



EUROPEU  
E  
CONCORRÊNCIA

## NESTA EDIÇÃO

### ARTIGOS

#### Processo AIPL / AdC

Tribunal confirma condenação de sistema de troca de informações sobre preços

02

#### Compromissos em processos *antitrust*

Compromissos individuais assumidos por empresas no âmbito de processos de práticas restritivas da concorrência: desenvolvimentos no direito europeu e no direito nacional

03

#### Concorrência nos serviços postais

Autoridade da Concorrência examina o sector dos serviços postais

04

#### O caso AstraZeneca

O Acórdão AstraZeneca – um aviso a comportamentos “enganosos” de empresas em posição dominante perante autoridades reguladoras

05

#### Responsabilidade e dano no controlo de concentrações europeu

União Europeia condenada a pagar indemnização na sequência da proibição indevida de uma operação de concentração

06

#### Responsabilidade das empresas-mãe num processo de cartel

O acórdão do Tribunal Geral  
Trioplast Industrier AB c. Comissão

07

### NOTÍCIAS BREVES

O acórdão Akzo: O regime da UE relativo à protecção das comunicações escritas entre *advogados* e os seus clientes

08

### CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

Decisão STJ – Conflito de competência BACEN x CADE

09



# Tribunal confirma condenação de sistema de troca de informações sobre preços<sup>1</sup>

Joaquim Vieira Peres / Alberto Saavedra  
vieira.peres@mlgts.pt / asaavedra@mlgts.pt

## INTRODUÇÃO

Em Dezembro de 2008, a Autoridade da Concorrência (“AdC”) condenou a Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa (“Associação”) a uma coima de 1,18 milhões de euros por uma alegada decisão desta associação de empresas relacionada com a troca de informações sobre o preço de venda ao público do pão. Em 25 de Junho de 2010, o Tribunal do Comércio de Lisboa (“TCL”) confirmou esta decisão, julgando improcedente o recurso interposto pela Associação<sup>2</sup>.

## FUNDAMENTAÇÃO DO TCL

Com apoio em jurisprudência comunitária, o TCL considerou que as tabelas de preços, individualizadas e actualizadas, constituem, tipicamente, segredo de negócio de cada empresa, pelo que a sua divulgação é susceptível de infringir as regras do direito da concorrência. Normalmente, tal prática permite às empresas o conhecimento das estratégias dos seus concorrentes.

Devido à ausência de prova, o TCL rejeitou a argumentação da Associação de que as circulares dirigidas aos associados, solicitando-lhes a informação sobre os preços praticados por estes, se destinavam unicamente a procedimentos internos de carácter administrativo e que haviam

sido elaboradas para fins meramente estatísticos e informativos. Pelo contrário, o TCL concluiu que a Associação pretendia controlar a evolução dos movimentos dos preços, como atestavam as justificações constantes das circulares enviadas aos seus associados. Além disso, o TCL deu igualmente como verificado que, de entre as empresas que responderam com a periodicidade exigida, e em particular aquelas que se encontravam representadas nos órgãos sociais da Associação, o sistema de troca de informações coincidiu temporalmente com um alinhamento e coordenação das empresas ao nível dos preços.

O TCL concluiu que a troca de informações individualizadas constitui, em si mesma, uma infracção grave às regras de defesa da concorrência que tem por objecto e por efeito restringir ou distorcer a concorrência, sendo, em consequência, proibida nos termos do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (“Lei da Concorrência”).

Na determinação da coima, foi tido em conta o volume de negócios agregado das 14 empresas associadas que ocupavam cargos nos órgãos estatutários da Associação e que a AdC considerou serem as que participaram no comportamento proibido, cujo montante global foi de 17,6 milhões de euros. Finalmente, refira-se que estas 14 empresas associadas são solidariamente responsáveis pelo pagamento da coima<sup>3</sup>.

## COMENTÁRIO

Neste caso, o comportamento anti-concorrencial punido consistiu na implementação de um sistema de troca de informação e não propriamente na existência de um cartel.

Em termos de análise económica como fundamento probatório, o TCL confirmou o entendimento da AdC de que os preços praticados pelos membros da Associação eram análogos, uma vez que “ao longo do período observado (2002 a 2005), a mediana dos preços, excluindo os valores *outliers*, situava-se entre os 0,09€ e os 0,11€, verificando-se, em cada um destes anos, um aumento anual de preços de cerca de 11%”. Contudo, e na ausência de elementos probatórios adicionais, não nos parece convincente que diferenças de preços de aproximadamente 20% (ie, entre €0,09 e €0,11) entre os diversos associados possam corresponder a preços similares e paralelos no mercado relevante.

É DISCUTÍVEL QUE A PARTICIPAÇÃO FORMAL DOS ASSOCIADOS NOS ÓRGÃOS ESTATUTÁRIOS DA ASSOCIAÇÃO POSSA SER CONSIDERADA COMO MOTIVO SUFICIENTE PARA PRESUMIR O RESPECTIVO ENVOLVIMENTO NO COMPORTAMENTO PROIBIDO.

Por outro lado, em nossa opinião, é discutível que a participação formal dos associados nos órgãos estatutários da Associação possa ser considerada como motivo suficiente para presumir o respectivo envolvimento no comportamento proibido.

No caso, a determinação dos associados que participaram no comportamento anti-concorrencial afigurou-se decisiva, atendendo às consequências ao nível do cálculo do volume de negócios relevante, do montante da coima imposta e do tipo de responsabilidade (estas empresas são solidariamente responsáveis pelo pagamento da coima).

Acresce que a coima imposta pela AdC e confirmada pelo TCL parece ser de proporcionalidade duvidosa, na medida em que evidencia não ter levado em linha de conta, entre outras, as seguintes circunstâncias:

- A análise não se centrou na prova da existência de um cartel, mas meramente na condenação de uma troca ilícita de informações confidenciais sobre preços;
- Ressalvadas algumas excepções, a maior parte da informação prestada respeitava a preços actuais e não a preços futuros; e
- A Associação representava apenas 200 padarias (num total de 7.000).

Refira-se que da decisão do TCL cabe recurso para o Tribunal da Relação, que decide em última instância (excepto no caso de eventual recurso para o Tribunal Constitucional). Em caso de recurso a decisão do TCL terá efeito suspensivo. ■

O TCL CONSIDEROU QUE AS TABELAS DE PREÇOS, INDIVIDUALIZADAS E ACTUALIZADAS, CONSTITUEM, TIPICAMENTE, SEGREDO DE NEGÓCIO DE CADA EMPRESA, PELO QUE A SUA DIVULGAÇÃO É SUSCEPTÍVEL DE INFRINGIR AS REGRAS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA. NORMALMENTE, TAL PRÁTICA PERMITE ÀS EMPRESAS O CONHECIMENTO DAS ESTRATÉGIAS DOS SEUS CONCORRENTES.

<sup>1</sup> Este artigo foi publicado na International Law Office em 9 de Setembro de 2010.

<sup>2</sup> Cf. comunicado de imprensa: [http://www.concorrenca.pt/download/Nota\\_a\\_Comunicacao\\_Social\\_AIPL.pdf](http://www.concorrenca.pt/download/Nota_a_Comunicacao_Social_AIPL.pdf).

<sup>3</sup> Artigo 47.º, n.º 4.

# Compromissos individuais assumidos por empresas no âmbito de processos de práticas restritivas da concorrência: desenvolvimentos no Direito europeu e no Direito nacional

Joaquim Vieira Peres / Vasco Xavier Mesquita  
vieira.peres@mlgts.pt / vxmesquita@mlgts.pt

No dia 29 de Junho de 2010, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) pronunciou-se sobre um recurso interposto pela Comissão (C-441/07 P), de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância (“TPI”), *Alrosa/ Comissão* (T-170/06), o qual tinha anulado a Decisão 2006/520/CE da Comissão (Processo COMP/B-2/38.381).

Nesta Decisão, a Comissão tinha fixado os compromissos assumidos pela empresa De Beers - de cessar a aquisição de diamantes à empresa Alrosa - ao abrigo do artigo 9.º, n.º 1 do Regulamento n.º 1/2003, que prevê que *“quando a Comissão tencione aprovar uma decisão que exija a cessação de uma infracção e as empresas em causa assumirem compromissos susceptíveis de dar resposta às objecções expressas pela Comissão na sua apreciação preliminar, esta pode, mediante decisão, tornar estes compromissos obrigatórios para as empresas”*.

Em primeira instância, o TPI (agora Tribunal Geral) havia considerado que a Comissão não respeitara o direito de que a Alrosa dispunha, nas circunstâncias do caso, de ser ouvida a respeito dos compromissos individuais propostos pela De Beers. O TJUE veio agora anular este acórdão por entender que a aceitação dos compromissos individuais da De Beers não dependia da posição da Alrosa, defendendo, a este respeito, que decorre do artigo 9.º, n.º 1 do Regulamento n.º 1/2003 que a Comissão dispõe de uma ampla margem de apreciação para tornar obrigatória ou para recusar uma proposta de compromisso, mesmo que esse compromisso possa ter implicações para terceiros que não participem no processo.

Em processos de âmbito nacional, ao contrário do que acontece em processos de controlo de concentrações, a Lei da Concorrência não prevê

## A AUSÊNCIA DE UM PRECEITO LEGAL ESPECÍFICO NÃO TEM IMPEDIDO A AdC DE, EM ALGUNS CASOS, ACEITAR OS COMPROMISSOS PROPOSTOS POR EMPRESAS QUE ESTEJAM ENVOLVIDAS EM PROCESSOS DE CONTRA-ORDENAÇÃO.

que a Autoridade da Concorrência (“AdC”) possa encerrar o processo de contra-ordenação mediante a fixação de medidas destinadas a corrigir os efeitos de determinados acordos restritivos da concorrência.

Contudo, a ausência de um preceito legal específico não tem impedido a AdC de, em alguns casos, aceitar os compromissos propostos por empresas que estejam envolvidas em processos de contra-ordenação por suspeitas de práticas restritivas e determinar o respectivo encerramento, à semelhança do que sucede nas investigações desenvolvidas pela Comissão Europeia.

A grande diferença que existe entre as decisões de compromissos da AdC e as da Comissão está nas consequências associadas ao incumprimento desses compromissos. No plano europeu, como este tipo de decisões tem acolhimento legal expresso, a Comissão pode aplicar coimas até 10% do volume de negócios às empresas que desrespeitem um compromisso tornado obrigatório ao abrigo do artigo 9.º (artigo 23.º, n.º 2, alínea c) do Regulamento n.º 1/2003). No plano nacional, e atento o princípio da tipicidade das coimas, se a AdC constatar que uma empresa violou um compromisso

imposto por uma decisão de encerramento, não poderá punir a violação do compromisso em si mesma, restando-lhe a possibilidade de reabrir o processo de contra-ordenação e, no limite, sancionar a prática restritiva da concorrência que está no origem do processo.

Em Portugal, são conhecidos até ao momento pelo menos três casos<sup>1</sup> em que a AdC encerrou os respectivos processos de contra-ordenação, sustentando que os objectivos prosseguidos por esta entidade reguladora, relacionados com o estabelecimento, defesa e promoção de uma livre e sã concorrência no mercado, seriam plenamente atingidos com a imposição dos compromissos em causa.

O anterior Conselho da AdC já tinha vindo a público defender a previsão legal de uma semelhante faculdade, que permitisse à AdC encerrar os processos de práticas restritivas da concorrência mediante a imposição de determinados compromissos, e caso estes fossem aceites pela empresa em causa, concluir o processo, sob a condição de estes serem cumpridos<sup>2</sup>. Esta seria uma alteração relevante à actual Lei da Concorrência, em sintonia com o direito europeu e em conformidade com a prática recente da AdC, que o actual Conselho da AdC também parece defender<sup>3</sup>. ■

## A GRANDE DIFERENÇA QUE EXISTE ENTRE AS DECISÕES DE COMPROMISSOS DA AdC E AS DA COMISSÃO ESTÁ NAS CONSEQUÊNCIAS ASSOCIADAS AO INCUMPRIMENTO DESSES COMPROMISSOS.

<sup>1</sup> Cf. Comunicados n.º 16/2007, n.º 13/2008 e n.º 20/2009, em <http://www.concorrenca.pt/Comunicados.asp>.

<sup>2</sup> Cf. ponto 5 do Resumo de Algumas Propostas de Alteração da Lei 18/2003, in [http://www.concorrenca.pt/download/7-AdC-Propostas\\_Alteracao\\_Lei\\_da\\_Concorrenca.pdf](http://www.concorrenca.pt/download/7-AdC-Propostas_Alteracao_Lei_da_Concorrenca.pdf).

<sup>3</sup> Cf. ponto 2.3 do discurso proferido na 1ª Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência, in [http://www.concorrenca.pt/download/2010-07-02\\_1a\\_Conferencia\\_Luso-Espanhola\\_Discurso\\_Presidente\\_AdC.pdf](http://www.concorrenca.pt/download/2010-07-02_1a_Conferencia_Luso-Espanhola_Discurso_Presidente_AdC.pdf).



# Autoridade da Concorrência examina o sector dos serviços postais

Eduardo Maia Cadete  
maiacadete@mlgts.pt

## INTRODUÇÃO

Desde o respectivo estabelecimento em 1520, e até ao final da década de 90 do século XX, o serviço público postal português operou como um monopólio público. No seguimento das Directivas 97/67/CE, 2002/39/CE e 2008/6/CE, e respectiva legislação nacional de transposição, o mercado dos serviços postais tem vindo, desde então, a ser objecto de uma liberalização gradual e controlada.

Actualmente, o operador incumbente ainda mantém, quanto a determinadas actividades, um monopólio legal. No entanto, o referido monopólio, associado a serviços postais universais específicos cessará a 31 de Dezembro de 2010, entre os quais se inclui: (a) o serviço postal de envio de correspondência, incluindo a publicidade endereçada, cujo preço seja inferior a duas vezes e meia a tarifa pública de um envio de correspondência do primeiro escalão de peso, desde que o seu peso seja inferior a 50 g; (b) o serviço postal de envio de correspondência registada e de correspondência com valor declarado, incluindo os serviços de citação via postal e notificações penais, dentro dos mesmos limites de preço e peso referidos na alínea anterior; (c) a emissão e venda de selos e outros valores postais; (d) a emissão de vales postais; e (e) a colocação, na via pública, de marcos e caixas de correio destinados à recolha de envios postais.

Face a este enquadramento legal, e em particular ao impacto da liberalização que irá ocorrer no final do ano, a Autoridade da Concorrência (“AdC”) publicou, a 16 de Julho de 2010, um estudo que salienta as principais questões jusconcorrenciais que se podem suscitar neste sector.

## PRINCIPAIS QUESTÕES JUSCONCORRENCIAIS

No âmbito de condutas associadas a práticas restritivas da concorrência, a AdC identifica no estudo uma série de comportamentos ilícitos que podem ser adoptados por um operador postal incumbente, que beneficie de uma posição

dominante no sector postal. Entre os potenciais comportamentos ilícitos por operadores postais dominantes, a AdC identifica:

- (a) a subsidiação cruzada entre serviços postais reservados e não reservados, alavancando o operador incumbente as actividades postais não reservadas mediante a transferência de custos para os serviços postais reservados;
- (b) as políticas de preço predatórias (aquém dos custos variáveis) nos serviços postais não reservados, com o desiderato de excluírem os concorrentes desses serviços;
- (c) o esmagamento de margens em mercados verticalmente integrados, ao estabelecerem preços artificialmente baixos junto do cliente final com o objectivo de eliminarem a concorrência nesse mercado;
- (d) a prática de preços excessivos, mediante a fixação de preços significativamente acima dos respectivos custos em serviços que não são facilmente replicáveis por empresas concorrentes;
- (e) os descontos não justificados, *maxime* os descontos de fidelização;
- (f) a discriminação ao nível do preço e da qualidade, através da disponibilização de condições comerciais e qualitativas mais vantajosas a empresas do mesmo grupo económico em detrimento de empresas concorrentes; e
- (g) a obrigatoriedade do cliente efectuar a aquisição cumulativa de vários serviços, designadamente através da obrigação material imposta ao cliente de este adquirir cumulativamente serviços postais reservados e não reservados.

A AdC também apresenta no estudo uma extensa explicação substantiva das conclusões que foram obtidas nos procedimentos sancionatórios levados a cabo pela Comissão Europeia no sector postal, *inter alia*, nos casos *UPS vs. Deutsche Post* (COMP/35.141), *British Post Office vs. Deutsche Post II* (COMP/36.915) e *Hays vs. La Poste Belge* (COMP/37.859); bem como em operações

de concentração: *The Post Office/TPG/SPPL* (M.1915) e *Posten AB /Post Danmark/S*(M.5152). Em termos de prática decisória das autoridades de concorrência nacionais da União Europeia em sede de processos associados a abusos de posição dominante, o estudo analisa um número muito significativo de decisões adoptadas na Alemanha, Dinamarca, Espanha, Itália e Hungria que tiveram por empresas destinatárias, respectivamente, a *Deutsche Post*, a *Post Danmark*, os *Correos de España*, a *Post Italiane* e a *Magyar Posta*.

De acordo com o estudo, o único processo na União Europeia, associado a práticas de cartelização, conduzido por uma autoridade da concorrência nacional, foi instruído pela Autoridade da Concorrência Húngara contra a *Magyar Lapterjeszto e Magyar Posta*.

A maioria dos referidos processos, analisados pela AdC, prendem-se com comportamentos comerciais discriminatórios adoptados por empresas incumbentes (descontos de fidelização), preços excessivos e predatórios, esmagamento de margens, recusas de acesso e obrigatoriedade do cliente efectuar a aquisição cumulativa de vários serviços postais. Neste contexto, a AdC prospectiva um aumento de processos jusconcorrenciais no sector postal, como consequência da liberalização total do sector, a qual ocorrerá em Portugal a 31 de Dezembro de 2010.

## MEDIDAS PROPOSTAS

Em termos de medidas substantivas a aplicar ao sector postal português, a AdC formula no estudo as seguintes recomendações:

- o serviço postal deve ser assegurado, sempre que possível, por mecanismos de mercado, incluindo procedimento concursal, nas regiões em que tal for viável;
- o processo de selecção do prestador do serviço universal deve ser transparente e desenhado de modo a incluir o maior número de candidatos habilitados a efectuar esta prestação;
- o acesso aos elementos de rede da infra-estrutura postal deve ser assegurado, em condições transparentes e não discriminatórias, a todos os prestadores do serviço, o mesmo se aplicando ao nível da interoperabilidade entre redes postais; e
- a existência de um *level playing field* entre agentes económicos neste sector deve ser assegurada através da revisão das regras fiscais, garantindo a aplicação do IVA de forma a gerar a menor distorção de mercado possível, quando estejam em causa actividades que possam ser integradas no serviço postal universal. ■

## COMENTÁRIO

O estudo da AdC tem por desiderato incrementar as condições de concorrência no sector postal, identificando os comportamentos que podem ser considerados ilegais, numa perspectiva jusconcorrencial, e especificando medidas que podem ser implementadas pelas autoridades públicas competentes para que a concorrência prospere nos serviços postais. Uma valoração cuidada dos interesses em causa deve, no entanto, ser efectuada aquando da implementação, quer das recomendações propostas pela AdC, quer da liberalização total dos serviços postais universais, dado que na matriz destes serviços se encontra a promoção da coesão social, económica e territorial.

# O Acórdão *AstraZeneca* – um aviso a comportamentos “enganosos” de empresas em posição dominante perante autoridades reguladoras

Pedro Gouveia e Melo  
pgmelo@mlgts.pt

No passado dia 1 de Julho de 2010 o Tribunal Geral da União Europeia proferiu acórdão no processo *AstraZeneca c. Comissão*<sup>1</sup>, confirmando a decisão da Comissão que em 2005 havia aplicado uma pesada coima à AstraZeneca pela utilização abusiva de procedimentos administrativos, qualificada pela primeira vez como abuso de posição dominante à luz do direito europeu da concorrência. Este acórdão poderá dar origem a desenvolvimentos significativos na aplicação do direito da concorrência no futuro, tanto no sector farmacêutico, quanto em outros sectores sujeitos a regulação.

## A DECISÃO DA COMISSÃO

Em Junho de 2005 a Comissão adoptou uma decisão condenando a AstraZeneca numa coima de €60 milhões pela prática de dois abusos de posição dominante, em violação do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), anteriormente artigo 82.º do Tratado CE.

O primeiro abuso dizia respeito a declarações enganosas feitas pela AstraZeneca a agentes da propriedade industrial, tribunais nacionais e serviços de patentes em sete Estados-Membros do Espaço Económico Europeu (EEE), com vista a obter certificados complementares de protecção (CCP) para o Losec, um medicamento dominante no tratamento de doenças gastrointestinais. Os CCP prolongam a protecção de um determinado medicamento pela respectiva patente, em ordem a reflectir o período de tempo decorrido entre a apresentação do pedido de patente e o momento em que o medicamento passou a poder ser comercializado no mercado. A Comissão constatou que a AstraZeneca tinha ocultado das autoridades competentes a data em que tinha obtido a sua primeira Autorização de Introdução no Mercado (AIM) na União Europeia, e que este comportamento lhe tinha permitido beneficiar de protecção suplementar para além do que teria direito, atrasando assim a entrada de medicamentos genéricos no mercado.

A AstraZeneca também foi condenada por ter retirado do mercado o medicamento Losec em forma de cápsulas em três Estados Membros, substituindo as mesmas por comprimidos, e requerido às autoridades a revogação das suas AIM relativas às formulações cápsulas. À época, para que um medicamento genérico pudesse beneficiar de procedimento simplificado na obtenção de uma AIM era necessário que a autorização do

medicamento de referência estivesse ainda em vigor. Segundo a Comissão, o pedido de revogação das AIM terá atrasado e dificultado a entrada dos medicamentos genéricos no mercado, bem como evitado as importações paralelas de outros Estados-Membros.

## O ACÓRDÃO

Todos os argumentos aduzidos pela AstraZeneca em sede de recurso foram rejeitados pelo Tribunal, que confirmou a Decisão da Comissão, com uma única excepção: o Tribunal considerou que a Comissão não tinha provado que a revogação das AIM era susceptível de restringir as importações paralelas em dois dos três Estados-Membros em causa. Por esta razão a coima foi reduzida para €52,5 milhões.

No que respeita ao primeiro abuso, o Tribunal declarou que a apresentação de declarações enganosas a autoridades “constitui uma prática fora do âmbito da concorrência pelo mérito que pode ser particularmente restritiva da concorrência”, e que tal comportamento não é conforme à responsabilidade especial imposta pela jurisprudência às empresas dominantes em não adoptar condutas que enfraqueçam ainda mais a concorrência no mercado.

O Tribunal também considerou, entre outros, que não era necessário qualquer prova de má-fé ou de dolo da AstraZeneca, na medida em que a

conduta seja objectivamente enganosa (tendo em conta as circunstâncias do caso), e que não era igualmente necessário que a Comissão provasse que a prática em questão tinha produzido efeitos anticoncorrenciais, sendo suficiente demonstrar que a mesma era pelo menos susceptível de produzir tais efeitos, ao prolongar o período de protecção da patente da AstraZeneca.

No que respeita ao segundo abuso, o Tribunal reconheceu que a introdução no mercado do Losec em forma de comprimidos não suscita qualquer preocupação, por fazer parte do processo normal da concorrência, e que a AstraZeneca não pode ser também censurada por ter retirado as cápsulas Losec do mercado, pois este comportamento não era, em si mesmo, susceptível de criar obstáculos de cariz regulatório à entrada dos genéricos no mercado.

No entanto, o Tribunal considerou que uma empresa dominante não pode recorrer a procedimentos administrativos de tal forma que restrinjam ou tornem mais difícil a entrada de concorrentes no mercado, na ausência de razões relacionadas com os seus interesses legítimos ou de justificação objectiva. Neste contexto, o Tribunal considerou que a revogação das AIMs relativas às formulações Losec cápsulas, solicitada pela AstraZeneca, tinha sido implementada exclusivamente para excluir os genéricos, e não estava de modo algum associada à protecção legítima dos investimentos realizados pela AstraZeneca. ■

## COMENTÁRIO

O Acórdão *AstraZeneca* é proferido na sequência do Inquérito ao Sector Farmacêutico, em cujo relatório final (de Julho de 2009) a Comissão tornou claro que condutas de empresas farmacêuticas que criem barreiras artificiais à entrada de medicamentos genéricos seriam objecto de especial escrutínio<sup>2</sup>. Embora os comportamentos em questão no processo *AstraZeneca* não pudessem ter lugar no tempo presente, por força dos desenvolvimentos legislativos entretanto ocorridos, a confirmação pelo Tribunal Geral da análise da Comissão indicia que o sector farmacêutico continuará a estar sob o olhar atento da Comissão no futuro. No entanto, a importância deste acórdão vai muito além do sector farmacêutico e abrange igualmente todos os sectores da actividade económica que estejam sujeitos a alguma forma de regulação. As empresas em posição dominante estão sob uma “especial responsabilidade” para não praticarem comportamentos abusivos, e qualquer tipo de comportamento (mesmo sem natureza aparentemente comercial) que não possa ser reconduzido à “concorrência pelo mérito” – um conceito de fronteiras indeterminadas – é susceptível de vir a ser considerado abusivo.

As empresas dominantes em todos os sectores regulados devem pois ter um especial cuidado nas suas estratégias e comunicações com as autoridades reguladoras, uma vez que mesmo comportamentos formalmente lícitos à luz de um determinado enquadramento regulatório poderão vir a ser considerados contrários ao direito da concorrência, se forem “enganosos” e susceptíveis de excluir a concorrência.

<sup>1</sup> Processo T-321/05, *AstraZeneca c. Comissão*, disponível em [www.curia.eu](http://www.curia.eu).

<sup>2</sup> Cfr. a este propósito o Briefing MLGTS de 9 de Julho de 2009, “Increased Scrutiny: The Final Report on the Sector Inquiry into the Pharmaceutical Sector”.



# União Europeia condenada a pagar indemnização na sequência da proibição indevida de uma operação de concentração

Luís do Nascimento Ferreira  
lnferreira@mlgts.pt

No passado dia 9 de Junho, o Tribunal de Justiça proferiu um despacho<sup>1</sup> condenando a União Europeia a pagar à Schneider Electric um montante de 50.000 euros a título de reparação pelos prejuízos causados na sequência da oposição da Comissão à operação de concentração que consistia na aquisição, pela Schneider, do controlo exclusivo da Legrand S.A., ambas empresas francesas activas no fabrico e venda de equipamentos electrónicos<sup>2</sup>.

O referido despacho marca o desfecho de uma longa gincana que este caso percorreu durante quase 10 anos. Mas, mais do que a importância do despacho em si, o que é de assinalar é a relevância deste caso no domínio da responsabilidade extracontratual da União Europeia e dos respectivos critérios de avaliação dos danos decorrentes da adopção de decisões que proibam concentrações.

## SÍNTESE DO CASO

Em Outubro de 2001, a Comissão Europeia proibiu a compra, pela Schneider, da Legrand, por considerar que a operação criaria uma posição dominante susceptível de entravar significativamente a concorrência efectiva em vários mercados nacionais.

A Schneider interpôs recurso desta decisão para o Tribunal Geral (anterior Tribunal de Primeira Instância)<sup>3</sup>, que anulou a decisão da Comissão com base em dois fundamentos: (i) erros de análise e de apreciação da Comissão quanto ao impacto da transacção, por ter sobrestimado o poderio económico da entidade resultante da concentração; e (ii) violação dos direitos de defesa da notificante, por a Comissão não ter abordado de forma suficientemente clara e precisa, na comunicação de acusações que antecede a decisão final e que permite às partes defenderem-se das objecções da Comissão, um dos problemas de concorrência que veio a estar na origem da proibição da operação.

Algum tempo depois, a Schneider intentou no Tribunal Geral uma acção de responsabilidade contra a Comunidade (hoje, União), pedindo uma indemnização pelos prejuízos sofridos em razão da ilegalidade da decisão de oposição que havia sido decretada pelo mesmo Tribunal<sup>4</sup>. Em primeira instância, o Tribunal concedeu provimento parcial ao recurso da Schneider, deferindo para um momento posterior a fixação concreta do montante a pagar.

No entanto, a Comissão Europeia interpôs recurso

deste acórdão para o Tribunal de Justiça, que limitou o tipo de prejuízos a ressarcir pela Comunidade à Schneider, mantendo no entanto a condenação no pagamento de uma indemnização, que, como vimos acima, veio a ser materializada em 50.000 euros.

## CRITÉRIOS DE RESPONSABILIZAÇÃO E AVALIAÇÃO DO DANO: "DOCTRINA SCHNEIDER" V. "DOCTRINA AIRTOURS"

O caso Schneider versa sobre a temática da responsabilidade extracontratual da União<sup>5</sup> e da metodologia de avaliação dos prejuízos resultantes da oposição a concentrações. A responsabilidade extracontratual da União e a efectivação do direito à reparação dependem da verificação das seguintes condições: a ilegalidade do comportamento das instituições ou agentes, a existência de um dano e a ocorrência de um nexo de causalidade entre a ilegalidade e o dano.

A apreciação das últimas duas condições envolve uma análise de facto que depende muito do caso concreto. A ideia principal é a de que só haverá indemnização se tiver ocorrido um prejuízo real e se esse prejuízo for uma consequência directa e certa da ilegalidade do comportamento imputável à União.

Porém, o maior interesse do caso Schneider reside na apreciação da primeira condição referida. Segundo esta, quando está em causa a ilegalidade de um acto jurídico, é necessário, para que essa ilegalidade gere responsabilidade extracontratual da União, que ela constitua uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica destinada a conferir direitos aos particulares. Estaremos nesta situação se uma instituição ou agente violar de forma manifesta e grave os limites que se impõem ao seu poder de apreciação. A responsabilidade da União será tanto maior quanto menor for a sua margem de apreciação numa dada matéria.

No caso Schneider, estava em causa a ilegalidade de uma decisão que proibiu uma concentração, ilegalidade essa que advinha de dois fundamentos: erro de apreciação e de análise ao nível do impacto jusconcorrencial da operação nos mercados relevantes e violação dos direitos de defesa da notificante.

Neste particular, o caso Schneider distingue-se do "caso Airtours", no qual o Tribunal Geral teve de apreciar a responsabilidade da União e a eventual obrigação de indemnizar os lesados devido a uma decisão de proibição da Comissão que foi anulada apenas com base em erros de apreciação e de análise<sup>6</sup>. ■

**A lição principal que se retira do confronto destes dois casos é a de que os erros de apreciação em áreas de grande discricionariedade técnica, económica e jurídica – como é o controlo de concentrações – não constituem, só por si, uma violação suficientemente caracterizada do direito da União, embora o Tribunal reconheça que as regras que obrigam a Comissão a autorizar uma operação de concentração que não suscite preocupações jusconcorrenciais constituem regras que conferem direitos aos particulares na acepção acima referida. Já o desrespeito pelos direitos de defesa constitui em princípio uma violação manifesta e grave de uma norma destinada a proteger os particulares, o que é susceptível de gerar responsabilidade extracontratual da União.**

**A principal razão para esta diferença de tratamento está na margem de apreciação de que dispõe a União. Quando essa margem é reduzida ou inexistente, a simples infracção ao direito da União pode ser suficiente para que ocorra uma violação suficientemente caracterizada. O mesmo acontece se a instituição ou agente infratores efectuarem uma aplicação abusiva das normas substantivas ou processuais relevantes.**

**Pelo contrário, o conceito de violação suficientemente caracterizada não inclui os erros ou actuações culposas que, embora graves ou cumulativos, são uma decorrência da aplicação de regras complexas, que permitem uma ampla latitude e que impõem à instituição e aos seus agentes limitações objectivas em termos de investigação.**

**Para o Tribunal, aceitar outro entendimento, equiparando quaisquer ilegalidades a uma violação suficientemente caracterizada susceptível de comportar responsabilidade extracontratual, redundaria no risco de comprometer ou pelo menos inibir a capacidade da Comissão para exercer a sua função de regulador da concorrência.**

<sup>1</sup> Processo C-440/07 P, *Comissão / Schneider Electric*.

<sup>2</sup> Processo COMP/M.2283 *Schneider / Legrand*.

<sup>3</sup> Processo T-310/01, *Schneider Electric / Comissão*.

<sup>4</sup> Processo T-351/03, *Schneider Electric / Comissão*.

<sup>5</sup> Nos termos do artigo 340.º, § 2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (antigo artigo 288.º, § 2 do Tratado que institui a Comunidade Europeia), em matéria de responsabilidade extracontratual a União está obrigada a indemnizar os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções. Assim, a legitimidade passiva para estas acções e a obrigação de reparação dos prejuízos é da União (anteriormente, da Comunidade), embora a sua representação em juízo caiba à instituição ou ao agente causadores desses prejuízos.

<sup>6</sup> Processos T-342/99 *Airtours / Comissão* e T-212/03 *MyTravel / Comissão*.

# Responsabilidade das empresas-mãe num processo de cartel: o acórdão do Tribunal Geral

## *Trioplast Industrier AB c. Comissão*

Mariana de Sousa Alvim  
msalvim@mlgts.pt

### INTRODUÇÃO

A 13 de Setembro de 2010, o Tribunal Geral da União Europeia (“Tribunal”) proferiu um acórdão relevante<sup>1</sup> que trata o tema da responsabilidade das empresas-mãe num caso de cartel.

A Trioplast Industrier AB (“demandante”) contestou a Decisão adoptada pela Comissão Europeia (“CE”) que aplicou uma coima, no total de 17,850 milhões de euros, por participação em condutas anti-concorrenciais no mercado dos sacos industriais, em violação do artigo 81.º CE [actual artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia] e do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

A Trioplast Industrier AB é uma empresa sueca e empresa mãe do Grupo Trioplast, que também inclui a Trioplast Wittenheim SA<sup>2</sup>. A Trioplast Wittenheim constituiu uma entidade económica com, sucessivamente, a FLS Plast e a FLSmidth, durante o período compreendido entre 31 de Dezembro de 1990 e 19 de Janeiro de 1999, e a demandante, no período temporal que decorreu entre 21 de Janeiro de 1999 e 26 de Junho de 2002.

### A DECISÃO DA COMISSÃO

Em Novembro de 2005, a CE adoptou uma Decisão final<sup>3</sup> concluindo que entre Janeiro de 1982 e Junho de 2002, se verificou um cartel no mercado dos sacos industriais usados para o acondicionamento de produtos no mercado a montante – incluindo matérias-primas, fertilizantes, polímeros, materiais de construção, produtos agrícolas e hortícolas, e alimentação para animais – na Bélgica, Alemanha, Espanha, França, Luxemburgo e nos Países Baixos.

O cartel consistia, nomeadamente, na concertação de preços e de quotas de mercado,

### UMA EMPRESA SÓ DEVE SER PENALIZADA POR ACTOS QUE LHE SEJAM IMPUTÁVEIS INDIVIDUALMENTE.

e ao nível da celebração de contratos públicos. Nesta circunstância, a CE aplicou uma coima total de 17,850 milhões de euros à Trioplast Wittenheim pela sua participação no cartel; para além disso, e desse montante, a CE considerou a demandante solidariamente responsável por 7,730 milhões de euros, e a FLS Plast, e respectiva empresa-mãe FLSmidth, solidariamente responsáveis por 15,30 milhões de euros.

### O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL

O Tribunal sublinha que o montante imputável à demandante tinha que ser adequado face ao montante imputável à FLS Plast e à FLSmidth, concluindo que a demandante não era capaz de identificar, na Decisão recorrida, o montante exacto da coima que lhe era imputado solidariamente. Para além disso, o Tribunal esclarece que uma vez que as empresas-mãe identificadas na Decisão nunca formaram uma entidade económica única, a quantia a imputar à demandante não deveria exceder a quota relativa à sua responsabilidade solidária individual. Assim, a referida quota deveria corresponder à quantia imputável solidariamente à demandante tendo em atenção os montantes totais pelos quais as restantes empresas-mãe eram responsabilizadas e no âmbito da coima total aplicada à Trioplast Wittenheim.

O Tribunal constata assim que a CE não especificou na Decisão qual a parte da coima aplicável à demandante, salientando que

por força do princípio da segurança jurídica a demandante deveria ter tido acesso ao montante exacto da referida proporção da coima, considerando o período em que era solidariamente responsável pela infracção. Por conseguinte, o Tribunal conclui que a Decisão impugnada viola o princípio da segurança jurídica e o princípio da individualidade das penas e sanções.

Neste contexto, o Tribunal anula a Decisão recorrida nesta matéria específica, reduzindo para 2,73 milhões de euros a coima aplicável que passa a corresponder ao valor base para a CE determinar a parte imputável às empresas-mãe, no âmbito da responsabilidade solidária.

### COMENTÁRIO

O presente acórdão constitui uma contribuição relevante para o esclarecimento dos limites referentes à responsabilidade das empresas-mãe num processo de cartel.

Com efeito, o Tribunal estabelece que quando é cometida uma infracção por várias empresas, a gravidade da participação no ilícito, imputável a cada uma destas empresas, deve ser examinada, criteriosamente, para se determinar se se verificam circunstâncias agravantes ou atenuantes do ilícito. Nesta circunstância, o Tribunal aplica ao presente caso o princípio geral da segurança jurídica e o princípio da individualidade das penas e sanções, estatuidos que uma empresa só deve ser penalizada por actos que lhe sejam imputáveis individualmente.

Para além disso, e conforme decorre de uma jurisprudência assente, estes princípios são aplicáveis em qualquer processo administrativo susceptível de levar à imposição de sanções, no contexto do direito da concorrência da União Europeia. ■

<sup>1</sup> Processo T-40/06, não publicado.

<sup>2</sup> A Trioplast Wittenheim SA também impugnou a presente Decisão da Comissão Europeia perante o Tribunal Geral. O acórdão foi proferido na mesma data que o acórdão em apreço – Processo T-26/06, não publicado.

<sup>3</sup> Processo COMP/F/38.524 - Decisão C (2005) 4634 final.



# O acórdão Akzo: O regime da UE relativo à protecção das comunicações escritas entre *advogados* e os seus clientes

Carlos Botelho Moniz / Cláudia Coutinho da Costa  
cmoniz@mlgts.pt / ccosta@mlgts.pt

A COMUNICAÇÃO INTERNA DA EMPRESA COM ADVOGADOS INTERNOS NÃO É ABRANGIDA PELA PROTECÇÃO CONFERIDA PELO SEGREDO PROFISSIONAL DOS ADVOGADOS EM INVESTIGAÇÕES REALIZADAS PELA COMISSÃO EUROPEIA.

No passado dia 14 de Setembro, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) decidiu o processo *Akzo and Akros c. Comissão* tendo adoptado um acórdão no qual confirma que as comunicações internas das empresas com advogados internos (advogados in-house) não são abrangidas pela protecção conferida pelo segredo profissional dos advogados em investigações realizadas pela Comissão Europeia (“Comissão”) no âmbito do direito da concorrência<sup>1</sup>.

Na origem deste processo encontra-se uma divergência ocorrida durante a realização de uma inspecção surpresa pela Comissão Europeia nas instalações da Akzo e da Akros situadas no Reino Unido. Com efeito, foram copiadas, entre o mais, duas mensagens electrónicas trocadas entre o director geral da Akros e o coordenador da Akzo para o direito da concorrência, membro do serviço jurídico da Akzo e inscrito na Ordem dos Advogados neerlandesa.

Estas duas mensagens electrónicas foram consideradas pelas empresas<sup>2</sup> como estando abrangidas pelo segredo profissional, mas a Comissão e agora o TJUE negam tal protecção.

O TJUE sustenta-se na sua jurisprudência do início da década de 80, *AM & S Europe c. Commission*<sup>3</sup>, de acordo com a qual a confidencialidade das comunicações escritas trocadas entre clientes e advogados deve ser protegida ao nível comunitário, desde que estejam verificadas duas condições: (i) o contacto com o advogado deve estar ligado ao exercício do «direito de defesa do cliente» e, por outro, (ii) deve tratar-se de «advogados independentes», ou seja, de «advogados não vinculados ao cliente por uma relação de emprego».

Consequentemente, a exigência de independência implica a inexistência de qualquer relação de emprego entre o advogado e o seu cliente, de tal modo que a protecção ao abrigo do princípio da confidencialidade não abrange os contactos com os assessores jurídicos no interior de uma empresa ou de um grupo.

Note-se que em Portugal, ao contrário, os tribunais nacionais já reconheceram a protecção da confidencialidade das comunicações entre os advogados de empresa e os seus clientes no caso de investigações surpresa realizadas pela Autoridade da Concorrência, pelo que a jurisprudência comunitária nesta matéria não é aplicável, em relação a processos conduzidos por esta Autoridade.

Para maiores desenvolvimentos sobre este processo, consultar o artigo a publicar na edição de Outubro de 2010 da Newsletter de Outubro da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados. ■

A EXIGÊNCIA DE INDEPENDÊNCIA IMPLICA A INEXISTÊNCIA DE QUALQUER RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE O ADVOGADO E O SEU CLIENTE, DE TAL MODO QUE A PROTECÇÃO AO ABRIGO DO PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE NÃO ABRANGE OS CONTACTOS COM OS ASSESSORES JURÍDICOS NO INTERIOR DE UMA EMPRESA OU DE UM GRUPO.

<sup>1</sup> Processo C-550/07 P.

<sup>2</sup> Este processo contou, em apoio às empresas Akzo e Akros, com as intervenções das seguintes associações: o *Conseil des barreaux européens* (CCBE), o *Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* (ARNOVA, ordem neerlandesa de advogados), a *European Company Lawyers Association* (ECLA, associação europeia de juristas de empresa), a *American Corporate Counsel Association – European Chapter* (ACCE, associação do aconselhamento a empresas americanas – secção europeia), e a *International Bar Association* (IBA, associação internacional de advogados); bem como dos seguintes Estados-Membros: a Irlanda, o Reino dos Países Baixos e o Reino Unido da Grã Bretanha e da Irlanda do Norte, também em apoio da Akzo e da Akros.

<sup>3</sup> Acórdão de 18 de Maio de 1982, *AM & S c. Comissão*, Processo 155/79, ECR 1982 p. 1575.



## CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

# Decisão STJ – Conflito de competência BACEN x CADE

Lauro Celidonio Neto / Paula S.J.A. Amaral Salles  
[lauro@mattosfilho.com.br](mailto:lauro@mattosfilho.com.br) / [pandrade@mattosfilho.com.br](mailto:pandrade@mattosfilho.com.br)  
[www.mattosfilho.com.br](http://www.mattosfilho.com.br)

No último dia 25 de Agosto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu por maioria que é de competência exclusiva do Banco Central do Brasil (BACEN) a apreciação de atos de concentração (fusões, aquisições e transações em geral) envolvendo instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

A decisão representa um importante desenvolvimento nas discussões sobre o conflito de competência entre BACEN e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e sinaliza a tendência de que a partir de agora operações envolvendo instituições financeiras deverão apreciadas pelo BACEN.

A decisão teve efeito no Recurso Especial nº 1.094.218/DF no âmbito da operação de aquisição do controle do Banco de Crédito Nacional S.A. pelo Bradesco S.A. Este foi o primeiro caso em que o STJ decidiu em operação envolvendo compra entre instituições financeiras.

Votaram pela competência exclusiva do BACEN a Ministra Eliana Calmon (Relatora) e os Ministros Humberto Martins, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves. Foram vencidos os votos dos Ministros Castro Meira e Herman Benjamin. O Ministro Luiz Fux e a Ministra Denise Arruda não votaram. ■

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DECIDIU POR MAIORIA QUE É DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO BANCO CENTRAL DO BRASIL A APRECIÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ENVOLVENDO INSTITUIÇÕES INTEGRANTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS  
 SOCIEDADE DE  
 ADVOGADOS

### LISBOA

Rua Castilho, 165  
 1070-050 Lisboa  
 Tel.: (+351) 213 817 400  
 Fax: (+351) 213 817 499  
[mlgtslisboa@mlgts.pt](mailto:mlgtslisboa@mlgts.pt)

### PORTO

Av. da Boavista, 3265 - 5.2  
 Edifício Oceanvs – 4100-137 Porto  
 Tel.: (+351) 226 166 950  
 Fax: (+351) 226 163 810  
[mlgtsporto@mlgts.pt](mailto:mlgtsporto@mlgts.pt)

### MADEIRA

Avenida Arriaga, Edifício Marina Club, 73, 2º  
 Sala 212 – 9000-060 Funchal  
 Tel.: (+351) 291 200 040  
 Fax: (+351) 291 200 049  
[mlgtsmadeira@mlgts.pt](mailto:mlgtsmadeira@mlgts.pt)

São Paulo, Brasil (em parceria)  
 Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga

Luanda, Angola (em parceria)  
 Filipe Duarte, Helena Prata & Associados

Maputo, Moçambique (em parceria)  
 SCAN – Advogados e Consultores, Lda

Macau, Macau (em parceria)  
 MdME – Lawyers – Private Notaries

MEMBER  
**LEX MUNDI**  
 THE WORLD'S LEADING ASSOCIATION OF INDEPENDENT LAW FIRMS

[www.mlgts.pt](http://www.mlgts.pt)