



EUROPEU E CONCORRÊNCIA

NESTA EDIÇÃO

ARTIGOS

- | | |
|--|----|
| O Tribunal de Justiça confirma que empresas de consultadoria que <i>facilitem</i> condutas anticoncorrenciais podem ser sancionadas ao abrigo do artigo 101.º TFUE | 02 |
| O Acórdão TJUE C-583/13 P <i>Deutsche Bahn</i> — O dever de fundamentação e a garantia dos direitos de defesa em ações inspetivas | 04 |
| Controlo de concentrações alemão: <i>Edeka/Tengelmann</i> — Novo impulso para o procedimento de autorização ministerial? | 05 |



O Tribunal de Justiça confirma que empresas de consultadoria que *facilitem* condutas anticoncorrenciais podem ser sancionadas ao abrigo do artigo 101.º TFUE

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

ESTE ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UE É PARTICULARMENTE RELEVANTE NA MEDIDA EM QUE CONFIRMA O ENTENDIMENTO DE QUE EMPRESAS, QUE NÃO OS PARTICIPANTES DO CARTEL, QUE PARTICIPAM INDIRETAMENTE E FACILITAM CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS, SEM SE DISTANCIAREM PUBLICAMENTE DO SEU CONTEÚDO OU SEM AS DENUNCIAR ÀS AUTORIDADES DE CONCORRÊNCIA, PODEM VIOLAR O ARTIGO 101.º TFUE E SER OBJETO DE SANÇÕES AO ABRIGO DAS REGRAS DE CONCORRÊNCIA DA UE.

 Tribunal de Justiça da União Europeia (*Tribunal de Justiça*), por acórdão de 22 de outubro de 2015, no processo C-194/14 P, *AC-Treuhand c. Comissão*¹, negou provimento ao recurso interposto pela empresa AC-Treuhand AG (*AC-Treuhand*) do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia (*Tribunal Geral*), de 6 de fevereiro de 2014, no processo T-27/10, no qual este último indeferiu o recurso de anulação da Decisão da Comissão C(2009) 8682 final, de 11 de novembro de 2009, referente a um procedimento ao abrigo do artigo 101.º TFUE² ou, subsidiariamente, a redução das coimas aplicadas.

A AC-Treuhand, cuja sede situa-se em Zurique, é uma empresa de consultoria que presta serviços a associações nacionais e internacionais e a grupos de interesse, incluindo a gestão e a administração de associações profissionais suíças e internacionais, bem como de federações e organizações sem fins lucrativos, a recolha, o tratamento e a exploração de dados de mercado, a apresentação das estatísticas de mercado e o controlo, nas instalações dos participantes, dos valores reportados.

A Comissão considerou, na sua Decisão, que um determinado número de empresas tinha infringido o artigo 101.º TFUE ao participar em dois conjuntos de acordos e práticas concertadas anticoncorrenciais que abrangem o território da UE, respeitantes (i) ao setor dos estabilizadores de estanho, e (ii) ao setor do óleo de soja epoxidada e dos ésteres. A

AC-Treuhand, por sua vez, foi considerada responsável pela participação, no contexto dos dois setores em apreço, num conjunto de acordos e de práticas concertadas que consistiram na fixação de preços, repartição de clientes e de mercados através de quotas de vendas, e na troca de informações comerciais sensíveis, em especial sobre clientes, produção e vendas. A imputação de responsabilidade à AC-Treuhand pela Comissão teve em conta o papel essencial e semelhante nas duas infrações em apreço desempenhado pela empresa, a qual (i) organizou diversas reuniões e nas quais participou ativamente, (ii) recolheu e forneceu aos produtores envolvidos dados sobre as vendas nos mercados em causa, e (iii) propôs-se a atuar enquanto moderadora em caso de tensão entre os referidos produtores, incentivando-os a chegarem a compromissos, todos estes *serviços* em troca de remuneração. A Comissão aplicou à empresa duas coimas no montante de 174.000 EUR, por infração.

Neste contexto, a AC-Treuhand interpôs recurso junto do Tribunal Geral, pugnano pela anulação da Decisão ou pela redução das coimas aplicadas, tendo invocado para o efeito, *inter alia*, o não cumprimento dos critérios do artigo 101.º TFUE e a violação do princípio da legalidade das infrações e das penas, bem como o não cumprimento da obrigação da Comissão em aplicar, face às especificidades do caso, uma sanção simbólica, e a violação das Orientações para o cálculo das coimas de 2006³. O Tribunal Geral negou provimento ao recurso na sua totalidade, tendo a AC-Treuhand recorrido de

¹ Acórdão acedido e disponível em <http://curia.europa.eu/>.

² Processo COMP/38589 – *Estabilizadores térmicos*, acedida e disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38589/38589_4669_7.pdf.

³ Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, JO C 210, de 1 de setembro de 2006, p. 2 (*Orientações 2006*).

tal decisão para o Tribunal de Justiça, alegando para o efeito que o tribunal *a quo* tinha violado: (i) os requisitos de aplicação do artigo 101.º TFUE e o artigo 49.º, n.º 1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁴; (ii) os princípios da legalidade das infrações e das penas, da igualdade de tratamento e o dever de fundamentação; (iii) o artigo 23.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002⁵, as Orientações 2006 e os princípios da segurança jurídica, da igualdade de tratamento e da proporcionalidade⁶; e (iv) o artigo 261.º TFUE, o princípio da proteção jurisdicional efetiva e os artigos 23.º, n.º 3, e 31.º, do Regulamento n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002.

O Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso interposto pela AC-Treuhand. Com efeito, no que diz respeito ao primeiro fundamento de recurso, o tribunal considerou que “a redação [do artigo 101.º TFUE] em nada indica que a proibição nel[e] prevista visa unicamente as partes nesses acordos ou nessas práticas concertadas que exercem a sua atividade nos mercados afetados pelos mesmos”⁷ e que modos passivos de participação na infração, como no caso em apreço, “se traduzem numa cumplicidade que é de natureza a fazer a empresa incorrer em responsabilidade no âmbito do artigo [101.º, n.º 1 TFUE], uma vez que a aprovação tácita de uma iniciativa ilícita, sem se distanciar publicamente do seu conteúdo ou sem a denunciar às entidades administrativas, tem por efeito incentivar a continuação da infração e compromete a sua descoberta”⁸. O tribunal

observou, também, que era razoavelmente expectável que a conduta da empresa pudesse ser declarada incompatível com as regras de concorrência do direito da União, atendendo, designadamente, ao amplo alcance dos conceitos de “acordo” e de “prática concertada” que resultam do *acquis* do Tribunal de Justiça.

Quanto ao segundo fundamento de recurso, o tribunal considerou-o inadmissível, pelo facto de o vício imputado à decisão não ter sido suscitado junto do tribunal a quo. Em relação ao terceiro fundamento de recurso, o Tribunal de Justiça decidiu que o Tribunal Geral não cometeu um erro de direito ao julgar que a Comissão se podia afastar da metodologia de cálculo das coimas indicada nas Orientações 2006, tendo em conta que a determinação das coimas com base nos honorários recebidos pela AC-Treuhand como contrapartida pelos serviços prestados aos participantes no cartel não refletia de modo adequado a importância económica das infrações em causa e o peso relativo da empresa nas mesmas.

Por último, o Tribunal de Justiça também julgou improcedente o quarto fundamento do recurso, por ter concluído que a AC-Treuhand não alegou perante o tribunal *a quo* os fundamentos referentes à violação dos princípios da legalidade das infrações e das penas, da igualdade de tratamento e da proporcionalidade, e por considerar que aquele examinou todos os argumentos avançados pela empresa em relação à determinação das coimas aplicadas. ■

“A REDAÇÃO [DO ARTIGO 101.º TFUE] EM NADA INDICA QUE A PROIBIÇÃO NEL[E] PREVISTA VISA UNICAMENTE AS PARTES NESSES ACORDOS OU NESSAS PRÁTICAS CONCERTADAS QUE EXERCEM A SUA ATIVIDADE NOS MERCADOS AFETADOS PELOS MESMOS”.

⁴ A AC-Treuhand alegou que o Tribunal Geral cometeu um erro na aplicação do direito ao interpretar extensivamente o artigo 101.º TFUE em violação do princípio da legalidade (*nullem crimen sine lege e nulla poena sine lege*) previsto no artigo 49.º, n.º 1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de tal forma que os critérios da certeza e da previsibilidade próprios do Estado de Direito subjacentes ao artigo 101.º TFUE deixaram de estar reunidos no presente caso.

⁵ JO L 1, de 4 de janeiro de 2003, p. 1.

⁶ A este respeito, a AC-Treuhand alegou *inter alia* que as coimas que lhe foram aplicadas deviam ter sido fixadas com base nos honorários cobrados pelas prestações de serviços que deram origem às infrações, de acordo com a metodologia das Orientações 2006, e não com base em montantes fixos. Como tal, no entender da empresa o Tribunal Geral julgou, erradamente, este argumento improcedente e considerou o montante das coimas apropriado.

⁷ § 27.

⁸ § 31.



O Acórdão TJUE C-583/13 P *Deutsche Bahn* — O dever de fundamentação e a garantia dos direitos de defesa em ações inspetivas

Luís do Nascimento Ferreira / Miguel Cortes Martins
lferreira@mlgts.pt / mcmartins@mlgts.pt

A 18 de junho de 2015, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“Tribunal de Justiça” ou “TJUE”) foi confrontado com um recurso¹ interposto pela Deutsche Bahn AG (“DB”) e pelas suas filiais, que pediam a anulação de um acórdão do Tribunal Geral, através do qual foi negado provimento ao seu recurso de anulação de três decisões da Comissão Europeia (“CE”) que ordenaram inspeções às referidas empresas por suspeita de violação de regras da concorrência. As inspeções em causa foram levadas a cabo sem mandado judicial prévio.

A inexistência de mandado judicial

Como fundamento do recurso, a DB alegou, em primeiro lugar, que o Tribunal Geral ignorou importante jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (“TEDH”), na medida em que declarou que “*a falta de um mandado judicial prévio constitui apenas um dos elementos levados em conta pelo TEDH para concluir pela existência de uma violação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*” (§ 14).

O TJUE respondeu ao primeiro argumento, afirmando que à luz da jurisprudência do TEDH a falta de um mandado judicial prévio “*não é suscetível, por si só, de implicar a ilegalidade da medida de inspeção*”. Com efeito, refere o Tribunal, a falta de mandado judicial prévio pode ser compensada por uma fiscalização jurisdicional *a posteriori* eficaz de todas as questões de direito e de facto, tal como se constata pelos acórdãos do TEDH *Harju*² e *Heino*³.

A fiscalização judicial *a posteriori*

Relativamente a essa mesma fiscalização *a posteriori*, a DB alegou que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao postular que a falta de mandado judicial prévio pode ser compensada por aquela, dado que no acórdão

no qual baseou o seu raciocínio a autoridade de concorrência em causa tinha obtido um mandado judicial antes de proceder às buscas.

A este respeito, o Tribunal de Justiça referiu que o Tribunal Geral declarou corretamente que o que está em causa é a “*intensidade da fiscalização*”, que inclui todos os elementos de facto e de direito, permitindo que a situação seja adequadamente sanada caso exista uma irregularidade, não relevando o momento em que essa fiscalização é exercida.

O dever de fundamentação e a violação dos direitos de defesa da DB

Por fim, a DB alegou que as categorias de garantias enunciadas pelo Tribunal Geral não garantem uma proteção suficiente dos seus direitos de defesa contra a ingerência no respetivo direito fundamental à inviolabilidade do domicílio que as inspeções realizadas pela Comissão representam. Com efeito, a empresa alegou que a Comissão não podia legitimamente informar os seus agentes, antes da primeira decisão de inspeção, de suspeitas a propósito da sua filial DUSS que conduziram às inspeções subsequentes por parte da Comissão.

O Tribunal de Justiça começou por relembrar que o Regulamento n.º 1/2003 impõe à Comissão que fundamente a decisão que ordena uma inspeção indicando o seu objeto e a sua finalidade, constituindo esta obrigação uma exigência fundamental não só para demonstrar o caráter justificado da intervenção, mas também “*colocar as empresas em situação de conhecerem o alcance do seu dever de cooperação, preservando ao mesmo tempo o seu direito de defesa*” (§ 56).

Para além disso, o TJUE sublinhou que as informações recolhidas no decurso das inspeções não devem ser utilizadas para finalidades diversas das indicadas na decisão de inspeção.

O Tribunal de Justiça considerou ainda que isto não significa que estivesse vedado à Comissão abrir um processo de inquérito a fim de verificar a exatidão ou de completar as informações de que tivesse tomado “*casualmente*” conhecimento no decurso das diligências de investigação, caso estas indicassem comportamentos contrários às regras de concorrência.

Porém, no caso em apreço, decorria dos autos que a Comissão informou imediatamente os seus agentes, antes da realização da primeira inspeção, da existência de outra denúncia contra a filial da DB. Também importa recordar, como o fez o Advogado-Geral nas suas conclusões, que as informações fornecidas pela Comissão aos seus agentes devem “*dizer unicamente respeito ao objeto da inspeção ordenada*” (§ 62).

Estes elementos levaram o Tribunal de Justiça a concluir que esta informação é alheia ao objeto da primeira decisão de inspeção e que a inexistência de menção à denúncia sobre a filial da DB na decisão de inspeção viola o dever de fundamentação da Comissão e os direitos de defesa da DB. Com efeito, foi reconhecido expressamente pelo Tribunal Geral, que “*o facto de a segunda decisão de inspeção ter sido adotada no decurso da primeira inspeção demonstra a importância das informações então recolhidas para o lançamento da segunda inspeção e que a terceira inspeção foi, sem dúvida, parcialmente baseada nas informações recolhidas nas duas primeiras inspeções*” (§ 65).

Por conseguinte, o Tribunal de Justiça anulou o acórdão recorrido na medida em que negou provimento ao recurso relativamente à segunda e terceira decisões de inspeção.

Este caso lança pistas e avisos importantes aos tribunais e às autoridades nacionais quanto à forma de articulação entre as prerrogativas inspetivas dessas autoridades e os direitos de defesa dos visados. ■

¹ Caso C-583/13 P *Deutsche Bahn*

² Caso n.º 56716/09 *Harju* c. Finlândia, de 15 de fevereiro de 2011

³ Caso n.º 56720/09 *Heino* c. Finlândia, de 15 de fevereiro de 2011

Controlo de concentrações alemão: *Edeka/Tengelmann* – Novo impulso para o procedimento de autorização ministerial?

Philipp Melcher
pmelcher@mlgts.pt

De acordo com o direito alemão de controlo de concentrações (Lei Contra Restrições à Concorrência, “LRC”), as operações sobre as quais impende uma obrigação de notificação estão sujeitas a análise pela autoridade de concorrência competente (Autoridade Federal dos Cartéis, “AFC”), estando esta limitada a uma avaliação dos efeitos dessa concentração na concorrência. Se se verificar que uma concentração irá com probabilidade impactar negativamente sobre a concorrência, esta deve ser proibida pela AFC (§ 36 (1) LRC), independentemente de quaisquer benefícios de interesse público que esta possa envolver (ex.: a salvaguarda de postos de trabalho).

Embora os benefícios de interesse público não sejam tomados em conta nesta análise da AFC, aqueles não são totalmente irrelevantes para a aprovação de concentrações nos termos do LRC. As partes notificantes de uma concentração que tenha sido proibida pela AFC podem invocar esses benefícios aquando do pedido de autorização da concentração junto do Ministro Federal da Economia (“MFE”), de acordo com o § 42 LRC (Autorização Ministerial, “AM”). A autorização será concedida se os efeitos negativos da concentração sobre a concorrência forem compensados pelas vantagens para a economia como um todo ou se tal se justificar por um superior interesse público (§ 42 (1) LRC).¹

O procedimento de AM foi concebido como solução extraordinária para casos excepcionais, funcionando como uma válvula para a pressão política com vista a salvaguardar

a independência da AFC, tendo sido largamente aplicada com esse propósito. Desde a sua introdução em 1973 (juntamente com o regime de controlo de concentrações alemão) até ao final de 2014, a AFC proibiu 187 concentrações. Apenas 21 proibições foram seguidas por um pedido de AM, tendo este sido concedido em apenas 8 casos, e, em 5 deles, apenas em parte e/ou sujeito a condições.²

Após um extenso período de dormência (os últimos casos, relativos a concentrações entre hospitais regionais, remontam a 2008), o procedimento de AM reemergiu recentemente no centro das atenções no caso Edeka/Tengelmann.

O caso envolve a aquisição por parte da Edeka (“E”), um dos 3 maiores retalhistas alemães no setor alimentar (juntamente com a Rewe e a Kaufland), de cerca de 450 estabelecimentos do concorrente cronicamente deficitário Tengelmann (“T”). A AFC concluiu que a operação projetada iria provavelmente deteriorar as condições de concorrência num elevado número de mercados de retalho alimentar locais e regionais já de si altamente concentrados. Assim, tendo também considerado insuficientes os compromissos propostos pelas partes para obviar a estas preocupações, a AFC proibiu a concentração por decisão de 31 de março de 2015.³ Durante o procedimento, vários terceiros manifestaram interesse em adquirir um número significativo dos estabelecimentos da T.

A 28 de abril de 2015 as partes fizeram um pedido de AM, nos termos do § 42 (1)

LRC, argumentando, nomeadamente, que os benefícios públicos substanciais que a concentração trazia compensavam quaisquer efeitos negativos sobre a concorrência que desta decorresse. Acima de tudo, a aquisição da totalidade da T, tal como era pretendido pela E, iria salvaguardar os postos de trabalho dos cerca de 16.000 trabalhadores da T e o *status quo* dos seus direitos individuais e coletivos. Na hipótese de a T sair do mercado e/ou ser vendida em partes, pelo menos metade dos seus trabalhadores seria despedida (com custos substanciais para o orçamento de Estado⁴), especialmente em estabelecimentos não lucrativos que teriam de ser encerrados, e outros trabalhadores seriam recolocados em condições substancialmente menos favoráveis.

A 3 de agosto de 2015, a chamada Comissão dos Monopólios (“CM”) emitiu o seu parecer não vinculativo, nos termos do § 42 (4) LRC. A CM não concordou com as conclusões das partes e recomendou que o pedido de AM fosse rejeitado. Embora a salvaguarda de postos de trabalho e de direitos dos trabalhadores se qualifiquem claramente como benefícios de interesse público, a concentração não iria com a certeza necessária garantir os 16.000 postos de trabalho na T, contrariamente ao que afirmavam as partes. A E teria um incentivo para gerar sinergias (eliminando estabelecimentos e funções duplicadas) e reestruturar a T, incluindo através da redução da sua força de trabalho (de forma a torná-la lucrativa) e estaria legalmente autorizada a fazê-lo. Também não era suficientemente seguro que a concentração fosse assegurar um número de postos de trabalho maior do que no cenário pré-concentração, já que vários

¹ Um procedimento similar é previsto, por exemplo, na legislação portuguesa de controlo de concentrações (Artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 125/2014, de 8 de agosto, que aprova os Estatutos da Autoridade da Concorrência). O único pedido de AM até à data, ainda durante a vigência do anterior regime de concorrência nacional, foi bem-sucedido (BRISA/AEO/AEA).

² Alguns exemplos de benefícios públicos que se considera compensarem os efeitos negativos na concorrência nestes casos: a criação de um “campeão nacional” visando garantir a segurança a longo prazo do abastecimento energético e acesso a outros mercados internacionais; a proteção de postos de trabalho; o alívio ou prevenção de sobrecarga do orçamento de Estado; a retenção de tecnologia valiosa e know-how.

³ Caso B 2-96/14 – Edeka/Tengelmann.

⁴ Perda de receita do imposto sobre o rendimento e de contribuições para a segurança social, custos de requalificação e reintegração profissional.



O PROCEDIMENTO
FOI CONCEBIDO COMO
SOLUÇÃO EXTRAORDINÁRIA
PARA CASOS EXCECIONAIS,
FUNCIONANDO COMO
UMA VÁLVULA PARA
A PRESSÃO POLÍTICA
COM VISTA A SALVAGUARDAR
A INDEPENDÊNCIA DA AFC.

terceiros manifestaram interesse em adquirir e continuar a explorar um número significativo de estabelecimentos da T, e que os restantes estabelecimentos (na maior parte deficitários) iriam também precisar de ser reestruturados ou encerrados quando fossem adquiridos pela E.

O MFE (Sigmar Gabriel) ainda não tomou uma decisão. Tendo em conta que normalmente ela teria de ser tomada em 4 meses (§ 42 (4) LRC), este pode ser um sinal de que o pedido de AM tem reais hipóteses de sucesso. De facto, o que se revelou através do procedimento até agora, nomeadamente através da audiência pública de 16 de novembro de 2015, parece indicar que o MFE suspeita que um desmembramento e venda da T em partes possa conduzir a uma maior perda

de postos de trabalho do que a aquisição da T pela E. Muito irá provavelmente depender de as partes conseguirem encontrar uma forma de se comprometerem a assegurar um número suficiente de postos de trabalho e direitos dos trabalhadores por um período de tempo suficiente, respeitando ao mesmo tempo a regra de que os compromissos, de forma a poderem ser aceites, têm de ser estruturais e não requerer um controlo contínuo da conduta da E e da T (§ 42 (2) LRC).

Se o MFE conceder a autorização, o caso Edeka/Tengelmann poderá muito bem conferir ao procedimento de AM um impulso para que este volte a ganhar relevância no processo de aprovação de concentrações sob a LRC. ■



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

www.mlgts.pt

Member

LexMundi
World Ready