



EUROPEU
E
CONCORRÊNCIA

NESTA EDIÇÃO

ARTIGOS

A Comissão e os selos

Uma boa razão para as empresas investirem em máquinas de café para os colaboradores?
Colaborador da *Lyonnaise des Eaux* ao quebrar inadvertidamente selo da Comissão Europeia
no âmbito de uma inspeção surpresa custa 8 milhões de euros ao Grupo Suez.

02

Memorando de Entendimento e Concorrência

O Memorando de Entendimento do Programa de Assistência Financeira:
Reformas Estruturais no Direito da Concorrência e em Sectores Regulados

03

Responsabilidade solidária em cartéis

Imputação de responsabilidade nas relações “mãe-filha”:
o cartel do mercado holandês da cerveja

05

A prescrição em processos anticoncorrenciais

O solitário acto de recurso em direito da concorrência

06

Decisões recentes da AdC

AdC condena empresas por práticas restritivas

07

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

Critérios para notificação de operações envolvendo fundos de investimento

08



Uma boa razão para as empresas investirem em máquinas de café para os colaboradores? Colaborador da *Lyonnaise des Eaux* ao quebrar inadvertidamente selo da Comissão Europeia no âmbito de uma inspecção surpresa custa 8 milhões de euros ao Grupo Suez.

Eduardo Maia Cadete
maiacadete@mlgts.pt

A Comissão Europeia, por Decisão de 24 de Maio de 2011¹, aplicou uma coima de 8 milhões de euros à sociedade *Suez Environment* e respectiva subsidiária *Lyonnaise des Eaux France* pela quebra de um selo afixado numa porta desta segunda empresa aquando de uma inspecção surpresa realizada pelos serviços da Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia em articulação com a autoridade francesa da concorrência em Abril de 2010.

O Regulamento (CE) n.º 1/2003, relativo à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, determina que a Comissão Europeia pode aplicar coimas até 1% do volume de negócios a empresas que quebrem, deliberadamente ou por negligência, selos apostos pela Comissão aquando de uma inspecção. No âmbito da investigação associada a alegadas práticas restritivas da concorrência no mercado europeu de serviços de água e respectivo tratamento e purificação, em Abril de 2010, a Comissão Europeia levou a cabo uma inspecção surpresa nas instalações da empresa *Lyonnaise des Eaux France*.

A Comissão Europeia impossibilitada de concluir a inspecção num único dia selou as portas de vários gabinetes da empresa, incluindo a porta do gabinete B.508 no final do dia 13 de Abril de 2010.

Os selos da Comissão são autocolantes plásticos com 20 centímetros de comprimento por 7 centímetros de largura que caso sejam removidos não se rasgam mas, não obstante, passam a exibir a encarnado o termo “*OPENVOID*” na respectiva

superfície plástica. Para além da colocação dos selos, a actuação da Comissão Europeia rege-se agora também por fotografar após a colocação no local em causa cada selo para que não existam dúvidas sobre o estado de cada selo. Este novo procedimento de fotografar os selos após a respectiva colocação foi adoptado pelos serviços da Comissão, parece-nos, no seguimento das pertinentes questões suscitadas pela empresa *E.ON* num anterior procedimento que culminou na aplicação de uma coima de 38 milhões de euros à *E.ON* também por quebra de um selo apostado pela Comissão – coima essa ulteriormente confirmada pelo Tribunal Geral da União Europeia², cuja decisão judicial foi subsequentemente objecto de recurso para o Tribunal de Justiça da União Europeia, pendente sob o n.º C-89/11 P.

“A COMISSÃO PODE APLICAR
COIMAS ATÉ 1% DO VOLUME
DE NEGÓCIOS A EMPRESAS
QUE QUEBREM SELOS APOSTOS
AQUANDO DE UMA INSPECÇÃO.”

No caso do processo da *Lyonnaise des Eaux France*, os agentes da Comissão Europeia constataram em 14 de Abril de 2010, aquando do regresso às instalações da empresa no dia seguinte para continuarem a investigação que o termo “*OPENVOID*” era visível no selo que tinha sido apostado pela Comissão no gabinete B.508. No âmbito da investigação levada a cabo pela Comissão e pela própria empresa veio a dar-se como provado que a porta em cujo

selo aparecia como “*OPENVOID*”: (i) não tinha sido fechada à chave no dia anterior; (ii) tinha sido apostado um papel (com 21x27 centímetros) na porta pela própria empresa com os dizeres: “*ATENÇÃO: não abrir ou tocar nesta porta sob qualquer pretexto*”; e (iii) que um colaborador da empresa ao procurar por um colega nas instalações da empresa tentou inadvertidamente abrir às 10 horas da manhã daquele dia a porta do gabinete B.508 – ainda que não tenha chegado a entrar no gabinete dado ter sentido uma resistência ao entreabrir a porta e simultaneamente ter visto o selo da Comissão.

Eventualmente, caso o colaborador da empresa tivesse tomado um bom café expresso naquela manhã talvez tivesse sido capaz de ver o selo afixado pela Comissão bem como o aviso diligentemente colocado pela empresa na porta em causa...

Atento o predito enquadramento factual e a circunstância de as empresas em causa não terem colocado em causa os factos que lhe foram imputados, a Comissão aplicou-lhes, ainda que a título de negligência, uma coima de 8 milhões de euros. Ainda que tomando em consideração questões de prevenção geral associadas à necessidade de as empresas não violarem selos da Comissão Europeia em processos jusconcorrenciais, o montante aplicado parece-nos excessivo dado ter existido uma cooperação total das duas empresas com a Comissão Europeia no apuramento dos factos e de nesse contexto se ter vindo a constatar que o colaborador da *Lyonnaise des Eaux France* não chegou sequer a entrar no gabinete no qual o selo tinha sido apostado. ■

¹ Disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39796/39796_554_6.pdf.

² Cfr. “O caso *E.ON*. Cuidado com a empregada de limpeza? Quebra de selo da Comissão Europeia pode custar 38 milhões de euros a uma empresa”, in 10.º Newsletter Europeu e Concorrência da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, de Março de 2011.

O Memorando de Entendimento do Programa de Assistência Financeira: Reformas Estruturais no Direito da Concorrência e em Sectores Regulados

Pedro Gouveia e Melo
pgmelo@mgts.pt

INTRODUÇÃO

O reforço da competitividade estrutural da economia portuguesa é um dos principais objectivos do Memorando de Entendimento assinado a 17 de Maio entre o Governo Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional. O Memorando, que definiu as bases do programa de ajustamento económico e financeiro que irá permitir a Portugal beneficiar de assistência financeira até 78 mil milhões de euros, foi recentemente revisto no passado dia 1 de Setembro, na sequência da primeira avaliação trimestral realizada pelas autoridades internacionais.

Várias das reformas propostas respeitam às regras de concorrência ou são por estas inspiradas, incluindo:

- a revisão da **Lei da Concorrência**;
- o reforço da independência e dos recursos da **Autoridade da Concorrência e das autoridades reguladoras sectoriais**;
- a criação de **tribunais especializados em matéria de concorrência e propriedade intelectual**, no âmbito de uma ambiciosa reforma do sistema judicial;
- um vasto conjunto de **medidas para reforçar a concorrência em sectores regulados**, tais como a energia, as comunicações, os serviços postais, os serviços de saúde, os transportes e as profissões reguladas.

REVISÃO DA LEI DA CONCORRÊNCIA

O Governo pretende adoptar medidas “para melhorar a celeridade e a eficácia da aplicação das regras da concorrência”, tendo-se comprometido a apresentar ao Parlamento até Dezembro de 2011 uma proposta de lei de revisão da Lei da Concorrência (Lei 18/2003).

REGRAS PROCESSUAIS

O principal objectivo da reforma é tornar a Lei da Concorrência “o mais autónoma possível” das regras de processo penal. A aplicação subsidiária das regras de processo penal aos processos de contra-ordenação por violação da Lei da Concorrência tem suscitado múltiplas dúvidas, e várias decisões da Autoridade foram já anuladas em sede de recurso judicial por razões processuais.

O Governo também pretende “garantir mais clareza e segurança jurídica” na aplicação das regras do procedimento administrativo ao controlo das concentrações, embora a aplicação subsidiária das

referidas regras aos procedimentos de apreciação de concentrações não tenha até à data suscitado controvérsia de maior.

A ABERTURA DE INQUÉRITOS

O Governo propõe “racionalizar as condições que determinam a abertura de investigações”, permitindo à Autoridade da Concorrência efectuar uma avaliação sobre a relevância das queixas recebidas. Presentemente a Autoridade está obrigada, nos termos da lei, a abrir um inquérito sempre que tenha conhecimento de eventuais práticas proibidas.

CONTROLO DAS CONCENTRAÇÕES

De acordo com o Memorando, a revisão da lei deve proceder a um maior alinhamento entre o regime nacional sobre concentrações e o Regulamento das Concentrações Comunitárias (139/2004), em particular no que respeita aos critérios de notificação. O direito português prevê dois critérios alternativos, um relativo ao volume de negócios e outro relativo às quotas de mercado. Recentemente tem havido quem defenda a eliminação ou a revisão do critério da quota de mercado, embora tal critério se mantenha em vários direitos nacionais, como o espanhol ou o do Reino Unido.

Outra alteração provável na área do controlo das concentrações diz respeito ao teste substantivo na apreciação das concentrações. O teste de “domínio de mercado”, nos termos do qual uma concentração é proibida se criar ou reforçar uma posição dominante que entrave a concorrência efectiva, será provavelmente substituído pelo teste do “entrev significativo a uma concorrência efectiva”, adoptado desde 2004 no direito europeu das concentrações.

RECURSOS JUDICIAIS

O Memorando prevê que o Governo avalie o processo de recursos e proceda aos “ajustamentos” necessários para aumentar a equidade e a eficiência. A recente criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão poderá melhorar o funcionamento do sistema de recursos no direito da concorrência.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA E REGULADORES SECTORIAIS

O Governo compromete-se a tomar medidas para garantir que as autoridades reguladoras nacionais

dispõem da independência e dos recursos necessários para exercer as suas responsabilidades. Em particular, até Março de 2012 deverá ser elaborado um relatório independente, que analisará as práticas de nomeação, as responsabilidades, a independência e os recursos de cada autoridade face às melhores práticas internacionais. Com base no relatório, o Governo apresentará até Junho de 2012 ao Parlamento uma proposta de lei para implementar as melhores práticas identificadas e reforçar a independência dos reguladores.

Uma questão central neste contexto é o processo de designação dos conselhos das autoridades reguladoras, que presentemente são nomeados pelo Governo sem qualquer fiscalização externa. Têm sido conhecidas várias propostas para aumentar a independência das agências reguladoras, incluindo a transferência dos poderes de nomeação para o Presidente da República, eventualmente acompanhada de poderes de confirmação pela Assembleia da República.

O NOVO TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA

O Memorando prevê um ambicioso conjunto de reformas para melhorar o funcionamento do sistema judicial. No contexto destas reformas, a Lei n.º 46/2011 criou recentemente o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e o novo Tribunal da Propriedade Intelectual. De acordo com o Memorando, os dois novos tribunais de competência especializada deverão estar operacionais até Março de 2012.

Embora a criação do novo tribunal da concorrência seja bem-vinda, permanece ainda alguma incerteza quanto ao seu funcionamento futuro. O novo tribunal apreciará recursos das decisões de todas as autoridades reguladoras independentes portuguesas, em matéria de regulação da banca, seguros, mercados de capitais, comunicações electrónicas e comunicação social, o que poderá pôr em causa o tratamento especializado dos processos de concorrência. Uma forma de assegurar o cumprimento do Memorando poderá passar pela criação de uma secção especializada no novo tribunal dedicada exclusivamente aos processos de concorrência.

(Continua na página 04)

REFORÇO DA CONCORRÊNCIA NOS SECTORES REGULADOS

O Governo compromete-se a assegurar condições concorrenciais equitativas, minimizar comportamentos abusivos e reforçar a concorrência nos principais sectores regulados da economia, através das seguintes medidas:

ENERGIA

O Governo pretende prosseguir a promoção da concorrência nos mercados da energia e reforçar a integração dos mercados ibéricos da electricidade e do gás (MIBEL e MIBGAS). A liberalização total do sector da energia será antecipada através da extinção das tarifas reguladas até 1 de Janeiro de 2013. Os principais princípios deste processo foram já aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 34/2011, e a legislação para a sua implementação deverá ser aprovada até ao fim do ano.

A transposição das directivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, que compõem o chamado “Terceiro Pacote Energético”, deverá estar finalizada até Março de 2012, na sequência das recentes alterações às leis de bases da electricidade e do gás natural pelos Decretos-lei n.ºs 77/2011 e 78/2011. O Governo irá ainda avaliar a eficácia dos esquemas de apoio à co-geração e às energias renováveis (incluindo a redução dos incentivos financeiros à produção), bem como os montantes pagos no contexto da transição para o mercado liberalizado aos produtores de electricidade vinculados no passado ao sistema de serviço público.

COMUNICAÇÕES

O Memorando visa o aumento da concorrência nos mercados das comunicações electrónicas através da redução de barreiras à entrada. Para além da recente transposição da Directiva da UE “Better Regulation” (2009/136/CE) através da Lei n.º 51/2011, serão tomadas as seguintes medidas:

- organização de “leilão de espectro” para a atribuição de radiofrequências adicionais para acesso a banda larga sem fios, no respeito pelos princípios do direito da União, até ao fim de Dezembro de 2011;
- redução das tarifas de terminação móvel (Setembro de 2011);
- redução das restrições à mobilidade dos consumidores, de acordo com as recomendações da Autoridade da Concorrência (Setembro de 2011), avaliação das barreiras à entrada e adopção de medidas correctivas (Março de 2012); e
- renegociação do contrato de concessão do serviço universal e lançamento de um novo concurso para a designação de prestadores do serviço universal (Dezembro de 2011).

SAÚDE

O Governo propõe adoptar medidas para aumentar a concorrência entre prestadores privados (até Dezembro de 2011), e compromete-se a avaliar o cumprimento das regras europeias de concorrência na prestação de serviços de cuidados de saúde (até Março de 2012).

SERVIÇOS POSTAIS

O Governo irá continuar a liberalização do sector postal através da transposição da Terceira Directiva Postal (2008/06/CE), e irá assegurar que os poderes e a independência da autoridade reguladora são apropriados, tendo em conta o aumento das suas funções em matéria de controlo de preços e custos (Setembro de 2011).

PROFISSÕES REGULAMENTADAS

O Governo compromete-se a:

- Rever e reduzir o número de profissões reguladas, com vista à implementação integral da Directiva “Serviços” (2006/123/CE);
- Eliminar restrições à utilização de publicidade em profissões reguladas;
- Melhorar o enquadramento jurídico para o reconhecimento de qualificações profissionais;
- Reduzir o número de requisitos formais a

que estão sujeitos os prestadores de serviços transfronteiriços em Portugal.

DIREITOS ESPECIAIS DO ESTADO EM EMPRESAS PRIVATIZADAS

O Governo já cumpriu o compromisso de revogar as disposições que conferem ao Estado direitos especiais sobre o processo de tomada de decisões da EDP, da GALP e da PT, através da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 90/2011 e da eliminação, pelas assembleias-gerais destas sociedades, dos direitos especiais que ainda permaneciam nos respectivos estatutos.

O Governo também se comprometeu a assegurar que as entidades públicas não celebram, enquanto accionistas, acordos que influenciem a gestão ou o controlo das empresas em causa, ou que restrinjam a livre circulação de capitais. (A participação do Estado, através da CGD, no acordo de accionistas relativo à GALP, cessará com a privatização total desta empresa até Dezembro de 2011). No que respeita às operações de privatização projectadas, o Governo compromete-se ainda a não criar ou permitir a criação de limites à detenção do capital social pelos accionistas que vão para além da própria operação de privatização. ■

COMENTÁRIO

O ambicioso e vasto programa de reformas estruturais reflectido no Memorando está sujeito a um apertado calendário de execução, sendo objecto de acompanhamento pelas autoridades internacionais através de relatórios de execução trimestrais. O sentido do primeiro relatório, anunciado no passado dia 12 de Agosto, foi globalmente positivo.

O Governo deverá apresentar uma proposta de revisão da Lei da Concorrência nas próximas semanas. É provável que esta proposta seja baseada nos compromissos constantes do Memorando, bem como nas propostas que terão sido apresentadas ao Governo pela Autoridade da Concorrência (que não foram tornadas públicas).

Neste contexto, o Círculo de Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, associação que reúne especialistas na área do direito da concorrência e que é presidida pelo sócio da MLGTS Carlos Botelho Moniz, apresentou recentemente à Assembleia da República e ao Governo um documento de reflexão com propostas de revisão e alteração da Lei da Concorrência.

As sugestões formuladas centram-se em particular nas áreas seguintes:

- clarificação das regras processuais, designadamente em matéria de segredo de justiça e acesso ao processo na Autoridade, conteúdo da nota de ilicitude, prazos para o exercício dos direitos de defesa, direitos dos denunciadores e recursos;
- clarificação das regras substantivas sobre condutas unilaterais;
- poderes para a Autoridade aplicar coimas por violação do direito europeu da concorrência e para adoptar decisões de arquivamento com compromissos;
- critérios detalhados sobre a determinação da medida das coimas;
- introdução de procedimento de transacção (*settlement*) em casos de cartéis;
- medidas para incentivar acções de indemnização nos tribunais cíveis por violação do direito da concorrência.

Tendo em conta o âmbito das alterações projectadas à Lei da Concorrência, espera-se que a proposta do Governo seja objecto de uma ampla consulta pública antes da sua apresentação ao Parlamento. O Ministro da Economia comprometeu-se publicamente a fazê-lo.

Imputação de responsabilidade nas relações “mãe-filha”: o cartel do mercado holandês da cerveja

Inês Gouveia
igouveia@mlgts.pt

No passado dia 15 de Setembro, o Tribunal Geral da União Europeia (“Tribunal”) proferiu um acórdão relevante no âmbito da questão da imputação de responsabilidade por comportamentos anti-concorrenciais no seio de grupos económicos¹.

Na origem do processo esteve a decisão da Comissão Europeia (“Comissão”) que, em 2007, condenou empresas dos grupos Inbev, Heineken, Grolsch e Bavaria por participação num cartel no mercado holandês da cerveja².

De acordo com a decisão condenatória, durante cerca de 3 anos os grupos acima referidos coordenaram entre si os preços e os aumentos de preços da cerveja, a alocação de clientes nos canais ‘horeca’ e “consumo no domicílio” bem como outras condições comerciais oferecidas aos consumidores individuais no canal horeca, nos Países Baixos. O funcionamento do cartel assentava em ciclos de reuniões multilaterais entre os quatro grupos acima referidos e em encontros bilaterais complementares.

A Grolsch NV – única empresa do grupo Grolsch visada na decisão final - interpôs recurso da decisão condenatória por entender que não tinha ficado provada a sua participação directa na infracção. Com efeito, os «dirigentes da Grolsch» identificados pela Comissão como participantes nas reuniões colusórias eram todos trabalhadores da sua subsidiária Grolsche Bierbrouwerij Nederland BV. (“Grolsche Bierbrouwerij”) (com uma única excepção, relativa a uma reunião). A Comissão não poderia, pois, ter concluído pela participação directa da Grolsch NV na infracção constatada, mas deveria, ao invés, ter lhe imputado a responsabilidade pela infracção cometida pela sua filial Grolsche Bierbrouwerij.

A Comissão, reconhecendo embora a omissão quanto à destriça entre as duas pessoas colectivas em causa (sociedade-mãe e subsidiária) bem como quanto ao facto de os participantes nas reuniões do cartel agirem enquanto trabalhadores da Grolsche Bierbrouwerij, sociedade sob o controlo da pessoa colectiva Grolsch NV, considerou que tal destriça não era necessária, uma vez que as duas sociedades constituam uma entidade económica e foi esta entidade económica que participou na infracção.

Na apreciação quanto à questão da imputação da participação directa à Grolsch NV, o Tribunal verificou o processo continha um número muito limitado de elementos versando especificamente sobre a eventual participação individual da recorrente na infracção verificada e que esses elementos não eram, por si só, susceptíveis de estabelecer a participação da recorrente na concertação continuada.

Chamado a pronunciar-se igualmente sobre a questão da (in)suficiência de fundamentação na imputação do ilícito à Grolsch NV, o Tribunal começou por observar que quando uma decisão diz respeito a uma pluralidade de destinatários e coloca um problema de imputabilidade da infracção constatada (como no presente caso), ela deve conter uma fundamentação suficiente a respeito de cada um dos seus destinatários, particularmente daqueles que, nos termos dessa decisão, venham a ser responsabilizados pela infracção.

De acordo com a jurisprudência assente do Tribunal, o comportamento de uma subsidiária pode ser imputado à sociedade-mãe quando, apesar de ter personalidade jurídica distinta, essa subsidiária não determinar de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplicar, no essencial, as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe, atendendo em particular aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essas duas entidades.

No caso de uma subsidiária detida a 100%, existe uma presunção elidível que a sociedade-mãe exerce efectivamente influência determinante no comportamento da sua subsidiária pelo que bastará que a Comissão prove que a totalidade do capital de uma subsidiária é detida pela respectiva sociedade-mãe, para se presumir que esta exerce uma influência determinante na política comercial dessa subsidiária (e assim se imputar o comportamento ilícito à sociedade-mãe e considerá-la solidariamente responsável pelo pagamento da coima aplicada).

Apenas assim não será se a sociedade-mãe apresentar elementos de prova suficientes, susceptíveis de demonstrar que a sua subsidiária se comporta de forma autónoma no mercado.

O Tribunal considerou que a Comissão se tinha limitado a equiparar a recorrente ao grupo Grolsch, e os trabalhadores da sua subsidiária (participantes nas reuniões do cartel) a trabalhadores da sociedade-mãe, sem explicitar as razões dessa equiparação. Essa omissão – que privou a recorrente da possibilidade de contestar o acerto desta imputação perante o Tribunal – constituiu uma violação do dever de fundamentação.

O tribunal decidiu, em consequência, anular a decisão da Comissão na parte em que imputou à Grolsch NV a prática do ilícito.

O acórdão do Tribunal, sem se afastar da jurisprudência assente em matéria de imputação de responsabilidade no seio de grupos económicos (jurisprudência que não é, aliás, isenta de controvérsia) vem dar um contributo muito relevante para esclarecer o nível de exigência e os limites que se colocam à actuação da Comissão neste âmbito.

Dois mensagens fundamentais parecem decorrer do aresto: por um lado, o juízo de imputação individual deve ser efectuado com base numa análise rigorosa da prova apresentada e na suficiência da mesma à luz das características do ilícito em causa. De notar que, embora constasse do processo prova da participação directa do representante da recorrente em pelo menos uma reunião do cartel, isso foi considerado um mero indício isolado, insuficiente para responsabilizar a recorrente no caso concreto, tendo em conta que o sistema de concertação em causa era “complexo”, e carecia de contactos regulares durante um longo período de tempo.

Por outro lado, mesmo num caso (como o presente) em que a prova, pela Comissão, da imputação de responsabilidade à sociedade-mãe está à partida facilitada por prevenção de uma influência determinante, a Comissão não pode aligeirar o rigor da sua análise nem da respectiva fundamentação, incumbindo-lhe sempre e em qualquer caso alegar e provar a existência dos vínculos (como seja a detenção de 100% do capital) que lhe permitem imputar à sociedade-mãe a responsabilidade pela conduta da sua subsidiária. ■

¹ Processo T-234/07.

² As multas aplicadas pela Comissão às empresas do grupo Heineken e Bavaria foram reduzidas pelo Tribunal na sequência de recursos judiciais. O grupo Inbev beneficiou de isenção total de coima ao abrigo do regime da clemência.



O solitário acto de recurso em direito da concorrência

Luís do Nascimento Ferreira
lferreira@mlgts.pt

O regime europeu de prescrição das infracções ao direito da concorrência é altamente protector dos poderes de investigação da Comissão. Essencialmente, de acordo com o artigo 25.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, as infracções mais graves estão sujeitas a uma prescrição de cinco anos, que no entanto se interrompe sempre que a Comissão ou as autoridades nacionais de concorrência praticarem qualquer acto de investigação ou instrução no processo. Isto significa que basta a Comissão ou as autoridades nacionais iniciarem o inquérito ou solicitarem informações às empresas para que o prazo de prescrição recomece a ser contado, da estaca zero, a partir de cada interrupção.

Ao lado da interrupção existe a suspensão, que dura pelo período em que determinada decisão da Comissão estiver a ser apreciada em recurso pelo Tribunal de Justiça. Uma vez decidido o recurso, o prazo de prescrição retoma a partir do momento em que foi suspenso.

Sem prejuízo destas regras, a prescrição ocorre no dia em que um prazo igual ao dobro do prazo de prescrição (ou seja, dez anos), acrescido das eventuais suspensões, chegar ao seu termo sem que a Comissão tenha aplicado uma coima ou outra sanção pecuniária.

Em finais de Março de 2011, o Tribunal de Justiça, no acórdão *ArcelorMittal*¹, veio clarificar alguns aspectos importantes relativamente à contagem do prazo de prescrição em recursos relativos a infracções concorrenciais que envolvem várias empresas. Para o Tribunal, quando um

ou mais destinatários de uma decisão da Comissão num processo de *antitrust*, seja ela uma decisão intermédia em matéria de investigação ou uma decisão final, interpõem recurso, o Tribunal só é chamado a pronunciar-se sobre os elementos que compõem o recurso. Os elementos da decisão que digam respeito a destinatários que não impugnaram a decisão não estão incluídos no objecto do litígio.

A partir desta posição, o Tribunal entendeu que o recurso de uma empresa arguida apenas tem o efeito suspensivo previsto no artigo 25.º do Regulamento 1/2003 em relação aos recorrentes mas não face às restantes empresas arguidas. O Tribunal considerou que, de acordo com a redacção e o racional da referida norma, os recursos judiciais que suspendem o prazo de prescrição são tanto os referentes às decisões intermédias da Comissão que sejam impugnáveis, como os recursos da decisão final.

Neste sentido, não fazendo o artigo 25.º qualquer distinção entre o tipo de decisão que é objecto de recurso, o Tribunal *ArcelorMittal* declarou que não é possível atribuir um efeito suspensivo *erga omnes* aos recursos das decisões da Comissão. Pelo contrário, o efeito suspensivo da prescrição resultante do recurso tem somente um efeito *inter partes* e não aproveita às empresas que não impugnem a decisão da Comissão.

Esta jurisprudência pode à partida parecer inócua mas tem a maior implicação prática em processos de concorrência que envolvam vários arguidos. Prova disso é a curiosa decisão adoptada pela Comissão Europeia no passado dia 4 de Julho, num processo que nada tinha que ver com o caso *ArcelorMittal*.

Em 11 de Novembro de 2009, a Comissão impôs uma coima de quase 174 milhões de euros a um conjunto de 24 empresas produtoras de aditivos plásticos, por alegadamente terem participado num cartel que cobriu todo o Espaço Económico Europeu e que serviu para essas empresas fixarem preços, repartirem mercados e clientes

“O EFEITO SUSPENSIVO DA PRESCRIÇÃO RESULTANTE DO RECURSO TEM SOMENTE UM EFEITO *INTER PARTES* E NÃO APROVEITA ÀS EMPRESAS QUE NÃO IMPUGNEM A DECISÃO DA COMISSÃO.”

e trocaram informação comercialmente sensível entre 1987 e 2000².

Duas das empresas que alegadamente participaram no cartel, a Ciba/BASF e a Elementis, tê-lo-ão feito, porém, apenas até 1998. Nesta medida, a decisão condenatória da Comissão de 2009 foi adoptada para estas duas empresas já depois do período de prescrição de 10 anos a que faz referência o artigo 25.º do Regulamento 1/2003. No entanto, na pendência da investigação, algumas das arguidas, que não a Ciba/BASF e a Elementis, impugnaram no Tribunal de Justiça as medidas de inquérito adoptadas pela Comissão.

Consciente disto, na decisão de 2009 a Comissão alegou que a suspensão da prescrição decorrente da interposição dos recursos aproveitava a todas as arguidas, mesmo às que não tinham impugnado as medidas da Comissão. Com o acórdão *ArcelorMittal*, que nada teve que ver com o cartel dos plásticos, a Comissão viu firmada a tese oposta.

Assim sendo, e por sua própria iniciativa, no dia 4 de Julho de 2011 a Comissão revogou a decisão do cartel dos plásticos na parte em que condenava a Ciba/BASF e a Elementis, consequentemente anulando as respectivas coimas de aproximadamente 68 e 33 milhões de euros³. A Comissão foi forçada a concluir, à luz da jurisprudência *ArcelorMittal*, que a infracção alegadamente cometida por estas duas empresas estava prescrita no momento da condenação, uma vez que a prescrição não tinha sido suspensa na pendência dos recursos interpostos pelas outras arguidas. ■

“O REGIME EUROPEU DE PRESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA É ALTAMENTE PROTECTOR DOS PODERES DE INVESTIGAÇÃO DA COMISSÃO.”

¹ Processos apensos C-201/09 P e C-216/09 P, 29.3.2011.

² O comunicado de imprensa relativo a esta decisão está disponível em <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1695&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>.

³ O comunicado de imprensa relativo a esta decisão está disponível em <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/820&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

AdC condena empresas por práticas restritivas

Mónica Pinto Candeias
mpcandeias@mlgts.pt

AdC CONDENA 2 EMPRESAS DE LIMPEZA INDUSTRIAL POR PRÁTICA CONCERTADA EM 16 CONCURSOS PÚBLICOS

Em 2 Junho de 2011, a Autoridade da Concorrência (“AdC”) comunicou ter condenado duas empresas de limpeza industrial (Conforlimpa e Number One) por concertação na apresentação de propostas a 16 concursos públicos, entre Fevereiro de 2006 e Novembro de 2007.

O processo contra-ordenacional teve origem em duas denúncias apresentadas, respectivamente, pela entidade adjudicante (REFER) e uma concorrente (Iberlim), nas quais acusavam as empresas de alegadamente apresentarem propostas semelhantes nos referidos concursos.

Em resultado dessas práticas, as empresas ficariam frequentemente classificadas em lugares sequenciais e, nos casos em que a entidade adjudicante estabelecia a regra de não adjudicar a totalidade das prestações

de serviços à mesma empresa, a alegada concertação permitia-lhes ultrapassar esse impedimento e garantir a adjudicação da totalidade dos serviços.

Após a investigação, a AdC concluiu que as empresas arguidas apresentaram aos 16 concursos propostas idênticas, quer na apresentação geral, quer nos valores monetários, tendo demonstrado que essas propostas foram preparadas em concertação e mediante a troca de informação sensível.

O aumento das possibilidades de ganharem os concursos em resultado da violação das regras de concorrência conferiu às empresas arguidas uma vantagem ilícita sobre as demais concorrentes, alterando deste modo as condições concorrenciais no mercado.

Nestes termos, a AdC deu como provada a violação, por ambas as empresas, do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (“LdC”), tendo aplicado às empresas coimas no valor de €253.703,18 e de 62.620,90.

AdC CONDENA 7 ESCOLAS DE CONDUÇÃO NO FUNCHAL POR CONCERTAÇÃO DE PREÇOS

Também na sequência de uma denúncia – desta vez anónima – apresentada no início de 2008 à AdC, foi aberto um processo de investigação por práticas restritivas da concorrência com o objectivo de apurar se o aumento generalizado dos preços praticados por sete escolas de condução da cidade do Funchal para o ensino da condução de veículos da categoria B resultava de uma prática concertada entre aquelas entidades.

De acordo com o comunicado de imprensa da AdC de 17 de Junho de 2011, no decurso da investigação verificou-se que, para além de não existir, de um ponto de vista económico, uma explicação plausível para os aumentos simultâneos de preços verificados entre Dezembro de 2007 e Março de 2008, foram alegadamente estabelecidos contactos entre as sete escolas daquela cidade com o objectivo de concertar aumentos de preços.

Segundo a AdC, foi na sequência dos alegados encontros entre as escolas de condução arguidas no processo de contra-ordenação que os preços para o ensino da condução de veículos da categoria B aumentaram em Janeiro de 2008 e em Março de 2008, para valores que ultrapassaram o dobro dos preços verificados em Dezembro de 2007, inexistindo qualquer justificação económica para o sucedido.

A eliminação da incerteza quanto ao comportamento futuro dos concorrentes em termos de preços, através da troca de informação entre as escolas durante os alegados encontros, alterou as condições concorrenciais do mercado, permitindo um ganho económico ilícito das arguidas resultante dos aumentos dos preços, com evidentes prejuízos para os consumidores.

Pelo exposto, a AdC deu como provada a violação do artigo 4.º da LdC, tendo condenado as sete escolas de condução da cidade do Funchal a coimas que variaram entre um mínimo de €684,07 e um máximo de €2.731,36. ■

COMENTÁRIO FINAL

A AdC tem por missão garantir a aplicação da política de concorrência em Portugal e defender a concorrência, enquanto bem público, em todos os sectores da economia, sem qualquer distinção relativamente à dimensão dos operadores envolvidos ou do dano infligido na economia em resultado da prática restritiva. Com efeito, as regras da concorrência são aplicáveis a todos os operadores, e em todos os sectores da economia.

Com estes dois casos, a AdC deixa claro que está atenta às mais diversas denúncias que lhe são apresentadas, inclusive as que se referem a casos que envolvem empresas de menor dimensão. Outra coisa não seria de esperar, desde logo, pela obrigação constante do artigo 24.º da LdC que impõe sobre aquela autoridade uma obrigação de abrir um inquérito sempre que tome conhecimento, por qualquer via, de eventuais práticas restritivas da concorrência.

Ou seja, salvo (em nossa opinião) os casos em que a denúncia não contém um mínimo de informação fidedigna ou plausível relativamente

à alegada infracção, a AdC está legalmente obrigada a investigar todos os casos que lhe são apresentados, independentemente da dimensão económica dos alegados intervenientes ou do dano resultante da alegada prática.

Ao contrário do que sucede em outras jurisdições, a AdC não pode “escolher” ou direccionar a sua actuação para os sectores da economia que lhe parecem mais problemáticos do ponto de vista do cumprimento das regras da concorrência e concentrar esforços nesse sentido.

No entanto, e apesar do eventual efeito pernicioso de dispersão de meios e recursos (limitados) da AdC, pensamos que o efeito “big brother” sobre todos os operadores económicos apresenta a vantagem de dissuadir comportamentos menos consistentes com as regras da concorrência por inexistirem, desde logo, “períodos de conforto” durante os quais determinadas actividades económicas estariam “a salvo” de um maior escrutínio da AdC.

(Continua na página 08)



Admitimos, no entanto, que uma postura mais proactiva da AdC junto do tecido empresarial, em particular junto das pequenas e médias empresas, porventura menos familiarizadas com o Direito da Concorrência, poderia trazer evidentes vantagens para todos os agentes envolvidos, e em particular para os consumidores.

Para o efeito, assume particular importância uma actuação transparente e um acesso livre a toda a actividade da AdC em matéria de práticas restritivas (salvaguardando, evidentemente, direitos das arguidas e investigações em curso), pois só assim os operadores económicos poderão ter uma ideia mais precisa de como podem

compatibilizar a sua actividade com as regras da concorrência, e perceber a posição da AdC em diversas matérias. Para que o cumprimento das regras da concorrência seja uma preocupação de todos os agentes económicos, a AdC tem de ser acessível e estar presente no dia-a-dia das empresas e consumidores.



CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

Critérios para notificação de operações envolvendo fundos de investimento

Lauro Celidonio Nero / Marcio Dias Soares
lauro@mattosfilho.com.br / msoares@mattosfilho.com.br
www.mattosfilho.com.br

A atuação de fundos de investimento no mercado brasileiro tem registrado crescimento bastante acentuado nos últimos anos, o que tem obrigado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) a apreciar e se posicionar acerca de uma série de operações em sede de processos de notificação de atos de concentração. Sob a ótica do Direito Concorrencial, um dos principais pontos de discussão envolvendo operações realizadas por fundos de investimento está na definição sobre a obrigatoriedade de se notificar uma determinada operação ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”).

O parágrafo 3º do artigo 54 da Lei 8.884/94 determina que operações societárias em geral, tais

como fusões e aquisições, incorporações e *joint ventures*, deverão ser obrigatoriamente submetidos à análise e aprovação por parte das autoridades do SBDC sempre que resultem em participação de mercado igual ou superior a vinte por cento de um mercado relevante, ou caso qualquer dos grupos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último exercício financeiro equivalente a R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Nos casos envolvendo fundos de investimento, é muitas vezes controvertida a definição do que seria o faturamento atribuível ao fundo envolvido na operação, ou do que seria o chamado “grupo econômico”, para efeitos da análise do dever de notificação ao SBDC.

O CADE já buscou por diversas vezes estabelecer critérios específicos sobre a necessidade de notificação de tais operações. O entendimento que ganhou maior apoio entre os conselheiros do órgão *antitruste* ao longo dos anos foi o de se utilizar o faturamento conjunto dos quotistas do fundo em questão: caso tal faturamento fosse superior a R\$400 milhões, a operação seria conhecida pelo CADE.¹

O tema voltou a ser discutido pelo CADE de forma mais contundente em 2010.² Na ocasião, o Conselheiro Olavo Chinaglia propôs metodologia de análise composta de duas etapas, que pode ser resumida da seguinte forma.

¹ Ato de Concentração nº 08012.014090/2007-73 (WRC Operadores Portuários S/A, TESC, Carlos Alberto de Oliveira Junior, Porto Novo Participações S/A e Logística Brasil – Fundo de Investimento em Participações); Ato de Concentração nº 08012.013885/2007-64 (Santal Equipamentos S/A Comércio e Indústria e Empreendedor Brasil – Fundo Mútuo de Investimento em Empresas Emergentes); e Ato de Concentração nº 08012.000328/2008-64 (Companhia Brasileira de Locações e Logística Brasileira – Fundo de Investimento em Participações); entre outros.

² Ato de Concentração nº 08012.004911/2010-69 (FIPAC – Fundo de Participações e Consolidação FMIEE e TSL – Tecnologia em Sistemas de Legislação S.A.) e Ato de Concentração nº 08012.006989/2010-18 (Empresa de Eletricidade Vale Parapanema S.A. e Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FI – FGTS).

Na primeira etapa, verifica-se se a operação altera o centro decisório da empresa investida. Para tanto, deve-se verificar se, com a operação, o fundo adquire poder suficiente para influenciar de forma relevante as decisões estratégicas e os negócios da empresa investida. Este tópico não é trivial. O CADE faz uma análise caso a caso, e seu entendimento ainda é pouco sedimentado em relação a quais direitos conferem ao acionista influência relevante sobre decisões estratégicas da empresa investida.

Caso se entenda que o fundo de investimento terá influência relevante sobre as decisões estratégicas da empresa investida, a análise segue para a segunda etapa.

A segunda etapa consiste na verificação dos critérios de participação de mercado e faturamento fixados pelo artigo 54 da Lei 8.884/94, conforme explicado acima.¹ Caso seja identificada a presença de qualquer um desses critérios – i.e. participação de mercado não inferior a 20% ou faturamento bruto anual superior a R\$400 milhões –, a operação estará sujeita à notificação obrigatória ao SBDC.

Nesse particular, o Conselheiro Olavo Chinaglia já manifestou entendimento no sentido de que se deve identificar, inicialmente, quais quotistas exercem influência relevante sobre a administração do fundo; em seguida, faz-se uma análise individualizada do faturamento bruto anual de cada um desses quotistas, levando-

-se em consideração o faturamento total de seus respectivos grupos. Caso qualquer desses quotistas, e seu respectivo grupo econômico, isoladamente, tenha registrado faturamento bruto anual superior a R\$400 milhões, a operação deve obrigatoriamente ser notificada ao SBDC.

Também deve ser levado em consideração, desta vez de forma conjunta, o faturamento das empresas sobre as quais o fundo de investimento detém influência relevante, ainda que não diretamente envolvidas no negócio notificado. A operação estará sujeita à notificação obrigatória caso o faturamento conjunto de tais empresas seja superior a R\$400 milhões.

O fato é que há questionamentos específicos quanto ao modo apropriado para se calcular o faturamento das partes interessadas em operações que envolvem fundos de investimento.

Como se verifica, a análise da obrigatoriedade de notificação das operações envolvendo fundos de investimento ao SBDC ainda levanta discussões importantes. Isto exige que as partes façam uma análise cuidadosa e detalhada, sobretudo das relações de influência entre todos os agentes envolvidos – i.e. fundos, seus quotistas, e empresas investidas –, levando-se em consideração as características do caso específico, de modo a evitar questionamentos posteriores e eventuais sanções por parte das autoridades do SBDC. ■

“A ANÁLISE DA OBRIGATORIEDADE DE NOTIFICAÇÃO DAS OPERAÇÕES ENVOLVENDO FUNDOS DE INVESTIMENTO AO SBDC LEVANTA DISCUSSÕES IMPORTANTES. ISTO EXIGE QUE AS PARTES FAÇAM UMA ANÁLISE CUIDADOSA E DETALHADA, DAS RELAÇÕES DE INFLUÊNCIA ENTRE TODOS OS AGENTES ENVOLVIDOS.”

¹ Ato de Concentração nº 08012.009662/2010-06 (Actis FR Fundo de Investimento em Participações e Companhia Sulamericana de Distribuição S.A.).



MLGTS LEGAL CIRCLE
INTERNATIONALITIES WITH THE PORTUGUESE-SPEAKING WORLD

Procurando responder às necessidades crescentes dos seus Clientes um pouco por todo o mundo, nomeadamente nos países de expressão portuguesa, a MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA estabeleceu parcerias institucionais com sociedades de advogados líderes de mercado no Brasil, Angola, Moçambique e Macau.

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

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

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

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

Luanda, Angola (em parceria)
ALC – Angola Legal Circle Advogados

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

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

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

www.mlgts.pt