



EUROPEU E CONCORRÊNCIA

NESTA EDIÇÃO

ARTIGOS

A nova Comissão Europeia	02
Escolha e Inovação no Moderno Retalho Alimentar	04
Tribunal Europeu dos Direitos do Homem determina que a realização de buscas e a apreensão de documentos nas instalações de uma empresa por uma autoridade de concorrência estão sujeitas a controlo prévio das autoridades judiciárias	06
Nova Diretiva europeia fomenta as ações de indemnização pelos danos resultantes de práticas restritivas da concorrência	07
<i>Farminveste / Pararede</i> : primeira transação em processo de não notificação de operação de concentração	08

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

CADE define regras para notificação de contratos associativos	10
---	----



A nova Comissão Europeia

Carlos Botelho Moniz / Luís do Nascimento Ferreira
 cmoniz@mlgts.pt / lferreira@mlgts.pt

Introdução

A Comissão Juncker iniciou o seu mandato no passado dia 1 de novembro. Entre as novidades no processo de eleição que antecedeu a sua entrada em funções, as novas regras de funcionamento colegial instituídas pelo atual Presidente da Comissão Europeia e algumas polémicas que marcaram o primeiro mês de trabalhos, são várias as originalidades em torno da nova formação do órgão executivo da União Europeia e altas as expectativas quanto ao seu desempenho.

Maior democraticidade na génese é sempre bom indício mas também uma responsabilidade acrescida

Pela primeira vez, registou-se um nexos claro entre o resultado das eleições para o Parlamento Europeu e a indigitação para o cargo de Presidente da Comissão Europeia. Esta evolução é o corolário de uma velha exigência do Parlamento Europeu, que encontra acolhimento no artigo 17.º, n.º 7 do Tratado da União Europeia, na redação do Tratado de Lisboa.

Foi também a primeira vez que uma Comissão Europeia entrou em funções na data prevista desde que as audições do Parlamento Europeu foram introduzidas, em 1994, pela Comissão presidida por Jacques Delors. Assim, com base

PELA PRIMEIRA VEZ,
 REGISTOU-SE UM NEXO CLARO
 ENTRE O RESULTADO DAS
 ELEIÇÕES PARA O PARLAMENTO
 EUROPEU E A INDIGITAÇÃO
 PARA O CARGO DE PRESIDENTE
 DA COMISSÃO EUROPEIA

numa proposta do Conselho Europeu, Jean-Claude Juncker foi eleito pelo Parlamento Europeu e, no seguimento da aprovação do restante colégio de Comissários também por este órgão, poderá verdadeiramente afirmar-se que o novo Presidente da Comissão corresponde igualmente ao candidato designado pelo Parlamento Europeu.

Juncker tem feito questão de sublinhar a particular legitimidade democrática do processo que o conduziu às novas funções e, conseqüentemente, do mandato da nova Comissão. Logo no documento de Orientações Políticas que apresentou ao Parlamento Europeu aquando do debate para escolha do pretendente ao cargo delineou uma agenda política intitulada “Um novo começo para a Europa: O meu programa para o emprego, o crescimento, a equidade e a mudança democrática”¹.

Nas cartas de missão dirigidas aos novos Comissários, Juncker sinalizou que a relação da Comissão com o Parlamento Europeu é a fonte da legitimidade democrática da primeira. Nesta medida, apelou aos restantes membros da Comissão para participarem em reuniões do Parlamento Europeu e mesmo em debates nos parlamentos nacionais, sempre que se discutam propostas da iniciativa da Comissão.

Um novo método de trabalho

Uma das componentes prioritárias da nova Comissão passa por escolher criteriosamente as suas áreas de atuação. A agenda de Juncker está essencialmente concentrada em 10 domínios tidos por estratégicos para o futuro da Europa, a saber: emprego, crescimento económico e investimento, era digital, união energética, reforço da base industrial, aprofundamento da união económica e monetária, acordos de comércio com os Estados Unidos da América, iniciativas na área da justiça e dos direitos

JUNCKER APELOU AOS RESTANTES MEMBROS DA COMISSÃO PARA PARTICIPAREM EM REUNIÕES DO PARLAMENTO EUROPEU E MESMO EM DEBATES NOS PARLAMENTOS NACIONAIS

fundamentais, política de migração, reforço da política externa e melhoria da atuação democrática.

As respostas para questões que extravasem este perímetro são deixadas à atuação dos Estados-Membros, de acordo com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Nesta conformidade, um dos lemas de ação da nova Comissão é, nas palavras do seu atual Presidente: “*we cannot and should not do everything: I want the European Commission to be bigger and more ambitious on big things, and smaller and more modest on small things*”.

Por forma a procurar responder a este desígnio de forma eficaz, a nova Comissão foi organizada de modo distinto e singular. A responsabilidade pelas áreas chave das Orientações Políticas traçadas cabe agora primacialmente aos Vice-Presidentes da Comissão, que trabalharão de perto com os Comissários das pastas competentes. Daqui resulta que os membros da Comissão terão de se articular cuidadosamente nas várias matérias a seu cargo, sob a supervisão dos Vice-Presidentes setoriais, os quais poderão inclusivamente abordar diretamente (com conhecimento do comissário responsável) os serviços dos Comissários cujas tarefas sejam relevantes para a sua missão.

Na prática, os Vice-Presidentes dispõem de mandato para atuar em nome do Presidente,

¹ Disponíveis em http://ec.europa.eu/about/juncker-commission/docs/pg_en.pdf.

competindo-lhes até analisar em que medida as iniciativas dos Comissários têm “cabimento político”. De acordo com as orientações do Presidente Juncker “*As a general rule, I will not include a new initiative in the Commission Work Programme or place it on the agenda of the College unless this is recommended to me by one of the Vice-Presidents on the basis of sound arguments and a clear narrative that is coherent with the priority projects of the Political Guidelines*”².

Por exemplo, no caso da Comissária Margrethe Vestager, responsável pela política de concorrência, a carta de missão que lhe foi endereçada pelo Presidente Juncker³ dá conta de que a atividade da nova Comissária será coordenada pelo Vice-Presidente para o Emprego, Crescimento, Investimento e Competitividade, pelo Vice-Presidente para o Mercado Único Digital e pelo Vice-Presidente para a União Energética. No passado, a pasta da concorrência tinha um peso político autónomo e significativo no seio da Comissão. O anterior Comissário Almunia era, aliás, um dos Vice-Presidentes da Comissão presidida por Durão Barroso e alguém que conduziu o trabalho nesta área com relativa independência face aos restantes Comissários.

Esta nova dinâmica organizativa é suscetível de potenciar o funcionamento da Comissão como um verdadeiro órgão colegial e como uma equipa, mais focada e sintonizada em torno de grandes linhas de prioridades. No entanto, com o novo crivo político dos Vice-Presidentes e a necessidade de criar consensos entre Comissários com diferentes áreas e sensibilidades, também é possível que o processo de decisão se torne mais moroso e complexo.

A título ilustrativo, e retomando o exemplo da área de concorrência, basta confrontar as Orientações Políticas apresentadas por Juncker ao Parlamento Europeu com algumas iniciativas

A NOVA COMISSÃO FOI ORGANIZADA DE MODO DISTINTO E SINGULAR. A RESPONSABILIDADE PELAS ÁREAS CHAVE DAS ORIENTAÇÕES POLÍTICAS TRAÇADAS CABE AGORA PRIMACIALMENTE AOS VICE-PRESIDENTES DA COMISSÃO, QUE TRABALHARÃO DE PERTO COM OS COMISSÁRIOS DAS PASTAS COMPETENTES

mais recentes da Direção-Geral de Concorrência para antecipar a potencial sensibilidade de algumas opções futuras. Assim, no domínio energético as sobreditas orientações consagram a ideia de que “*we need to strengthen the share of renewable energies on our continent. (...) I therefore want Europe’s Energy Union to become the world number one in renewable energies*” (ênfase original); por seu turno, as Orientações da Comissão relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia para o período 2014-2020 preveem, como princípio geral, uma redução significativa dos incentivos (e dos instrumentos públicos disponíveis) a favor deste tipo de tecnologia, que não pode deixar de representar – como tem sido visível em vários Estados-Membros – um desencorajamento ao investimento nesta área.

Não deixa também de ser irónico (ou talvez não) que o Presidente Juncker tenha definido como uma das prioridades de concorrência para o mandato da Comissão o combate à evasão fiscal⁴, uns dias antes de ter sido noticiada a implementação de alegados esquemas empresariais de planeamento

fiscal agressivo no Luxemburgo (que teriam aparentemente causado perdas fiscais avultadas em outros Estados-Membros), supostamente aprovados durante o período em que Jean-Claude Juncker ocupava as funções de Primeiro-Ministro daquele país. Diga-se, aliás, que a própria Comissária para a Concorrência veio já a público confirmar que a Comissão está a conduzir uma investigação em matéria de auxílios de Estado nesta área, visando o Luxemburgo e outros países⁵. Esta situação motivou também a apresentação de uma moção de censura à nova Comissão, movida por um conjunto de deputados do Parlamento Europeu menos de 1 mês volvido sobre a sua entrada em funções, a qual acabou por ser rejeitada por larga maioria.

Reflexões finais

Com a presidência e a composição da Comissão secundadas, desta feita em moldes particularmente estreitos, pelo Parlamento Europeu, a equipa de Juncker dispõe de condições políticas favoráveis para fazer um mandato à altura das adversidades, em época de consolidação orçamental das dívidas pública e privada e de fomento do crescimento económico.

A nova forma de estruturação do executivo europeu coloca desafios importantes ao processo de decisão. É importante que os Comissários não fiquem *refêns* dos Vice-Presidentes nas áreas técnicas das suas pastas. Paralelamente, na parte da atividade da Comissão que acomoda melhor as iniciativas de cariz político, a prática terá de demonstrar se a estratificação decisória e a concentração de poder nos diversos Vice-Presidentes não colocará entraves excessivos à progressão do Projeto Europeu. No limite, só o tempo permitirá descortinar se, por trás de um novo pensamento, está efetivamente uma nova abordagem. ■

² Carta dirigida ao Parlamento Europeu, clarificando alguns aspetos sobre o papel a desempenhar pelos Vice-Presidentes da Comissão, 25.9.2014, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201409/20140930ATT90229/20140930ATT90229EN.pdf>.

³ Disponível em http://ec.europa.eu/commission/sites/cwt/files/commissioner_mission_letters/vestager_en.pdf.

⁴ Cfr. a carta de missão à Comissária Margrethe Vestager, cit., p. 4.

⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-1480_en.htm.



Escolha e Inovação no Moderno Retalho Alimentar

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

NO PERÍODO DE 2004
A 2012, A VARIEDADE DE
ESCOLHA AUMENTOU DE
FORMA CLARA NA MAIORIA
DOS ESTADOS-MEMBROS
E NOS MERCADOS LOCAIS
ANALISADOS

Introdução

A Comissão Europeia divulgou publicamente, no passado mês de outubro, as conclusões de um estudo sobre “O impacto económico do retalho moderno na escolha e inovação no setor alimentar da União Europeia”¹, o qual constitui uma análise abrangente e exaustiva do setor retalhista alimentar da EU, na última década. Este estudo visou dotar a Comissão de dados quantitativos sólidos e representativos do setor, por forma a permitir-lhe enquadrar e lidar adequadamente com um conjunto recorrente de queixas ou preocupações relacionadas com potenciais distorções na cadeia de abastecimento alimentar (designadamente, comportamentos negociais alegadamente abusivos) mas relativamente aos quais não existia uma noção clara acerca do seu impacto efetivo no mercado.

Objetivos do estudo e principais conclusões

O estudo procurou, em termos resumidos, analisar e mensurar a evolução de duas realidades: por um lado, a diversidade de escolha, conceito que abrange tanto a variedade ao nível do produto – quantidade de referências (“EAN’s”) disponibilizadas na loja, variedade de embalagens, de fornecedores e de preços por categoria de produto – como a variedade quanto ao número de lojas à disposição do consumidor, num mercado local; por outro lado, a inovação, conceito que abrange apenas inovações de produto, aferidas com base em dimensões diferentes - novos EANs, extensões de gama, novas embalagens, novas fórmulas, relançamentos. O estudo pretendeu ainda qualificar e avaliar os principais fatores influenciadores dessas duas realidades. Procurou-se perceber, em especial, se o nível de concentração retalhista ou dos fornecedores (e a

existência de desequilíbrios entre ambos) tem um impacto relevante sobre a variedade de escolha e a inovação bem como identificar e quantificar o impacto de outros fatores relevantes.

Para uma análise completa e representativa, a recolha de dados abrangeu um período temporal vasto (2004-2012) e três dimensões geográficas alternativas – europeia, nacional e local. Foram estudados 105 mercados locais em 9 Estados-membros (incluindo Portugal), 23 categorias de produtos e cerca de 343 lojas incluindo os 3 formatos típicos do moderno comércio “alimentar”: hipermercados, supermercados e “discounts”.

O estudo revelou que, no período de 2004 a 2012, a variedade de escolha (em todas as suas dimensões com exceção da variedade de preços por categoria de produto) aumentou de forma clara na maioria dos Estados-membros e nos mercados locais analisados, embora esse aumento tenha sido significativamente mais pronunciado no período “pré-crise” (2004-2008) do que no período “pós-crise” (2008-2012).

Para além das características das lojas em questão (formato e dimensão) - com um impacto evidente sobre a variedade de escolha -, **o estudo salienta como principais fatores impulsionadores o nível de prosperidade económica da região em causa (PIB *per capita*), o volume de negócios da categoria de produtos em questão, ao nível nacional (“VN nacional da categoria”) e a concorrência local, concretamente a dinâmica de novas entradas nos mercados locais (a qual se concluiu surtir um efeito positivo sobre a variedade de escolha do aparelho já instalado).**

Pelo contrário, **não se observou qualquer relação significativa entre o nível de**

¹ “The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector”, em consulta pública até ao dia 30.01.2015

concentração retalhista e a variedade de escolha, embora alguns *case studies* tenham indiciado uma correlação positiva entre ambas; também não ficou demonstrado que a concentração de fornecedores seja um fator influenciador da variedade de escolha nem, em consonância com o que antecede, que a existência de desequilíbrios nos níveis de concentração de retalhistas e fornecedores tenha impacto comprovado sobre a variedade de escolha.

Não foi detetada qualquer evidência que as marcas de distribuidor (MDD) surtam um efeito negativo sobre a variedade de escolha, ao nível local ou nacional. Pelo contrário, uma quota de MDD moderada está associada a uma maior variedade de escolha (exceto quanto à dimensão “variedade de preços”) e apenas a partir de um certo nível de taxa de penetração das MDD (variável, conforme a categoria de produtos em causa) existem indícios de correlação negativa com a variedade de produtos.

Quanto à inovação, o número de novos EANs disponíveis nas lojas evoluiu positivamente de 2004 até 2008 (+3,8%), tendo decrescido após essa data (-1,2% entre 2008-2010 e -5,3% entre 2010-2012), o mesmo sucedendo, a partir de 2008, com a percentagem de inovações no total dos produtos comercializados. Este panorama diverge conforme a tipologia de mercados locais em causa e entre Estados-Membros. Por exemplo, em Portugal o número de inovações cresceu até 2008 e contraiu ligeiramente após aquele ano, embora decrescendo menos que noutros países da amostra. Em Espanha, a tendência de crescimento em matéria de inovação manteve-se em todo o período (pré ou pós-crise). Detetou-se igualmente, entre 2004 e 2012, uma modificação nas tendências de

inovação, com as inovações sob a forma de novos produtos ou extensões de gama a perderem terreno para inovações de outra índole.

O estudo realça como principais fatores influenciadores da inovação (além das características do estabelecimento em causa) o nível de emprego na região, as expectativas de negócio dos retalhistas e o VN nacional da categoria. Constitui igualmente um fator influenciador relevante, a dinâmica concorrencial ao nível local.

É importante realçar que a análise econométrica realizada não permitiu concluir, em termos consistentes e com relevância estatística, pela existência de uma correlação negativa entre o índice de concentração retalhista e o índice de inovação, quer na análise local (onde os efeitos negativos detetados foram esporádicos e/ou irrelevantes) quer ao nível nacional.

Já quanto à concentração do lado dos fornecedores, foi possível detetar uma correlação negativa com o índice de inovação, tendo-se verificado que os mercados em que os fornecedores estão mais concentrados têm associados um menor nível de inovação, o que é consistente com o princípio de que a pressão para inovar é mais intensa quando a concorrência é maior ou mais alargada.

Em consonância com o que antecede, verificou-se que **o desequilíbrio do nível de concentração quando favorável aos retalhistas está, regra geral, associado a mais inovação, ao contrário do que sucede no cenário inverso (sempre que os fornecedores estão mais concentrados do que os retalhistas).**

Por fim, não ficou demonstrado que uma quota elevada de MDD ao nível local ou nacional tenha por efeito refrear a inovação pois os impactos verificados foram muito limitados. Contudo, a partir de um certo nível de taxa de penetração das MDD (variável, conforme a categoria de produtos em causa) observa-se uma correlação com um menor número de produtos inovadores disponíveis no mercado.

Comentário

O estudo coloca em evidência uma realidade complexa e multifacetada, demonstrando que **a escolha e a inovação no setor do moderno retalho alimentar são influenciadas por uma multiplicidade de fatores muito distintos (de índole macro-económica e não só), contrariando manifestamente a perceção de que um incremento dos níveis de concentração no retalho ou a verificação de um eventual desequilíbrio de retalhistas face a fornecedores provoque uma redução da variedade de escolha e da inovação.**

Ao mesmo tempo, a importância de fatores como a dinâmica de novas entradas a nível local, as características das lojas em questão (formato e dimensão) e a concentração de fornecedores permite antecipar algumas áreas passíveis de merecer mais interesse da parte da Comissão ou de outros *enforcers*, seja no âmbito da aplicação do direito da concorrência (por exemplo, no caso de escrutínio de concentrações entre fornecedores em mercados concentrados ou de análise de mercados retalhistas locais, em concentrações entre retalhistas) seja noutros domínios (por exemplo, legislação relativa ao comércio retalhista tendente a facilitar a abertura de lojas). ■



Tribunal Europeu dos Direitos do Homem determina que a realização de buscas e a apreensão de documentos nas instalações de uma empresa por uma autoridade de concorrência estão sujeitas a controlo prévio das autoridades judiciárias

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

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Delta Pekárny a.s. c. República Checa*, queixa n.º 97/11, por acórdão de 2 de outubro de 2014¹, constatou a violação pela República Checa do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), referente ao respeito da vida privada e familiar, domicílio e correspondência².

A empresa queixosa perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Delta Pekárny a.s.*, é uma sociedade de responsabilidade limitada ao abrigo da lei Checa com sede social em Brno (na República Checa).

O caso analisado pelo Tribunal de Estrasburgo tem por base uma inspeção efetuada nas instalações da referida empresa em 19 de novembro de 2013, no âmbito de um inquérito contraordenacional jusconcorrencial desencadeado pela Autoridade da Concorrência Checa (ACC) nessa mesma data e que tinha por objeto a alegada violação das normas aplicáveis a práticas restritivas da concorrência pela empresa. Nos termos do relatório de inspeção realizado pela ACC os fundamentos e o objetivo da busca conduzida nas instalações da empresa *reduziam-se* a examinar e apreender documentação no âmbito do referido procedimento administrativo. Durante a inspeção os funcionários da ACC tiveram acesso a correspondência dos representantes legais da empresa e ainda, de acordo com o relatório, bem como a cópias de diversos documentos. A empresa foi, não obstante, cumulativamente sancionada pela ACC por se ter recusado a autorizar uma análise detalhada da sua documentação comercial. Neste contexto, a *Delta Pekárny a.s.* impugnou judicialmente a decisão da ACC, sustentando, entre o mais, que a realização da inspeção pela ACC sem prévia autorização de uma autoridade judiciária infringia a lei nacional e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Todos os recursos apresentados pela empresa junto dos órgãos da judicatura, incluindo um recurso junto do tribunal constitucional checo no ano de 2009, foram considerados improcedentes.

O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM É PARTICULARMENTE RELEVANTE DADO QUE SINALIZA, AINDA QUE INDIRETAMENTE, QUE O REGULAMENTO (CE) N.º 1/2003, MAXIME O RESPECTIVO ARTIGO 20.º – QUE CONFERE PODERES À COMISSÃO EUROPEIA PARA EFETUAR INSPEÇÕES NAS INSTALAÇÕES DAS EMPRESAS SEM PRÉVIO CONTROLO DAS AUTORIDADES JUDICIÁRIAS –, PODE SER CONSIDERADO INCOMPATÍVEL COM A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM E PODERÁ LEVAR A LEGISLATURA EUROPEIA A TER DE ALTERAR A REFERIDA NORMA NO SENTIDO DE PASSAR A PREVER O CONTROLO *EX ANTE* PELAS AUTORIDADES JUDICIÁRIAS DAS INSPEÇÕES QUE A COMISSÃO EUROPEIA PRETENDA EXECUTAR EM INSTALAÇÕES DE EMPRESAS.

No processo junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi sustentado pela empresa, em particular, que a inspeção efetuada às suas instalações, sem qualquer tipo de validação *ex ante* por uma autoridade judiciária, configurava uma violação dos seus direitos, tal como reconhecido no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Neste domínio, o Governo Checo argumentou, no procedimento que correu termos junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que

a legislação interna permitia que a inspeção fosse efetuada sem qualquer prévia autorização judiciária e que a ACC acesse e analisasse os documentos da empresa (estabelecendo indiretamente um paralelismo com o artigo 20.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003³, relativo aos poderes da Comissão Europeia no âmbito de inspeções a empresas).

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem estabelece, no acórdão de outubro de 2014, que face à ausência de prévia autorização de uma autoridade judiciária para a condução do ato inspetivo da ACC e dada essa carência de um controlo judiciário efetivo sobre a proporcionalidade e necessidade do ato inspetivo, não estavam reunidas garantias adequadas contra a potencial arbitrariedade das medidas adotadas – levando a que a referida interferência administrativa pela ACC na empresa queixosa fosse considerada desproporcional *vis-à-vis* os objetivos de interesse público prosseguidos (defesa e promoção da concorrência). Nestes termos, o Tribunal constatou e declarou que a República Checa infringiu o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Este acórdão é particularmente relevante dado que sinaliza, ainda que indiretamente, que o Regulamento (CE) n.º 1/2003, *maxime* o respetivo artigo 20.º, que confere poderes à Comissão Europeia para efetuar inspeções nas instalações das empresas sem prévio controlo das autoridades judiciárias, pode ser considerado incompatível com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Ademais, e desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, que estabelece no artigo 6.º que os Direitos Fundamentais, conforme garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, constituem princípios gerais do direito da União Europeia, o artigo 20.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, poderá ter de ser alterado pela legislatura Europeia, passando *de jure* a prever um controlo *ex ante* das autoridades judiciárias sobre as inspeções a realizar pela Comissão Europeia. ■

¹ Disponível e acedido em <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&tc=>.

² O artigo 8.º da CEDH, sob a epígrafe “Direito ao respeito pela vida privada e familiar”, dispõe: “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

³ Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos atuais artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Nova Diretiva europeia fomenta as ações de indemnização pelos danos resultantes de práticas restritivas da concorrência

Gonçalo Machado Borges
gmb@mlgts.pt

Fm 5 de dezembro de 2014 foi publicada a Diretiva 2014/104/EU do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia (a “Diretiva”). A Diretiva, que deverá ser transposta até 27 de dezembro de 2016, visa promover a aplicação privada do direito da concorrência e facilitar o recurso a ações judiciais pelos lesados por práticas restritivas da concorrência, de modo a assegurar o seu direito à reparação plena dos danos sofridos.

A Diretiva introduz um conjunto de importantes inovações que, no caso de muitos Estados-membros, implicarão alterações a regras processuais e substantivas de direito nacional. Assume especial relevo o regime da Diretiva nas seguintes matérias: divulgação de elementos de prova; efeito vinculativo das decisões definitivas das autoridades nacionais de concorrência; prescrição do direito a indemnização; responsabilidade solidária dos infratores; presunção de dano em casos de cartel.

No que toca ao **acesso a elementos de prova**, os tribunais nacionais podem ordenar a divulgação de elementos (ou categorias de elementos) de prova relevantes que estejam na posse dos réus ou de terceiros. No entanto, a divulgação dos elementos de prova deve ser proporcional e, para além disso, a pretensão indemnizatória deve ser plausível. Por outro lado, o lesado deve caracterizar os elementos de prova pretendidos da forma mais precisa e estrita possível, não bastando uma descrição genérica dos documentos em causa.

Os elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência são objeto de uma proteção específica. Nalguns casos, como os *das declarações de clemência e das propostas de transação, nunca é permitida a sua divulgação*, para salvaguardar a eficácia do regime de clemência como instrumento de deteção e investigação de cartéis (embora esta proteção não se estenda aos documentos preexistentes que instruem o pedido de

clemência, por exemplo, o que pode levantar problemas práticos importantes).

Um aspeto determinante da Diretiva é que esta confere **efeito vinculativo às decisões definitivas** das autoridades da concorrência que reconheçam a existência de uma infração – ou seja, perante os respetivos tribunais nacionais, a violação dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) passa a considerar-se “irrefutavelmente estabelecida”. Caso se trate de uma decisão de uma autoridade de outro Estado-membro, a mesma deve ser aceite como prova indiciária (*prima facie*) da infração.

Em matéria de **prescrição** do direito de indemnização dos lesados, a Diretiva estabelece que o prazo não começa a correr (i) antes de cessar a infração e (ii) antes do lesado ter (ou se poder presumir que teve) conhecimento da mesma. Para além disso, o prazo de prescrição para propor a ação de indemnização *não pode ser inferior a 5 anos* e deve permanecer suspenso durante a pendência da investigação pela autoridade da concorrência (a suspensão só pode terminar decorrido, no mínimo, 1 ano sobre a conclusão do processo).

Entre as inovações introduzidas pela Diretiva poderão destacar-se ainda, por um lado, a **responsabilidade solidária** dos infratores em casos de cartel pela reparação integral dos danos causados (com exceção dos beneficiários de dispensa de coima, que beneficiam de uma limitação à sua responsabilidade), e, por outro, a **presunção ilidível de dano** como resultado normal da ocorrência de um cartel (presunção que, naturalmente, não se estende à quantificação do próprio dano).

Estas e outras soluções introduzidas pela Diretiva contribuirão, seguramente, para incentivar o recurso pelos lesados a ações judiciais visando a indemnização pelos danos causados por violações das regras da concorrência (artigos 101.º e 102.º do TFUE), reforçando a aplicação privada do direito da concorrência através de soluções equivalentes para o acesso aos tribunais nos vários Estados-membros. ■

OS ELEMENTOS DE PROVA INCLUÍDOS NO PROCESSO DE UMA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA SÃO OBJETO DE UMA PROTEÇÃO ESPECÍFICA. NALGUNS CASOS, COMO OS DAS DECLARAÇÕES DE CLEMÊNCIA E DAS PROPOSTAS DE TRANSAÇÃO, NUNCA É PERMITIDA A SUA DIVULGAÇÃO



Farminveste / Pararede: primeira transação em processo de não notificação de operação de concentração

Pedro de Gouveia e Melo / Miguel Cortes Martins
 pgmelo@mlgts.pt / mcmartins@mlgts.pt

A AUTORIDADE REDUZIU A COIMA ORIGINALMENTE APLICADA EM UM TERÇO EM CONTRAPARTIDA PELA CONFISSÃO DOS FACTOS PELAS ARGUIDAS E PELA RENÚNCIA AO RECURSO JUDICIAL

Num comunicado de imprensa de agosto de 2014, a Autoridade da Concorrência (“AdC”) anunciou a sua primeira transação num processo de contraordenação relativo à violação do dever legal de não implementação de uma concentração (“*stand-still*”)¹. A Autoridade reduziu a coima originalmente aplicada em um terço em contrapartida pela confissão dos factos pelas arguidas e pela renúncia ao recurso judicial relativamente aos mesmos.

O processo

O caso remonta a janeiro de 2013, quando a AdC condenou a Associação Nacional de Farmácias (“ANF”) e duas empresas por si controladas numa coima de cerca de 150 mil euros pela implementação da concentração *Farminveste/Pararede*, operação sujeita a notificação prévia nos termos da anterior Lei da Concorrência (18/2003), sem aguardar pela aprovação da AdC.² Esta decisão foi contudo anulada pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em setembro do mesmo ano, por considerar que a AdC havia violado o direito de defesa das arguidas, ao não ouvi-las sobre novos factos tidos em conta na decisão condenatória (para os quais aliás a AdC tinha sido alertada pelas próprias arguidas).³ Tendo o caso sido remetido à AdC para sanar o vício, esta optou por encerrá-lo através do procedimento de transação.

O procedimento de transação

Sendo o instituto da transação uma novidade introduzida em 2012 pela nova Lei da Concorrência (19/2012), não há ainda experiência significativa na sua aplicação. Por outro lado, esta decisão de transação foi adotada num processo por incumprimento da obrigação de notificação e não, como seria certamente mais habitual (tendo em conta a prática europeia) no seguimento de um processo por práticas restritivas da concorrência. É aliás, neste domínio que foi adotada em julho 2013 a primeira, e até recentemente a única, decisão de transação, relativa ao *cartel da Espuma de Poliuretano*.

Um fator que terá certamente contribuído para a adoção desta solução é a flexibilidade e utilidade que o instituto constitui, quer para a AdC quer para as empresas, permitindo àquela decidir os casos mais depressa e alocar os seus recursos de forma mais eficaz, ao passo que para estas, para além da óbvia vantagem que representa a redução da coima que lhes seria aplicável, lhes permite ainda uma significativa poupança de tempo e custos que seriam despendidos com um processo mais moroso.

A transação e o regime da clemência

Porém, e apesar das óbvias vantagens inerentes à transação, é importante ter em conta a

¹ Comunicado 11/2014, de 7 de agosto.

² Ver [Newsletter de março de 2013 - hyperlink] [http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Newsletters_Boletins/2013/EUROPEU_DIR_270313_PT_2P.pdf]

³ Ver artigo “Farminvest/Glinter sequel – more than it meets the eye”, publicado no International Law Office, em 23 de outubro de 2014, disponível em http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2014/Farminveste_Glinter_sequel___more_to_it_than_meets_the_eye_-_International_Law_Office.pdf



possibilidade de este procedimento colidir com o chamado regime da clemência, ao abrigo do qual as empresas envolvidas em cartéis podem obter dispensa ou redução da coima que lhes seria aplicada por colaborarem com a AdC, sendo a dispensa atribuída à primeira empresa a reportar uma infração desconhecida, ou a provar a sua existência, e a redução (que pode ir até 50%) às empresas que apresentem elementos de prova de valor adicional significativo relativamente àqueles já na posse da AdC.

Embora estes instrumentos gozem de alguma complementaridade, prosseguem objetivos e têm naturezas distintas, pois a clemência visa permitir o início de uma investigação relativamente a cartéis que de outro modo permaneceriam secretos, ao passo que a transação constitui apenas uma possibilidade de obter eficiências processuais e providenciar um desfecho célere a um processo já iniciado. A lei portuguesa permite que a AdC determine livremente o desconto a aplicar em cada procedimento de transação. Contudo, e como reconhecido pela própria AdC⁴, a aplicação de um desconto no âmbito da transação equivalente ou superior à redução da coima que obteria uma empresa requerente de clemência poderia ter um efeito dissuasor da utilização deste instrumento, já que retiraria incentivo às empresas para recorrer à clemência, ao garantir-lhes uma redução significativa do montante da coima potencialmente aplicável, o que frustraria o objetivo de deteção de novos cartéis.

A este propósito cabe referir que no processo *cartel da Espuma de Poliuretano* foram concedidos descontos entre 38% e 40%, e no processo *Farminveste/Pararede* descontos de 33%. Esta percentagem é significativamente superior ao montante de 10% de redução fixado pela própria Comissão Europeia para os processos de transação a nível europeu, e que de acordo com a AdC pode servir como uma primeira referência, embora não possa *ser encarado como um limite*, pois segundo esta devem ser tidas em conta todas as circunstâncias específicas do caso concreto.

Comentário

O desafio reside pois em encontrar valores que tornem a transação viável, mas sem ir ao ponto de esvaziar de sentido o recurso à clemência, que é considerado o incentivo por excelência à cooperação das empresas com a AdC. Deste modo, é ainda difícil estabelecer uma métrica de aplicação do instrumento da transação e dos valores referência para a AdC, já que a experiência da Autoridade é ainda recente e pouco consolidada.

Porém, e como a decisão *Farminveste* o demonstra, a AdC pretende incentivar fortemente a utilização do procedimento de transação, independentemente da configuração do processo em questão, se tal se revelar pertinente. Pelo que, de acordo com o entendimento expresso pela própria, se antecipa como cada vez mais presente a utilização deste instrumento no futuro. ■

O DESAFIO RESIDE POIS EM ENCONTRAR VALORES QUE TORNEM A TRANSAÇÃO VIÁVEL, SEM IR AO PONTO DE ESVAZIAR DE SENTIDO O RECURSO À CLEMÊNCIA, QUE É O INCENTIVO POR EXCELÊNCIA À COOPERAÇÃO COM A AdC

⁴ Ver “Discurso do Presidente da Autoridade da Concorrência” no Almoço do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, a 4 de abril de 2014, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Intervencoes_publicas/Documents/Discurso_CAPDC_4abril2014.pdf



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

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

CADE define regras para notificação de contratos associativos

www.mattosfilho.com.br

Fm 5 de janeiro de 2015, entrou em vigor nova resolução do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que estabeleceu novas regras para a notificação de contratos associativos. A Resolução CADE n.º 10 traz mais clareza à definição do conceito de “contratos associativos” e estabelece as hipóteses nas quais esses contratos devem ser submetidos à análise do CADE. O tema até então não havia sido definido pelo CADE, o que gerava muitas dúvidas nas empresas que fazem negócios no Brasil.

A Lei n.º 12.529, de 2011, estabelece a obrigatoriedade de notificação de contratos associativos sempre que as partes envolvidas preencherem os critérios de faturamento estabelecidos em lei – i.e. um dos grupos econômicos envolvidos na operação tenha registrado faturamento de pelo menos R\$ 75 milhões (aproximadamente € 26 milhões),

enquanto outro grupo econômico tenha registrado faturamento mínimo de R\$ 750 milhões (aproximadamente € 261 milhões) no Brasil no ano imediatamente anterior à operação.

No entanto, a legislação brasileira não trazia definição clara do que seriam contratos associativos. Esse silêncio frequentemente gerava dúvidas sobre quais contratos deveriam ser notificados. Para evitar os riscos associados a não notificação ao CADE, o que inclui multas e determinação de desfazimento da operação, muitas empresas optavam por notificar operações sem impactos concorrenciais, como contratos de fornecimento, contratos de distribuição, ou contratos de licenciamento não exclusivo de tecnologia. A Resolução CADE n.º 10 veio justamente para suprir essa lacuna.

De acordo com a nova resolução, deverão ser notificados ao CADE os contratos com

duração superior a dois anos que resultem em relação de interdependência entre as partes. Enquadram-se nessa definição os contratos em que (i) as partes forem concorrentes entre si no mercado objeto do contrato, desde que a participação conjunta seja superior a 20% do mercado; ou (ii) as partes tenham relação vertical no âmbito do contrato, desde que (a) pelo menos uma das partes detenha participação superior a 30% em um dos mercados; e (b) o contrato estabeleça relação de exclusividade entre as empresas ou, ao menos, compartilhamento de receitas ou prejuízos entre elas.

A nova regra ainda possibilita a notificação de operações sem relevância concorrencial, mas representa avanço em relação ao cenário anterior ao tornar mais clara e objetiva a definição de contratos que deverão ser notificados ao CADE. ■



MLGTS LEGAL CIRCLE
INTERNATIONAL TIES WITH THE PORTUGUESE-SPEAKING WORLD

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

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

Member

LexMundi
World Ready

www.mlgts.pt