



EUROPEU E CONCORRÊNCIA

NESTA EDIÇÃO

ARTIGOS

- Comissão Europeia pode propor ações de indemnização nos tribunais nacionais contra empresas condenadas por participação em cartel 02
- Autoridade da Concorrência aplica coima pouco usual por concentração não-autorizada 03
- A Comissão Europeia aplica coima global de 1.47 mil milhões de euros a cartéis no mercado dos tubos de raios catódicos 04
- O acórdão *Expedia* do Tribunal de Justiça – a exceção de *minimis* não se aplica às restrições por objeto 06
- Novo regime jurídico da clemência em Portugal 07

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

- CADE define posicionamento sobre a prática de Fixação de Preço de Revenda 09



Comissão Europeia pode propor acções de indemnização nos tribunais nacionais contra empresas condenadas por participação em cartel

Carlos Botelho Moniz / Pedro de Gouveia e Melo
cmoniz@mlgts.pt / pgmelo@mlgts.pt

Um acórdão recente do Tribunal de Justiça da União Europeia (C-199/11, *Otis et al.*, de 6.11.2012) confirmou que nada impede a Comissão Europeia de demandar judicialmente, nos tribunais nacionais dos Estados-Membros, empresas cujo comportamento tenha sido previamente condenado pela própria Comissão enquanto violação do direito europeu da concorrência.

Em 2007, a Comissão Europeia condenou os grupos Otis, Kone, Schindler e ThyssenKrupp, a coimas no valor global de €992 milhões, pela participação num acordo de fixação de preços (cartel) nos mercados dos elevadores e das escadas rolantes em vários Estados-Membros – ao tempo, as coimas de valor mais elevado aplicadas pela Comissão num único processo. O Tribunal Geral confirmou, em sede de recurso, a decisão da Comissão, e o Tribunal de Justiça já rejeitou recursos subsequentes contra o acórdão do Tribunal Geral (embora outros recursos ainda se encontrem pendentes).

As Instituições da União Europeia eram elas próprias clientes das empresas em causa relativamente à instalação e manutenção de elevadores e escadas rolantes nos edifícios da União Europeia. Por esta razão, a Comissão Europeia (em representação da União) propôs, em paralelo, acções de indemnização no Tribunal de Comércio de Bruxelas em 2008, exigindo àquelas empresas uma indemnização de mais de € 7 milhões por danos sofridos na Bélgica e no

Luxemburgo, na medida em que os preços pagos pelas Instituições europeias teriam sido mais elevados do que os preços de mercado em resultado da existência do cartel.

Possivelmente por solicitação das empresas demandadas, que alegaram que a Comissão é “juiz e parte na mesma causa”, o tribunal nacional submeteu um conjunto de questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça, a principal das quais é se a Carta dos Direitos Fundamentais (Carta) impede a Comissão Europeia de propor uma acção de indemnização relativamente a comportamentos que foram previamente objecto de condenação por parte de uma decisão da própria Comissão.

O Tribunal de Justiça reconhece, à partida, que os direitos fundamentais das empresas, tal como salvaguardados pela Carta, devem ser sempre respeitados, em particular o direito de acesso a um tribunal e o princípio da igualdade de armas, os quais são elementos do direito fundamental à tutela judicial efectiva consagrado na Carta.

Embora uma decisão da Comissão que constata a existência de uma infracção ao direito da concorrência seja, nos termos do direito da União, vinculativa para os tribunais nacionais, o Tribunal de Justiça considera que a propositura de uma acção de indemnização pela Comissão não viola o direito de acesso a um tribunal. Segundo o Tribunal, o direito da União prevê um sistema de fiscalização jurisdicional efectiva das decisões da Comissão pelos tribunais da União, que oferece todas as garantias exigidas pela Carta. Por outro lado, os tribunais nacionais mantêm competência exclusiva para determinar a existência de prejuízos e se existe um nexo de causalidade entre o dano sofrido e os comportamentos em causa.

O Tribunal decidiu igualmente que a actuação processual da Comissão não é contrária ao princípio da igualdade de

armas. Este princípio tem por objectivo assegurar o equilíbrio entre as partes no processo, garantindo que qualquer documento apresentado ao tribunal possa ser avaliado e contestado por qualquer parte no processo. O direito da União proíbe a Comissão de utilizar informação recolhida no decurso de uma investigação de direito da concorrência para fins que não sejam os da própria investigação. No caso concreto, as informações recolhidas pela Comissão durante o processo de investigação (que, segundo as partes, não tinham sido trazidas ao seu conhecimento) não foram fornecidas ao tribunal nacional pela Comissão, e o Tribunal bastou-se com a declaração da Comissão de que, no âmbito da acção de indemnização, a Comissão se apoiou apenas nas informações disponíveis na versão pública da decisão que declarou a infracção.

A diligência da Comissão em exigir indemnizações aos participantes no “cartel dos elevadores” perante os tribunais nacionais deve ser enquadrada no contexto dos seus esforços, ao longo dos últimos anos, para promover o contencioso privado da concorrência nos Estados-Membros da União, onde acções judiciais por entidades lesadas em virtude de infracções ao direito da concorrência são ainda um fenómeno pouco comum, ao contrário do que acontece, por exemplo, nos EUA.

Por outro lado, este processo evidencia a importância crescente de questões de direitos fundamentais em processos de direito europeu da concorrência. Tendo em conta, entre outros, a projectada adesão a breve trecho da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, veremos se o sistema administrativo de aplicação de direito da concorrência na União Europeia será obrigado a evoluir, em particular pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no sentido do reforço das garantias de defesa e de igualdade de armas das partes. ■

ESTE PROCESSO EVIDENCIA
A IMPORTÂNCIA CRESCENTE
DE QUESTÕES DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS EM PROCESSOS
DE DIREITO EUROPEU
DA CONCORRÊNCIA

Autoridade da Concorrência aplica coima pouco usual por concentração não-autorizada

Joaquim Vieira Peres / Inês Gouveia
vieira.peres@mlgts.pt / igouveia@mlgts.pt

A semelhança do regime da União Europeia, o regime português de controlo de concentrações baseia-se num sistema de apreciação *ex-ante*, segundo o qual uma concentração de empresas que atinja determinados limiares (de volume de negócios e/ou quota de mercado) está sujeita a notificação prévia obrigatória e não pode ser implementada (salvo situações excepcionais, aqui não abordadas) previamente à decisão final de não-oposição no âmbito do respectivo procedimento administrativo. O incumprimento deste requisito legal de suspensão da operação de concentração notificada pode resultar na aplicação de uma multa pesada (até 10% do volume de negócios do ano anterior), cumulada ou não com outras sanções de natureza pecuniária e o negócio jurídico subjacente é ineficaz.

Incumbe à Autoridade da Concorrência (AdC), quando tome conhecimento de uma operação de concentração não-notificada, dar início a um procedimento oficioso, no âmbito do qual ordena às partes que apresentem, *ex-post*, a notificação em falta.

Ao longo dos últimos 10 anos, tem-se assistido, com alguma regularidade, à apresentação de notificações resultantes de procedimentos oficiosos da AdC. Porém, a imposição de multas pelo incumprimento das obrigações legais acima referidas é muito rara: as últimas coimas aplicadas reportam-se, de acordo com a informação pública disponível, a 2003/2004, são relativas a violação de obrigação de notificação à luz do Decreto-lei 371/93 (que vigorou entre nós entre 1993 e 2003) e o montante das mesma situou-se entre €1.000 e €75.000.

Neste contexto, a decisão da AdC de sancionar a Associação Nacional de Farmácias (ANF) e duas suas subsidiárias com uma coima de €149.278,79 por implementação de concentração sem a autorização prévia necessária é digna de menção e parece indiciar uma modificação na abordagem seguida até agora (que privilegiou a detecção e sanção de infracções às regras, mas não a sua sanção).

A concentração em causa remonta a 2008 e é relativa a uma aquisição indirecta de

controlo pela ANF, através da sua subsidiária Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, SA (“Farminveste”), sobre a Glintt (previamente: Pararede), empresa cotada na Euronext Lisbon. A transacção em causa consistiu na fusão por incorporação da Consiste [...] (uma participada da Farminveste) na ParaRede/Glintt.

Embora a Farminveste não tenha adquirido, pós-concentração, a maioria do capital social e dos direitos de voto da Glintt (em termos absolutos), a AdC entendeu, na sequência de informações e esclarecimentos prestados pelas partes, que a aquisição efectuada era suficiente para conferir à primeira o controlo exclusivo da Glintt, tendo em conta, fundamentalmente:

- a percentagem elevada do capital social e direitos de voto da Glintt (respectivamente, 49,73% e 49,83%) detida pela Farminveste, quando comparada com as demais participações qualificadas na referida empresa (inferiores a 3%);
- a composição do conselho de administração da Glintt, em que eram maioritários os administradores com ligações ao Grupo ANF; e
- a competência do conselho de administração para a adopção de decisões em matérias estratégicas.

Na sequência de uma investigação *ex-officio* da AdC, a Farminveste procedeu à notificação da concentração em Novembro de 2009, a qual veio a ser aprovada em Maio de 2010.

No início de 2012 porém, a AdC deu início a um procedimento de contra-ordenação contra a ANF e as suas subsidiárias por incumprimento da obrigação de não implementar uma transacção sem a necessária autorização prévia, a qual terminou com a imposição de uma coima no valor global de €149.278,79. No comunicado que anunciou a aplicação da coima (“Comunicado”) a AdC explicitou que o valor da coima aplicada resultou da aplicação de uma percentagem de 0,05% sobre o volume de negócios de cada

uma das empresas visadas no procedimento e, ainda, que foi tido em conta o facto de a concentração implementada não ter provocado directamente efeitos negativos irreparáveis sobre a concorrência.

É possível que a decisão da AdC de abrir este procedimento de contra-ordenação tenha sido motivada, pelo menos em parte, pela existência de um comportamento reincidente por parte da ANF. Com efeito, esta não foi a primeira vez que aquela associação não cumpriu uma obrigação de notificação prévia: em 2005, a aquisição de controlo conjunto sobre a Alliance Healthcare foi notificada apenas *ex-post*, após a AdC ter aberto um procedimento oficioso (que resultou no Ccent n.º 80/2005). Adicionalmente, a própria Glintt foi alvo de um procedimento oficioso por duas operações de concentração não notificadas, uma delas ocorrida em Novembro de 2008, ou seja, numa altura em que a Glintt estaria já sob o controlo do grupo ANF.

A decisão da AdC surge numa altura em que os seus poderes em matéria de detecção e punição de concentrações não notificadas sofreram uma ligeira compressão, ao limitar-se (na nova Lei da Concorrência, em vigor desde Julho de 2012) o procedimento oficioso a concentrações ocorridas há menos de 5 anos. Esta modificação, porém, não deve ser entendida como um relaxamento nos poderes da AdC nesta matéria, como a decisão aqui abordada demonstra.

Com efeito, a imposição de coimas por implementação de uma concentração sem a autorização prévia necessária – ainda que pouco comum – denuncia a intenção de a AdC manter um controlo apertado do cumprimento das regras relevantes em matéria de notificação de operações de concentração. Isso mesmo se depreende do teor do Comunicado, em que a AdC recorda a importância económica do respeito pelo princípio de apreciação *ex-ante* e qualifica o incumprimento às regras de suspensão de concentrações como uma infracção grave ao direito da concorrência e a respectiva punição como uma das suas prioridades de actuação. ■



A Comissão Europeia aplica coima global de 1.47 mil milhões de euros a cartéis no mercado dos tubos de raios catódicos

Eduardo Maia Cadete / Dzhamil Oda
maiacadete@mlgts.pt / d.oda@mlgts.pt

OS DOIS CARTÉIS DE TRC
SÃO DOS MAIS ORGANIZADOS
ENTRE OS INVESTIGADOS
ATÉ À DATA PELA COMISSÃO

A Comissão Europeia, no âmbito do processo COMP/39.347, sancionou as empresas LG Electronics, Philips, Samsung SDI, Chungwa, Panasonic, Toshiba, MTPD (atualmente uma subsidiária da Panasonic) e Technicolor com uma coima no montante total de € 1.470.515.000,00, associada à participação destas empresas, nalguns casos simultaneamente, em dois cartéis distintos no sector de tubos de raios catódicos ativos à escala mundial. Um dos cartéis operava no sector tubos catódicos para recetores de televisão a cores e o outro operava no sector de tubos de raios catódicos utilizados em monitores de computadores. De acordo com a Comissão Europeia, os tubos de raios catódicos (**TRC**) consubstanciam cerca de 50% a 70% do preço global de um ecrã.

De acordo com a investigação levada a cabo pela Comissão Europeia, estas empresas implementaram, durante quase uma década, “as mais gravosas práticas restritivas da concorrência cuja prática é estritamente proibida às empresas que operam na Europa”, incluindo a fixação de preços, a repartição de mercados, a coordenação da capacidade e da produção e partilha de informação sensível. A empresa Chungwa recebeu imunidade em relação às coimas aplicadas aos dois cartéis em que esteve ativa ao abrigo da Comunicação da Comissão *relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis* (vide JO C 298, 8.12.2006), tendo em conta que foi a primeira a revelar a sua existência aos serviços da Comissão Europeia.

Foi também concedida uma redução de coimas a outras empresas participantes, tendo, neste contexto, sido relevada a

sua cooperação ativa na investigação da Comissão ao abrigo do regime da clemência.

A Comissão iniciou a sua investigação com inspeções surpresa em Novembro de 2007 nas instalações dos fabricantes dos tubos de raios catódicos. Em Novembro de 2009 foi adotada uma Nota de Ilícitude por forma a facultar às empresas a oportunidade de se defenderem das acusações formuladas pela Comissão Europeia, *maxime* para poderem apresentar todos os argumentos factuais e jurídicos que considerassem relevantes para a sua defesa. Em Junho de 2012, foi adotada uma Nota de Ilícitude suplementar contra duas das empresas.

Os dois cartéis de TRC são dos mais organizados entre os investigados pela Comissão. As empresas cartelistas realizavam diversas reuniões entre quadros de topo para definir as orientações para os dois cartéis, enquanto que a respetiva preparação e implementação foi levada a cabo através de reuniões entre quadros operativos das empresas. A Comissão afirma que estas reuniões começavam normalmente com uma análise e revisão da procura, da produção, das vendas e da capacidade instalada nas principais regiões de vendas, incluindo na Europa, e terminavam com a discussão sobre os preços, incluindo sobre os preços para consumidores individuais, o que veio a ter um impacto direto nos clientes do Espaço Económico Europeu, prejudicando, em última análise, os consumidores finais.

As reuniões dos cartelistas tiveram lugar em diversos locais em vários países e cidades, incluindo Ilha Formosa, Coreia do Sul, Japão, Malásia, Indonésia, Tailândia, Hong-Kong, Amesterdão, Budapeste, Glasgow, Paris e Roma.

Com base na documentação coligida durante a investigação, a Comissão considerou que as empresas envolvidas estavam cientes das infrações à legislação da concorrência (artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) e, neste contexto, os respetivos participantes, tomavam precauções para evitar estarem em posse de documentos que permitissem às autoridades de concorrência ficar a par da existência do cartel. “Os produtores têm de evitar a concorrência nos preços através do controlo da sua capacidade de produção”, “É solicitado a todos o máximo de sigilo tendo em conta os graves danos que o respetivo conhecimento pelos consumidores ou pela Comissão Europeu pode implicar”, ou “Por favor destrua o documento depois de lê-lo” foram apenas parte das expressões utilizadas em diversos documentos que reproduziam as discussões do cartel acedidos pela Comissão durante a investigação.

Relativamente às coimas aplicadas às empresas, estas foram fixadas em conformidade com as Orientações da Comissão para o cálculo das coimas de 2006, tomando-se em consideração (i) as vendas de produtos em causa pelos infratores no Espaço Económico Europeu, (ii) a natureza grave da infração, (iii) a dimensão geográfica da infração, (iv) a implementação *de facto* da infração, e (v) a sua duração.

Caso a sociedade Chungwa não tivesse beneficiado do regime de imunidade, ter-lhe-ia sido aplicada uma coima de €8.385.000,00 pelo cartel de TRT para monitores de televisão e de €8.594.000,00 pelo cartel de TRT para monitores de computador. Outras empresas, tais como a Samsung SDI, Philips e Technicolor,

viram as suas coimas reduzidas entre 10% a 40% pela sua cooperação no âmbito do programa de clemência da Comissão, sendo que tais reduções refletiram a colaboração encetada pelas empresas e as provas adicionais que facultaram à Comissão Europeia, concorrendo para a demonstração das práticas de cartelização.

A Comissão aplicou as coimas subsequentes às empresas que participaram no comportamento ilícito: (i) Samsung SDI, €150.842.000,00; (ii) Philips, €313.356.000,00; (iii) LG Electronics, €295.597.000,00; (iv) Philips e LG Electronics, conjuntamente, €391.940.000,00; (v) Technicolor, €38.631.000,00; (vi) Panasonic, €157.478.000,00; (vii) Toshiba, €28.048.000,00; (viii) Panasonic, Toshiba e MTPD, conjunta e solidariamente, €86.738.000,00; e (ix) Panasonic e MTPD, conjunta e solidariamente, €7.885.000,00.

Antes desta decisão – a qual aplicou a maior sanção por práticas de cartelização até à data na União Europeia, com uma coima no montante global de 1,47 mil milhões de euros – a maior sanção por práticas restritivas da concorrência tinha sido aplicada pela Comissão Europeia no cartel de vidro automóvel em 2008, com uma coima global de 1,38 mil milhões de euros – *vide* decisão de 12 de Novembro de 2008, no processo Comp. 39.125, “Vidro automóvel”¹. Já após a adoção da decisão condenatória nos dois cartéis de TRC, a Panasonic emitiu um comunicado de imprensa onde informa que “*irá procurar obter uma decisão justa*”², abrindo, assim, a *porta* para um recurso de anulação da decisão da Comissão Europeia junto do Tribunal Geral da União Europeia. ■

A COIMA DE 1,47 MIL MILHÕES DE EUROS, APLICADA PELA COMISSÃO EUROPEIA AOS MEMBROS DOS DOIS CARTÉIS DE TUBOS DE RAIOS CATÓDICOS, É UM FORTE E CLARO SINAL PARA OS AGENTES ECONÓMICOS MULTINACIONAIS DE QUE OS CARTÉIS NÃO SÃO TOLERADOS NA UNIÃO EUROPEIA E QUE AS NORMAS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA SÃO ESTRITAMENTE APLICADAS.

¹ Informação disponível em <http://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html>.

² *Vide* Reuters “Panasonic to appeal EU ruling on cathode-ray tube cartel”, at <http://www.reuters.com/article/2012/12/21/panasonic-cartel-appeal-idUSL4N09V29X20121221>.



O acórdão *Expedia* do Tribunal de Justiça – a exceção *de minimis* não se aplica às restrições por objeto

Gonçalo Machado Borges
gmb@mlgts.pt

A SEGURANÇA CONFERIDA PELA
COMUNICAÇÃO *DE MINIMIS* FICA
LIMITADA, DORAVANTE,
AOS ACORDOS QUE RESTRINJAM
A CONCORRÊNCIA PELO SEU
EFEITO (E NÃO PELO SEU OBJETO)

A 13 de Dezembro de 2012, o Tribunal de Justiça (TJUE) proferiu um acórdão em reenvio prejudicial que virá simplificar a investigação e punição de práticas anti-concorrenciais ao abrigo do artigo 101 do TFUE, aumentando o risco de infração para as pequenas empresas.

O caso (Processo C-226/11) envolve a constituição de uma empresa comum entre o operador ferroviário público em França (SNCF) e o operador de viagens Expedia para desenvolver a venda de bilhetes de comboio e viagens na Internet. A Autoridade da Concorrência francesa considerou que este acordo constituía uma violação do artigo 101(1) TFUE e, em sede de recurso, a Expedia alegou que as quotas de mercado das partes haviam sido sobrestimadas e não excediam os limiares definidos na comunicação *de minimis* da Comissão.

O tribunal de reenvio perguntou ao TJUE se o artigo 101(1) TFUE e o artigo 3(2) do Regulamento n.º 1/2003 impede uma autoridade da concorrência nacional de sancionar acordos restritivos da concorrência se, apesar de tais acordos poderem afetar o comércio entre Estados-Membros, envolverem apenas empresas cujas quotas de mercado individuais e agregadas sejam inferiores aos limiares da comunicação *de minimis* (10% para os acordos horizontais e 15% para os acordos verticais).

O Tribunal de Justiça esclareceu duas questões essenciais.

Em primeiro lugar, sublinhou que a comunicação *de minimis* não é vinculativa para as autoridades da concorrência ou os tribunais nacionais mas simplesmente opera como uma auto-limitação do poder

de apreciação da Comissão quando se ocupa de infrações ao artigo 101(1) TFUE. Para além disso, o Tribunal afirmou que, quando analisam se uma determinada prática restringe *de forma sensível* a concorrência, as autoridades nacionais podem ter em conta os limiares de quota de mercado da comunicação *de minimis* mas não estão obrigadas a fazê-lo, uma vez que essas quotas são apenas um entre outros fatores a analisar «*em função do quadro real onde se insere o acordo*».

Em segundo lugar, e principalmente, o TJUE concluiu que «...um acordo suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenha um objeto anti-concorrencial constitui, pela sua natureza e independentemente de qualquer efeito concreto do mesmo, uma restrição sensível à concorrência». (par. 37).

Isto significa que, no seguimento deste acórdão, quaisquer acordos entre empresas com um objeto anti-concorrencial será considerado como uma restrição sensível (significativa) da concorrência e, como tal, constituirá uma violação do artigo 101(1) TFUE por mais pequenas que sejam as quotas de mercado das empresas participantes. A segurança conferida pela comunicação *de minimis* fica assim limitada, doravante, aos acordos que restrinjam a concorrência pelo seu efeito (e não pelo seu objeto, ou finalidade).

Este desenvolvimento deveria incentivar as empresas de menor dimensão a reanalisarem cuidadosamente os seus atuais contratos de modo a garantir que não contêm disposições que possam ter um objeto restritivo da concorrência uma vez que já não podem alegar a sua reduzida dimensão para se eximirem de coimas ao abrigo do artigo 101(1) TFUE. ■

Novo regime jurídico da clemência em Portugal

Luís do Nascimento Ferreira
lnferreira@mlgts.pt

Introdução

Numa altura em que muito se tem discutido no nosso País o instituto dito da clemência em processos de natureza jusconcorrencial conduzidos pela Autoridade da Concorrência (“AdC”), pareceu-nos apropriado retomar aqui, de forma sintética, os principais traços que o caracterizam.

Antes da entrada em vigor da Lei da Concorrência (“LdC”), aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, o regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contra-ordenação por infracção às normas de concorrência era disciplinado pela Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto. Este diploma foi entretanto revogado pela LdC, que passou a estabelecer o regime jurídico da concorrência em Portugal, incluindo em matéria de clemência, a qual passou a estar definida nos respectivos artigos 75.º a 82.º

Vejam agora alguns dos aspectos distintivos do actual regime de clemência, confrontando-os com os contornos e fragilidades do regime anterior.

Algumas características do regime nacional de clemência

Âmbito objectivo

Um dos aspectos mais curiosos do regime de clemência constante da anterior Lei n.º 39/2006 prendia-se com o seu âmbito objectivo. Ao arripio do programa de clemência da Comissão Europeia e da Rede Europeia da Concorrência, que eram apenas aplicáveis às infracções de cartel, o legislador nacional quis ser mais ambicioso e estendeu o âmbito objectivo da clemência a quaisquer acordos e práticas concertadas restritivos da concorrência, independentemente da sua natureza horizontal ou vertical e do tipo de infracção que estivesse em causa.

No entanto, a própria prática veio demonstrar que este instituto é sobretudo procurado em casos de cartel, os únicos (ainda assim, apenas dois¹) em que dele foi feito uso até agora em Portugal. Assim, na égide da LdC o âmbito objectivo da clemência foi substancialmente restringido, passando a cobrir apenas as infracções que tipicamente se caracterizam como cartéis, *i.e.* acordos e práticas concertadas entre concorrentes que tenham por objecto ou efeito coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado em causa e/ou influenciar parâmetros relevantes da concorrência, como preços e outras condições de transacção, quotas de produção ou venda ou repartição de mercados. A razão de ser desta restrição é simples: os cartéis representam as formas de infracção mais graves ao direito da concorrência e também aquelas que, pela sua natureza secreta, são mais difíceis de detectar e investigar.

Âmbito subjectivo

Neste particular, as alterações introduzidas pela LdC visaram alinhar a componente subjectiva do estatuto de clemência com o novo âmbito de responsabilidade prescrito pela lei. Assim, são elegíveis para dispensa e atenuação de coima as entidades que são chamadas a responder em caso de infracção. Isto significa que, para além das empresas e dos titulares dos respectivos órgãos de administração, passam a poder beneficiar também os responsáveis pela direcção ou fiscalização de áreas de actividade em que seja praticada a contraordenação.

Mantém-se a regra de que as pessoas singulares beneficiam automaticamente da clemência concedida à respectiva empresa (desde que cooperem com a AdC), embora o inverso não seja verdadeiro; se essas pessoas apresentarem o pedido de clemência a título individual, este apenas as beneficia a elas. Foi o que aconteceu, por exemplo, no citado “cartel das cantinas”.

O ÂMBITO OBJECTIVO DA CLEMÊNCIA FOI SUBSTANCIALMENTE RESTRINGIDO, PASSANDO A COBRIR APENAS AS INFRACÇÕES QUE TÍPICAMENTE SE CARACTERIZAM COMO CARTÉIS

¹ Referimo-nos ao alegado cartel das cantinas, punido em Dezembro de 2009 (http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_200924.aspx?lst=1&Cat=2009), e ao alegado cartel dos impressos e formulários comerciais, punido em Dezembro de 2012 (http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201216.aspx).



ASPECTOS MENOS POSITIVOS
SÃO, EM NOSSA OPINIÃO,
A ELIMINAÇÃO DA MODALIDADE
DE ATENUAÇÃO ESPECIAL
SUPERIOR A 50%
E DE ATENUAÇÃO ADICIONAL
DE COIMAS

Modalidades de clemência

Este foi dos aspectos que maiores alterações sofreram com a entrada em vigor da LdC. No regime anterior, estavam disponíveis 4 modalidades de clemência: *(i)* dispensa de coima, reservada para os primeiros denunciante que apresentassem informações e provas de uma infração antes de a AdC ter procedido à abertura de um inquérito; *(ii)* atenuação especial superior a 50%, aplicável ao primeiro denunciante que apresentasse esses elementos já depois de aberto o inquérito, mas antes da notificação da nota de ilicitude; *(iii)* atenuação especial até 50%, disponível para o segundo denunciante que estivesse na mesma situação referida na hipótese anterior; e *(iv)* atenuação adicional, pensada para os casos em que uma entidade envolvida num processo de infração fosse a primeira a reportar à AdC uma outra infração.

O novo regime de clemência está mais próximo dos programas existentes a nível europeu, embora nem todas as alterações sejam, a nosso ver, para melhor.

Assim, a modalidade de dispensa de coima passa a estar disponível em função da utilidade dos elementos disponibilizados à AdC pelo primeiro denunciante, com vista a fundamentar a realização de buscas ou a existência de uma infração, mesmo que esteja já em curso um inquérito contraordenacional.

As modalidades de atenuação (agora ditas de redução) de coima deixam de beneficiar apenas os dois primeiros denunciante. O critério relevante passou a ser o do valor adicional significativo trazido pelas informações e provas, e os montantes de redução passam a ser escalonados em função da ordem de apresentação do pedido de clemência: redução de 30-50% para o primeiro denunciante; redução de 20-30% para o segundo denunciante; e redução até 20% para os denunciante seguintes. Se o pedido for apresentado após a notificação da nota de ilicitude, estes níveis são reduzidos a metade.

Em complemento das exigências próprias de cada uma destas modalidades, existem depois requisitos comuns a todas elas, tais como a cooperação plena e contínua com a AdC e o termo da infração.

O alargamento do leque de beneficiários e a menor valorização da etapa processual em que o pedido de clemência é submetido são factores positivos para potenciar o efeito útil da colaboração com a AdC. Aspectos menos positivos são, em nossa opinião, a eliminação da modalidade de atenuação especial superior a 50% e de atenuação adicional de coimas.

Procedimento

O processo de submissão e tramitação dos pedidos de clemência foi substancialmente revisto face ao regime anterior, que era particularmente rígido. Os pedidos passam a poder ser apresentados por escrito ou através de declarações orais e os meios de remessa foram alargados. De assinalar ainda a introdução de um sistema de marcador (também dito, marco), que permite aos requerentes saberem de antemão qual a sua posição na ordem de apresentação do pedido de clemência.

Foram ainda introduzidas regras específicas sobre a questão sensível do tratamento confidencial do pedido de clemência e respectivos anexos e do acesso a estes por parte de arguidos e terceiros, em linha com a prática decisória da Comissão Europeia e a jurisprudência mais recente dos tribunais da União.

Reflexões finais

O direito da concorrência em Portugal está hoje dotado de um regime de clemência globalmente coerente e equilibrado, em tese capaz de potenciar a colaboração entre empresas, particulares e a AdC. Trata-se, no entanto, de um dos instrumentos mais polémicos e complexos na investigação de infracções neste domínio. A sua utilidade depende de um delicado equilíbrio entre os vários riscos em confronto (desde logo, o risco de responsabilidade civil e de reincidência), aliado ao desafio prático da sua implementação em países, como o nosso, com um tecido económico reduzido. ■

MATTOS FILHO > Mattos Filho, Veiga Filho,
Marrey Jr e Quiroga Advogados

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

CADE define posicionamento sobre a prática de Fixação de Preço de Revenda

Lauro Celidonio Neto / Frederico Carrilho Donas
lauro@mattosfilho.com.br / fdonas@mattosfilho.com.br
www.mattosfilho.com.br

Decisões recentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) indicam que condutas que envolvam fixação ou tabelamento de preços de revenda serão tratadas com maior rigor do que vinham sendo até recentemente por aquele Tribunal. Em 30 de janeiro de 2013, o CADE condenou, por maioria de votos, a SKF do Brasil Ltda., empresa que se dedica principalmente a fabricação de rolamentos, retentores e outras peças, pela prática de fixação de preço mínimo de revenda de seus produtos para seus distribuidores, e fixou multa no valor de 1% de seu faturamento. Essa decisão representa importante marco no entendimento do CADE¹, além de indicar que, a partir de agora, o acusado por tal prática terá o ônus de comprovar efetivos ganhos de eficiência econômica para afastar a ilicitude desta conduta.

O referido processo foi instaurado a partir de representação do PROCON SP com base em documentação recebida anonimamente,

que teria sido elaborada pela SKF para a imposição de preços mínimos de vendas a seus distribuidores. Os documentos recebidos pelo CADE determinavam margens mínimas que deveriam ser observadas na revenda de diversos produtos fabricados pela SKF, além de estabelecer mecanismos de monitoramento e penalidades aplicáveis aos distribuidores que praticassem preços inferiores aos estabelecidos.

O julgamento do caso se iniciou em 2009, quando o então conselheiro César Mattos entendeu que a conduta não gerava efeitos anticompetitivos e votou pelo arquivamento do processo. Em seguida houve sucessivos pedidos de vistas pelos demais conselheiros, até que o conselheiro Vinicius Marques de Carvalho, atual Presidente do CADE, votou pela condenação da SKF, concluindo que caberia à empresa comprovar ganho de eficiência econômica advindo da fixação de preços, o que não se verificou no caso. O voto do conselheiro Vinicius Carvalho foi acompanhado pelos

CONDUTAS QUE ENVOLVAM
FIXAÇÃO OU TABELAMENTO
DE PREÇOS DE REVENDA SERÃO
TRATADAS COM MAIOR RIGOR

¹ Até então, a maioria dos casos em que a conduta de fixação de preço de revenda foi analisada pelo CADE, este havia entendido que se tratava apenas de sugestão de preço de revenda e não considerava a prática ilícita. Esta prática era vista, a princípio, como legítima.



ÀS AUTORIDADES DE DEFESA
DA CONCORRÊNCIA CUMPRE
COMPROVAR QUE A CONDUTA
OCORREU, COMPETINDO
AO ACUSADO AFASTAR
A PRESUNÇÃO DE ILEGALIDADE

conselheiros Ricardo Ruiz, Marcos Paulo Veríssimo e Eduardo Pontual Ribeiro, bem como por Fernando de Magalhães Furlan, Presidente do CADE à época

O Tribunal do CADE se posicionou no sentido de que às autoridades de defesa da concorrência cumpre comprovar que a conduta ocorreu, e que compete ao acusado afastar a presunção de ilegalidade da prática pela demonstração da inviabilidade de produção do dano concorrencial, ou por meio da comprovação que os benefícios gerados pela prática – ou seja, as eficiências – são maiores que os potenciais danos à concorrência. A inviabilidade de produção de dano concorrencial pela conduta pode ser demonstrada pela comprovação da impossibilidade de exercício unilateral ou coordenado de poder de mercado. Em relação às eficiências, segundo a decisão, é preciso demonstrar que (i) são específicas da

operação, ou seja, não podem ser alcançadas por meio menos gravoso; (ii) superam os potenciais danos à concorrência gerados pela conduta; e (iii) são compartilhadas com os consumidores, e não integralmente absorvidas pela empresa.

Entendimento similar foi aplicado em dois julgamentos ocorridos em 20 de fevereiro de 2013, envolvendo a Associação Brasileira de Agências de Viagens do Rio de Janeiro e a Associação dos Produtores de Derivados de Calcário. Confirmando o endurecimento do CADE com as práticas de fixação e tabelamento de preços de revenda, o Presidente do CADE declarou, durante a sessão de julgamento dos processos que: “se fizer tabela, há uma grande chance dessa prática ser condenada pelo Cade. Não existe saída de argumentar que a tabela foi sugestiva ou que durou pouco tempo ou que não foi aplicada”. ■



MLGTS LEGAL CIRCLE
INTERNATIONAL TIES 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 em Angola, Macau e Moçambique.

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

Luanda, Angola (em parceria)
Angola Legal Circle Advogados

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

Maputo, Moçambique (em parceria)
Mozambique Legal Circle Advogados

MADEIRA

Avenida Arriaga, Edifício Marina Club, 73, 1º
Sala 113 – 9000-060 Funchal
Tel.: (+351) 291 200 040
Fax: (+351) 291 200 049
mlgtsmadeira@mlgts.pt

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

www.mlgts.pt

Member
LexMundi
World Ready