATMS), é uma sociedade detida a 100% pela ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS e tem por objecto o transporte rodoviário de passageiros bem como de mercadorias, regular ou ocasional, nacional ou internacional, público ou particular, incluindo a aquisição de participações sociais em outras sociedades.

25. A TRANSPORTES SUL DO TEJO, S.A. (TST), é uma sociedade detida a 100% pela ATMS e tem por objecto a prestação de serviços de consultadoria, inovação, exploração e gestão operacional no âmbito do sector dos transportes públicos de passageiros e mercadorias, incluindo a aquisição de participações sociais em outras sociedades.

26. A operação de concentração traduz-se na aquisição de controlo conjunto de uma empresa comum, sendo uma operação de concentração horizontal.

27. A BARRAQUEIRO SGPS apresenta, nas suas contas consolidadas, o seguinte volume de negócios: 2001- €260.219.042,00; 2002-€249.425.888,00;2003-€200.476.205,00; 2004- €230.806.616,00.

28. O volume de negócios acima indicado inclui todas as empresas do Grupo Barraqueiro, nomeadamente, todas as empresas participantes na presente operação de concentração.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

29. As empresas ATMS e a ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS estas não têm volume de negócios com terceiros

30. A TST apresentou o seguinte volume de negócios: 2001 - € 38.352.013,86; 2002- € 49.987.146,73; 2003 - € 50.148.589,68 e 2004 -€52.394.666,23.

31. A conclusão do Acordo estava prevista para Dezembro de 2004 através de um aumento do capital social da ATMS, na qual a BARRAQUEIRO SGPS, enquanto sociedade contribuidora participaria com a JJ TRANSPORTES RODOVIÁRIOS (JJROD), sob a forma de entrada em espécie, adquirindo, em consequência, acções representativas de 50% do capital social da ATMS, bem como o direito a prestações acessórias.

32. Após a conclusão do negócio indicado no número anterior, a ATMS (preferencialmente, ou, em alternativa a TST, a RL, a MTS ou a HLM, ou as quatro em conjunto) compraria ao Grupo BARRAQUEIRO, mais especificamente à BARRAQUEIRO SGPS, a JOAQUIM JERÓNIMO TRANSPORTES FERROVIÁRIOS (JJFER) e as acções representativas de 52% do capital social da CGDP detidas directamente pela BARRAQUEIRO SGPS e as acções representativas de 1% do capital social da CGDP detidas directamente pela Barraqueiro Transportes, S.A.

33. A ARRIVA INTERNATIONAL LIMITED, era detentora, aquando da notificação, de acções representativas de 100% do capital social da ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS, a qual, por sua vez, detém 100% das acções representativas do capital social da ATMS.

34. As intervenientes na operação de concentração da parte do Grupo Arriva seriam:

- A ARRIVA INTERNATIONAL LIMITED assume-se como sociedade-mãe do Grupo Arriva em Portugal, detentora de acções representativas de 100% da ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS, exercendo esta última indirectamente em Portugal a actividade de transporte rodoviário, regular e ocasional, de passageiros, através das seguintes sociedades, relevantes para efeitos da operação de Joint-Venture:

- A ARRIVA TRANSPORTES DA MARGEM SUL, S.A. (ATMS), com sede na Rua Marcos de Portugal, Laranjeiro, Almada, com o capital social de 50.000 euros, pessoa



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

colectiva número 506.198.235, matriculada na Conservatória do registo Comercial de Almada sob o número 11658, integralmente participada pela ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS;

- A TST – TRANSPORTES SUL DO TEJO, S.A., com sede na Rua Marcos de Portugal, Laranjeiro, Almada, com o capital social de € 5.719.810,00, pessoa colectiva número 503.344.451, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Almada sob o número 8584, integralmente participada pela ATMS.

35. Para além da mencionada BARRAQUEIRO SGPS, as intervenientes na operação de concentração da parte do Grupo Barraqueiro seriam:

- JOAQUIM JERÓNIMO-TRANSPORTES RODOVIÁRIOS, S.A. (JJ Rodovia), com sede no Campo Grande, n.º 382 C, 4º andar, em Lisboa, com o capital social de 10.000.000,00 Euros, pessoa colectiva número 500 151 997, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa, sob o número 14831, é integralmente participada pela BARRAQUEIRO SGPS, exercendo directa e indirectamente a actividade de transportes, rodoviários e metroviários, regulares e ocasionais de passageiros, detendo, actualmente, as seguintes participações sociais que interessam à Joint-Venture:

- RODOVIÁRIA LISBOA, S.A. (RL), com sede na Avenida do Brasil, 45 – 1º, em Lisboa, com o capital social de 8.000.000 euros, pessoa colectiva número 503.418.455, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o número 5540, participada em 99% pela JJ;

- HENRIQUE LEONARDO DA MOTA, LDA (HLM), com sede em Guerreiros, Loures, com o capital social de 1.496.393,69 euros, pessoa colectiva número 500.838.682, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Loures, sob o número 644, detida em 73,66% pela RL e em 26,33% pela BT;

- MTS – METRO TRANSPORTES DO SUL, S.A., com sede em Campo Grande, 382 C, 4, Lisboa, com o capital social de 5.000.000 euros, pessoa colectiva número 505.014.971, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o número 11308, participada em 34% pela JJ;

- JOAQUIM JERÓNIMO-TRANSPORTES FERROVIÁRIOS, SGPS S.A. (JJ Ferrovia), com sede no Campo Grande, n.º 382 C, 4º andar, em Lisboa, com o capital social de 17.260.000,00 Euros, pessoa colectiva número 507 167 007, matriculada na Conservatória



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

do Registo Comercial de Lisboa, sob o número 14813, é integralmente participada pela BARRAQUEIRO SGPS, exercendo directa e indirectamente a actividade de transportes ferroviários;

- CGDP – COMPANHIA GERAL PARA O DESENVOLVIMENTO DO TRANSPORTE DE PASSAGEIROS, S.A., com sede no Campo Grande, 5, Lisboa, com o capital social de 50.000 euros, pessoa colectiva número 502.977.132, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o número 2552, participada em 47% pela JJ Ferrovia;

- FERTAGUS – TRAVESSIA DO TEJO, TRANSPORTES, S.A. (FER-TAGUS), com sede na Estação do Pragal 23, Almada, com o capital social de 2.743.388 euros, pessoa colectiva número 504.226.320, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Almada sob o número 10276, participada em 35% pela CGDP e em 50% pela JJ Ferrovia.

36. Em momento ulterior, a RL compraria à BT acções representativas de 26% do capital social da HLM, pelo que, então, deteria o domínio desta última sociedade (99,63%).

*

37. A Inspeção-Geral das Obras Publicas (IGOP) não foi consultada pela AdC antes da tomada da decisão de proibição.

38. A Direcção-Geral de Transportes Terrestres (DGTTF) não foi consultada pela AdC antes da tomada da decisão de proibição.

*

4.2. Factos não provados.

Com relevância para a discussão da causa não se encontram assentes:

39. *Factos demonstrativos* de que, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 39.º da LDC, a DGTTF, e o IGOP não foram consultados previamente à decisão de proibição.

40. *Factos demonstrativos* da fixação de horas para a consulta do processo, expurgação e documentos atinentes à consulta das entidades reguladoras a pretexto da sua confidencialidade, omissão de registo e numeração dos documentos constantes do processo e indeferimento da consulta integral dos autos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

41. *Factos demonstrativos* de que a intermodalidade existia e evitava a concorrência entre os diversos modos de transporte e de que a AdC, apreciando o “interesse dos consumidores finais” ignorou tal situação.

42. *Factos demonstrativos* de que inexistia concorrência no sector dos transportes colectivos de passageiros e de que a AdC, apreciando a “estrutura dos mercados relevantes e a existência ou não da concorrência de empresas estabelecidas nesses mercados ou em mercados distintos”, ignorou tal situação.

43. *Factos demonstrativos* de que a AdC desconsiderou em absoluto “a existência de direitos exclusivos conferidos por lei” e o “contributo da concentração para a competitividade internacional da economia nacional”.

44. *Factos demonstrativos* de que a AdC omitiu o cumprimento do seu ónus de prova da importância económica que resultava da operação de concentração.

45. *Factos demonstrativos* de que existem distintos e não coincidentes pares origem/destino nos percursos rodoviários e ferroviários, de que inexistem paragens dos TST nas proximidades das estações ferroviárias e de que tal situação não foi considerada pela AdC na definição de mercado geográfico relevante.

46. *Factos demonstrativos* de que existem distintos e não coincidentes pares origem/destino nos percursos rodoviários e ferroviários, de que inexistem paragens dos TST nas proximidades das estações ferroviárias e de que tal situação não foi considerada pela AdC na definição do mercado de produto relevante e na decisão sobre a substituíbilidade entre diferentes meios de transporte.

47. *Factos demonstrativos* de que a AdC não fundamentou os pontos n.ºs 45 e 56 da decisão ao ter omitido a análise e comparação de horários, preços e frequências de viagem por referência a cada estação de comboio e paragem de autocarro.

48. *Factos demonstrativos* de que a intermodalidade dos transportes evita a concorrência entre meios de transporte e serve os interesses dos consumidores e de que tal situação não foi considerada pela AdC na definição de mercado de produto relevante e na decisão sobre a substituíbilidade entre diferentes meios de transporte.

49. *Factos demonstrativos* da (in)substituíbilidade entre transporte individual/privado rodoviário, o transporte colectivo fluvial e os transportes colectivos rodoviários e ferroviário e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

de que tal situação não foi considerada pela AdC na definição do mercado de produto relevante e na decisão sobre a substituibilidade entre diferentes meios de transporte.

50. *Factos demonstrativos* de que há efectiva transferência modal dos passageiros para o transporte individual e de que tal situação foi ignorada nos pontos 38 a 42 da decisão.

51. *Factos demonstrativos* de que a AdC excluiu do mercado relevante os transportes colectivos fluviais.

52. *Factos demonstrativos* de que a AdC considerou a concorrência potencial.

53. *Factos demonstrativos* de que a AdC ignorou a análise da elasticidade dos preços e omitiu os respectivos testes quantitativos.

54. *Factos demonstrativos* do carácter prospectivo que é próprio dos compromissos, da sua efectividade garantida por monitorização externa, independente e isenta, do compromisso estrutural de desinvestimento nas carreiras de transporte colectivo rodoviário que atravessam a ponte 25 de Abril e de como a AdC, resolvendo as suas preocupações jusconcorrenciais e avaliando o restabelecimento da concorrência efectiva no mercado, desconsiderou os compromissos apresentados.

55. *Factos demonstrativos* de que a AdC negou viabilidade à proposta de exploração por outrem das 15 carreiras rodoviárias da TST na travessia da ponte 25 de Abril e negou à Isidoro Duarte Lda. a condição de concorrente viável e independente sem fundamentação e em violação do seu ónus de provar a insuficiência e/ou inidoneidade dos compromissos para (r)estabelecer a concorrência efectiva no mercado definido.

56. *Factos demonstrativos* de que a AdC proferiu decisão: sem investigar nem consultar a Isidoro Duarte, S.A.; sem investigar e impor condições para o eventual acordo a celebrar, sem realizar as reuniões e os debates que foram pedidos pelas autoras; sem proceder às diligências de prova complementares de prova que invoca; sem cuidar de avaliar a viabilidade económico-financeira das carreiras, a idoneidade, independência, capacidade técnica e financeira do adquirente proposto e se este dispunha, na margem norte do rio Tejo, de instalações de apoio logístico que lhe permitissem explorar as carreiras rodoviárias.

57. *Factos demonstrativos* de que a AdC frustrou a confiança suscitada nas Autoras pela definição do mercado relevante, enunciação das preocupações jusconcorrenciais e, após



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

os compromissos assumidos pelas Autoras, pela alteração da definição no mercado relevante e pela recusa injustificada dos compromissos.

58. *Factos demonstrativos* de que a AdC recusou a proposta de monitorização externa e independente dos compromissos comportamentais apresentados, a par destes, quando para operação de concentração semelhante – i.e. processo DOPC-Ccent n.º 16/2005 – ERNERNOVA/ORTIGA/SAFRA – aceitou compromissos comportamentais sem monitorização externa e independente.

59. *Factos demonstrativos* de que os compromissos apresentados foram recusados sem terem sido discutidos com as Autoras e sem ter existido resposta à disponibilidade manifestada por estas em oferecer outros compromissos ou alterar os já propostos, bem como que a operação de concentração, por versar sobre mercado regulado, não pode restringir a concorrência efectiva, bem atentar contra os interesses dos consumidores.

60. *Factos demonstrativos* de que os termos da realização do inquérito para aferição do grau de substituíbilidade entre os meios de transporte ferroviário e rodoviário da ponte 25 de Abril e da sua leitura deturpada por parte da AdC.

61. *Factos demonstrativos* da litigância de má-fé das Autoras.

*

4.3. Motivação da matéria de facto.

A convicção do Tribunal quanto aos factos descritos nos pontos 1) a 44) fundou-se, desde logo, pelo efeito cominatório e admissão expressa decorrentes do exercício de contraditório pelas partes processuais, tendo sido consignados como matéria probatória assente por acordo e mediante mera consulta da certidão do processo de controlo de concentrações.

Por outro lado, estão igualmente sustentados e corroborados pelos documentos juntos aos autos, designadamente:

- Organigrama da Autora Barraqueiro, SGPS, S.A. de fls. 149;
- Organigrama da Autora Arriva Investimentos SGPS, S.A. de fls. 150;
- Notificação prévia à AdC da constituição de Joint-venture de fls. 151 a 211;
- Organigrama da constituição de Joint-venture de fls. 212;
- Protocolo da celebração de consórcio entre as Autoras de fls. 214 a 221;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- Relação de ligações rodoviárias TST de fls. 222 a 236;
- Decisão da AdC de fls. 1044 a 1144;
- Relatório de Mobilidade e Transportes na Área Metropolitana de Lisboa, e Anexos, de fls. 1145 a 1454;
- Minuta de Contrato de Concessão para a exploração do Serviço de Transporte Suburbano de passageiros do Eixo Ferroviário Norte-Sul de fls. 1455 a 1518 e de fls. 1557 a 1560;
- Anexo 7 (Tarifário) à Minuta de Contrato sobre de fls. 1525 a 1556;
- Anexo 14 (Penalidades) à Minuta de Contrato de fls. 1519 a 1524;
- Pedido de informações à DGTT de fls. 1596 e 1597 e de fls. 1599 e 1600;
- Resposta do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações de fls. 1605 (DGTT) e 1607 1612 (DGTTF);
- Orientações para a apreciação das concentrações horizontais n.º 2004/C 31/03 de fls. 1613 a 1626;
- Comunicação da Comissão Europeia n.º 2001/C 68/03 de fls. 1627 a 1626 a 1635;
- Pedido de informações de fls. 1648 a 1650;
- Decisão da AdC de fls. 1651 a 1708 para início de investigação sobre operação de concentração identificada no requerimento de notificação prévia;
- Notificação da decisão da AdC de fls. 1709 e 1710;
- Parecer Técnico de fls. 1712 a 1750;
- Parecer Económico de fls. 2518 a 2643;
- Certidão Permanente da Autora Barraqueiro, SGPS, S.A. de fls. 2280 a 2287;
- Certidão Permanente da Autora Arriva Investimentos SGPS, S.A. de fls. 2287 a 2289.

Tais documentos não mereceram qualquer impugnação por parte das partes processuais nos autos, nem a sua autenticidade foi posta em crise, pelo que os factos aí narrados foram dados como provados.

Posto este desiderato, a motivação da matéria de facto deve, frontalmente, enunciar as contingências associadas à produção de prova na sequência da tramitação definida pelo despacho saneador e respectivas decisões sobre as questões prévias.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Em primeiro lugar, os factos a conhecer dizem respeito a determinados pressupostos fácticos de uma realidade - objecto de pronúncia na decisão de proibição -ocorrida há mais de 10 (dez) anos, o que, na normalidade do devir económico, financeiro e até social da actividade de transporte colectivo de passageiros, demanda cautelas e *actos de contrição* pela manifesta falta de actualidade desta decisão.

É certo que a protelamento dos autos não é, de todo, imputável às partes e decorre, *transparente*, da mera observação da tramitação assegurada pelos Tribunais competentes para o conhecimento do processo.

Em segundo lugar, afastada que foi a questão sobre a inutilidade superveniente da lide e respectiva extinção da instância, a tramitação subsequente do processo procurou assegurar, no que respeita à actividade de prova e instrução dos autos, expedientes de segurança, certeza e solidez dos meios de prova, nomeadamente através da assessoria técnica, depurando a prova de contornos menos subjectivos e mais isentos.

Em terceiro lugar, a direcção do processo e da produção de prova subsequente ao despacho saneador estava vinculada ao objecto e aos temas de prova definidos naquele despacho, havendo que lhes dar sequência nesta motivação da matéria de facto.

Quer isto dizer que, percebendo que o presente processo trata de uma factualidade de natureza complexa, eminentemente técnica e dedutiva, os temas de prova reflectem, de certa forma, um enquadramento argumentativo e algo derivativo sobre a decisão que gera evidentes dificuldades no tratamento factual dos respectivos *factos demonstrativos*.

Em quarto lugar, é admissível a leitura de que alguns dos temas de prova não se reconduzam, propriamente ou *tout court*, a factos demonstráveis mas antes a argumentos de índole jusconcorrencial sobre a proficiência da decisão impugnada.

Em quinto lugar, também não é descabido considerar que a factualidade inerente aos temas de prova é, de certo modo, tratada na decisão de proibição e decorre do procedimento de controlo de concentrações, carecendo apenas de um juízo de subsunção ao Direito aplicável.

Em sexto lugar, tendo o processo continuado para a fase de julgamento, tivemos oportunidade de nos pronunciarmos sobre a utilidade na produção de prova testemunhal.

Este entendimento deve ser, de novo, trazido para esta decisão.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Efectivamente, a prova testemunhal deve incidir sobre realidades, factos e ocorrências fenomenologicamente apreensíveis, distintas de um juízo opinativo e de valoração discursiva sobre essas mesmas realidades, factos e ocorrências.

A prova testemunhal pode definir-se, então, como a declaração de ciência de um terceiro que não é parte na lide, sobre determinados factos que percepcionou sensorialmente, carreando-os, através da reconstrução memorial, para a presença judicial (cfr. neste sentido LUIS FILIPE DE SOUSA, Prova testemunhal, Almedina, 2014, pág. 173 e 174).

Esta definição conceptual é primacial para a distinção com outros meios de prova e de valoração probatória separada: “*A função característica da testemunha é narrar o facto; a função característica do perito é avaliar ou valorar o facto (emitir, quando a ele, juízo de valor, utilizando a sua cultura e experiência especializada) (...) O verdadeiro papel do perito é captar e recolher o facto para o apreciar como técnico, para emitir sobre ele o juízo de valor que a sua cultura especial e experiência qualificada lhe ditarem.*” (ALBERTO DOS REIS, Código de Processo Civil Anotado, Vol. IV, Coimbra Editora, 1987, pág. 171).

Correndo o risco da repetição para tentar o prémio da clareza, a utilidade, interesse ou pertinência na inquirição das testemunhas em função dos temas de prova e do aproveitamento probatório da prova testemunhal nada pode aproveitar aos seguintes artigos da petição inicial elencados no requerimento probatório:

- 12 – Mera identificação das sociedades participantes na operação de concentração;
- 13 – Mera definição conceptual de operação de concentração;
- 14 a 18 – Apresentação de dados acerca do volume de negócios das sociedades envolvidas;
- 19 – Alegação conclusiva quanto à tipificação da operação de concentração;
- 20 a 26 – Alegações descritivas, conclusivas e/ou vagas acerca das operações a efectuar para concretização da operação de concentração;
- 27 – Caracterização da estrutura societária das sociedades Autoras;
- 28 e 29 - Alegações descritivas, conclusivas e/ou vagas acerca das operações a efectuar para concretização da operação de concentração;
- 30 – Mera repetição do artigo 19;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 223/06.9TYLSB

33 a 35 - Alegações conclusivas sobre as vantagens para os consumidores inerentes à operação de concentração;

37 a 44 - Alegações conclusivas sobre as vantagens para a reorganização operacional e económica das sociedades Autoras;

49 – Alegações conclusivas sobre a não aceitação dos compromissos pela Autoridade de Concorrência;

50 - Alegações argumentativas a prática das autoridades de concorrência Britânicas;

58 a 60 – Mera indicação e reprodução documental;

61- Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e deficiência da fundamentação da decisão da Autoridade de Concorrência quanto à definição de mercado relevante;

64 e 65 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre a decisão da Autoridade da Concorrência, nomeadamente sobre a omissão de acção fiscalizadora;

69 a 74 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mercado relevante e sobre o contexto concorrencial;

81, 82, 90, 92 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mercado relevante e sobre o contexto concorrencial definido pela decisão da Autoridade da Concorrência;

95 - Alegações conclusivas sobre a definição de mercado relevante pela Autoridade da Concorrência;

95 e 98 - Alegações repetitivas sobre a definição de mercado relevante, concordantes com a posição da Autoridade Administrativa;

100 e 101 - Alegações meramente descritivas da operação de concentração, meramente repetitivas sobre a caracterização das empresas e conclusivas sobre a definição de mercado relevante pela Autoridade da Concorrência;

108; 109, 115 e 116 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e deficiência da fundamentação da decisão da Autoridade de Concorrência quanto à definição de mercado relevante;

104 a 107; 110 e 111 - Alegações conclusivas sobre as decisões da Comissão Europeia e da Competition Commission do Reino Unido;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

112 a 114 - Alegações conclusivas sobre a suficiência técnica da decisão da Autoridade da Concorrência;

117 - Alegações conclusivas sobre posição da Autoridade da Concorrência sobre a substituíbilidade entre os meios de transporte ferroviário e rodoviário;

119 e 121 – Facto instrumental documentado nos autos;

125 a 127 - Alegações conclusivas e repetitivas sobre a intermodalidade como vantagem da operação de concentração e sobre as preocupações jus-concorrências elencadas pela Autoridade da Concorrência;

133 e 134 – Alegações repetitivas e conclusivas sobre o conteúdo textual da decisão e sobre os efeitos da pressão concorrencial do transporte individual monitorizado;

139 - Alegações conclusivas sobre a existência de mercados de produto relevantes distintos;

144 – Mera reprodução documental;

147 e 148 - Alegações conclusivas sobre o mercados de produto/serviço de transporte rodoviário;

151– Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e conteúdo técnico da decisão da Autoridade da Concorrência quanto ao controlo da oferta;

152 a 154; 158; 162; 163; 165 a 167; 173 e 174; – Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e conteúdo técnico da decisão da Autoridade da Concorrência;

169, 170 - Alegações conclusivas sobre a falta e deficiência de fundamentação da decisão da Autoridade da Concorrência;

178 - Alegações conclusivas sobre a substituíbilidade entre os meios de transporte ferroviário e rodoviário;

180 e 183 – Alegações conclusivas e descritivas sobre os dados do inquérito e sobre a deficiência de fundamentação da decisão da Autoridade da Concorrência;

189 – Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e conteúdo técnico da decisão da Autoridade da Concorrência;

190 – Mera reprodução documental e alegações conclusivas sobre a falta e deficiência de fundamentação da decisão da Autoridade da Concorrência;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

198 e 199 – Alegações argumentativas sobre o regime de preços fixados administrativamente e sobre a dinâmica comercial e empresarial das sociedades Autoras;

200 - Alegações argumentativas sobre a decisão da Autoridade da Concorrência;

202, 204, 209– Mera reprodução documental e alegações conclusivas sobre a falta e deficiência de fundamentação da decisão da Autoridade da Concorrência;

205; 210; 211 – Alegações de Direito e conclusivas sobre as autoridades reguladoras do mercado relevante;

229 – Facto assente quanto à falta de consulta da DGTFE e alegações conclusivas quanto ao mérito da decisão da Autoridade de Concorrência;

235 – Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mercado concorrencial;

236 – Alegações de Direito;

238 – Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e conteúdo técnico da decisão da Autoridade da Concorrência;

240 - Alegações conclusivas sobre a substituibilidade entre os meios de transporte ferroviário e rodoviário;

242; 244; 245; 248; 249; 250 e 251 - Alegações argumentativas sobre liberdade de fixação dos preços e sobre o conteúdo do contrato de concessão;

246 e 247 - Alegações conclusivas quanto ao mérito da decisão da Autoridade de Concorrência e repetitivas sobre os compromissos apresentados;

255 – Alegações repetitivas e conclusivas sobre a competência da DGTFE;

256 e 258, 261 e 261 – Alegações conclusivas e argumentativas sobre a preocupação de diminuição da Autoridade da Concorrência quanto à qualidade de serviço;

259 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre a desvalorização qualitativa do modo de transporte rodoviário decorrente do congestionamento do tráfego;

260; 270 - Alegações repetitivas e conclusivas sobre os compromissos assumidos;

264 e 267 - Alegações conclusivas quanto ao mérito da decisão da Autoridade de Concorrência e repetitivas sobre os compromissos apresentados;

272 – Alegações conclusivas e argumentativas sobre a ruptura do sistema de passes combinados;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

276 e 277 - Alegações conclusivas quanto ao mérito da decisão da Autoridade de Concorrência e repetitivas sobre os compromissos apresentados;

278 – Mera reprodução documental;

279 e 280 - Alegações conclusivas quanto à protecção dos interesses dos consumidores;

282 e 285 – Alegações conclusivas acerca da instrução e suficiência do processo;

283 e 284 - Alegações conclusivas quanto ao mérito da decisão da Autoridade de Concorrência e repetitivas sobre os ganhos de sinergia;

285, 290, 291 e 295 - Alegações conclusivas quanto ao mérito da decisão da Autoridade de Concorrência e repetitivas sobre os compromissos apresentados;

300 - Alegações conclusivas quanto aos parâmetros de qualidade dos compromissos; protecção dos interesses dos consumidores, preços e passes combinados;

303 - Alegações conclusivas sobre o processo de instrução da decisão da Autoridade de Concorrência;

304 - Alegações conclusivas quanto à viabilidade das actividades alienadas;

305 a 307 - Alegações conclusivas quanto à viabilidade económica das carreiras TST e mérito da decisão da Autoridade de Concorrência;

310 a 315 - Alegações conclusivas sobre a empresa Isidoro, Duarte, Lda., sobre a suficiência motivacional da decisão, meramente descritiva de dados documentais constantes dos autos e sobre o mérito da decisão da Autoridade de Concorrência;

320, 325, 329 a 332 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e deficiência da fundamentação da decisão da Autoridade de Concorrência;

321 - Alegações conclusivas sobre o processo de instrução da decisão da Autoridade de Concorrência;

334 e 335, 336 338 a 340 - Alegações conclusivas sobre a proposta apresentada de monitorização do cumprimento das obrigações assumidas, constante da audiência escrita, e sobre o mérito; falta e deficiência de fundamentação da decisão da Autoridade da Concorrência;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

344 e 345 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o conteúdo e aproveitamento dos compromissos apresentados escrita e sobre o mérito da decisão da Autoridade de Concorrência;

366 - Alegações conclusivas sobre o processo de instrução da decisão da Autoridade de Concorrência;

370; 373 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o mérito e deficiência da fundamentação da decisão da Autoridade de Concorrência;

378 e 379 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o processo de instrução da decisão da Autoridade de Concorrência;

391 a 393 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o exercício de poderes e a competência da Autoridade de Concorrência;

395 - Alegações conclusivas sobre a preterição do dever de informação e de consulta pela Autoridade da Concorrência;

404; 406 e 407 - Alegações conclusivas e argumentativas sobre o processo de instrução e sobre o mérito e deficiência da fundamentação da decisão da Autoridade de Concorrência.

Compulsado o teor destes artigos e confrontadas estas alegações com a utilidade da produção de prova testemunhal, expressamente consignámos que a inquirição das testemunhas sobre aqueles aspectos redundaria na emissão de meros juízos valorativos e técnicos, meramente decorrentes da posição especial e experiência profissional das testemunhas arroladas pelas Autoras no contexto da operação de concentração e do objecto da decisão da AdC.

Com manifesto prejuízo para o protelamento dos autos, a inquirição de testemunhas a esta matéria soçobriria em prestação de declarações técnicas que ignoram o facto e incidem sobre a consequência argumentativa do mesmo.

Pelo contrário, também se consignou que as alegações dos artigos 47 (compromissos e monitorização assumidos); 107 (percursos rodoviários); 161 (processo negocial); 179, 182 e 184 (caracterização dos utentes da FERTAGUS e TST, ligação Lisboa/Pólo); 230 (consulta de entidades); 271, 273, 274 e 275 (sistema de passes combinados); 328, 397 e 399 (diligências instrutória) e 405 (vício de numeração) **assegurariam algum conteúdo** passível de narração,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

demonstração e aquisição do facto pela via testemunhal, não devendo o Tribunal frustrar o direito das Autoras de acesso à prova, aqui entendido no vector da oportunidade de produção de prova em audiência de julgamento, **permitindo-se a inquirição aos temas de prova indicados no despacho saneador, especialmente nos pontos 3 a 10.**

Feitos estes prontos prévios avancemos sobre a demais motivação.

Além da prova documental e do cumprimento do ónus de impugnação, foram prestados testemunhos a **Ana Cristina Fernandes Ferreira Dourado**, Administradora da FERTAGUS e fazer parte do Conselho de Administração da Via Porto, exercendo funções no Grupo Barraqueiro desde 1995, e a **José Manuel de Sá Guimas**, trabalhador da TST há 15 anos, sendo neste momento Gestor da TST.

Resultou manifesto de ambos os depoimentos a ausência de um relato minimamente proveitoso para a demonstração de factos ou circunstâncias que pudessem aportar ao Tribunal a percepção de quaisquer factos demonstrativos sobre os temas de prova ou sobre os artigos acima indicados da petição inicial.

Os depoimentos ficaram patentemente marcados pela confusão entre uma determinada percepção profissional, funcional e pessoal - especialmente **Ana Cristina Dourado** - sobre a operação de concentração e os efeitos jusconcorrenciais dessa operação, e pela incapacidade de relatar circunstâncias susceptíveis de integrar os temas de prova definidos nos autos.

Ambas as testemunhas vieram ao Tribunal comunicar apenas a sua opinião sobre a absoluta falta de substituíbilidade entre os meios de transporte ferroviário e de transporte colectivo de passageiros; sobre a deslocação de pessoas entre as margens do Tejo, e sobre a intermodalidade desses meios de transporte entre si e com o transporte fluvial, através da mera enumeração de circunstâncias públicas, notórias ou assentes na decisão, como sejam a inexistência de paragens de autocarro ao lado das estações de ferrovia, ou a ligação entre as carreiras TST e FERTAGUS nas ligações na margem sul e entre as margens, por confronto com o “mapa” de fls. 1595 dos autos.

A reiterada transmissão da opinião destas testemunhas de que cada par origem/destino de transporte rodoviário representa um mercado geográfico de produto relevante, não concorrente com a ligação ferroviária, em função da serventia do transporte para cada circunscrição habitacional não acode contributo para o apuramento dos factos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 223/06.9TYLSB

Mais depuseram, de modo confirmativo e/ou simplesmente descritivo, sobre a regulação na actividade de transportes de passageiros, sobre o procedimento regulamentar e legal de gestão, extinção e criação de carreiras e sobre a limitação na fixação dos preços e tarifas dos transportes, explicitando conclusões sobre o enquadramento jurídico dos factos e que não dependem de observação fenomenológica.

Por outro lado, a actualidade do seu depoimento conflitua com a valoração dessas declarações para a percepção de realidades com quase 10 anos de ocorrência, exponencialmente evidenciado pelo depoimento no segmento dos compromissos assumidos (o relato foi, neste aspecto, claramente ausente de espírito crítico), pelo que qualquer utilidade probatória teria de estar sustentada, corroborada e confirmada pela prova documental já enumerada.

Ora, mesmo relevando a posição natural de interesse destas testemunhas e o sincero espírito de colaboração com o Tribunal, o relato foi de pouca monta para o objecto de litígio e no que dizia respeito à legalidade do procedimento e decisão e controlo de concentrações proferido pela AdC.

Ambas as testemunhas assumiram determinadas percepções pessoais sobre conceitos jurídicos – *regulador; substituibilidade, concorrência, mercado geográfico relevante* – que nunca poderia prevalecer sobre a valência da demais prova junta, mormente os pareceres dos assessores técnicos.

O conhecimento e a razão de ciência das testemunhas sobre os temas de prova são, portanto, manifestamente caracterizados por perspectivas generalistas, do ponto de vista do utente e do profissional, visto que não participaram no procedimento de concentrações e dele tomaram conhecimento meramente precário (**Ana Cristina Dourado** interveio apenas no contexto da realização do inquérito realizado aos utentes e referido na decisão).

Quanto ao Ponto 1 dos temas da prova, respeitante ao alegado não cumprimento de uma formalidade do artigo 39.º da Lei da Concorrência, a intervenção da DGTT e do IGOP encontra-se amplamente demonstrada nos pontos 323 a 329 da decisão, ela qual se faz referência ao parecer do INTF (Instituto de Transporte Ferroviário) e nos pontos 342 a 357 da decisão, na qual a AdC justifica a não solicitação de parecer à DGTT enquanto entidade reguladora e para os efeitos do art.º 39.º da referida Lei, sendo o demais inscrito matéria de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Direito sobre a obrigatoria de audição e preterição de formalidade essencial, pelo que se optou pela aposição dos factos demonstrativos na matéria de facto não provada.

Quanto ao Ponto 2 dos temas da prova, respeitante à alegada violação dos princípios da boa-fé, igualdade e proporcionalidade, considerando que a descrição da marcha do procedimento descrita nos pontos 477 a 487 da decisão não foi impugnada ou posta em crise, nenhuma outra prova se fez ou resulta dos autos sobre as circunstâncias relativas à tramitação do procedimento, sendo o demais inscrito matéria de Direito sobre as consequências de preterição de direito de audição, pelo que se optou pela aposição dos factos demonstrativos na matéria de facto não provada.

Quanto ao Ponto 3 dos temas da prova, respeitante à análise económica e jusconcorrencial dos requisitos não taxativos do artigo 12.º da Lei da Concorrência, afiguram-se-nos que tratam de realidades conceptuais e técnicas – intermodalidade substituíbilidade entre transportes; estrutura dos mercados; interesse dos consumidores; direitos exclusivos; elasticidade de preços; critérios de casuísticos de definição de mercado geográfico relevante - sendo o demais inscrito matéria de Direito sobre a inexistência de concorrência, pelo que optou pela aposição dos factos demonstrativos na matéria de facto não provada.

Quanto aos Pontos 4, 8 e 9 dos temas da prova, respeitante à análise económica e jusconcorrencial dos compromissos apresentados pelas Autoras para afastar os problemas concorrenciais da operação de concentração, verifica-se que a questão se encontra amplamente tratada nos pontos 392 a 456 e 541 a 547 da decisão, sendo o demais inscrito matéria de Direito sobre o erro manifesto de apreciação destes compromissos, pelo que optou pela aposição dos factos demonstrativos na matéria de facto não provada.

Quanto aos Pontos 5 e 6 dos temas da prova, respeitantes à alegada violação dos princípios da boa-fé, igualdade e proporcionalidade, na análise económica e jusconcorrencial dos compromissos (compromissos estruturais), verifica-se que a questão se encontra amplamente tratada nos pontos 392 a 456 e 541 a 569 da decisão, sendo o demais inscrito matéria de Direito sobre o erro manifesto de apreciação do compromisso de desinvestimento, pelo que optou pela aposição dos factos demonstrativos na matéria de facto não provada.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Quanto ao demais inscrito nos Pontos 7 a 9 dos temas da prova configura matéria de Direito sobre o erro manifesto de apreciação da análise económica e jusconcorrencial, pelo que optou pela oposição dos factos demonstrativos na matéria de facto não provada.

Em seguida, tendo sido determinada a elaboração de parecer pelos assessores nomeados pelo Tribunal com a finalidade probatória de análise da conformidade técnica da decisão da Autoridade da Concorrência, atendendo à especial complexidade do presente caso, considerando as garantias processuais da isenção decorrentes do compromisso prestado e das valências curriculares e reputacionais, relevando a proficiência e clareza das repostas apresentadas por confronto com o objecto definido após contraditório, os pareceres apresentados revelam-se de assertiva e exemplar corroboração da conformidade da análise técnica da decisão da AdC em sede de avaliação económica jusconcorrencial de concentrações, pelo que os mesmos foram valorados para efeitos do juízo probatório negativo acima enunciado.

O parecer do **Dr. Fernando Branco**, constante de fls. 2980 a 2986, é apodíctico quando refere que a análise sobre os critérios de definição do mercado relevante, nomeadamente quanto à desnecessidade de um estudo econométrico ou da apreciação de direitos exclusivos para o suporte da decisão final; quando refere que a decisão procede a uma correcta identificação concorrencial do mercado relevante e dos mercados distintos/conexos; quando refere que, em atenção ao grau de confiança habitual e apesar da incerteza dos efeitos, a operação pode não servir os interesses dos consumidores e o seu contributo seria negativo para a economia nacional; quando refere que foram correctamente analisados os entraves significativos à concorrência efectiva decorrente de uma posição dominante (nas várias vertentes assinaladas; e quando sinaliza os efeitos dos compromissos assumidos pelas Autoras sobre aqueles entraves, concluindo que a decisão da AdC foi a que melhor serviu o bem estar da economia nacional.

Os apontamentos a cada resposta evidenciam um espírito de colaboração equidistante, sem qualquer raciocínio derivativo, argumentativo ou conceptualmente denso.

A utilidade deste parecer resulta, também, da perspectiva pedagógica e crítica que fez incidir sobre a decisão da AdC, notando a existência de vantagens não consideradas pela AdC, a relevância de estudos sobre o impacto da actual situação concorrencial e a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

susceptibilidade dos compromissos referidos e do desenvolvimento das carreiras TST evitarem a criação de entraves, o que faz sobressair o seu valor probatório.

O parecer do **Dr. Nuno Alexandre Cavaco**, constante de fls. 2990 a 2994, é igualmente coerente, pertinente e valoroso nas afirmações que apresenta sobre a correcta identificação dos meios de transporte colectivo na margem sul do Tejo; sobre a falta de substituíbilidade destes com o transporte individual motorizado, sobre a alternatividade e conexidade do transporte fluvial; sobre a falta de expressão significativa da Carris no mercado geográfico relevante; sobre a substituíbilidade entre os modos de transporte rodoviário e ferroviário nos pares origem/destino do percurso intermédio, e por inferência, da totalidade dos percursos; sobre a intermodalidade entre transporte fluvial e transporte colectivo de passageiros.

Especialmente incisiva é a sua análise sobre a precariedade ou a fragilidade na utilização singular do critério único da abordagem lugar de origem/destino para identificar mercados geográficos relevantes e sobre a interoperabilidade dos meios de transporte que operavam no eixo Lisboa/Setúbal via travessia da Ponte 25 de Abril.

Os apontamentos a cada resposta evidenciam, também, um espírito de colaboração equidistante, sem qualquer raciocínio derivativo, argumentativo ou conceptualmente denso.

Com o louvor da análise sintética, este parecer não deixa de aportar aos autos uma opinião técnica de imediato proveito pela sua clareza de exposição, auxílio no depuramento dos conceitos académicos (veja-se o conceito de transferência modal), permitindo uma evidente percepção da resposta, sem qualquer tergiversão ou obscuridade.

A oposição das Autoras ao aproveitamento probatório destes pareceres é absolutamente contraditória com a colaboração que o Tribunal promoveu na definição do objecto destes pareceres e marcadamente falaciosa na imputação redutora de que tais pareceres se limitaram a juízos de probabilidade meramente opinativos. As conclusões das Autoras reflectem igualmente uma posição de reserva sobre a indiciação confirmativa dos pareceres quanto à conformidade da decisão da AdC, ao ponto de tergiversarem sobre o conteúdo dos pareceres de modo não correspectivo do que ali é respondido em função do que é perguntado, especialmente quanto ao primeiro parecer.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Em acordo com o que vai dito, não subsiste qualquer obscuridade, deficiência ou contradição interna nas respostas dos pareceres, nem tão pouco reflectem uma leitura acrítica da decisão da AdC.

Em sentido contrário, e utilizando argumentos diametrais, desvaloriza-se, probatoriamente, os pareceres juntos pelas Autoras a fls. 237 a 393 (doravante *parecer de 13-03-2006*); a fls. 886 a 1043 (doravante *parecer PLMJ* e os estudos juntos com o requerimento de 17-09-2015 (ref.ª 18105), denominados **Barraqueiro – Arriva concentration: Economic Report**” (“Concentração Barraqueiro – Arriva: Relatório Economico”) de 7 de Março de 2007, fls. 2518 a 2587, e **Barraqueiro – Arriva concentration: Progress report and preliminar results**” (Concentração Arriva-Barraqueiro: Relatório de progresso e conclusões preliminares) de 2 de agosto de 2012, pelas razões que a seguir se elencam:

- Os pareceres reflectem alegações jurídicas e técnicas de oposição à decisão de proibição, destituídos de isenção e equidistância científica;

- As conclusões dos pareceres juntos pelas Autoras contrariam, frontalmente, as conclusões dos pareceres solicitados pelo Tribunal, nomeadamente quanto à correcção da análise económica e jusconcorrencial e quanto à definição técnica de intermodalidade, substituíbilidade e mercado geográfico relevante da decisão em função de pares origem/destino;

- Os pareceres juntos pelas Autoras não partem do mesmo quadro factual e acervo de dados subjacente à análise económica e jusconcorrencial da decisão impugnada;

- Os pareceres juntos não partem do mesmo quadro factual de análise económica e jusconcorrencial da decisão impugnada, sendo argumentativos quanto ao mérito e conclusivos quanto à legalidade da decisão;

- O parecer de 13-03-2006, no que respeita aos mercados conexos com o mercado relevante e à crítica sobre a não inclusão do transporte fluvial, surge contrariado pelas respostas do parecer do **Dr. Nuno Alexandre Cavaco** e pelos elementos tratados na decisão sobre as características intrínsecas deste transporte e referidos nos pontos 54 a 57 da decisão, nomeadamente a informação aí referida e prestada pelo regulador sectorial ferroviário – o Instituto nacional do Transporte Ferroviário (INTF);



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- O parecer de 13-03-2006 utiliza critérios para a definição de mercado ou mercados relevantes com base na análise de frequência e oferta que não se adequam à escolha racional do consumidor, como seja o n.º total de atravessamentos ou a capacidade do transporte;

- As divergências assinaladas no parecer de 13 de Março de 2006 quanto ao n.º total de travessias estão esteiradas na valoração de “não-respostas” nos Censos, na “não-contagem” dos casos de 2 deslocações diárias a Lisboa, conferindo-se preferência a um estudo da DGTT, sem que tal opção surja devidamente justificada no que respeite ao desmerecimento dos dados estatísticos do INE referidos pela decisão;

- O parecer de 13-03-2006 desconsidera, na definição de mercado relevante - “*serviços unimodais ou intermodais de transporte público de passageiros no corredor Lisboa-Almada-Setúbal, por via fluvial ou pela ponte 25 de Abril*”, a circunstância de o serviço de transporte fluvial da Transtejo depende da existência de serviços de transporte rodoviário que façam o rebatimento aos cais de embarque/desembarque, nomeadamente do transporte rodoviário de passageiros, oferecidos pelos TST, na margem sul do Tejo; e sem considerar a totalidade da cadeia de transporte para efeitos de análise quantitativa;

- O parecer de 13-03-2006 desconsidera, para efeitos de substituíbilidade, que a migração de passageiros do transporte fluvial para o transporte ferroviário representa um fenómeno de escolha do consumidor tendencialmente definitiva e que não implica mera alternatividade ou fungibilidade, atentas as características do transporte ferroviário;

- Esta circunstância consta do parecer do INTF referido na decisão da AdC, sem prejuízo do transporte fluvial ser considerado um mercado conexo;

- O parecer de 13-03-2006 desconsidera, para efeitos de definição de mercado geográfico relevante, o eixo Lisboa-Setúbal quando inclui o transporte fluvial que apenas assegura o percurso intermédio do atravessamento do rio;

- O parecer de 13-03-2006 desconsidera, para efeitos de definição de mercado relevante, as diferentes características do transporte individual motorizado, apesar de o definir como mercado conexo e o incluir no cálculo de quotas de mercado;

- O parecer de 13-03-2006 desconsidera que a decisão de proibição em nunca põe em causa o modelo tarifário em causa, analisando apenas a possibilidade de (graus de liberdade



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

para) alterar os preços, sem deixar a possibilidade de escolha (entre modos rodoviário e ferroviário) ao consumidor;

- O parecer de 13-03-2006 é contraditório com a posição das Autoras sobre a efectiva existência de concorrência entre o transporte colectivo de passageiros rodoviário e ferroviário, desaproveitando a argumentação sobre o erro de apreciação e legalidade da decisão trazido a estes autos;

- O parecer de 13-03-2006 é meramente adversativo da decisão de proibição sobre os efeitos da natureza regulada no mercado quanto à criação de entraves à concorrência;

- Os estudos juntos pelas Autoras datados, respectivamente, de 7 de Março de 2007 e 2 de Agosto de 2012, foram elaborados fora do período da análise técnico-económica jus concorrencial (de prognose) feita pela AdC, no âmbito da operação de concentração notificada em 2004 e decidida em 2005, carecendo de qualquer utilidade para a aferição da legalidade da decisão em causa;

- Os estudos estão directa e imediatamente contrariados pelos pareceres dos assessores nomeados pelo Tribunal quanto à definição de mercado relevante e quanto à substituíbilidade e intermodalidade dos meios de transporte existentes no mercado geográfico, sem que o processo dispusesse de controlo sobre o objecto e elementos de análise relevantes para a elaboração desses estudos;

- O Parecer PLMJ, solicitado à Sociedade de Advogados A.M. Pereira, Sáragga Leal, Oliveira Martins, Júdice e Associados, secunda, apenas, a petição inicial na discordância quanto ao mérito da decisão de proibição e quanto à procedência dos argumentos jurídicos ali trazidos, sem que aporte aos autos elementos técnicos ou de índole científica susceptíveis de configurar causa de revisão ou sindicância dos juízos discricionários sobre a avaliação económica e jusconcorrencial da decisão de proibição.

Em conclusão, **nenhum dos pareceres e estudos técnicos, jurídicos ou económicos juntos pelas Autoras, seja pelo desmerecimento dos seus argumentos seja pela minoração em relação aos meios de prova de fonte processual e judicial, é susceptível de infirmar a valoração concedida aos pareceres elaborados pelos assessores nomeados no processo.**

As Autoras procederam, ainda, à junção de outros elementos documentais os escritos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Todavia, por configurarem elementos desgarrados de relevância para a presente decisão de fundamentação de factos ou por configurarem elementos normativos, doutrinários e jurisprudências sem proximidade ao contexto factual tratado na decisão de proibição (designadamente quanto à actividade económica e/ou área geográfica), foram desconsiderados os seguintes documentos juntos pelas Autoras:

- Ac. TJUE de 15-02-2005 de fls. 394 a 408, decisão que confirmou acórdão do Tribunal de 1.ª Instância de anulação de decisão da comissão que declarou uma operação de concentração (embalagens de produtos alimentares) incompatível com o mercado comum e com Acordo EEE;

- Ac. TPI de 21-09-2005 de fls. 409 a 426, decisão que anulou decisão da comissão de proibição de concentração, com fundamento por erro de Direito na definição de mercados de gás natural em Portugal;

- Cópia de decisão da AdC (incompleta) em processo sancionatório contra a 2.ª Autora, remetida ao proc. 930/04.0TYLSB;

- Cópia de decisão da autoridade da concorrência do Reino Unido de fls. 436 a 480 sobre operação de aquisição de empresa de transporte ferroviário colectivo de passageiros;

- Cópia de decisão da autoridade da concorrência do Reino Unido de fls. 481 a 501 sobre operação de aquisição de empresa de transporte ferroviário colectivo de passageiros;

- Cópia de decisão da Comissão Europeia de fls. 502 a 504 sobre operação de aquisição de empresa de transporte rodoviário e ferroviário colectivo de passageiros, com remessa do processo para aferição da conformidade com a lei nacional;

- Cópia de decisão da Comissão Europeia de fls. 505 e 507 sobre operação de aquisição de empresa de transporte ferroviário colectivo de passageiros, com remessa do processo para aferição da conformidade com a lei nacional;

- Cópia de decisão da autoridade da Comissão Europeia de fls. 505 e 507 sobre operação de aquisição de empresa de transporte ferroviário colectivo de passageiros, com remessa do processo para aferição da conformidade com a lei nacional;

- Cópia de decisão da Comissão Europeia de fls. 508 de não oposição à operação de concentração (fusão) da Portugaláia com a SPdH, por via de trespasses;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 509 a 517 de não oposição a operação de concentração (aquisição) da Hillenbrand pela Drager (actividade de termoterapia neonatal);

- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 518 a 527 de não oposição a operação de alienação da participação da RTP na empresa Sport Tv e subsequente aquisição pelas empresas PPTV e Pt Conteúdos;

- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 528 a 541 de não oposição a operação de aquisição de controlo exclusivo das empresas Ocasião e Anuncipress pela Lusomundo;

- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 542 a 552 de não oposição a operação de aquisição de controlo exclusivo da empresa Triunfo pela United Biscuits Iberia SL;

- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 553 a 560 de não oposição a operação de criação de uma empresa comum entre as empresas CTT IMO, S.A. e Visabeira, SGPS, S.A.;

- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 561 a 573 de não oposição a operação de aquisição da empresa NQuintas, S.A. que detém controlo conjunto da sociedade Portgás, pela EDP, S.A. à CGD;

- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 574 a 578 de não oposição a operação de aquisição de quatro empresas com actividade na área dos seguros integradas no BCP, pela caixa Seguros SGPS, S.A.;

- Cópia de decisão da Autoridade da Concorrência de fls. 579 a 583 de não oposição a operação de aquisição da totalidade do capital social da empresa Bolores e Eneraltius e promessa de aquisição de outras empresas, pela Erenova;

- Cópia de livro sobre Regulamento dos Transportes em Automóveis, Anotado em Comentado, de fls. 584 a 652;

- Cópia de Despacho n.º 19 626-A/2004 (2ª série) de aprovação de preços para carreiras rodoviárias em percursos inferiores a 50 km, de fls. 653 a 655;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

- Cópia de programa do XIV Governo Constitucional, de fls. 656 a 660, do XV Governo Constitucional, de fls. 661 a 664, do XVI Governo Constitucional de fls. 665 a 668, do XVII Governo Constitucional de fls. 669 a 678;

- Artigo doutrinário sobre Direito da Concorrência de fls. 866 a 878;

- Artigo doutrinário sobre autoridades da concorrência e reguladores sectoriais de fls. 879 a 885;

Na mesma toada, **por configurarem elementos meramente acessórios e remotamente instrumentais dos factos demonstrativos concretizados nos temas de prova, ou por se referirem à tramitação do processo ou a dados econométricos sobre os elementos económicos tratados na decisão de proibição, os seguintes documentos, juntos pelas Autoras, não lograram qualquer contributo para a motivação probatória dos autos:**

- Pronúncia do INTF no proc.º Ccent. N.º 37/2004 de fls. 679 a 683;

- Lista de todos os percursos origem-destino nas aéreas de actividades da FERTAGUS e TST entre a margem sul do tejo e Lisboa, de fls. 684;

- Horários TST de fls. 685 a 689;

- Lista das Carreiras da TST que servem o terminal de Cacilhas da Transtejo de fls. 690;

- Lista das Carreiras TST que servem o terminal da Soflusa no Montijo de fls. 691 e mapa de rede de fls. 692;

- Mapa de rede FERTAGUS de fls. 694;

- Mapa de rede Carris de fls. 695;

- Estudo de satisfação e de perfil de cliente FERTAGUS – Junho 2004 de fls. 696 a 716;

- Estudo de satisfação e de perfil do cliente FERTAGUS – Junho 2003 de fls. 717 a 737

- Cópia de informação prestada pela Transtejo, S.A. à AdC no proc. Ccent. 37/2004 sobre percursos de travessia fluvial efectuados entre Cacilhas e Lisboa de fls. 859 a 861;

- Print de informação da Câmara Municipal do Barreiro sobre serviços municipalizados de transporte colectivo, de fls. 862 e 863;

- Horários de carreiras Carris de fls. 864 e 865;

- Cópias de notificações à empresa TST de despachos/decisões proferidas em processo de contra-ordenação da DGTT de fls. 738 a 745 e de fls. 744 a 749;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 223/06.9TYLSB

- Cópia de Fax enviado pela DGTT à empresa TST sobre o tarifário do ano 2003, de fls. 750 a 773;
- Cópia de resposta enviada pela DGTT à empresa TST sobre reformulação de proposta de actualização tarifária de 2004, de fls. 774 a 789;
- Cópia de resposta enviada pela DGTT à empresa TST sobre reformulação de proposta de actualização tarifária de Novembro de 2005, de fls. 790;
- Relatório de auditoria do Tribunal de Contas sobre *follow up* da concessão FERTAGUS, de fls. 791 a 844;
- Relatório de gestão e contas consolidadas de 2004 da Transtejo de fls. 845 a 858.

Sobre a litigância de má-fé, considerando que a imputação se dirigia apenas ao conteúdo escrito das alegações no articulado inicial das Autoras, relevando o notório espírito de colaboração revelado pelas partes na tramitação do presente processo durante a pendência neste Tribunal e sublinhando o elevado compromisso e actuação de lealdade e urbanidade, transparentemente reflectidos nos articulados posteriores e nas diligências de prova, não há factos demonstrativos a consignar.

Nestes termos, os temas de prova definidos no despacho saneador não auferiram de qualquer representação fáctica susceptível de promover a formação de convicção judicial bastante.

* * *

*

V. FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO.

5.1. Do regime jurídico aplicável à denúncia e decisão de arquivamento.

A Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio e que aprovou o novo regime jurídico da concorrência (doravante NRJC), entrou em vigor 60 dias após a sua publicação (cfr. art.º 101.º), o que implica que a notificação da operação de concentração e a decisão de proibição ocorreram sob a vigência do regime anterior, aprovado pela Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, entretanto revogado (cfr. art.º 99.º do NRJC).

Sob a epígrafe *aplicação da lei no tempo*, dispõe o art.º 100.º, n.º 1 do NRJC que *o novo regime jurídico da concorrência, aprovado pela presente lei, aplica-se: a) Aos processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a entrada em vigor da presente lei; b) Às*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

operações de concentração que sejam notificadas à Autoridade da Concorrência após a entrada em vigor da presente lei; c) Aos estudos, inspecções e auditorias cuja realização seja deliberada pela Autoridade da Concorrência após a entrada em vigor do presente diploma; d) Aos pedidos apresentados à Autoridade da Concorrência após a entrada em vigor da presente lei.

A tipicidade do art.º 100.º, n.º 1 incide sobre específicas actividades desenvolvidas pela Autoridade da Concorrência – *processos sancionatórios, controlo de concentrações e outras funções relativas a estudos, inspecções, auditorias e pedidos* - cuja pendência à data da entrada em vigor do NRJC foi perspectivada pelo legislador como passível de exigir tratamento diferenciado do princípio da aplicação imediata da lei processual, numa técnica legiferanda de excepção à regra.

Em suma, **o regime processual aplicável à decisão da AdC de proibição proferida no processo Ccent. 37/2004 encontra-se previsto na Lei da Concorrência (doravante LdC), aprovada pela Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, mais concretamente nos seus artigos 8.º a 12.º e 30.º a 41.º.**

* *

5.2. Da definição do objecto do controlo judicial da decisão de proibição.

Como já consignámos, o objecto da acção, além do conhecimento das invalidades e questões procedimentais invocadas pelas Autoras deverá analisar os motivos jurídicos enunciados na decisão de proibição e que dizem respeito, em síntese, à **apreciação da operação de concentração notificada no processo Ccent. 37/2004**, de acordo com o com o *objectivo de determinar os seus efeitos sobre a estrutura da concorrência, tendo em conta a necessidade de preservar e desenvolver, no interesse dos consumidores intermédios e finais, uma concorrência efectiva no mercado nacional* – art.º 12.º da LdC.

Por outro lado, a recorribilidade das decisões de proferidas no âmbito do controlo de concentrações de empresas e do sequente controlo judicial terão que apreciar o *stato quo* do processo, **situando o conhecimento judicial da legalidade administrativa no preciso momento em que a decisão foi tomada.**

Ou seja, **nesta acção administrativa o Tribunal não se pronunciará directamente sobre a concentração de empresas notificada pelas Autoras e respeitante à participação**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

conjunta na ATMS com posterior controlo por esse veículo de empresas com actividade no transporte colectivo de passageiros, mas tão-somente sobre a conformidade legal da decisão de proibição, sempre sem prejuízo do conhecimento das questões suscitadas pelas partes e sobre os termos do controlo de mérito da decisão.

A decisão em crise da AdC provém de um regime jurídico já revogado e substituído mas que, antes de mais, é igualmente tributário e enformador do sistema de regulação administrativa como *instrumento de garantia estadual da realização do interesse público*.

“De especial relevância para a compreensão do funcionamento e propósitos do Estado Regulador é a relação entre regulação sectorial e regulação da concorrência. (...) em termos mais substanciais, no sentido da própria subsistência, em determinados sectores, de uma regulação sectorial que se adiciona à regulação transversal das regras de concorrência.

(...) na verdade, a regulação da concorrência resume-se cada vez menos a uma dimensão ex post, alheia a qualquer propósito dirigista e conformador de condutas dos agentes de mercado. Desde logo, a dimensão ex ante está bem patente num dos eixos fundamentais dessa regulação, o controlo prévio ds operações de concentração: trata-se de um sector em que o direito da concorrência apresenta a fisionomia típica de um direito administrativo preventivo, de controlo prévio dos comportamentos dos agentes económicos (na decisão de não oposição podem detectar-se todos os elementos do clássico acto administrativo de autorização) - PEDRO COSTA GONÇALVES, Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante, Coimbra Editora, págs. 18 a 21.

Por conseguinte e no que nos interessa, o procedimento de controlo de concentrações, previsto nos artigos 30.º a 41.º da LdC deve ser *mais* perspectivado como instrumento integrante do modelo de regulação da concorrência e *menos* como integrante de concreta operação de privatização. Numa palavra, **os critérios de decisão devem ser exteriores ou exógenos aos fundamentos jurídico-políticos que sustentam a operação de concentração.**

Indo cerce à decisão de proibição, e passando pela dilucidação do procedimento de controlo de concentrações (fases de contactos, iniciativa, investigação sumária e investigação aprofundada, participação de interessados e articulação com outras autoridades), a LdC faz referência à decisões da AdC de *proibir a operação de concentração, ordenando, caso esta já se tenha realizado, medidas adequadas ao restabelecimento de uma concorrência efectiva,*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.º 223/06.9TYLSB

nomeadamente a separação das empresas ou dos activos agrupados ou a cessação do controlo, no art.º 37.º, n.º 1 al. b).

Este entendimento merece o nosso acolhimento, em sequência da posição da Ré e Contra-Interessadas, como assinalada nas contestações a propósito das questões prévias em análise.

Nos termos do Código de Procedimento Administrativo (C.P.A.), na versão anterior à conferida pelo Decreto-lei n.º 4/2015, de 07 de Janeiro, o legislador optou pela *sanção-regra* da anulabilidade, mantendo a nulidade como a sanção excepcional, ainda que tenha alargado o campo da sua aplicação, deixando de haver apenas casos de nulidade por determinação legal e prevendo-se casos de nulidade por natureza (neste sentido, MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇAVES e J. PACHECO DE AMORIM, Código do Procedimento Administrativo, Comentado, 2.ª Edição, Almedina, pág. 641).

O art.º 133.º, n.º 1 do C.P.A. dispõe que *são nulos os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais ou para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade.*

Sobre os elementos essenciais, estes correspondem, antes de mais, *ao elenco de referências que devem conter-se no documento pelo qual o acto se exterioriza* e, depois, a todos aqueles *elementos que se ligam a momentos ou aspectos legalmente decisivos e graves dos actos administrativos*, além dos que são referidos no n.º 2 do art.º mencionado, podendo incorrer em nulidade o *acto que esteja inquinado com um vício anormal ou especialmente grave, ou até um vício normal mas resultante de uma anormal má-fé ou intenção dolosa* (MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇAVES e J. PACHECO DE AMORIM, ob. cit., pág. 642).

Nos termos do art.º 134.º *o acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade (n.º 1), e, salvo disposição legal em contrário, a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode, também a todo o tempo, ser conhecida por qualquer autoridade e declarada pelos tribunais administrativos ou pelos órgãos administrativos competentes para a anulação (n.º 2), não se prejudicando a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos, de harmonia com os princípios da boa-fé, da protecção da confiança e da proporcionalidade*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

ou outros princípios jurídicos constitucionais, designadamente associados ao decurso do tempo (n.º 3).

O art.º 135.º do C.P.A. prevê que *são anuláveis os atos administrativos praticados com ofensa dos princípios ou outras normas jurídicas aplicáveis, para cuja violação se não preveja outra sanção.*

Se a previsão legal está formulada *com amplitude demasiada* e se o regime regra decorre dos *tópicos caracterizadores da posição da Administração e do modelo de relação que se estabelece entre ela e os cidadãos nos sistemas ditos de Administração Executiva*, devem-se evitar alguns *absurdos de interpretações cingidas à lei* e de modo a *retirar força invalidante à inobservância de algumas normas*, mesmo perante omissão legal que o permita (MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇAVES e J. PACHECO DE AMORIM, ob. cit., pág. 657 e 658).

*

Neste conspecto, a pretensão das Autoras a valer nesta acção principal – nulidade ou anulação da decisão da AdC de proibição da operação de concentração notificada – **fundamenta-se na arguição de três ordens de vícios da decisão, justa-compostos em vícios formais e procedimentais – pontos 1 e 2 do objecto de litígio; vícios jusconcorrenciais da apreciação da operação de concentração - ponto 3 do objecto de litígio; vícios materiais da apreciação da operação de concentração e dos elementos do inquérito – pontos 4 e 7 do objecto de litígio; vícios de violação de lei – pontos 5 e 6 do objecto de litígio.**

**

5.3. Dos vícios formais e dos vícios procedimentais.

As Autoras arguíram vício formal da decisão da AdC por preterição de formalidade essencial de omissão de audição da **Direcção-geral dos Transportes Terrestres e Fluviais** (doravante DGTTF, que inclui um direcção de transportes ferroviários) e **Inspecção-Geral de Obras Públicas, Transportes e Comunicações** (doravante IGOP), enquanto entidades reguladoras, ao abrigo do art.º 39.º da LdC, e vícios procedimentais por incumprimento/cumprimento deficiente do direito de consulta e acesso a documentos – **pontos X (artigos 204.º a 231.º) e XIV (artigos 395.º a 409.º) da petição inicial.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

*

Analisada a decisão da AdC e enquadrada a operação de concentração, **afigura-se-nos manifesta a improcedência da pretensão das Autoras quanto à anulação da decisão da AdC por vícios de forma e vícios procedimentais**, conduzindo à inexistência de qualquer vício ou invalidade com este fundamento, **e pelas seguintes razões:**

(1) Como decorre dos pontos 323 e 330 da decisão, foram pedidos pareceres à Entidade Reguladora do Transporte Ferroviário (INTF); à Autoridade Metropolitana de Transportes de Lisboa (ATML), ao abrigo do art.º 39.º da LdC;

(2) O INTF consignou que a operação poderá configurar um significativo aumento de poder no mercado rodoviário pela concentração de seis empresas de prestação de transporte rodoviário regular antes divididas por dois grupos empresariais, consubstanciando efeitos adversos em termos de concorrência intermodal e em termos de matérias sociais, sendo que o efeito combinado de três meios de transporte poderá gerar economias de escala e dimensão dificilmente replicáveis por outros concorrentes;

(3) A ATML, no parecer emitido, pronunciou-se sobre a formação e fixação dos preços relativos aos “bilhetes simples”, concluindo que se tratam de direitos dos operadores, com observância de normas tarifárias de determinação e aprovação dos preços fixados pelo Governo, e sobre os “passes de empresa” concluiu que o sistema tarifário integrado corresponde a um sistema voluntário, mais informando que os operadores rodoviários de transporte público de passageiros (incluindo as Autoras) denunciaram os acordos que mantinham com os operadores públicos de transporte da ATML;

(4) A ATML também informou que a atribuição das concessões, nos termos do Regulamento dos Transportes, são atribuídas de acordo com as regras de preferência ao maior operador da área em referência, com prorrogação e renovação automática;

(5) O cumprimento do art.º 39.º da LdC no âmbito do proc. Ccent. 37/2004 está em linha com a lista meramente indicativa de autoridades reguladoras, para o sector relevante, do art.º 6.º, n.º 4 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, da qual não consta da DGTTF nem o IGOP;

(6) A exigência do art.º 39.º, n.º 1 da LdC quanto à respectiva autoridade reguladora nos processos de controlo de concentrações pode ser interpretada no sentido em que aquela



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

formalidade apenas deverá ser cumprida em relação a autoridades reguladoras independentes (cfr. doutrina citada pelas Autoras e Ré), sobre a qual não impenda nenhum controlo funcional ou hierárquico do poder executivo e com exclusão de entidades que integrem a administração directa do Estado;

(7) O art.º 2.º Lei n.º 4/2004, de 15 de Janeiro, que estabelece os princípios e normas a que deve obedecer a organização da administração directa do Estado, conjugado com o Decreto-Lei n.º 296/94, de 17 de Novembro, com a redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 287/97, de 22 de Outubro, o qual institui e regula a DGTTF, e o Decreto-Lei n.º 409/87, de 31 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 124/91, de 21 de Março, o qual institui a IGOP, permitem excluir aquelas entidades do conceito administrativo de autoridades reguladoras independentes e descaracterizá-las como autoridades reguladoras sectoriais;

(8) A autonomia administrativa conferida à DGTTF pelo Decreto-Lei n.º 296/94, de 17 de Novembro, não é susceptível de retirar a integração dogmática desta entidade na administração directa do Estado, atentos os poderes de controlo, fiscalização e de direcção atribuídos ao Ministério de tutela;

(9) A contraposição entre as atribuições e estrutura da DGTTF e do INTF, cujos Estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 299-B/98, de 29 de Setembro, permitem atribuir a esta última entidade uma evidente e preclara função de regulação, supervisão e fiscalização do sector ferroviário;

(10) A consulta do INTF ao abrigo do art.º 39.º da LdC, atenta as suas atribuições, cumpre, de modo clarividente, a formalidade de audição da autoridade relevante no sector do transporte ferroviário, garantindo-se, por outro lado, a instrução do processo com um parecer de uma entidade dotada de independência e autonomia do poder executivo;

(11) Não se vislumbra atendimento à concepção de que o art.º 39.º da LdC só estará cumprido em conformidade quando a AdC proceder e promover a audição de todas as entidades com competências regulatórias do sector relevante;

(12) O documento n.º 30 referenciado pelas Autoras na sua petição inicial e indicado na motivação da matéria de facto compreende uma determinada interpretação autêntica do próprio DGTTF sobre a regulação do sector ferroviário que, não sendo vinculativa, está aberta a tergiversões sobre a ali assinalada *tendência actual para um novo desenho da regulação*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

económica com características de independência face ao Estado, e sobre a (in)coerência do “parecer” com a integração da DGTTF na administração directa do Estado, sob dependência da tutela executiva dos Transportes e Comunicações;

(13) O mesmo entendimento vale para o IGOP;

(14) Depois, importa considerar que, mesmo se reputasse a audição prévia da DGTTF e do IGOP como diligência obrigatória nos termos do art.º 39.º, n.º 1 da LdC, não se afigura de que modo ou por que meio aquelas respostas pudessem contribuir, modificar ou delimitar os fundamentos da análise económica e jusconcorrencial constantes da decisão de proibição, relevando que a AdC teve presente todo o enquadramento jurídico dos sectores regulados e relevantes para a apreciação da operação de concentração previstos no art.º 12.º, n.º 2 da LdC, pelo que pensamos que a omissão nunca configuraria uma preterição de formalidade essencial;

*

(15) Sobre o incumprimento/cumprimento deficiente do direito de consulta e acesso a documentos, remetendo-se para os pontos 477 a 487 da decisão, cujos factos não foram sindicados pela causa de pedir das Autoras, e bem assim as alegações do artigo 39.º da contestação, cuja defesa por impugnação não resulta contrariada pela posição das Autoras, importa consignar que os argumentos das Autoras são desprovidos de substância ou concretização;

(16) Sobre a expurgação e recusa de acesso a informação confidencial que as Autoras procuravam consultar, as alegações da petição inicial são manifestamente genéricas e vazias de conteúdo que permita firmar chão sobre o incumprimento dos princípios de concordância prática entre o dever de proteger dados sigilosos, previsto nos artigos 62.º n.º 1 do CPA e 5.º a 8.º e 15.º da Lei de acesso aos documentos da Administração, aprovada pela Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto (aplicável à data dos factos e revogada pela Lei n.º 26/2016, de 22 de Agosto), e o direito ao acesso ao processo para exercício de direito de defesa previsto nos artigos 65.º e 100.º do CPA.

(17) Das alegações das Autoras nada se diz sobre a disponibilização de versões não confidenciais e nada se esclarecesse sobre a efectiva motivação da recusa do acesso, sendo que a AdC veio invocar que a confidencialidade de partes de alguns documentos não foi



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

sequer determinada por aquela autoridade, *correspondendo tal conduta da Autoridade à ponderação das razões expressas pelo INTF no seu ofício n.º 00733, de 11/04/2005, o qual classificou tais elementos como confidenciais e requereu, expressamente, à AdC que os mesmos não fossem facultados às notificantes, ora Autoras, porquanto constituíam “parte integrante de um processo de renegociação contratual, em curso entre o Estado Português e uma empresa privada”* – cfr. artigo 346.º da contestação.

(18) É a mesma Ré que esclarece que foi ponderada a classificação como confidenciais dos elementos fornecidos pela sociedade Scotturb – Transportes Urbanos, Lda. em resposta ao inquérito formulado pela AdC a diversas empresas do sector em apreço

(19) Por outro lado, a AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito do interessado à consulta, não pode abdicar da protecção de informação confidencial assim caracterizada por outras entidades e autoridades de regulação, pelo que aqui se consigna o entendimento de que o dever de protecção de informação confidencial deve configurar um interesse de conformação obrigatório ainda que não prevalente, pelo que o seu afastamento deverá estar devidamente fundamentado, o que não acontece no presente caso;

(20) AdC encontra-se, pois, acometida de uma função garantística de protecção de informação de carácter confidencial, mesmo nos processos de controlo de concentrações, em que deve acautelar o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação de informação sigilosa, havendo que proceder a um exercício de concordância prática entre esse interesse legítimo e os direitos de interessados na consulta de documentos com essa natureza. As eventuais circunstâncias de derrogação daquela função garantística devem respeitar, antes de mais, princípios de actuação administrativos de subsidiariedade, de intervenção mínima e de proibição do excesso perante valores transversais da actuação administrativa;

(21) Enquadrando o vício procedimental invocado mediante a falta de elementos necessários ao exercício do direito de audiência prévia das notificantes, a invalidade deve ser apreciada em função da correlação entre o sentido provável da decisão e o direito de defesa a exercer perante as razões avançadas para a eventual proibição da concentração;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

(22) Assim, tais documentos, referenciados como *documentação atinente à consulta das entidades reguladoras*, nem sequer são enunciados na decisão de proibição como fundamentos de análise económica e jusconcorrencial ou como elementos de suporte probatório das conclusões apresentadas, relevando, quando muito, como circunstâncias atinentes ao cumprimento de audição de interessados.

(23) Neste seguimento, carece de explicação como a recusa de consulta destes documentos implicou uma restrição ou um comprometimento inadmissível do direito de resposta e pronúncia das Autoras como interessadas e principais afectadas pela decisão de proibição;

(24) O sentido provável do acto administrativo (que contextualizou o pedido de acesso) não serve para legitimar uma instância recursiva autêntica da decisão final, mas (apenas) para que o interessado possa exercer um amplo direito de defesa perante uma prognose de indeferimento da sua pretensão, sob pena de protelamento meramente formal e artificial da decisão final;

(25) A alegação de que *ausência de registo ou de numeração dos documentos constantes do processo administrativo consubstanciou uma perfeita violação do direito das partes à consulta do processo e dos princípios da publicidade, da transparência, da igualdade, da justiça e da imparcialidade, integrando o princípio da administração aberta*, é notoriamente excessiva, derivativa, e despicienda na medida em que não alcança o significado, importância ou relevância daqueles elementos para a observância e respeito destes princípios, e muito menos para a proficiente informação das Autoras na qualidade de notificantes e destinatárias da decisão de proibição;

(26) Neste sentido, não merece acolhimento o nexu etiológico (sem substrato atendível) que as denunciantes fazem entre o exercício do direito de defesa e o acesso integral ao processo, na medida em que representa uma concordância desproporcional entre a mencionada função garantística da AdC de protecção de informação confidencial e a essencialidade da consulta para conhecimento dos motivos apresentados para proibição da operação de concentração.

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Sublinhando a tramitação do processo e as diligências de audição e consulta das Autoras, e relevando as sucessivas prorrogações dos prazos de pronúncia na sequência dessa, **entendemos que a falta dos elementos indicados no art.º 59.º da petição inicial não consubstancia qualquer preterição de formalidade essencial ou qualquer violação a princípios legais que atinjam a validade do cumprimento do art.º 8.º, n.º 2 do NRJC nos exactos termos em que foi efectuada pela AdC.**

*

Como tal, reiterando-se a ordem de fundamentos e razões para o arquivamento liminar avançadas na informação do sentido provável da decisão por desconsideração de outra facticidade relevante que não tenha sido tratada nos PRCs 04/07 e 08/10, afastando-se a conclusão por uma absoluta omissão de pronúncia e salvaguardado o espaço de discricionariedade na realização de diligências complementares, **entendemos que a omissão de audição da DGTTF e a IGOP, enquanto entidades reguladoras, ao abrigo do art.º 39.º da LdC, e os incumprimentos/cumprimentos deficientes do direito de consulta e acesso a documentos alegados pelas Autoras não consubstanciam qualquer preterição de formalidade essencial que atinja a validade de proibição proferida no processo Ccent. 37/2004, sendo que a tramitação da fase administrativa do processo não implicou qualquer compressão, afectação ou diminuição dos direitos de defesa dos interessados, susceptível de comprometer a validade daquela decisão.**

*

5.4. Dos vícios jusconcorrenciais da apreciação da operação de concentração.

Sem atender à descrição da operação de concentração, apresentação dos pareceres juntos, enquadramento da notificação prévia e da decisão recorrida e vícios formais e procedimentais, o centro nevrálgico da posição de impugnação das Autoras define-se por invocação de erros de manifestos de apreciação e fundamentação quanto aos vectores de decisão previstos no art.º 12.º, n.º 1 e 2 da LdC, nomeadamente quanto à desconsideração do carácter regulado do sector dos transportes – **ponto VI** (cfr. artigos 61 a 80.º); quanto à ausência de demonstração de “entraves significativos à concorrência efectiva – **ponto VII** (cfr. artigos 81.º a 94.º); quanto à definição ilegal do mercado relevante – **ponto VIII** (cfr. artigos 95.º a 168.º); quanto à definição de substituíbilidade hipotética e relativa – **ponto IX**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

(cfr. artigos 167.º a 203.º) e quanto à avaliação jusconcorrencial do mercado – ponto X (cfr. artigos 232.º a 285.º).

São, em suma, **vícios de omissão e contradição da fundamentação.**

Em qualquer acto administrativo a *fundamentação tem que ser expressa, clara, suficiente e congruente, e deve ter-se por suficientemente fundamentado o acto em relação ao qual foram dados a conhecer as razões que o suportam de forma clara e congruente, através de externação coeva ao acto, permitindo assim ao seu destinatário optar entre conformar-se com ele ou atacá-lo graciosa ou contenciosamente* - Ac. TCAN de 15-10-2010, proc. n.º 01619/09.0BEBRG e Ac. TCAN de 24-05-2012, proc. n.º 00731/09.0BEPNF, ambos disponíveis em dgsi.pt.

A falência probatória desta instância e dos factos demonstrativos dos temas de prova e os termos da fundamentação da AdC, transportam a análise jusconcorrencial realizada para o poder discricionário da autoridade administrativa e para os limites do controlo jurisdicional da actuação administrativa.

Como tal, a sindicância por este Tribunal estará sempre limitada ao disposto no art.º 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

Sendo doutrinaria e jurisprudencialmente certo que “*o princípio da divisão ou da separação de poderes não implica hoje uma proibição absoluta ou sequer uma proibição-regra do juiz condenar, dirigir injunções ou orientações, intimar, sancionar, proibir ou impor comportamentos à Administração e que tal princípio implica tão-só uma proibição funcional do juiz afectar a essência do sistema de administração executiva, ou seja, não pode ofender a autonomia do poder administrativo [o núcleo essencial da sua discricionariedade], enquanto medida definida pela lei daquilo que são os poderes próprios de apreciação ou decisão conferidos aos órgãos da Administração, deve-se sempre assinalar que os poderes dos tribunais administrativos abarcam apenas as vinculações da Administração por normas e princípios jurídicos, ficando de fora da sua esfera de sindicabilidade o ajuizar sobre a conveniência e oportunidade da actuação da Administração, mormente o controlo actuação ao abrigo de regras técnicas ou as escolhas/opções feitas pela mesma na e para a prossecução do interesse público, salvo ofensa dos princípios jurídicos enunciados no art. 266.º, n.º 2 da CRP.*”, cabendo aos Tribunais, no exercício da sua função, apreciar “da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

conformidade dos requisitos formais dos actos administrativos, inclusivamente da competência do ente que decidiu, ou se foi observado o procedimento legal adequado, ou se ainda correspondem à realidade os pressupostos de facto em que os mesmos assentaram, bem como se ocorreu desvio de poder ou violação dos princípios gerais de direito (v.g., da justiça, da proporcionalidade, da igualdade, da imparcialidade, etc.)” – Ac. TCAN de 01-10-2010, proc. n.º 00514/08.4BEPNF, relator CARLOS LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO, em dgsi.pt., nosso destacado.

A génese desta dinâmica relacional entre poder administrativo e judicial encontra-se no espaço de livre valoração e conformação do interesse público pelas entidades administrativas e, especialmente, no preenchimento de conceitos indeterminados.

“O domínio da sindicabilidade jurisdicional do mérito administrativo concentra-se no conhecimento dos limites positivos de competência, de finalidade, de imparcialidade e de proporcionalidade, na medida em que só existem a discricionariedade e a margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados que a lei especificamente conceder. No juízo de valoração por recurso a conceitos jurídicos indeterminados nos primeiros têm lugar as regras próprias da interpretação jurídica em via de aplicação puramente subsuntiva passível de controlo jurisdicional. No juízo de valoração de conceitos técnicos regem os conhecimentos e regras próprias da ciência ou da técnica que estejam em causa, não cabendo ao Tribunal controlar a boa ciência ou a boa técnica empregues pela entidade administrativa, por manifesta falta de competência nas matérias extrajurídicas para tanto necessária” – Ac. TCAS de 16-03-2006, proc. n.º 01459/06, RELATOR Cristina dos Santos, disponível em dgsi.pt.

Tal vale por dizer que, em respeito pela discricionariedade técnica da administração, não compete ao juiz actuar como um decisor administrativo, com repetição da decisão discricionária, mas somente como instância de controlo e fiscalização da juridicidade da decisão, nos pontos axiais da apreciação da violação de direitos fundamentais, dos princípios jurídicos e de legalidade ínsitos à actuação administrativa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

O art.º 12.º, n.º 1 e 2 da LdC revela a existência de discricionariedade administrativa pela AdC e quanto à conclusão pela existência/inexistência de entraves à concorrência, a definir dentro dos limites legais específicos e gerais.

*

Alumiados por estes parâmetros de controlo jurisdicional e avisados pelos fundamentos da impugnação vertidos na petição inicial, tentemos sindicarmos o excurso da fundamentação contida na decisão de proibição, por remissão para os respectivos pontos, e indagando dos assinalados vícios geradores de ilegalidade e violação de Lei:

(1) Após a introdução (cfr. 1.º a 7.º), identificação das partes (pontos 8.º a 11.º) e descrição da natureza da operação (cfr. 12.º a 19.º), a decisão começa por abordar a definição do mercado de produto relevante, deslindando a argumentação das notificantes (cfr. 20.º a 27.º), definindo a metodologia para aferição do mercado relevante e os critérios de eleição (cfr. 28.º a 103.º);

(2) Nas características do produto ou serviço e finalidade de utilização, a AdC analisa o problema da substituíbilidade entre o transporte colectivo de passageiros e o transporte rodoviário individual, elencando factores como duração do trajecto, comodidade, segurança, conceito de transporte e utilizador, em termos de autonomia e disponibilidade da utilização, aportando a conclusão de que o transporte *individual é um produto claramente distinto do produto/serviço prestado pelo transporte público de passageiros, afastando-o da definição de mercado relevante do produto* (cfr. 42.º);

(3) Por outro, por aplicação dos mesmos factores, dilucida a compreensão de que o mercado relevante de produto abrange o transporte público de passageiros ferroviário e rodoviário no eixo Lisboa-Setúbal via travessia da ponte 25 de Abril, excluindo a CARRIS pela justificação de que as 2 carreiras operadas por esta transportadora não representa alternativa viável ao TST e FERTAGUS;

(4) Quanto ao transporte público de passageiros por via fluvial, os critérios relevados para o reconhecimento de diferenças significativas do produto são o acesso ao transporte, percursos efectuados (Cacilhas-Cais do Sodré e Barreiro-Terreiro do Paço), duração do trajecto e a finalidade de utilização do transporte fluvial, restringindo a alternatividade com os



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

transportes colectivos, correspondendo a um produto/serviço distinto mas conexo, ainda que susceptível de registar impacto ou efeitos da operação de concentração (cfr. 103.º a 109.º);

(5) Nomeando o factor preço como critério de particular relevância, a AdC não deixa de indicar que os preços praticados pela trajecto Lisboa-Setúbal na TST e FERTAGUS são bastante similares (cfr. 60.º e 61.º), ainda que não possa ser visto isoladamente;

(6) Utilizando as balizas procedimentais da Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante, a AdC descreve o procedimento de realização de inquérito e a negociação sobre a inclusão de questões (cfr. 66.º a 72), passando a analisar a substituíbilidade hipotética e a substituíbilidade efectiva em função dos valores percentuais das respostas e da valorização dessas respostas como economicamente significativas (cfr. 73.º a 88.º);

(7) Passa, depois, à enumeração de vários elementos documentais e informativos que sustentam a pronúncia sobre a substituíbilidade do transporte colectivo e passageiros no passado (cfr. 89.º a 102);

(8) Em sedimento do processo racional e logicamente discursivo, *a AdC avança na conclusão que estamos perante dois produtos/serviços – transporte público de passageiros ferroviário e rodoviário, substituíveis e permutáveis entre si, na perspectiva da procura, por sobreposição no percurso a realizar* (cfr. 113), mais fundamentando que para tal conclusão, analisou toda a informação dada pelas notificantes e todos os percursos da GAML, consultou todos os potenciais concorrentes das notificantes e solicitou informações às entidades reguladoras, comparou a duração do +percurso, acesso pontos de embarque, frequência do transporte ao longo do dia e a absoluta necessidade da travessia da ponte ter de ser feita, em termos de viabilidade e regularidade, por uma destas alternativas (cfr. 114 a 129);

(9) Sobre a definição do mercado geográfico relevante, o raciocínio da AdC é preclaro e imediatamente perceptível, visto que, apesar das notificantes operarem na GAML, a sobreposição no mercado de produto relevante mediante a adequação da procura, só existe nos percursos realizados no eixo Lisboa/Setúbal, via travessia da ponte 25 de Abril (cfr. 135.º e 136.º);

(10) Transpondo a decisão para a avaliação jusconcorrencial (cfr. 141.º a 150.º), a AdC analisa o cenário concorrencial existente no momento da decisão (cfr. tabela 5) por referência



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 223/06.9TYLSB

ao número médio diário de passageiros, concluindo por uma quota de mercado de 96% decorrente da operação de concentração, e através da aplicação do índice de Herfindahl-hirschman (IHH), com profusa explicitação das suas fontes;

(11) A exclusão da CARRIS como concorrente efectivo é reiterada por referência à quota de mercado de 4% pela suas 2 carreiras que operam no mercado geográfico relevante;

(12) O corolário argumentativo de que a consequência directa, imediata e necessária, da realização da operação de concentração corresponde à eliminação da pressão concorrencial entre os dois principais concorrentes no mercado de produto relevante, num quadro concorrencial de cariz monopolista (uma empresa controla os dois meios de transporte relevantes) é, além de coerente com a fundamentação trazida, perfeitamente compreensível (cfr. 161.º e 163º);

(13) A discordância das Autoras refere-se, somente, às premissas deste raciocínio e sobretudo quanto à inexistência, à partida, de qualquer pressão concorrencial entre o transporte colectivo de passageiros ferroviário e rodoviário e quanto ao mercado geográfico relevante;

(14) De modo logicamente perceptível, coerente e crítico, a AdC trabalha estas premissas, com fundamentos técnicos e documentais, concluindo pela definição de mercado relevante de produto/serviço;

(15) A sua (legítima) posição **ignora, obscurece e desmerece** os critérios de definição do mercado de produto relevante expedidos pela AdC e, ao contrário da decisão de proibição, revela uma articulação deficiente e deturpada dos factores decisivos, ao ponto de defender a invalidade com fundamento na desconsideração do transporte fluvial e rodoviário individual;

(16) Ora, a consideração destes dois produtos/serviços, respectivamente conexo e autónomo, para efeitos da definição do mercado de produto relevante ou do mercado geográfico encerram, por si só, uma subversão da própria argumentação das Autoras quanto à inexistência de concorrência efectiva entre TST e FERTAGUS antes da concentração, além destas alegações serem desgarradas da mínima e conforme atenção aos expressos fundamentos apresentados pela AdC, ainda que com eles se possa discordar;

(17) Todavia, a AdC não se queda pela conclusão de um efeito de cariz monopolista ou criação de uma posição dominante e quase exclusiva do transporte de passageiros,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

sistematizando os efeitos restritivos advindos da realização da operação de concentração (cfr. 164 e seguintes);

(18) Sobre o efeito de aumentos de preços, a AdC analisa o regime tarifário na regulação da actividade ferroviária (cfr. 167.º a 193.º), mediante a apreciação do Decreto-lei n.º 8/93 de 11 de Janeiro e do contrato de concessão celebrado entre Estado e FERTAGUS, enunciando a revisão anual do tarifário, a base tarifária máxima estabelecida pelo INTF, o processo iterativo de revisão de preços, as restrições de excesso da BTM fixada, a possibilidade de aumento de títulos que gerem maior receita dentro daqueles limites, apoiando-se em elementos técnicos sobre a evolução de preços, em exemplos demonstrativos, concluindo pela capacidade efectiva de manipulação de preços, dentro da limitação da BTM e do despacho normativo do INTF, em função da conveniência e oportunidade para o operador resultante da concentração;

(19) O mesmo excursus é efectuado para o regime tarifário na regulação de preços no transporte rodoviário (cfr. 194.º a 206), aqui tendo como referência a limitação do despacho normativo da DGTT e valores máximos de preços impostos, o que não obstará à possibilidade de aumentos significativos de preços;

(20) Neste conspecto, não há qualquer ilegalidade na avaliação efectuada sobre os efeitos dos aumentos de preço, sendo que as Autoras discordam, motivadamente, das conclusões apresentadas mas não tanto quanto às premissas;

(21) Sobre os efeitos da concentração na qualidade dos serviços (cfr. 213.º a 254.º, a decisão atenta na existência de risco de diminuição da qualidade, perda de incentivos à melhora dos serviços por via da supressão da concorrência no mercado relevante,

(22) Neste segmento, a AdC expressamente apreciou os relatórios sobre qualidade e satisfação apresentados pelas Autoras, referentes aos anos de 2001 a 2013 e a inquérito, aproveitando os dados que daí resultam, nomeadamente a manutenção e constância de um nível médio de satisfação de 2001 a 2004, fazendo este raciocínio prospectivo de transparente coerência: se, num contexto de concorrência efectiva, a TST não registou a um aumento significativo na percepção da qualidade e satisfação do serviço prestado, então, num contexto de pressão concorrencial suprimida, os incentivos exógenos desaparecerão, acrescendo que os



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 223/06.9TYLSB

parâmetros de qualidade como a frequência, cumprimento de horários, número de carreiras, podem não ser respeitados pela TST, s em prejuízo da fiscalização de eventuais infracções;

(23) Ora, não têm razão as Autoras quando referem que a AdC ignora ou desconsidera ilicitamente o contexto de regulação ou a responsabilização sancionatória decorrente do incumprimento das suas obrigações de qualidade de serviços;

(24) O que a AdC faz é um juízo de prognose entre contexto concorrencial e contexto sem concorrência, aferindo dos riscos na deterioração dos serviços, sendo espúrio lobrigar sobre os incentivos das empresas no cumprimento conforme do Direito ou das obrigações da concessão;

(25) A bondade, justeza e equidistância da decisão é evidente quando procede á análise destes parâmetros para a FERTAGUS, evidenciando-se na decisão uma preclara conclusão pelo bom funcionamento da regulação na criação, controlo e sujeição a incentivos à melhoria da qualidade do produto/serviço, com resposta adequada da transportadora;

(26) Por outro lado, como exemplo do grau de pormenorização e detalhe da decisão, é feita uma correlação entre o grau de qualidade do transporte FERTAGUS e dos desincentivos à melhoria da qualidade do transporte TST no cenário pós concentração, mediante a substituibilidade dos serviços em função da qualidade, aferindo-se de uma tendência de aumento da capacidade da FERTAGUS em captar mais clientes e aumentar a sua quota para auferir das vantagens do contrato de concessão (aquisição publica de material circulante adicional com leasing à FERTAGUS);

(27) No que respeita ao risco de ruptura de sistema de passes combinados, entendido este como vantagem para o consumidor, a decisão é especialmente assertiva e isenta no tratamento da informação decorrente do parecer da ATML (cfr. 255.º a 266.º), visto que os actuais incentivos da existência daquele sistema – *cada operador participa no sistema como factor de captação e manutenção e clientes que beneficiam da intermodalidade (com CARRIS ou METRO)* – deixarão de ser verificar caso a ATMS passe a controlar exclusivamente a FERTAGUS e a TST, isto é, passará controlar as únicas alternativas viáveis em termos de substituibilidade no mercado geográfico relevante;

(28) No que respeita à criação de barreiras à entrada (cfr. 267.º a 286), mais uma vez a atenção da AdC recaí sobre as barreiras regulamentares inerentes à natureza regulada do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

mercado, tanto no acesso à ferrovia, - regime do Decreto-Lei n.º 270/2003 de 28 de Outubro e sujeição a licenciamento do INTF, incluindo o enquadramento da actividade concessionária da FERTAGUS (sendo neste aspecto clamorosa a falta de actualidade da decisão), como no acesso à actividade de transporte rodoviário – RTA, aprovado pelo Decreto-lei n.º 37.242/48 de 31 de Outubro, incluindo o regime de outorga de definição e concessões para carreiras urbanas da competência da DGTT;

(29) Mais uma vez, a fundamentação da AdC aparece em absoluto repudio das alegações das Autoras de desconsideração ilícita do mercado regulado, ao assinalar que a presença da ARRIVA impossibilita o acesso de novos operadores, seja em concessão de novas carreiras seja em extensão de carreiras existentes, apresentando, para tanto, os elementos normativos relevantes como sejam o direito de preferência das actuais concessionárias para criação, extensão ou substituição de carreiras, dependendo a transferência das concessões da própria aquisição da concessão;

(30) Estes elementos normativos, na medida em sejam minimamente relevados e apreendidos, só podem inteligir a conclusão sobre a efectiva existência de barreiras regulamentares, exponenciadas num contexto de concentração de concorrentes no mercado relevante de produto;

(31) Sobre os ganhos de eficiência e sinergias (cfr. 287.º a 292.º), se bem que os dê por não explicitados e quantificados, partindo dos efeitos sobre a pressão concorrencial, o argumento da AdC é fácil de merecer *chancela* de coerência, proveito e atendimento: perante uma possível eliminação da concorrência no mercado relevante *tais ganhos não seriam per se factor de compensação bastante para mitigar as restrições concorrenciais advenientes da realização da operação de concentração*;

(32) Mal se compreende que, à luz dos factores relevantes para apreciação das operações de concentração previstos no art.º 12.º, n.º e 2 da LdC, as Autoras invoquem esta omissão, confundindo os ganhos de eficiência e sinergias com o pressuposto do contributo da concentração para a competitividade internacional da economia nacional, sendo certo que a justificação económica de uma operação de concentração trará, etiológica e necessariamente, aquelas vantagens para qualquer operador económico num contexto de escolha racional;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.N.º 223/06.9TYLSB

(33) O ponto é que esses ganhos e vantagens não implicam qualquer valoração prevalente sobre os demais riscos concorrenciais assinalados, nem tão pouco importam como factor de análise e da decisão da AdC no procedimento de controlo de concentrações;

(34) Sobre o ponto da afectação de concorrentes no mercado conexo da travessia fluvial (cfr. 293 a 297), a avaliação da AdC também se ajusta a critérios objectivos e de análise criticamente fundamentada, quando expõe que existe possibilidade (diferente de intenção) de as notificantes condicionarem, reduzirem ou suprimirem o acesso à TRANSTEJO uma vez que o rebatimento a esse operador é feito exclusivamente co recurso à TST e MTS, verificando-se os mesmos riscos no que respeita à denuncia dos passes multimodais;

(35) A avaliação jusconcorrencial representa outro exercício de fundamentação clara e de encadeamento lógico, sem tergiversão nem quaisquer erros grosseiros de interpretação ou avaliação dos factores descritos no art.º 12.º da LdC;

(36) Para tanto e para arrematar de improcedentes as alegações das Autoras, cumpre chamar a este segmento os pareceres dos assessores técnicos da fase judicial e nomeados pelo Tribunal, que vieram confirmar, integralmente, a correcta avaliação jusconcorrencial e técnica da AdC;

(37) Efectivamente, e remetendo para a decisão da matéria de facto, o parecer do Dr. Fernando Branco confirmou a correcção da decisão na definição de mercado relevante, na identificação dos entraves significativos à concorrência efectiva decorrente de uma posição dominante e no risco daquela operação poder afectar os interesses dos consumidores, com contributo negativo para a economia nacional;

(38) Por outro lado, o parecer do Dr. Nuno Alexandre Cavaco veio confirmar os elementos técnicos veiculados pela AdC quanto à substituibilidade/insostituibilidade dos meios de transporte analisados, quanto à natureza da intermodalidade; quanto à alternatividade e conexidade do transporte fluvial e quanto à fragilidade na utilização singular do critério único da abordagem lugar de origem/destino para identificar mercados geográficos relevantes no eixo Lisboa/Setúbal via travessia da Ponte 25 de Abril;

(39) Perante estes pareceres, soçobra da posição das Autoras um **evidente e grosseiro erro de apreciação dos factores de apreciação descritos no art.º 12.º, n.º 2 da LdC** que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

contamina toda a avaliação jusconcorrencial da causa de pedir, especialmente notório quando se percebe que as Autoras defendem um pressuposto de análise em que não há concorrência entre transportes colectivos de passageiros no eixo Lisboa/Setúbal via travessia da Ponte 25 de Abril ou que o mercado relevante teria de ser considerado para cada par origem/destino de cada ligação individual rodoviária, ferroviária ou fluvial, isto é, um mercado relevante de produto/serviço por cada carreira ou estação ferroviária;

(40) Paradoxalmente, a causa de pedir da Autoras também parece assumir uma perspectiva em que o mercado geográfico relevante corresponderia à grande área metropolitana de Lisboa, quando o produto/serviço relevante só poderá ser a deslocação face ao perfil dos utentes dos serviços de transporte e que não se verifica qualquer substituíbilidade ou alternatividade entre os transportes colectivo que operam exclusivamente na área de Lisboa e os que realizam a travessia via ponte 25 de Abril;

(41) Também paradoxal é a posição das Autoras perante o transporte colectivo fluvial e rodoviário individual, pois que, no mesmo passo em que ataca a caracterização como mercado conexo e como meio não alternativo, respectivamente, defende que todos os meios de transporte de passageiros são autónomos entre si fora de cada par origem/destino, sem que exista concorrência efectiva;

(42) A argumentação das Autoras quanto à absoluta ausência de substituíbilidade entre os modos de transporte colectivo ferroviário e rodoviário (em prol da intermodalidade) arrasa, inclusive, qualquer contributo de razoabilidade que pudesse intervir em seu auxílio, posto que, além de afrontar parâmetros técnicos de análise, representa uma distorção no bom senso e regras de primeira aparência quando aplicadas ao normal devir das deslocações sociais entre as duas margens do rio Tejo;

(43) As premissas da AdC quanto à substituíbilidade dos modos de transporte ferroviário, rodoviário e fluvial colectivos e rodoviário individual são claras, evidentes e logicamente apreensíveis, permitindo que os seus argumentos sejam revistos e comprovados;

(44) Não há nestas posições rigor ou objectividade técnica minimamente útil para que se possa defender a bondade da sua pretensão;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

(45) Aliás, as Autoras partem de erradas e desinformadas concepções dos factores determinantes do mercado de produto relevante e do mercado geográfico, ainda que a elas tenham total direito de alegação e oportunidade de defesa

(46) A avaliação jusconcorrencial da causa de pedir também obscurece a apreciação do contexto regulado no corpo da decisão, sendo certo que não subsiste da enumeração das decisões de autoridades estrangeiras ou dos arestos de jurisprudência comunitária elencados e acima discriminados qualquer impossibilidade de restrição da concorrência, pelo menos em termos que demandem um controlo jurisdicional da legalidade da decisão administrativa;

(47) Ao contrário do que alegam, a demonstração de “entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste”, nos termos do art.º 12.º, n.º 4 da LdC e como síntese da decisão de proibição, parte de elementos objectivos e tecnicamente rigorosos, criteriosamente seleccionados e invocados, sem falácias lógicas ou sofismas argumentativos, evidenciando-se sempre, ao longo da decisão, um cuidado na transmissão do pensamento racional e na sedimentação dos vários fundamentos, que está estratosféricamente remoto de uma conduta ilícita, ilegal ou desprimorosa para com as funções de regulador.

*

Nestes termos, **compulsando a decisão da AdC por confronto com o presente objecto processual e causa de pedir das Autoras, afigura-se-nos preclaro que não subsistem erros manifestos na interpretação do quadro jurídico referencial ou dos conceitos jusconcorrenciais.**

A decisão da AdC revela um cuidado argumentativo e racional na enunciação de todos os dados pertinentes para a compreensão da relação a estabelecer entre a operação de concentração em causa e os entraves significativos à concorrência efectiva, por recurso à sua competência e espaço de conformação técnica enquanto regular e supervisor.

A construção discursiva e a sedimentação dos elementos úteis à decisão servem às conclusões da síntese da avaliação jusconcorrencial da decisão da AdC (cfr. 298.º a 321.º) que aqui se reiteram.

Não sendo patentes invalidades previstas nos artigos 133.º e 135.º do C.P.A; inexactidões materiais, técnicas ou jurídicas, o controlo e fiscalização jurisdicional da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

decisão deve respeitar a discricionariedade da AdC quanto ao entendimento acima exposto no que diz respeito à existência de riscos de criação de entraves significativos à concorrência efectiva no mercado relevante decorrentes da operação de concentração notificada pelas Autoras.

Os pedidos de declaração de nulidade ou de anulação da decisão da AdC com fundamento nos vícios ora apreciados têm-se por manifestamente improcedentes, secundando-se o entendimento já veiculado na decisão do procedimento cautelar.

* *

5.5. Dos vícios materiais da apreciação da operação de concentração.

A arguição dos vícios materiais da apreciação da operação de concentração e dos elementos do inquérito, por referência aos pontos 4 e 7 do objecto de litígio e aos pontos IX (artigos 169.º a 203.º) e XII (artigos 286.º a 347.º) da petição inicial, merecem que se proceda ao mesmo compasso económico utilizado para os vícios precedentes:

(1) A consideração dos compromissos não representa uma formalidade essencial do procedimento de controlo de concentrações, consubstanciando, outrossim, um dever de gestão do processo sob a égide dos princípios da boa-fé, da cooperação leal e da administração aberta;

(2) O art.º 35.º, n.º 3 da LdC expressamente refere que *as decisões [de não oposição] tomadas pela Autoridade podem ser acompanhadas da imposição de condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pelos autores da notificação com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva.*

(3) Neste seguimento e apesar da omissão na consideração de compromissos puder configurar invalidade não necessariamente reconduzível a vício de violação de lei do art.º 12.º, n.º 3 da LdC, entendemos que a AdC concedeu efectiva oportunidade procedimental para que as Autoras apresentassem compromissos comportamentais e estruturais, tendo reservado amplo espaço de conhecimento das observações que manifestavam entendimento opostos às conclusões da AdC (cfr. 358.º a 391.º) e dos referidos compromissos (cfr. 392.º a 456.º e 541.º a 547.º);

(4) Neste enquadramento e feita a leitura daqueles pontos, dificilmente se pode sustentar que ocorreu uma desconsideração ilícita dos compromissos apresentados, tendo-se



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

verificado, tão só, uma total improcedência do contributos desses compromissos para debelar os riscos concorrenciais decorrentes da operação de concentração;

(5) Ainda assim, atente-se que estes compromissos só podem importar se forem aceites pelas notificantes os tais entraves significativos à concorrência efectiva, porquanto a aferição da premência e viabilidade daqueles depende de um juízo de correlação com potenciais efeitos negativos na concorrência efectiva no mercado relevante;

(6) Mas, supondo aqui uma defesa por via subsidiária, a AdC identifica e enumera todos os compromissos comportamentais assumidos, com subdivisão em compromissos de parâmetros de qualidade (cfr. 394.º), de preços e passes combinados (cfr. 395.º) e de mecanismos de monitorização (cfr. 396.º);

(7) A AdC clarifica o enquadramento e relevância jurídica destes compromissos em função do princípio básico de que o objectivo básico é assegurar estruturas de mercado concorrenciais e que tais compromissos não podem representar uma mera promessa;

(8) A argumentação é assaz lógica e estruturada: verificados determinados riscos concorrenciais, os compromissos devem assumir um conteúdo de efectividade, de vinculatividade e de imediata operacionalidade, rejeitando-se soluções de conteúdo meramente voluntarioso ou programático;

(9) Em crescendo de coerência, refere a AdC que a lista de compromissos comportamentais reportam-se a áreas excluídas da sua competência de fiscalização e supervisão, pelo que a razoabilidade e proporcionalidade daqueles dependeria de uma avaliação que só as respectivas entidades reguladoras estariam habilitadas a realizar (cfr. 400.º e 401.º);

(10) Torna-se claro que os compromissos comportamentais sobre os parâmetros de qualidade e de preços e passes combinados não poderiam auferir de um juízo de efectividade, de vinculatividade e de imediata operacionalidade por parte da AdC pro corresponderem a atribuições de outras entidades;

(11) Este mesmo esclarecimento é transmitido pela AdC quando refere que os compromissos comportamentais propostos tratam-se de medidas que necessitam de acompanhamento a médio ou longo prazo, que não são eficazmente exequíveis a curto prazo e que, após execução, sempre teriam de ter acompanhamento adicional;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

(12) Esta fundamentação só pode merecer imediato apoio e valência, cujo repúdio poderia subverter o próprio papel da AdC no controlo de concentração e da sua função administrativa na área da concorrência;

(13) Depois, sobre a apresentação do compromisso estrutural de alienação das carreiras da TST que integram o mercado relevante, surge preclaro que esta possibilidade iria obviar aos principais fundamentos da decisão de proibição, pois que por via dela se manteria pressão concorrencial no mercado do produto/serviço, atenuando até a operação de concentração;

(14) A AdC, percebendo da adequação deste compromisso à viabilização da operação da concentração, analisa a proposta do desinvestimento em termos de exequibilidade e resultado do desinvestimento nas preocupações jusconcorrenciais (cfr. 422.º)

(15) Quanto ao primeiro aspecto, a AdC começa por dizer que as carreiras TST a alienar representam um conjunto de activos que depende funcionalmente do resto da operação da ARRIVA, desconhecendo se a operacionalidade daquelas carreiras se bastaria com a cessão das concessões, se dependeria da alienação de outros factores (autocarros, pessoal, equipamentos) ou qual a viabilidade das carreiras pela participação no sistema de passes multimodais;

(16) Nenhuma destas áleas foi suprida pelas Autoras na fase administrativa ou na fase judicial;

(17) Não obstante, o compromisso assumido, por depender da intervenção de uma empresa terceira, apresenta-se manifestamente incerta, precária e sujeita a um conjunto de eventos supervenientes incertos de verificação incerta;

(18) Neste particular, como é apanágio ao longo de toda a decisão, a AdC faz acompanhar os seus fundamentos de critérios objectivos de fonte comunitária (cfr. 427.º e 428), sendo neste caso o conceito de Potencial Adquirente que importa compulsar;

(19) O compromisso só podia relevar para efeitos de exequibilidade do desinvestimento se surgisse um adquirente que reunisse um conjunto de requisitos e garantias que, com a devida segurança, o transformassem num concorrente efectivo no mercado relevante;

(20) Ora, a nomeação da empresa Isidoro Duarte, Lda., nos termos em que foi feita na petição inicial e principalmente nos termos em que consta no processo administrativo (cfr.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

430.º e 431.º) é pouco mais que uma declaração de interesse negocial, sem qualquer fundamento, assertividade ou concretização que justifique um juízo minimamente adequado sobre a viabilidade ou exequibilidade do compromisso de desinvestimento;

(21) Não se bastando com este argumentário, a decisão avança, ainda, na consideração de que a mera ausência de sobreposição no mercado relevante não seria suficiente, por si só, para resolver os problemas jusconcorrenciais assinalados (cfr. 433.º a 456.º), porquanto, por um lado, a posição concorrencial do Potencial Adquirente teria de equivaler à posição do concorrente alienante desenvolvendo o mesmo grau de concorrência conferido por toda a rede TST na margem sul, e, por outro, a ATMS manteria sempre uma quota de mercado relevante que faz presumir a existência de posição dominante, o que sempre afectaria a procura das carreiras alienadas e prolongaria as preocupações jusconcorrenciais apresentadas;

(22) Perscrutada esta fundamentação, **temos que a desconsideração dos compromissos comportamentais e estruturais apresentados pelas Autoras é clara e notoriamente lícita, razoável e esteirada em argumentos logicamente perceptíveis, atendíveis e de conjugação exemplar com os elementos procedimentais;**

*

(23) Continuando sobre os vícios matérias da apreciação jusconcorrencial em causa, a regularidade na definição dos inquéritos e a utilização dos seus elementos não revela qualquer distorção ou excesso de pronúncia por parte da AdC, sublinhando-se que as alegações das Autoras são, neste aspecto, quase temerárias perante os elementos procedimentais descritos na decisão e especialmente quanto à elaboração dos inquéritos;

(24) Como já se referiu, a consideração diferenciada dos pares origem/destino distintos constitui um pressuposto distorcido, erróneo e despiciendo na definição do mercado relevante;

(25) O afastamento da AdC desses pressupostos não foi arbitrariamente ou liminarmente determinado, resultando antes de uma criteriosa definição e conjugação de factores objectivos;

(26) A metodologia seguida pela AdC é conforme à utilizada pela Comissão Europeia, conforme resulta do parágrafo 13 da Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante, e considerada no presente processo, através das características do produto ou serviço e finalidade de utilização; dos preços do produto; das preferências dos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

consumidores reveladas pela realização de um inquérito; e dos elementos sobre a substituíbilidade no passado;

(27) As Autoras atêm-se em elementos circunstanciais do resultado do inquérito, cuja metodologia não infirmam, para sustentar uma concepção sobre o grau de substituíbilidade existente entre os meios de transporte da FERTAGUS e dos TST que, comprovadamente, se mostrou enfermo de manifesto erro de apreciação;

(28) Partindo do aproveitamento diametral dos resultados expostos nos pontos 73.º e 74.º da decisão no sentido de que 80,80% dos utentes FERTAGUS não consideram os TST como uma alternativa à FERTAGUS e que 62% dos utentes TST não consideram a FERTAGUS como uma alternativa, as Autoras chegam à *interpretação correcta de tais inquéritos e questões de facto se conclui que os produtos de mercado ora em confronto não apresentam qualquer substituíbilidade (hipotética) e permanecem, por isso, em mercados diferenciados*;

(29) Salvo o devido respeito, a prevalência interpretativa destas valorizações diametraes dos resultados dos inquéritos ou a exclusividade dessas interpretações para determinar o conteúdo de um conceito eminentemente técnico, representam um *salto de fé* na fundamentação da pretensão das Autoras ao arrepio de qualquer metodologia ou análise objectiva, suficiente para desguarnecer a imputação da referida deturpação como simples expediente retórico;

(30) Da leitura das alegações rapidamente se percebe que a aludida deturpação mais não é do que uma singela discordância argumentativa no tratamento dos dados estatísticos, legítima mas de pouca monta para tanger com a profundidade da avaliação jusconcorrencial trazida pela decisão;

(31) A proporção das respostas referidas nos pontos 75.º a 78.º da decisão são referidos como valores economicamente significativos e susceptíveis de impor pressão competitiva sobre a alternativa correspectiva, pelo que a AdC não retira daquelas respostas qualquer conclusão absoluta, peremptória ou excludente dos valores diametraes apresentados pelas Autoras, falecendo qualquer argumento sobre a desconsideração desses valores;

(32) Na escolta do nosso entendimento, sobre a substituíbilidade efectiva, a AdC expressamente refere que o *preço e qualidade*, motivos apresentados por 64,3% das respostas



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

que admitiram substituição entre transporte ferroviário e rodoviário, são, *em maior ou menor grau, controláveis pelas partes, o que corresponde a 10.67% do total de utentes;*

(33) *De novo*, as Autoras vêm aos autos simplesmente comunicar uma discordância com a caracterização das respostas como *economicamente significativas*, sendo certo que comete *novo* excesso de alegação quando diz que a *Autoridade da Concorrência considera, no n.º 82 da Decisão, que as características do modo de transporte constituem um motivo controlável pelas partes;*

(34) O problema da qualidade de serviço e regulação dos preços foi proficientemente analisado pela AdC a propósito dos efeitos concorrenciais da concentração no mercado de produto relevante e em termos de incentivos à melhoria vs degradação da qualidade ou incentivo à rentabilização da margem do regime tarifário regulado, como acima se expôs, pelo que a utilização estilística da expressão *em maior ou menor grau* está devidamente enquadrada e surge sequente daquela fundamentação;

(35) Neste conspecto, sendo a qualidade e o preço aspectos do mercado regulado que permitem uma intervenção, participação ou conformação marginal das respectivas operadoras, então dificilmente se pode defender a desvalorização daquelas respostas na apreciação jusconcorrencial;

(36) O mesmo vale para a crítica das Autoras à desconsideração de parte dos utentes TST que responderam que já utilizaram o comboio, utilizando *presentemente* o autocarro, concluindo que as percentagem de 13,51% apontada no ponto 83.º da decisão (alternatividade determinada por motivos, *em maior ou menor grau, controláveis pelas partes*) deveria ser reduzida para valores irrisórios e demonstrativos que estes dois tipos de serviços não são substituíveis entre si;

(37) E o mesmo vale para a crítica das Autoras à desconsideração de parte dos utentes da travessia Lisboa/Polo Universitário que responderam que já utilizaram o comboio, utilizando *presentemente* o autocarro, concluindo que a percentagem de 10,08% apontada no ponto 86.º da decisão (alternatividade determinada por motivos, *em maior ou menor grau, controláveis pelas partes*) deveria ser reduzida para valores irrisórios e demonstrativos que estes dois tipos de serviços não são substituíveis entre si;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

(38) Efectivamente, a opção técnica da Adc pela característica da substituíbilidade entre os meios de transporte FERTAGUS e TST foi devidamente debatida na decisão e posteriormente validada pela prova produzida na fase judicial, correspondendo a um factor de definição do mercado relevante de produto/serviço;

(39) Por outro lado, a AdC não esconde nem obscurece os valores, apresentando frontalmente a afirmação que entre 10 e 145 dos utentes TST e da FERTAGUS já mudaram de transporte por razões que são controláveis pelas partes (cfr. 84.º), procurando, isso sim, defender que esta parcela não é despicienda para efeitos de substituíbilidade efectiva;

(40) O raciocínio invertido das Autoras de enunciar, antagonicamente, os valores dos utentes que não mudaram de transporte por razões que são controláveis pelas partes, não fere nem tange com a exactidão técnica da decisão nem infirma o juízo económico que lhe esta adequado e justificado, estando as conclusões sobre a substituíbilidade efectiva dos produtos/serviços concorrentes devidamente sustentadas pela AdC;

(41) Sobre a consideração dos elementos da substituíbilidade no passado, procuram as Autoras atacar a noção de mercado geográfico relevante pela alegação de que os dados tratados nos pontos 89.º a 102.º da decisão reflectem uma contradição insanável na avaliação jusconcorrencial;

(42) A análise dos elementos da substituíbilidade no passado, como resulta óbvio da fundamentação, representa uma vertente da análise de elementos referentes a acontecimentos e perturbações recentes que ilustrem a ocorrência de substituição (cfr. 89.º), pelo que não pode ser confundido com qualquer factor relevante, preponderante ou prevalente na definição de mercado geográfico ou de produto/serviço relevante, intrinsecamente vincutivo para a fundamentação da decisão;

(43) São, como se aduz, dados históricos corroborativos, indiciadores ou sinalizadores da substituíbilidade efectiva, como um critério de comprovação ou verificação das conclusões precedentes;

(44) Como bem apontam as Autoras, a Adc não deixa de importar esses dados históricos na medida da fragilidade, precariedade ou insuficiência dos seus contributos, assinalando apenas que *tal indicia fortemente a ocorrência de uma substituição entre os dois serviços em virtude do início da actividade ferroviária da FERTAGUS na Ponte 25 de Abril,*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 223/06.9TYLSB

conjecturando, até, a circunstância hipotética da distribuição proporcional da variação pelos diferentes meios de transporte (individual ou colectivo), o que só acresce à profundidade da análise veiculada pela decisão;

(45) Não subsiste, pois, qualquer tergiversão, subversão ou contradição no tratamento dos elementos da substituíbilidade no passado.

*

Para finalizar esta parte da decisão, a **decisão da AdC de proibição proferida no processo Ccent. 37/2004 não padece de qualquer invalidade com fundamento em vício de violação de lei, designadamente do artigo 35.º, n.º 3, conjugado com o art.º 37.º, n.º 2 da Lei da Concorrência aplicável, por manifesto erro na apreciação dos compromissos assumidos; por erro manifesto de apreciação do inquérito para aferição do grau de substituíbilidade entre os meios de transporte ferroviário e rodoviário na travessia da ponte 25 de Abril, nem com fundamento em erro de facto consubstanciado na utilização de dados estatísticos deturpados.**

* *

5.6. Dos argumentos residuais.

Atendendo ao objecto do litígio definido no despacho saneador, do excursus que acima efectuamos sobre a decisão de proibição proferida pela AdC no proc. Ccent. 37/2004 não vislumbramos qualquer procedência, fundamento ou viabilidade de imputação à decisão de *vício anormal ou especialmente grave* passível de um juízo de invalidade, e por preterição de outros vícios de violação de Lei ou de princípios estruturantes e transversais do processo administrativo, concretamente enunciados no ponto XII da petição (artigos 348.º a 394.º).

Os problemas da fundamentação e da preterição de formalidades essenciais foram conhecidos nos pontos 5.3. e 5.4. em razão dos pontos de ordem inerentes ao objecto da decisão, factualidade provada e limites do controlo jurisdicional da actividade administrativa.

Os argumentos quanto à desproporcionalidade e arbitrariedade da decisão (cfr. artigos 311.º, 317.º e 318.º da petição) ou desvio de poder não consubstanciam qualquer substrato jurídico passível de subsunção ao vício de poder subjectivo, configurando, antes de mais, reiteração da discordância sobre a avaliação jusconcorrencial feita pela AdC, no que diz



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 223/06.9TYLSB

respeito aos indicadores económico-financeiros e à viabilidade dos compromissos comportamentais e estruturais, profusamente debatida nos autos.

A aludida violação dos princípios da legalidade, da boa-fé, da confiança, da igualdade e da proporcionalidade não aufere de autonomia argumentativa em relação aos vícios jusconcorrenciais, materiais, formais e procedimentais já apreciados nesta decisão, servindo apenas de alegação residual na causa de pedir das Autoras, especialmente no que diz respeito à legalidade da decisão por confronto com os pressupostos de decisão do art.º 12.º da LdC; aos critérios de definição do mercado de produto relevante; à aferição dos entraves à concorrência ou quanto ao carácter regulado da actividade comercial desenvolvida.

A instrução dos autos com anteriores decisões da AdC em processos de concentração é, por si só, espúria e inútil para a apreciação casuística, não resultando daquelas decisões (elencadas na fundamentação de facto) qualquer tratamento discriminatório porque o contexto jusconcorrencial é asseveradamente diferente e ausente de equivalência económica.

Os compromissos apresentados foram desmerecidos pela decisão com fundamento em razões objectivas, logicamente perceptíveis e substantivamente procedentes.

Não se alcança a vertente da protecção da confiança das Autoras pela definição do mercado relevante e a enunciação das preocupações jusconcorrenciais, decorrendo da tramitação uma regular e ampla garantia de contraditório e audição dos interessados.

A violação dos artigos 3.º, 5.º e 6.º-A do CPA aplicável é, portanto, flagrantemente inatendível na parte em que representa um fundamento da impugnação acrescido aos demais vícios objecto da nossa pronúncia, soçobrando-lhe apenas alegações vazias de conteúdo e/ou tautologicamente repetitivas.

De acordo com a fundamentação da decisão, escrutinada e secundada nesta instância decisória, a decisão de proibição afigura-se-nos uma restrição da liberdade de iniciativa económica das Autoras necessária, adequada e proporcional para atingir os objectivos prosseguidos de defesa da concorrência efectiva no mercado relevante, servindo os interesses legais da regulação da concorrência.

As alegações sobre o dolo, a premeditação de frustração ou a conduta persecutória da operação são absolutamente falíveis perante a sindicância da fundamentação da decisão, surgindo em excesso litigante, e até desnecessário para a defesa da pretensão das Autoras.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Os argumentos enunciados no ponto XII da petição (artigos 348.º a 394.º) estão destituídos de aproveitamento relevante para a questão da legalidade da decisão, servindo como síntese retórica do entendimento das Autoras, legítimo mas sistemática e totalmente improcedente de acordo com o controlo que vimos exercendo.

Como tal, as alegações subsidiárias das Autoras surgem, neste aspecto, ineficientes para sustentar o preenchimento de eventual vício administrativo gerador de nulidade ou anulabilidade da decisão.

Nega-se, então, provimento ao fundamento de invalidade por vício de violação de lei (*falta de fundamentação – arts.º 124.º e 125.º do CPA*), por desvio de poder subjectivo (*arbitrariedade – art.º 266.º, n.º 2 da CRP e 3.º do CPA*) e objectivo (*violação dos princípios de proporcionalidade e da boa fé – arts.º 266.º, n.º 2 da CRP e 5.º e 6.º-A do CPA*) na apreciação dos compromissos apresentados, e ao fundamento de invalidade por desvio de poder objectivo, em violação do princípio da boa fé (*arts.º 266.º, n.º 2 da CRP e 6.º-A do CPA*), da igualdade de tratamento (*arts.º 13 e 266.º, n.º 2 da CRP e 5.º do CPA*), da proporcionalidade (*arts.º 266.º, n.º 2 e 5.º, n.º 2 do CPA*).

*

O pedido de declaração de nulidade ou de anulação da decisão da AdC com fundamento nos argumentos ora apreciados tem-se por manifestamente improcedentes.

*

Cumprida a instância probatória nestes autos principais, nos termos da apreciação que antecede, **verifica-se que a declaração de nulidade ou de anulabilidade da decisão da AdC no processo Ccent. 37/2004 não aufere de juízo de viabilidade jurídica, pelo que terá de ser proferida uma decisão de improcedência total.**

**

5.7. Da litigância de má-fé.

Defende a Ré AdC que as Autoras litigam de má-fé – **ponto 12 da contestação (artigos 424.º a 481.º)**, imputando, em síntese, à conduta processual das Autoras, vertida nas alegações da petição inicial, o uso ilegal e reprovável do processo, através de argumentação falsa, ofensiva e claramente difamatória da Autoridade da Concorrência, com o propósito de obstar



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 223/06.9TYLSB

à justa conclusão do litígio, em violação directa e expressa do previsto no artigo 456.º, n.º 1 al. a), b) e c) do CPC.

*

Nos termos do artigo 266.º, n.º 1 do Código de Processo Civil (doravante C.P.C.), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44 129, de 28 de Dezembro de 1961 e na redacção do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, aplicável ex vi art.º 1.º do C.P.T.A., devem as partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio, e nos termos do artigo 266-A do C.P.C. as partes têm o dever de pautar a sua actuação de acordo com um comportamento processual conforme aos princípios da boa-fé.

No tempo mediado entre a apresentação dos articulados principais e esta decisão, foi aprovado um novo Código de Processo Civil (doravante NCPC) aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho e em atenção, que manteve aquele regime e princípios de colaboração nos artigos 7.º, 8.º e 9.º).

Dispõe o art.º 456.º do C.P.C. (integralmente correspondente ao art.º 542.º do NCPC) quanto à responsabilidade e noção de má-fé processualmente relevante, e no que ora nos compele, “1. *Tendo litigado de má fé, a parte será condenada em multa e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir.* 2. *Diz-se litigante de má fé quem, com dolo ou negligência grave: a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa; c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação; d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a acção da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.* 3. *Independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admitido recurso, em um grau, da decisão que condene por litigância de má fé*”.

O número 2 do artigo elenca situações que constituem actuações ilícitas da parte, que supõem a violação deveres legais e processuais, como sejam o dever de verdade (alínea b)) e o dever de cooperação entre as partes (alínea c)), que só com a reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95 passou a integrar a litigância de má-fé.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.º 223/06.9TYLSB

A intenção do legislador com a inclusão deste corolário processual da boa-fé foi a de sancionar tanto a “*lide dolosa* como a *lide temerária*. A *lide diz-se temerária, quando estas regras são violadas com culpa grave ou erro grosseiro, e dolosa quando a violação é intencional ou consciente. A litigância temerária é mais do que a litigância imprudente, que se verifica quando a parte excede os limites da prudência normal, actuando culposamente, mas apenas com culpa leve, a qual só é excepcionalmente sancionada*” (LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Anotado*, vol. II, 2ª Edição, Coimbra Editora, pág. 219).

A orientação legislativa do Decreto-Lei nº 329-A/95 (mantida no NCPC) foi mais assertiva no sentido de sancionar quer o dolo quer a negligência grave, contemplando a litigância temerária sempre que a parte que tivesse deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não podia razoavelmente desconhecer, e com isso impedisse a descoberta da verdade, entorpecesse a acção da justiça ou agisse com base num qualquer objectivo ilegal ou quando quisesse atingir finalidade não tutelada pela lei. Substitui-se o necessário conhecimento da falta de fundamento da oposição deduzida pela obrigação de conhecer a falta de fundamento da mesma oposição.

A doutrina distingue, ainda, entre má-fé substancial ou instrumental, consoante se actua no sentido de conseguir uma decisão injusta ou quando esteja em causa um comportamento processual sem comprometimento imediato da justa composição do litígio e da verdade material.

Não obstante a maior responsabilidade de actuação das partes consagrada na reforma de 1995, para se imputar a uma pessoa a qualidade de litigante de má-fé, imperioso se torna que se evidencie, com suficiente nitidez, que a mesma tem um comportamento processualmente reprovável, isto é, que com **dolo ou negligência grave**, “*deduza pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar ou que altere a verdade dos factos ou omita factos relevantes* ou, ainda, que *tenha praticado omissão grave do dever de cooperação*” (neste sentido LEBRE DE FREITAS, obra citada, pág. 220), nas expressões do nº 2 do art.º 456º do CPC (correspondente ao art.º 542.º, n.º 2 do NCPC).

Coligindo alguma jurisprudência, “*litigância de má fé traduz-se na violação do dever de probidade que o artigo 264º do CPC impõe às partes: dever de não formular pedidos injustos, não articular factos contrários à verdade e não requerer diligências meramente*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

dilatórias. 2. O artigo 456º do Código de Processo Civil, ao referir, na redacção advinda da Reforma de 1995, o dolo ou negligência grave como tipificadores da litigância de má fé, passou a sancionar, ao lado da litigância dolosa, a litigância temerária: quer o dolo, quer a negligência grave, caracterizam hoje a litigância de má fé, com o intuito, como se lê no preâmbulo do diploma, de atingir uma maior responsabilização das partes” - Acórdão do STJ de 30/09/2004, processo nº 1. 04B2279, relator ARAÚJO BARROS, disponível em dgsi.pt.

No entanto não basta que se prove ou se decida o contrário do alegado para que se possa formular o juízo de censura subjacente à boa-fé. O Supremo Tribunal de Justiça tem vindo a entender que a garantia de um amplo direito de acesso aos tribunais e do exercício do contraditório, próprias do Estado de Direito, são incompatíveis com interpretações demasiado restritivas e apertadas do artº456º.

“A ousadia de uma construção jurídica julgada manifestamente errada não revela, por si só, que o seu autor a apresentou como simples cortina de fumo da inanidade da sua posição processual, de autor ou réu. Há que ser, pois, muito prudente no juízo sobre a má fé processual - STJ de 11/12/2003, processo 03B3893, relator QUIRINO SOARES, acessível em dgsi.pt.

“Para a condenação como litigante de má fé, exige-se que o procedimento do litigante evidencie indícios suficientes de uma conduta dolosa ou gravemente negligente, o que requer grande cautela para evitar condenações injustas” - do STJ, de 28/05/2009, relator ÁLVARO RODRIGUES, processo nº 09B0681, disponível em dgsi.pt.

*

Vejamos.

Pela decisão que vai tomada, a pretensão das Autoras não mereceu qualquer procedência, ainda que a expensas de uma tramitação processual bastante protelada, com actos de instrução de natureza técnica, mediante a intervenção de assessores académicos e a expensas de uma problematização dos temas a decidir complexa.

O notório protelamento dos autos, repetidamente apontado nesta decisão, não pode ser imputado às partes, assinalando-se que a tramitação do processo neste Tribunal e principalmente durante o tempo da nossa intervenção decorreu sem quaisquer incidentes, em



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

espírito de franca cooperação e lealdade, cujo ponto de referência terá de ser a urbanidade, ponderação e civilidade que marcarão a produção de prova consequente do despacho saneador, mesmo quando os pontuais requerimentos não eram deferidos, sendo certo que sempre subsistiram expedientes processuais ao dispor das partes susceptíveis de obstar ao andamento regular do processo e que, ainda assim, não foram utilizados.

Foi com essa colaboração e cooperação leal que se pode conduzir este processo ao presente termo.

Dito isto, a posição da Ré na arguição é compreensível e aceitável na medida em que, de um ponto de vista exterior ou equidistante, os recursos argumentativos utilizados pelas Autoras na petição inicial (descritos nos artigos da contestação) são passíveis de serem classificados como excessivos, agressivos e até quase temerários, sendo certamente evitável, por padrões deontológicos mínimos, que se faça uso dessas expressões para demonstração da bondade de certas pretensões e especialmente quando do lado de lá estão profissionais e destinatários merecedores de permanente respeito.

Todavia, entendemos que, entre o espaço de crítica e o sancionamento da litigância de má-fé, essas alegações ainda se podem inscrever na liberdade, veemência e criatividade alegatória ínsita a qualquer lide jurisdicional e muitas vezes inevitáveis quando se voga ao sabor da pena, sempre marcada por dissídios, oposições e confrontações gnosiológicas.

Este entendimento está, no caso dos autos, confirmado pela tramitação posterior aos articulados e pela inexistência probatória de condutas factualmente subsumíveis ao art.º 456.º do C.P.C.

Não expomos este pensamento por ingenuidade ou timidez, pois que também as nossas próprias decisões são, foram e serão pessoalmente atacadas, *ad hominem*, com recursos estilísticos certamente residentes no espaço da fronteira com a litigância de má-fé, havendo que agir com ponderação no sancionamento destas condutas, sob pena de se desviarem as finalidades da acção judicial.

Também não serve este pensamento para diminuir as alegações da Ré, manifestamente fundadas pelo teor das alegações das Autoras e manifestamente beneficiárias do resultado da acção e da apreciação dos fundamentos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Assim, para tal desiderato a condenação por litigância deverá atender a factores *ambientais, procedimentais e circunstanciais*, os quais neste caso terão de se encontrar na análise das tipificações do art.º 456.º, n.º 2 do C.P.C. em função do andamento do processo desde a conduta praticada.

Por conseguinte, não há indícios que as Autoras tenham deduzido pretensão cuja falta de fundamento não deviam ignorar; que tenham alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa ou que tenham feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a acção da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.

Por outro lado, a possibilidade daquelas alegações escritas configurarem omissão grave do dever de cooperação entre as partes não podem ser desatendida do que aconteceu desde então, denotando-se um tratamento idóneo e urbano entre as partes e mandatários ao longo do processo, sendo inescapável a circunstância de estarmos a discutir o sancionamento de expressões escritas há cerca de 10 anos.

Nestes termos não se vislumbra que a conduta das Autoras, com a formulação do pedido e da causa de pedir, resultasse num uso inadmissível dos expedientes processuais, ao dispor da gestão e estratégia processual das partes.

Da matéria dada como provada e com interesse para os autos, não resulta manifesto qualquer comportamento que se traduza num uso reprovável dos meios processuais, e que consubstancie uma actuação, no mínimo negligente, que impeça a justa composição do litígio, fora do quadro normal do exercício legítimo do contraditório.

Não se admite, então, a necessidade de um sancionamento acrescido das partes além da improcedência/procedência e responsabilidade por custas.

Somos, então, a concluir que a conduta das Autoras, e bem assim da Ré, não revelou indícios suficientes de uma conduta dolosa ou gravemente negligente, indeferindo-se a condenação por litigância de má-fé.

* * *

*

VI. DAS CUSTAS PROCESSUAIS.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.º 223/06.9TYLSB

Nos termos do art.º 527.º do NCPC, ex vi art.º 1.º do C.P.T.A. a decisão que julgue a acção ou algum dos seus incidentes ou recursos condenará em custas a parte que a elas houver dado causa ou, não havendo vencimento da acção, quem do processo tirou proveito.

Acrescenta o n.º 2 do citado normativo legal o seguinte: “*entende-se que dá causa às custas do processo a parte vencida, na proporção em que o for*”.

Considerando que o Tribunal não concedeu qualquer procedência à pretensão das Autoras, sendo certo que também improcedeu o pedido de condenação das Autoas como litigantes de má-fé, importa conferir aplicabilidade às regras de tributação processual que seguem um critério de condenação em respeito pelo vencimento e proveito das pretensões tratadas pela decisão jurisdicional, concretizando a responsabilidade pelas custas processuais consignada na sentença, em função do decaimento supra assinalado.

Pelo exposto, dever-se-á tributar **custas pelas Autoras e pela Ré, na proporção de 9/10 para as Autoras e 1/10 para a Ré**, nos termos do art.º 427.º, n.º 1 e 2 do NCPC e art.º 6.º, n.º 1 e TABELA I-A do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei nº 34/2004 de 26 de Fevereiro, assinalando-se que a Ré auferiu de isenção de custas nos termos do art.º 4.º, n.º 1 al. g) do mesmo Regulamento.

* * *

*

VII. DECISÃO.

Pelo exposto, e nos termos dos fundamentos enunciados, **decido**:

- **Julgar totalmente improcedente a presente acção especial administrativa e, em consequência, absolver a Ré Autoridade da Concorrência do pedido de anulação da Decisão de proibição à operação de concentração notificada pela Autoras BARRAQUEIRO SGPS, S.A. e ARRIVA INVESTIMENTOS SGPS, S.A., ou à operação tal qual resultou das alterações introduzidas pelos autores da notificação, por não ser a mesma operação susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste;**

- **Julgar totalmente improcedente o pedido de condenação das Autoras como litigantes de má-fé, absolvendo-as do pedido.**

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 223/06.9TYLSB

Custas pelas Autoras e Ré, na proporção de 9/10 para as Autoras e 1/10 para a Ré, nos termos dos arts.º 527.º do novo Código de Processo Civil, por via do art.º 1.º do C.P.T.A. e art.º 6.º, nº 1 e TABELA I-A do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei nº 34/2004 de 26 de Fevereiro, sem prejuízo do benefício de isenção de custas nos termos do art.º 4.º, n.º 1 al. g) do mesmo Regulamento.

*

Registe e notifique, notificando os Ilustres assessores técnicos para apresentarem, no prazo de 10 dias, nota de honorários e despesas.

*

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário
Santarém, 31-10-2016 (conclusão de 04-10-2016)

O Juiz de Direito

Alexandre Leite Baptista