Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva
& Associados
Sociedade de Advogados

NEWSLETTER

ISSN 1647-272
N.º 21
MAIO 2015

Europeu e Concorrência

Nesta edição

Artigos

A segurança do abastecimento energético como derrogação ao direito da União: o acórdão *Castelnou Energia c. Comissão* 02

O Tribunal de Justiça rejeita a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem 04

O Acórdão *Akzo Nobel/Comissão Europeia*: Confidencialidade e Publicidade 06

Multa de €2,5 milhões aplicada por acesso negligente a *inbox* e por "desvio" de *emails*, durante inspeção da Comissão Europeia 07

Comissão divulga balanço dos auxílios de Estado aos bancos europeus 09

Contribuição especial Mattos Filho Advogados

CADE regulamenta o procedimento de consulta 11

A segurança do abastecimento energético como derrogação ao direito da União: o acórdão *Castelnou Energia c. Comissão*

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

Introdução

Nos últimos anos a segurança do abastecimento energético tem sido uma preocupação crescente, tanto da União Europeia (UE) como de diversos Estados-Membros, sobretudo aqueles mais dependentes de importações de países terceiros para satisfazer as suas necessidades energéticas, que poderão ser afetadas num contexto político internacional incerto. Contudo, a Comissão Europeia e os tribunais europeus sempre se mostraram muito reticentes em admitir que medidas nacionais para salvaguardar a segurança do abastecimento derrogassem as regras de direito da União Europeia, designadamente as relativas às liberdades de circulação no mercado interno europeu e aos auxílios de Estado[1].

O recente acórdão do Tribunal Geral no proc. *Castelnou c. Comissão*[2], a propósito de uma legislação espanhola de apoio à produção de electricidade a partir de carvão "autóctone", constitui, neste contexto, um exemplo interessante. Neste caso, uma medida qualificada como auxílio de Estado, e potencialmente restritiva da liberdade de circulação de mercadorias e do direito de estabelecimento, foi declarada compatível com o direito da UE por corresponder a um serviço de interesse económico geral (SIEG) destinado a garantir a salvaguarda do aprovisionamento de Espanha em eletricidade. Por outro lado, o Tribunal clarificou que, quando uma medida de auxílio não prossegue um objetivo ambiental, a Comissão não está obrigada a apreciá-la ao abrigo das regras de direito da União sobre proteção do ambiente.

A medida de apoio às centrais eléctricas a carvão "espanhol"

Em 2010, o Governo espanhol notificou à Comissão Europeia, à luz das regras sobre auxílios de Estado, uma medida que estabelece um mecanismo de "despacho preferencial" de eletricidade produzida por dez centrais a carvão que utilizam carvão "autóctone" (ou seja, de origem espanhola), prevendo que tal eletricidade devia ser adquirida no mercado diário de eletricidade de preferência à produzida pelas centrais que utilizam carvão importado, fuelóleo e gás natural. As centrais em questão eram obrigadas a produzir determinados volumes de eletricidade a partir de carvão "autóctone", cujo preço é mais elevado do que o carvão importado, beneficiando de uma compensação igual à diferença entre os custos adicionais de produção que suportaram e o preço de venda da electricidade no mercado diário. Esta medida, que durou entre 2010 e 2014, era financiada através de um fundo controlado pelo Estado espanhol, e tinha um custo previsto de € 400 milhões por ano.

Após uma apreciação de vários meses e um processo agitado – várias empresas eléctricas e uma associação setorial, organizações ambientais, personalidades políticas e autoridades locais espanholas pronunciaram-se contra a medida em causa – a Comissão concluiu que o regime nacional notificado constituía um auxílio de Estado, nos termos do artigo 107.º TFUE, mas que era compatível com o direito da União, pois as obrigações impostas às centrais beneficiárias correspondiam à gestão de um serviço de interesse económico geral, à luz do artigo 106.º, n.º 2 TFUE, justificado pela garantia da segurança do abastecimento de Espanha em eletricidade[3].

A Castelnou Energía, uma das empresas intervenientes no procedimento, interpôs recurso da decisão de aprovação da Comissão (no que foi apoiada pela Greenpeace Espanha), suscitando diversos erros de apreciação que, na sua opinião, deveriam conduzir à anulação da decisão. O recurso foi, no entanto, rejeitado na totalidade pelo Tribunal Geral, que confirmou a decisão da Comissão, com o entendimento que veremos de seguida.

A proteção da segurança do abastecimento como justificação de um serviço de interesse económico geral

Para o Governo Espanhol, o regime de apoio era necessário para garantir entre 2010 e 2014 uma reserva de capacidade de produção suficiente para dar resposta a períodos de picos de consumo quando as condições meteorológicas não fossem favoráveis à produção de eletricidade a partir de fontes renováveis (as quais em 2013 representavam 52% de toda a capacidade instalada de geração em Espanha[4]). A disponibilidade das centrais eléctricas a carvão "autóctone" reforçaria a segurança do abastecimento energético de Espanha, pois as restantes fontes de energia fóssil para produção de eletricidade (carvão e gás natural) eram importadas. Por outro lado, na ausência do regime de apoio as referidas centrais seriam provavelmente encerradas, devido aos custos mais elevados do carvão "autóctone".

De acordo com jurisprudência constante, os Estados-Membros dispõem de uma "*ampla margem de apreciação*" na determinação da natureza e objeto de um SIEG. Embora a exata "margem de apreciação" reconhecida aos Estados-Membros tenha sido objeto de alguma flutuação jurisprudencial, dependendo das circunstâncias do caso, a medida nacional em apreço tinha apoio expresso na Segunda Diretiva Eletricidade, segundo a qual os Estados-Membros podiam estabelecer que, *por razões de segurança do fornecimento, fosse dada prioridade ao despacho das instalações de produção que utilizem fontes endógenas de energia primária*[5]. Por esta razão, e tendo analisado em detalhe os argumentos apresentados pelo Governo

[1] Cfr., relativamente a disposições nacionais que foram consideradas incompatíveis com o direito da UE, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 11.11.2010, proc. C-543/08, *Comissão c. Portugal* (direitos especiais sobre a EDP) e 10.11.2011, proc. C-212/09, *Comissão c. Portugal* (direitos especiais sobre a GALP), bem como a jurisprudência aí citada relativamente a casos anteriores.
[2] Acórdão de 3.12.2014, proc. T-57/11.
[3] Decisão C(2010)4499 da Comissão, de 29.09.2010, proc. N 178/2010 – *Espanha. Compensação de serviço público associado a um mecanismo de despacho preferencial a favor de centrais de produção de eletricidade a partir de carvão "autóctone"*.
[4] Cfr. Red Electrica de España, *The Spanish Electricity System Preliminary Report 2013*, p. 7.
[5] Cfr. o artigo 11.º, n.º 4 da Directiva 2003/54/CE, de 26.06.2003 (JO L 176, de 15.07.2003, p. 37), disposição que se mantém no artigo 15.º, n.º 4 da Directiva 2009/72/CE, de 13.07.2009 (JO L 211, de 14.8.009, p. 55) presentemente em vigor.

Espanhol e pelos restantes interessados, tanto a Comissão, como, em recurso, o Tribunal Geral, admitiram a existência de riscos para a segurança do abastecimento em eletricidade que poderiam justificar a imposição das obrigações de um serviço de interesse económico geral (e a correspondente compensação) às centrais em questão.

O Tribunal Geral confirmou igualmente que a Comissão não tinha cometido um erro manifesto ao concluir pela proporcionalidade do regime espanhol em questão. Recordando que, no domínio dos serviços de interesse económico geral, o controlo da *proporcionalidade* se limita a verificar se a medida em causa é *apropriada* para atingir o objetivo proposto, e se, por outro lado, *não é excessiva*, o Tribunal procedeu em todo o caso a um exame detalhado dos argumentos invocados pela Castelnou Energía, que considerou improcedentes.

Em particular, relativamente às eventuais distorções nos mercados da importação de gás natural e carvão provocadas pelo regime de apoio, o Tribunal considerou (como já anteriormente a Comissão) que tais distorções eram inerentes à noção de auxílio de Estado e que *não eram manifestamente desproporcionadas* face ao objetivo prosseguido. A este propósito, e recordando jurisprudência anterior no âmbito dos SIEG, o Tribunal Geral afirmou que o ónus da prova sobre o Estado-Membro não pode ir até à exigência de que vá ainda mais além e *demonstre, pela positiva, que nenhuma outra medida imaginável, e por definição hipotética, poderia permitir garantir o cumprimento dessas missões nas mesmas condições*.

Mercado interno: livre circulação de mercadorias e direito de estabelecimento

Invocando uma jurisprudência antiga sobre a relação entre as regras sobre auxílios de Estado e a livre circulação de mercadorias, a Comissão e o Tribunal evitaram concluir que o regime de apoio ao carvão "autóctone" também constituía uma *medida de efeito equivalente* a uma restrição quantitativa às importações, proibida pelo artigo 34.º TFUE, não obstante o mesmo favorecer abertamente a produção nacional de carvão e prejudicar as importações – o que não deixa de ser surpreendente, tendo em conta a noção extremamente ampla de medida de efeito equivalente que resulta da jurisprudência geral do Tribunal de Justiça iniciada pelo acórdão *Dassonville* (que abrange todas as medidas que *directa ou indirectamente*, *actual ou potencialmente*, possam ter um efeito negativo sobre as importações de outros Estados-Membros).

Em todo o caso, o Tribunal Geral considerou, invocando a jurisprudência *Campus Oil*, que a segurança do aprovisionamento em eletricidade constituía uma *razão de segurança pública*, na aceção do artigo 36.º TFUE, susceptível de justificar uma medida restritiva da livre circulação de mercadorias (e também da liberdade de estabelecimento), desde que tal medida respeite o princípio da proporcionalidade, o que considerou que era de facto o caso.

A inaplicabilidade da legislação europeia sobre proteção do ambiente

A Castelnou Energia sustentava também que a aprovação do regime de apoio em questão violava várias disposições do direito da União relativas à proteção do ambiente. O Tribunal Geral, contudo, concluiu que a Comissão não estava obrigada a analisar o regime de apoio em causa à luz das regras europeias sobre proteção do ambiente, visto que *este não visava atingir um objetivo de proteção ambiental*.

Por outro lado, o Tribunal recordou também que, embora a Comissão deva assegurar a coerência da aplicação do direito da União como um todo, no âmbito da apreciação de um auxílio de Estado a Comissão apenas está obrigada a examinar o respeito pelas restantes regras europeias que visem dar corpo ao mercado interno da UE. Ora, uma vez que o "mercado interno europeu" é definido nos Tratados como "um espaço sem fronteiras em que a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais está assegurada", um auxílio que produza efeitos negativos para o ambiente não é, só por si, contrário à criação e existência de um mercado interno.

De todo o modo, o Tribunal Geral analisou os argumentos da Castelnou neste contexto, tendo excluído ainda a violação das regras sobre o comércio de direitos de emissão de efeitos de estufa[6], pois embora o regime de apoio às centrais de carvão "autóctone" pudesse levar ao aumento das emissões de CO2 por parte destas centrais, não se traduziria num aumento dos níveis de emissões globalmente assumidos pelas autoridades espanholas.

Conclusão

Apesar de não ser referido abertamente pelo Tribunal, o presente processo apresentava contornos políticos e sociais não negligenciáveis, não só pela forte oposição suscitada de vários quadrantes em Espanha, mas também porque o regime em causa era essencial para a manutenção da indústria mineira de carvão espanhola.

Não é pois de surpreender que a Comissão e o Tribunal, embora declarando formalmente as limitações inerentes ao controlo das opções dos Estados-Membros no âmbito dos serviços de interesse económico geral, tenham procedido a um exame detalhado dos argumentos apresentados tanto pelo Governo Espanhol como pelas entidades intervenientes que se opunham à medida.

Este exame, em todo o caso, foi muito facilitado pelo facto de o próprio legislador europeu ter consagrado, nas diretivas de harmonização do setor da eletricidade, o direito de os Estados-Membros privilegiarem parte da sua produção a partir de fontes de energia endógenas para salvaguardar a segurança do aprovisionamento energético. Sem tal previsão expressa, não é de excluir que a "ampla margem" reconhecida ao Estado Espanhol neste domínio tivesse sido escrutinada ainda mais de perto, e o processo tivesse porventura uma conclusão distinta. ■

[6] Diretiva 2003/87/CE, de 13.10.2003 (JO L 275, p. 32).

O Tribunal de Justiça rejeita a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem

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

O Projeto de Acordo de Adesão (*Acordo de Adesão*) da União Europeia (*UE*) à Convenção Europeia para os Direitos do Homem (*CEDH*) foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (*TJUE*) pelo Parecer n.º 2/13, de 18 de dezembro de 2014[1].

O Acordo de Adesão tem na sua base a decisão do Conselho, de 4 de junho de 2010, que autorizou a abertura das negociações relativas à adesão da UE à *CEDH*, tendo por instituição negociadora a Comissão Europeia. Em 5 de abril de 2013 as negociações encetadas conduziram a um acordo ao nível dos negociadores da adesão sobre os instrumentos de adesão e, nesse âmbito, a Comissão Europeia solicitou, em 4 de julho de 2013, ao TJUE um parecer, ao abrigo do artigo 218.º, n.º 11[2], do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (*TFUE*), sobre a compatibilidade do Acordo de Adesão com os Tratados.

O TJUE, no seu parecer, após recordar que a ausência de base jurídica para a adesão da União à CEDH foi suprida pelo artigo 6.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia[3] (*TUE*), na redação que resulta do Tratado de Lisboa, sedimenta vários fundamentos de direito que invalidam o ACORDO DE ADESÃO.

Em primeiro lugar, o Acordo de Adesão à CEDH faria com que a União passasse a estar sujeita a uma fiscalização externa, ficando a UE e as suas instituições, incluindo o Tribunal de Justiça e correlativas decisões judiciais, sujeitas aos mecanismos de fiscalização previstos na Convenção Europeia. Neste particular o TJUE entende que o Acordo de Adesão prejudicaria a autonomia da ordem jurídica da União, passando o Tribunal de Justiça a estar vinculado, por força do direito internacional, às decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (*TEDH*), enquanto que o inverso não sucederia (sujeição do TEDH às decisões do TJUE). Neste passo o TJUE refere que "em especial, as apreciações do Tribunal de Justiça relativas ao âmbito de aplicação material do direito da União, para efeitos, designadamente, de determinar se um Estado-membro está obrigado a respeitar os direitos fundamentais da União, não deveriam ser postas em causa pelo TEDH" (n.º 186).

O TJUE também salienta, com fundamento no princípio da confiança legítima, que "na medida em que a CEDH, ao impor que a União e os Estados-membros sejam considerados Partes Contratantes não só nas suas relações com as partes que não são Estados-membros da União mas também nas suas relações recíprocas, incluindo quando essas relações se regem pelo direito da União, exigiria que um Estado-membro verificasse o respeito dos direitos fundamentais por outro Estado-Membro, apesar de o direito da União impor a confiança mútua entre esses Estados-membros, [termos em que] a adesão é suscetível de comprometer o equilíbrio em que a União se funda, bem como a autonomia do direito da União" (n.º 194).

De igual modo com base nas regras da CEDH (Protocolo n.º 16) que autorizam as mais altas instâncias judiciárias dos Estados-Membros a dirigirem ao TEDH pedidos de parecer consultivos sobre questões associadas à interpretação ou à aplicação dos direitos e liberdades reconhecidos pela CEDH, o TJUE conclui que tais pedidos de parecer poderiam afetar a autonomia e eficácia do processo de reenvio prejudicial do artigo 267.º do TFUE, que confere a competência ao TJUE para decidir sobre a interpretação dos Tratados e sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Com fundamento no artigo 344.º do TFUE ("Os Estados-membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que nele estão previstos"), o TJUE refere cumulativamente que o Acordo de Adesão não prevê que as regras da CEDH sejam inaplicáveis aos litígios entre os Estados-membros e entre estes e a União, dado que "deixa subsistir a possibilidade de a União ou os Estados-Membros submeterem ao TEDH, ao abrigo (…) da CEDH, um pedido que tenha por objeto uma alegada violação desta Convenção cometida, respetivamente, por um Estado-membro ou pela União, em relação com o direito da União" (n.º 207), o que, no entender do TJUE, infringe a referida norma do Tratado.

A forma de demandar os Estados-membros e/ou a UE junto do TEDH é também objeto de reprovação pelo TJUE, dado que esse controlo em termos de legitimidade

[1] Disponível em http://curia.europa.eu.
[2] Que dispõe: "Qualquer Estado-Membro, o Parlamento Europeu, o Conselho ou a Comissão podem obter o parecer do Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade de um projeto de acordo com os Tratados. Em caso de parecer negativo do Tribunal, o acordo projetado não pode entrar em vigor, salvo alteração ou revisão deste."
[3] O n.º 2 do artigo estatui: "A União adere à Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados."

processual passiva seria efetuado pelo TEDH e este "seria levado a apreciar as normas do Direito da União que regem a repartição de competências entre esta e os seus Estados-Membros, bem como o critério de imputação dos atos ou omissões destes, a fim de adotar uma decisão definitiva a este respeito, que vincularia tantos os Estados-Membros como a União" (n.º 224), sendo que tal controlo seria no entendimento do TJUE "suscetível de interferir na repartição de competências entre a União e os seus Estados-Membros" (n.º 225).

O TJUE considera ainda que lhe cabe "fornecer a interpretação definitiva do direito derivado da União e se o TEDH, no seu exame da conformidade desse direito com a CEDH, devesse ele próprio proceder a uma dada interpretação entre as plausíveis, o princípio da competência exclusiva do Tribunal de Justiça na interpretação definitiva do direito da União seria seguramente infringido" (n.º 246). Ou seja, o Tribunal estabelece que a interpretação do direito derivado não pode ser operada em última instância pelo TEDH, cabendo sempre ao TJUE a última decisão jurisdicional (a *competenz-competenz*).

Como último fundamento para afastar a validade do Acordo de Adesão, e com base nas regras do TUE referentes à Política Externa e de Segurança Comum (*PESC*), o TJUE salienta que o TUE confere-lhe poderes jurisdicionais de fiscalização limitados – em particular a competência para se pronunciar sobre a legalidade das decisões que estabeleçam medidas restritivas contras pessoa singulares ou coletivas adotadas pelo Conselho (ao abrigo do artigo 275.º do TFUE), existindo atos adotados no quadro da PESC que por força dos Tratados escapam à fiscalização jurisdicional do TJUE. Contudo em resultado do Acordo de Adesão, e no entender do TJUE, "o TEDH ficaria habilitado a pronunciar-se sobre a conformidade com a CEDH de determinados atos, ações ou omissões no âmbito da PESC, designadamente, daqueles cuja legalidade em relação aos direitos fundamentais o Tribunal de Justiça não tem competência para fiscalizar" (n.º 254), conferindo a fiscalização jurisdicional "a um órgão externo à União" (n.º 255). O que não é, no entender do Tribunal, admissível dado que o Tribunal de Justiça considera que "a fiscalização jurisdicional de atos, ações ou omissões da União, incluindo em relação aos direitos fundamentais, não pode ser atribuída exclusivamente a um órgão jurisdicional internacional que se situe fora do quadro institucional e jurisdicional da União." (n.º 256). Em conclusão, o TJUE, pelos fundamentos acima sumariamente expostos, constata que o Acordo de Adesão é incompatível com o TUE e com o TFUE.

O parecer vinculativo adotado pelo TJUE, ao abrigo do artigo 218.º, n.º 11, do TFUE, põe termo às aspirações dos 28 Estados-Membros, e reflexamente de 500 milhões de cidadãos, de adesão da UE à CEDH, tornando a UE e respetivas instituições, incluindo judiciais, imunes ao escrutínio do TEDH.

Resta agora saber se a pronúncia do TJUE: (i) não cria barreiras inultrapassáveis à adesão, dada a interpretação operada pelo TJUE das normas dos Tratados, as quais potencialmente só poderão ser superadas mediante um moroso e complexo processo entre Estados-Membros de alteração dos Tratados (conferência intergovernamental e ratificação por cada Estado-Membro); (ii) se o apertado crivo estabelecido pelo TJUE e o elevado número de reservas que teriam de ser apresentadas pela UE para aderir à CEDH – e caso fossem aceites pelos membros do Conselho da Europa, que integra vários países que não fazem parte da UE –, não esvaziariam os poderes de fiscalização do TEDH em sede de apreciação das ações e omissões da UE em detrimento da CEDH e da seminal jurisprudência do TEDH em sede de direitos, liberdades e garantias. ■

A fiscalização jurisdicional de atos, ações ou omissões da União, incluindo em relação aos direitos fundamentais, não pode ser atribuída exclusivamente a um órgão jurisdicional internacional que se situe fora do quadro institucional e jurisdicional da União

O Acórdão *Akzo Nobel/Comissão Europeia*[1]: Confidencialidade e Publicidade

Gonçalo Machado Borges / Miguel Cortes Martins
gmb@mlgts.pt / mcmartins@mlgts.pt

No início de 2015, o Tribunal Geral da União Europeia ("TGUE" ou o "Tribunal") negou provimento a um recurso de anulação de uma decisão da Comissão Europeia que indeferiu um pedido de tratamento confidencial apresentado pela Akzo Nobel e outras empresas condenadas por uma infração ao direito da concorrência.

Esta decisão assume particular relevância, já que é a primeira vez que o TGUE fornece indicações sobre o equilíbrio entre a publicação de versões públicas de decisões de cartéis e a proteção de segredos de negócio.

Em causa estava a publicação de uma versão não confidencial mais detalhada (i.e. divulgando mais informação) da decisão condenatória, não obstante uma primeira versão ter sido já publicada. As empresas opuseram-se à publicação pelo facto de esta prejudicar gravemente os seus interesses, já que a versão mais detalhada conteria um grande número de informações fornecidas no âmbito de um pedido de clemência relativo a um cartel.

Não obstante a Comissão ter mantido confidencial a fonte das informações, considerou que não se justificava estender a confidencialidade às próprias informações comunicadas. Perante o indeferimento do seu pedido de confidencialidade, as empresas visadas invocaram junto do TGUE a violação do dever de confidencialidade e das suas expectativas legítimas.

Em primeiro lugar, alegaram que a nova publicação viola o dever de confidencialidade, dado que as informações em causa foram comunicadas voluntariamente à Comissão no âmbito do programa de clemência, devendo por isso beneficiar de proteção contra a sua divulgação.

Em segundo lugar, as empresas sustentaram que a decisão impugnada, ao autorizar a publicação de uma versão não confidencial da decisão contendo informações que apresentaram voluntariamente no âmbito do programa de clemência, violava as suas expectativas legítimas, já que lhes foi garantida a confidencialidade daquelas informações. Além disso, já tinha sido publicada anteriormente uma versão não confidencial da decisão.

Para responder ao primeiro argumento, o Tribunal, enunciou três requisitos necessários à proteção da confidencialidade das informações: (i) o conhecimento das informações por um número restrito de pessoas; (ii) a possibilidade de a sua divulgação causar um prejuízo sério a quem as forneceu, ou a terceiros; e (iii) os interesses suscetíveis de serem lesados pela divulgação das informações serem objetivamente dignos de proteção. Dando como provados os dois primeiros requisitos, o Tribunal sustentou a propósito do terceiro que "**o interesse de uma empresa à qual a Comissão aplicou uma coima por violação do direito da concorrência em que os detalhes do seu comportamento ilícito não sejam divulgados ao público não merece nenhuma proteção especial**", quando confrontado com o interesse do público em conhecer os motivos das ações da Comissão, o interesse dos operadores económicos em saber que comportamentos são sancionados e o dos lesados pela infração de forma a poderem exercer os seus direitos (a serem indemnizados pelos prejuízos sofridos, nomeadamente) contra as empresas punidas. O Tribunal acrescentou que a publicação de uma versão não confidencial das decisões da Comissão que contenha informações transmitidas voluntariamente no âmbito de um programa de clemência **não é alheia ao motivo pela qual as referidas informações foram obtidas**.

Relativamente ao segundo argumento, o Tribunal conclui que, ainda que a prática administrativa anterior possa ter criado expectativas nas empresas, estas não podiam adquirir qualquer confiança legítima na sua manutenção. Assim, o simples facto de a Comissão ter publicado uma primeira versão não confidencial da decisão e de não a ter qualificado como provisória não confere nenhuma garantia de que não seria posteriormente publicada uma nova versão não confidencial mais pormenorizada. Deste modo, não se tendo a Comissão obrigado especificamente a não publicar uma nova versão não confidencial contendo mais informação, as empresas não podem arguir a violação das suas expectativas.

Esta decisão reforça a ampla margem de apreciação da Comissão relativamente à publicação das suas decisões, sendo que as informações fornecidas pelas empresas em programas de clemência não devem ser automaticamente consideradas confidenciais. Assim, o alcance dessa proteção terá sempre que ser compatibilizado com o interesse legítimo na divulgação dos factos que constituíram a infração. ■

[1] Caso T-345/12 - *Akzo Nobel NV e Outros/Comissão Europeia.*

Multa de €2,5 milhões aplicada por acesso negligente a *inbox* e por "desvio" de *emails*, durante inspeção da Comissão Europeia

Inês Gouveia
igouveia@mlgts.pt

Introdução

Por acórdão proferido no final de Novembro de 2014, no processo T 272/12, o Tribunal Geral da União Europeia ("Tribunal") confirmou a condenação da Energetický a průmyslový holding a.s. (a seguir «EPH») e da sua participada EP Investment Advisors s.r.o. ("EPIA") – empresas checas com atividades no setor energético – numa coima de €2,5 milhões, pelo facto de, durante uma inspeção surpresa da Comissão Europeia ("Comissão"), ter sido concedido acesso a uma conta de *email* que havia sido bloqueada pelos inspetores, bem como retidas, automaticamente, no servidor, mensagens dirigidas a uma *mailbox* sob investigação. Tais condutas foram consideradas como constitutivas de uma recusa de sujeição à inspeção, prevista e punida pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002 ("Regulamento").

Os factos

Em Novembro de 2009, durante uma inspeção-surpresa nas instalações da EPH e da EPIA, os inspetores da Comissão ordenaram ao responsável pelo departamento informático das empresas que procedesse ao bloqueio do acesso às contas de email de quatro pessoas com posições-chave nas empresas. Algumas horas depois, uma dessas pessoas - a trabalhar a partir de casa -, apercebendo-se que não conseguia aceder à sua conta, reportou o problema a um técnico do departamento informático, que alterou a password, de modo a conceder-lhe novamente acesso à mesma.

No segundo dia de inspeção, o representante legal das empresas, também visado no bloqueio informático, ordenou ao departamento informático que as mensagens dirigidas à sua conta de email ficassem retidas no servidor, em vez de serem transferidas para a sua *mailbox*.

Em Março de 2012, na sequência de um procedimento de investigação aberto para apurar os factos acima descritos, a Comissão adotou uma decisão condenatória, na qual considerou verificada uma infração de recusa de sujeição a uma inspeção e aplicou uma coima de €2,5 milhões.

O recurso

Em sede de recurso, as empresas visadas contestaram a qualificação jurídica dada às condutas acima descritas, nomeadamente, defendendo que a Comissão não podia ter concluído pela existência de uma recusa de sujeição a inspeção sem demonstrar, previamente, que as mensagens (indevidamente) acedidas haviam sido manipuladas ou eliminadas. Alegaram ainda que a Comissão deveria ter tido em conta que os emails retidos, embora não tendo chegado à *mailbox* sob investigação, continuaram disponíveis no servidor da empresa, onde os inspetores os poderiam ter consultado.

As recorrentes defenderam ainda que a atuação do responsável pelo departamento informático não lhes podia ser imputável, por se tratar de trabalhador de uma sociedade independente, que não estava, como tal, autorizado a atuar em nome das empresas inspecionadas.

O Tribunal rejeitou, integralmente, os argumentos das recorrentes. Em linha com a sua jurisprudência anterior, começou por recordar que, tendo as medidas determinadas pelos inspetores tido como pressuposto e

As empresas visadas contestaram a qualificação jurídica dada às condutas, defendendo que a Comissão não podia ter concluído pela existência de uma recusa de sujeição a inspeção sem demonstrar que as mensagens (indevidamente) acedidas haviam sido manipuladas ou eliminadas

O efeito dissuador das coimas aplicadas é especialmente relevante quando estão em causa ficheiros electrónicos, mais fácil e rapidamente manipuláveis e ocultáveis, inclusivamente na presença de inspetores

objetivo assegurar-lhes, durante a realização da inspeção, o acesso exclusivo às contas de correio dos visados, **a demonstração do ilícito de recusa de sujeição a inspeção bastava-se com a prova, pela Comissão, de que foi concedido acesso – ainda que a título de mera negligência – aos dados de uma conta que estava bloqueada**. Ora esse facto não só foi documentalmente provado pela Comissão, como não foi contestado pelos recorrentes.

Assim, **o Tribunal considerou ser irrelevante, para a verificação do ilícito, a demonstração de que os dados haviam sido manipulados ou eliminados ou a tomada em consideração das especificidades técnicas dos ficheiros informáticos, nomeadamente, o facto de os mesmos serem resistentes à destruição e alvo de cópias automáticas** (o que, no entender das recorrentes, serviria para assegurar a integridade e disponibilização permanente dos ficheiros).

Por outro lado, como resulta da jurisprudência da União em matéria de deveres de cooperação dos investigados, **as empresas tinham, no caso em apreço, a obrigação de colocar as mensagens dos visados à disposição dos inspetores para consulta nas *mailboxs* respetivas, tal como lhes havia sido expressamente solicitado, obrigação essa que foi incumprida com a ordem de "retenção" automática de emails no servidor**.

Neste contexto – esclareceu o Tribunal - **é irrelevante que as mensagens se mantenham disponíveis no servidor da empresa e os inspetores da Comissão não tinham qualquer obrigação de constatar previamente essa disponibilidade, antes de concluírem pela verificação de uma infração**.

No que se refere à imputação às recorrentes da conduta do responsável do departamento informático, o Tribunal considerou suficiente, para esse efeito, ter sido essa a pessoa indicada pelo representante legal das recorrentes, desde o início da inspeção, como o responsável pelo departamento informático da empresa. O facto de os membros do departamento informático serem remunerados por uma outra entidade e fornecerem os seus serviços às recorrentes de maneira temporária não impede, no entender do Tribunal, que os mesmos exerçam as suas funções para as recorrentes e sob a direção destas.

Importa deixar aqui uma nota final para salientar que o Tribunal realçou, ainda, que **o efeito dissuasor das coimas aplicadas é especialmente relevante quando estão em causa ficheiros eletrónicos, mais fácil e rapidamente manipuláveis e ocultáveis, inclusivamente na presença de inspetores**, o que coloca especiais dificuldades à efetividade de uma inspeção.

Observações finais

A partir do momento em que uma empresa é notificada da decisão de inspeção cabe-lhe adotar todas as medidas necessárias para executar as instruções recebidas dos inspetores e assegurar que as pessoas autorizadas a agir por conta da empresa (ainda que não integrem, o seu quadro de pessoal) não dificultam a realização dessas instruções.

Por outro lado e como se viu acima, a verificação do incumprimento dos deveres processuais de colaboração no âmbito de uma inspeção-surpresa é efetuada em termos estritamente objetivos.

É pois absolutamente crucial, para as empresas investigadas, assegurarem, *top-bottom*, o cabal respeito pelos deveres de cooperação o que exige, naturalmente, um adequado acompanhamento e controlo do decurso da inspeção. O cumprimento dessas obrigações pode ainda ser potenciado mediante outras medidas preventivas - nomeadamente, a formação e preparação prévia dos colaboradores para a eventualidade de uma inspeção – e reativas - mediante um reporte imediato às entidades investigadoras de qualquer incidente ocorrido no decurso da inspeção bem como a estrita colaboração com estas, na sua resolução. ■

Comissão divulga balanço dos auxílios de Estado aos bancos europeus

Luís do Nascimento Ferreira
lnferreira@mlgts.pt

Introdução

A Comissão Europeia publicou em fevereiro de 2015 um boletim que resume os principais dados financeiros relativos a auxílios estatais concedidos pelos Estados-Membros às suas instituições financeiras durante a crise económica e financeira[1].

Os números são impressivos. Estima-se que, entre 2007 e 2014, um total de 22 Estados-Membros tenha despendido € 671 mil milhões em capital e empréstimos e € 1.288 mil milhões em garantias a favor das respetivas instituições de crédito. Neste período, a Comissão adotou mais de 450 decisões de reestruturação ou resolução respeitantes a 112 bancos com presença na UE – o equivalente a 30% de todo o sistema bancário europeu. Em alguns países, como Portugal, mais de 50% do sistema financeiro obteve ajudas de Estado. Dos 112 bancos intervencionados, 56 foram reestruturados, 33 foram objeto de medidas de resolução ordenada, 14 foram declarados viáveis sem necessidade de reestruturação e 9 estavam ainda em fase de discussão dos respetivos planos de reestruturação (por referência a dezembro de 2014).

A Comissão considera que as medidas tomadas em reação à crise estão a produzir resultados positivos, traduzidos em melhorias de rácios de risco, solvabilidade e liquidez, comprovados, aliás, pelos mais recentes testes de *stress* do BCE. Contudo, a Comissão também reconhece que parte significativa dos bancos apoiados ainda está a implementar os seus planos de reestruturação e que as contas só se poderão fazer no termo desses programas de ajustamento.

Os dois momentos da crise

A abordagem da Comissão em matéria de auxílios de Estado aos bancos em risco foi evoluindo.

Com o objetivo de dar uma resposta coordenada à crise sistémica, de natureza económica e financeira, que se registou na zona Euro a partir de 2007, a Comissão adotou um conjunto de orientações sobre os critérios de compatibilidade dos auxílios concedidos pelos Estados-Membros a favor dos bancos em dificuldade, ajustando o enquadramento jurídico em vigor face à nova realidade.

Numa primeira etapa – que se poderá balizar entre 2008 e 2012 – a principal preocupação que presidiu à adoção destes instrumentos de *soft law* foi assegurar a estabilidade financeira, através de uma capitalização adequada dos bancos viáveis a longo prazo, se necessário por via de recursos públicos. Durante este período, os Estados-Membros foram incentivados, com o apoio da Comissão, a concederem ajudas estatais de montante significativo, de forma a assegurar adequados níveis de solvabilidade e liquidez nas suas instituições de crédito e evitar perturbações nos mercados financeiros.

Do ponto de vista da operacionalização destes apoios públicos, a Comissão permitiu, nesta primeira fase, que os Estados fizessem uma análise dos défices de capital e/ou liquidez que consideravam ter de colmatar nas instituições com presença nos seus países, podendo avançar para a concretização do investimento público com base em planos de capitalização discutidos e aprovados essencialmente no âmbito nacional. De acordo com o esquema que então vigorava, só depois de materializado o apoio com recurso a capitais públicos é que a Comissão e os Estados-Membros encetavam conversas mais aprofundadas sobre a medida e a extensão das reestruturações necessárias para garantir *(i)* a viabilidade dos bancos ajudados, *(ii)* a respetiva contribuição para os esforços de capitalização e reestruturação e *(iii)* a mitigação das distorções de concorrência resultantes da concessão das ajudas públicas.

Este foi o modelo que esteve na génese da legislação portuguesa que prevê medidas de reforço da solidez financeira das instituições de crédito, aprovada pela Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro.

Depois de uma primeira fase, em que a utilização de instrumentos de investimento público permitiu aos Estados-Membros assegurar níveis confortáveis de resiliência nos seus setores bancários, em 2013 a Comissão Europeia reviu significativamente as regras de acesso aos recursos públicos por parte das instituições de crédito em dificuldade.

> A Comissão adotou mais de 450 decisões de reestruturação ou resolução respeitantes a 112 bancos com presença na UE – o equivalente a 30% de todo o sistema bancário europeu

Enquanto, num primeiro momento, as ações empreendidas para combater a crise visaram essencialmente atenuar as preocupações convocadas pela turbulência nos mercados financeiros e pela crise das dívidas soberanas, a partir de 2013 a Comissão entendeu que o desafio maior para o setor financeiro provinha da fragilidade e assimetria dos processos de recuperação económica e do desendividamento público e privado, com reflexos a nível da qualidade dos ativos bancários e do acesso a financiamento a prazo.

Perante a necessidade de os Estados reduzirem e consolidarem as suas dívidas públicas e privadas, a Comissão veio em 2013 reforçar substancialmente os requisitos mínimos em matéria de repartição dos encargos de reestruturação (*burden sharing*) pelas instituições beneficiárias de ajuda e pelos seus acionistas e credores subordinados.

Em termos práticos, isto significa que, após 2013 e como regra geral, os Estados-Membros, antes de concederem auxílio a um banco em dificuldade (quer se trate de uma medida de capitalização ou de um apoio a ativos depreciados), devem tendencialmente esgotar todas as medidas possíveis de geração de fundos próprios, garantindo a devida contribuição dos respetivos detentores de capital e dívida subordinada.

[1] http://ec.europa.eu/competition/publications/csb/csb2015_001_en.pdf.

Consequentemente, a Comissão considera hoje, a título de princípio geral, que não se justificam mais as medidas de resgate estruturais concedidas com base numa apreciação preliminar da situação financeira dos bancos, privilegiando a antecipação, para a fase prévia à concessão das ajudas públicas, da discussão aprofundada e da aprovação dos planos de reestruturação e dos compromissos a eles inerentes.

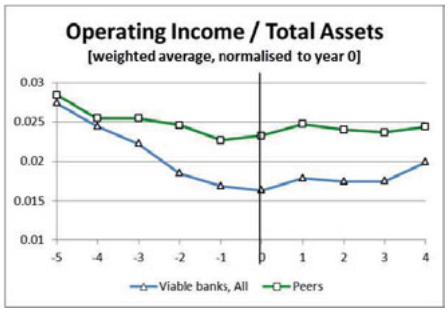
Balanço da Comissão

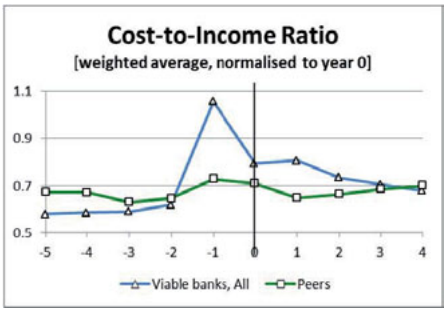
O recente boletim da Comissão reporta a análise de resultados da política de ajudas estatais apenas às instituições que foram consideradas viáveis, excluindo, portanto, os bancos que foram resolvidos e que compreendem uma parte relevante (cerca de 30%) do total de instituições intervencionadas durante a crise.

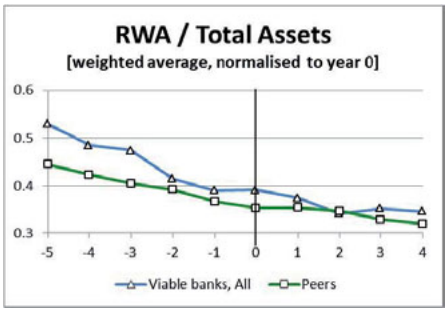
Neste particular, a viabilidade de um banco é genericamente aferida como a possibilidade de gerar uma rentabilidade sustentável num horizonte temporal de 5 anos, sem apoios adicionais do Estado. Esta ideia de viabilidade pressupõe ainda que, no decurso do período de reestruturação, sejam adotadas medidas de repartição de encargos por parte do próprio beneficiário e dos seus acionistas e credores subordinados e medidas de mitigação das distorções de concorrência resultantes da concessão da ajuda (que poderão ser de natureza estrutural, comportamental ou ambas).

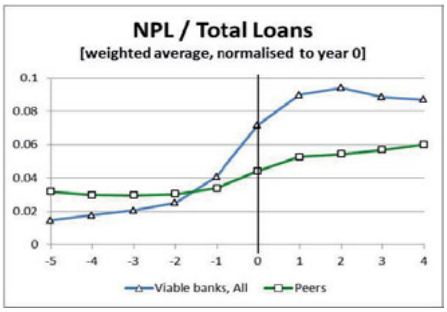
Neste exercício de balanço, a Comissão procurou avaliar a *performance* dos bancos apoiados, antes e depois da concessão das ajudas, face à dos concorrentes que não obtiveram auxílios estatais, considerando, para o efeito, indicadores financeiros relativos à evolução da gestão operacional e do risco, da rentabilidade, dos rácios de capital e do perfil de financiamento. Desta confrontação resulta para a Comissão uma convergência de *performance* entre os bancos intervencionados, no período pós-auxílio, e os níveis dos seus pares que não beneficiaram de ajudas. Esta tendência de aproximação vai sendo mais visível à medida que os planos de reestruturação são implementados.

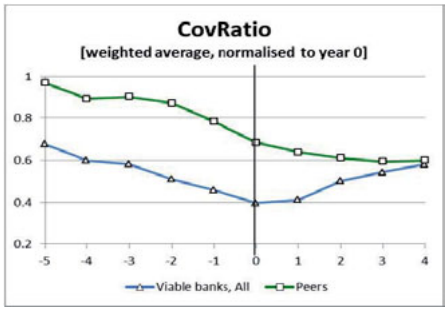
Os gráficos seguintes ilustram o que acaba de se referir[2]. ■

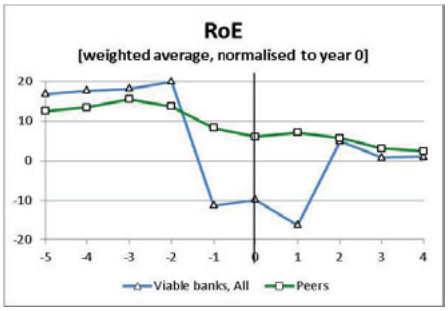


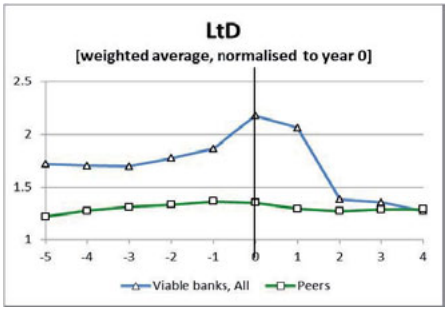


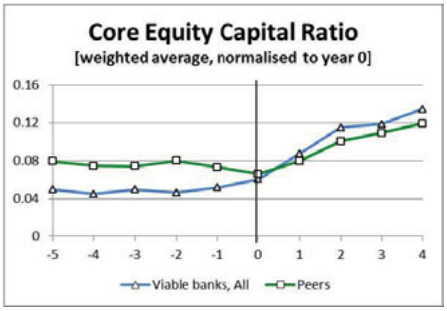












Fonte: Comissão Europeia, *State aid to European banks: returning to viability | Competition State aid brief*, fevereiro 2015

[2] O "ano zero" representa o momento da concessão do auxílio; "RWA" significa *risk-weighted assets*; "NPLs" significa *non-performing loans*; "RoE" significa *return on equity*; e "LtD" significa *loans-to-deposits*.

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

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

CADE regulamenta o procedimento de consulta

www.mattosfilho.com.br

Foi publicada no dia 17 de março do presente ano a Resolução n. 12, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que regulamenta o procedimento de consulta ao órgão. Até então o instituto carecia de regras definidas, pois a Lei 12.529/11, de 30 de novembro de 2011, se limitou a estabelecer que a competência para responder às consultas seria do Tribunal Administrativo, deixando as normas complementares para serem estabelecidas em sede de resolução própria.

O procedimento de consulta passa a ser um relevante canal de comunicação entre a autoridade antitruste e os administrados, pois permite que partes interessadas requisitem ao órgão esclarecimentos sobre a aplicação da legislação concorrencial em relação a situações específicas, tanto no que diz respeito ao controle de estruturas como de condutas. Disto decorrem benefícios para o CADE que consegue atuar também na esfera preventiva, ampliando a sua capacidade de *enforcement*, e para os administrados que percebem uma maior segurança jurídica.

Em que pese a sua relevância, o que a experiência antitruste brasileira demonstra é que o instituto tem sido subtutilizado. Alguns fatores explicam a reduzida utilização da consulta no Brasil. Em primeiro lugar, a falta de regulamentação deixava dúvidas quanto ao prazo de resposta e ausência de caráter vinculativo da resposta á consulta. Quanto ao prazo, devido à demora na resposta, era comum que as partes optassem por notificar a operação, apostando na maior celeridade da análise. Já a ausência de previsão quanto ao caráter vinculativo acabava por prejudicar a segurança jurídica.

Outro fator a causar certo receio às partes é a possibilidade do CADE concluir que os fatos trazidos à apreciação do Tribunal representam indícios de infração à ordem econômica, e decidir dar início a procedimento administrativo para investigação da conduta.

A resolução disciplinou a matéria estabelecendo critérios de objetivos de admissibilidade, forma de procedimento e efeitos. No que diz respeito à admissibilidade, tem-se dois critérios principais: as partes e o objeto. São consideradas

partes interessadas para proposição da consulta: (i) os agentes diretamente envolvidos e (ii) as entidades ou associações que representem o setor e demonstrem o interesse de mais de um associado na questão objeto da consulta. Sobre o objeto, serão admitidas consultas que versem sobre (i) a interpretação da legislação do CADE sobre o controle de estruturas, relativa a certas operações ou situações de fato definidas; (ii) a licitude de atos, contratos, estratégias empresariais ou condutas de qualquer tipo, já iniciadas pela consulente; ou (iii) já concebidas e planejadas, mas ainda não iniciadas pela consulente.

A consulta deverá conter (i) a qualificação da parte consulente e, quando necessário, a identificação das demais partes envolvidas; (ii) a indicação precisa de seu objeto, incluindo uma descrição completa e exaustiva dos fatos relevantes; (iii) a documentação necessária à análise; (iv) a indicação de todos os dispositivos de lei e precedentes do CADE eventualmente relacionados ao seu objeto, bem como da questão específica que se pretende ver respondida; (v) a comprovação do legítimo interesse da parte; e (vi) comprovação de que os fatos objeto da consulta não são objeto de nenhuma investigação ou processo administrativo pendentes ou já julgados pelo CADE.

A consulta deverá ser dirigida ao Presidente do Tribunal Administrativo e será distribuída para algum dos conselheiros do Plenário que terá 120 dias para leva-la a julgamento. Na sua decisão o conselheiro poderá valer-se não somente das informações prestadas, mas de precedentes do CADE e fontes com credibilidade.

A decisão proferida vinculará as partes e o Tribunal pelo prazo de cinco anos, dentro dos limites dos fatos trazidos. O Tribunal poderá rever a interpretação de questões fáticas ou jurídicas em virtude de fatos novos, podendo ainda determinar a cessação da prática, caso seja de interesse público. Está vedado, no entanto, a aplicação retroativa da nova interpretação para penalizar os administrados.

Caso o Tribunal considere ilícita a conduta objeto da consulta, e na hipótese das partes já estarem a praticá-la, o Tribunal deverá converter o procedimento de consulta em procedimento investigativo, visando apurar a ocorrência de infração à ordem econômica, na forma prevista na legislação brasileira.

Por fim, a depender do resultado da análise pelo Tribunal, a conclusão da consulta poderá ensejar uniformização da jurisprudência, e na edição de súmula sobre a matéria.

Depreende-se da resolução que o CADE buscou assegurar o equilíbrio entre a segurança jurídica e a segurança decisória.

Neste sentido, ao restringir admissibilidade do procedimento de consultas apenas a casos concretos, e exigindo a descrição dos fatos e a instrução complementar por via documental, o CADE garante que sua decisão estará pautada em informações suficientes. Já o caráter vinculativo da consulta autoriza as partes a prosseguirem com a prática do ato, e a irretroatividade garante que não serão punidas em razão de mudança posterior no posicionamento do CADE. Ao mesmo tempo, ao resguardar a possibilidade de revisão de sua interpretação diante de fatos novos, o CADE afasta a preocupação de ter criado um salvo conduto para situações que podem ser prejudiciais à concorrência. ■

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

www.mlgts.pt

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

Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados, Sociedade de Advogados, R.L. – Sociedade de Advogados de Responsabilidade Limitada
Nota: A informação contida nesta Newsletter é necessariamente de caráter geral e não constitui nem dispensa uma consulta jurídica apropriada.
Caso pretenda obter qualquer informação adicional ou esclarecimento, não hesite em contactar-nos.