



## EUROPEU E CONCORRÊNCIA

## NESTA EDIÇÃO

### ARTIGOS

Regimes de descontos concedidos por empresas dominantes: quando são abusivos?	02
Práticas Individuais Restritivas do Comércio: <i>p'ra pior já basta assim</i>	04
Tribunal de Justiça da UE precisa a relação entre os pedidos de clemência apresentados à Comissão e às Autoridades de Concorrência Nacionais	06
O Acórdão TJUE C-505/14 <i>Klausner Holz</i> — O princípio da efetividade do direito da UE em auxílios de Estado	07
<i>Geo-blocking</i> na UE – Comissão divulga conclusões preliminares	09
Comissão Europeia apresenta pacote sobre segurança energética	11
O Tribunal de Justiça limita os poderes de investigação da Comissão em processos por violação ao direito da concorrência, anulando pedidos de informação excessivos e insuficientemente fundamentados	13

### CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

Autoridade Concorrencial Brasileira rejeita <i>carve-out agreements</i>	15
---	----



# Regimes de descontos concedidos por empresas dominantes: quando são abusivos?

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

A concessão de descontos por uma empresa aos seus clientes é uma realidade universal nas economias contemporâneas. No entanto, na União Europeia as políticas de descontos das empresas consideradas dominantes (e podem colocar-se preocupações de dominância a partir de quotas de mercado entre 40-50%) têm sido tradicionalmente objeto de uma jurisprudência restritiva por parte dos tribunais europeus no que respeita à sua compatibilidade com o artigo 102.º TFUE, que proíbe o abuso de posição dominante.

No recente acórdão *Post Danmark II*<sup>1</sup>, aguardado com grande expectativa, o Tribunal de Justiça da União Europeia confirmou em larga medida a sua jurisprudência anterior, criticada pelo formalismo excessivo e por algum afastamento da realidade económica. Em todo o caso, o acórdão clarifica os critérios para aplicar o artigo 102.º TFUE aos regimes de descontos praticados por empresas dominantes, e em certas passagens indicia (mesmo que timidamente) uma tentativa de evolução para uma análise baseada no efeitos das condutas das empresas no mercado.

## Os factos

O acórdão *Post Danmark II* resulta de um reenvio prejudicial do Tribunal de Comércio da Dinamarca a propósito de um regime de descontos reactivos utilizado pela Post Danmark (o operador do serviço postal universal) para os envios diretos de publicidade pelo correio, que havia sido declarado contrário ao artigo 102.º TFUE pela autoridade de concorrência dinamarquesa.

Os descontos em questão variavam entre 6% e 16% e dependiam de o cliente atingir determinados escalões (em termos de número de cartas expedidas ou do valor de despesas de porte) durante o período de referência de um ano. No fim do ano a Post Danmark procedia a um ajustamento dos preços inicialmente pagos pelos clientes, tendo em conta os volumes

efetivamente expedidos. Os escalões eram aplicáveis de forma *standard* a todos os clientes da Post Danmark, independentemente de a distribuição ter ou não lugar em zonas não abrangidas por outros operadores.

## Crítérios para determinar o carácter abusivo dos regimes de descontos

A primeira questão do tribunal dinamarquês dizia respeito aos critérios aplicáveis à análise de um regime de descontos condicionais como o praticado pela Post Danmark à luz do artigo 102.º TFUE. Desenvolvendo (e clarificando) a jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça, o acórdão identifica três categorias de descontos, aos quais são aplicáveis critérios distintos:

- Os **descontos de quantidade**, ligados exclusivamente ao volume de compras efetuadas ao fornecedor numa determinada encomenda ou pedido individual, são admissíveis, na medida em que correspondem às poupanças obtidas pela empresa dominante.
- Os **descontos de fidelidade**, concedidos aos clientes que se comprometam a adquirir todas ou a maior parte das suas necessidades à empresa dominante, são considerados abusivos, exceto se puderem ser objetivamente justificados pela empresa dominante (demonstração na prática impossível ou muito difícil).
- Os **outros descontos** não inseridos nas duas categorias anteriores, em particular os **descontos condicionais**, concedidos se o comprador atingir determinados objetivos de compras num determinado período, devem ser analisados tendo em conta todas as circunstâncias relevantes para aferir se o desconto é suscetível de produzir um efeito de exclusão anti-concorrencial, por restringir ou impedir o acesso de concorrentes ao mercado ou a possibilidade de os clientes escolherem entre várias fontes de abastecimento do mercado.

Relativamente a esta terceira categoria, na qual se enquadravam os descontos em causa, o Tribunal de Justiça confirmou a jurisprudência

existente, segundo a qual para a análise da sua compatibilidade são relevantes designadamente os critérios e as modalidades de concessão do desconto, bem como a extensão da posição dominante e as condições de concorrência específicas do mercado relevante (designadamente as restrições de carácter regulatório).

Neste contexto, o Tribunal de Justiça concluiu que o regime de descontos praticado pela Post Danmark *tendia a tornar mais difícil* o abastecimento dos clientes junto de empresas concorrentes, produzindo um efeito de exclusão anti-concorrencial. Com efeito, relativamente aos critérios e modalidades do regime de descontos, o Tribunal retomou a sua jurisprudência anterior, considerando que:

- Os descontos em causa eram **retroativos** (a percentagem de desconto e aplicada a toda a correspondência enviada ao longo do período de referência) e não progressivos (o desconto é concedido apenas aos produtos comprados acima do respetivo limiar de aplicação), levando a que as obrigações contratuais dos clientes da empresa dominante e a pressão exercida sobre estes possam “*ser particularmente fortes*”;
- O **período de referência de um ano** era um “*período relativamente longo*”, o que faz aumentar a pressão para o comprador no sentido de realizar o volume de compras necessário a fim de obter a vantagem ou de não sofrer a perda prevista para a totalidade do período de referência.

No respeitante à análise da posição dominante e das condições de concorrência específicas do mercado (que indicia uma análise mais atenta dos efeitos prováveis da prática sobre a concorrência no mercado), o Tribunal notou que a Post Danmark dispunha de uma quota de 95% num mercado era caracterizado por elevadas barreiras à entrada, incluindo limitações regulamentares e economias de escala significativas. A empresa gozava ainda de vantagens estruturais, designadamente resultantes do monopólio legal do serviço postal universal, que abrangia 70% do correio distribuído, e de uma cobertura

<sup>1</sup> Acórdão de 6 de Outubro de 2015, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet (Post Danmark II)*, proc. C-23/14.

geográfica única, que englobava todo o território dinamarquês.

Por outro lado, questionado sobre a circunstância de os descontos praticados abrangerem a maior parte dos clientes do mercado, o Tribunal considerou que tal não constitui, por si só, um indício de abuso, embora possa constituir uma indicação útil da importância dessa prática e do seu impacto no mercado, *uma vez que pode reforçar a probabilidade de um efeito de exclusão anti-concorrencial*.

Por fim, o Tribunal de Justiça recordou que, não obstante o efeito de exclusão, a Post Danmark poderia invocar perante o tribunal nacional **uma justificação objetiva** para a sua conduta, designadamente demonstrando que o efeito de exclusão poderia ser compensado, ou mesmo superado, por ganhos de eficiência suscetíveis de beneficiar também o consumidor (demonstração que, não obstante, é muito difícil na prática).

### Utilização do teste do “concorrente igualmente eficiente”

O Tribunal de Justiça foi também questionado sobre a relevância do critério ou teste do “concorrente igualmente eficiente” no âmbito da apreciação de um regime de descontos à luz do artigo 102.º TFUE.

Este critério, que tem vindo a ser utilizado pela jurisprudência para práticas abusivas com base no preço (preços predatórios, preços seletivos ou compressão de margens), visa determinar se os preços praticados são *predatórios*, ou seja, são suscetíveis de excluir um concorrente tão eficiente quanto a empresa dominante. Para este efeito, os preços praticados pela empresa dominante são comparados com os custos variáveis suportados por essa empresa (ou um indicador equivalente).

A aplicação deste critério aos regimes de descontos tem sido amplamente defendida pela doutrina, e o mesmo critério foi adotado pela Comissão Europeia na sua comunicação sobre as prioridades na aplicação do artigo 102.º TFUE a comportamentos de exclusão praticados por empresas dominantes, publicada em 2009<sup>2</sup>.

O Tribunal de Justiça não excluiu o recurso ao critério do concorrente igualmente eficiente para aferir da existência de um abuso de posição dominante no âmbito de um regime de descontos. Este critério deve ser considerado “*um instrumento entre outros*”, sem todavia *constituir uma condição indispensável* para verificar o caráter abusivo de um sistema de descontos, pelo que as autoridades de concorrência não têm qualquer dever de o “*tomar como base sistematicamente*”.

Nas circunstâncias específicas do processo *Post Danmark II*, porém, o Tribunal de Justiça rejeitou a aplicação do critério do concorrente igualmente eficiente por o mesmo não ser pertinente. Com efeito, a estrutura e características do mercado relevante tornavam praticamente impossível a existência de um concorrente igualmente eficiente à Post Danmark, pois o incumbente postal dinamarquês dispunha de uma quota de mercado muito elevada e de vantagens estruturais não replicáveis por outros concorrentes, em resultado do monopólio legal de que beneficiava relativamente a 70% do mercado em causa.

### Probabilidade e caráter sensível do efeito de exclusão

O Tribunal de Justiça reafirmou a jurisprudência anterior segundo a qual não é necessário que as autoridades de concorrência demonstrem um efeito de exclusão *concreto*. Em todo o caso, o acórdão clarifica que só são abrangidos pelo artigo 102.º TFUE comportamentos suscetíveis de ter um efeito de exclusão anti-concorrencial *efetivo* ou *provável* no mercado, entendimento que está em linha com a comunicação da Comissão de 2009.

No respeitante à gravidade e magnitude do efeito de exclusão, o Tribunal recusou a fixação de um limiar abaixo do qual os comportamentos das empresas dominantes não produzem efeitos sensíveis (*de minimis*), ao contrário da prática assente ao abrigo do artigo 101.º TFUE, em que se presume que os acordos e práticas entre empresas com posições de mercado pouco significativas e não envolvam restrições graves não produzem um impacto sensível sobre a concorrência.

Com efeito, segundo o Tribunal a estrutura do mercado já se encontra enfraquecida pela presença da empresa dominante, pelo que qualquer restrição suplementar dessa estrutura concorrencial é suscetível de constituir uma exploração abusiva de posição dominante. O acórdão recordou ainda, neste contexto, a *especial responsabilidade* de uma empresa dominante de não prejudicar, através do seu comportamento, a concorrência no mercado relevante, ou seja, de não praticar comportamentos abusivos à luz do artigo 102.º TFUE.

### Conclusão

Embora sugerindo a necessidade da demonstração da *probabilidade de um efeito de exclusão anti-concorrencial* e de uma análise detalhada das características do mercado relevante para determinar a existência de um desconto abusivo, o acórdão *Post Danmark II* representa uma linha de continuidade com a jurisprudência restritiva anterior do Tribunal de Justiça em matéria de regimes de descontos *standard* (aplicáveis à generalidade dos clientes da empresa dominante), mantendo a desconfiança sobre descontos retroativos com períodos de referência “relativamente longos”.

Neste aspeto, esta decisão contrasta com o acórdão *Post Danmark I*, relativo a descontos seletivos (concedidos a clientes específicos)<sup>3</sup>, em que o Tribunal de Justiça havia reconhecido que o artigo 102.º não visa assegurar a permanência no mercado de *concorrentes menos eficazes* que a empresa posição dominante.

O Tribunal não excluiu o critério do “concorrente igualmente eficiente” na análise de regimes de descontos à luz do artigo 102.º TFUE, e a Comissão Europeia encontra-se auto-vinculada a utilizar tal critério nos termos da sua comunicação orientativa da Comissão Europeia de 2009, que permanece plenamente aplicável. Contudo, como recorda o Tribunal de Justiça esta comunicação não vincula as autoridades de concorrência e os tribunais nacionais, pelo que subsiste alguma incerteza na aplicação do artigo 102.º TFUE (e das normas nacionais equivalentes) aos regimes de descontos praticados por empresas dominantes. ■

<sup>2</sup> Ac2009/C45/02.

<sup>3</sup> Acórdão de 27 de março de 2012, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, proc. C-209/10.



# Práticas Individuais Restritivas do Comércio: *p'ra pior já basta assim*

Joaquim Vieira Peres / Gonçalo Pereira Rosas  
vieira.peres@mlgts.pt / grosas@mlgts.pt

O REGIME DAS PIRC  
PASSOU A SER APLICÁVEL  
A TODAS AS COMPRAS,  
VENDAS E PRESTAÇÕES  
DE SERVIÇOS MUNDIAIS  
DE EMPRESAS ESTABELECIDAS  
EM PORTUGAL

Foi publicado, no dia 8 de Outubro de 2015, o Decreto-Lei n.º 220/2015, que procede à primeira alteração do regime aplicável às Práticas Individuais Restritivas do Comércio ('PIRC') que, por sua vez, havia sido integralmente reformulado pelo Decreto-Lei n.º 166/2013. As alterações prendem-se essencialmente com (i) o âmbito de aplicação do Decreto-Lei e, uma vez mais, com (ii) o conceito de preço de compra efetivo no âmbito da venda com prejuízo.

## I. Alteração do âmbito objetivo de aplicação do regime das PIRC

O Decreto-Lei n.º 220/2015 alargou o âmbito de aplicação deste regime às compras e vendas de bens e às prestações de serviços com origem ou destino em país não pertencente à EU ou ao EEE e estendeu a sanção de nulidade prevista nos artigos 4.º e 7.º do diploma a todos os contratos, quer estejam sujeitos ou não à Lei Portuguesa. O regime das PIRC passou assim a ser aplicável a todas as compras, vendas e prestações de serviços mundiais de empresas estabelecidas em Portugal.

Pretende-se, aparentemente, com estas alterações, eliminar a discriminação (aliás, difícil de compreender) criada pelo anterior Decreto-Lei em relação à localização das compras ou serviços, ou seja, sujeitar às mesmas regras as compras ou serviços que tenham origem ou destino no EEE ou fora dele. Todavia, esta alteração precoce (decorridos menos de dois anos de vigência) e inesperada (precedendo a avaliação do impacto do diploma, por este

prevista) gera, evidentemente, perturbação importante nas empresas portuguesas envolvidas no comércio internacional, atendendo à insegurança que a mesma transmite nas relações comerciais entre operadores económicos.

Com efeito, importa ter em conta que com base na disposição agora revogada, as empresas importadoras ou exportadoras tomaram opções estratégicas de deslocamento dos seus canais de fornecimento ou de adaptação dos seus procedimentos (administrativos, contabilísticos e comerciais) de transação. Trata-se, na maior parte dos casos, de sistemas de contratação complexos com operadores não residentes sem disponibilidade, interesse ou justificação económica para adaptarem às especificidades desta Lei Portuguesa os seus próprios procedimentos de celebração e documentação dos acordos de compra e venda.

## II. Conceito de preço de compra efetivo no âmbito da venda com prejuízo

Contudo, estas perturbações são manifestamente relativizadas face à principal intervenção ocorrida, no artigo 5.º, n.º 2, do mesmo Decreto-Lei, norma que proíbe a revenda com prejuízo. Conforme é sabido, este é o tema central deste diploma, aquele cuja aplicação prática assume evidente destaque, objecto da larguíssima maioria das iniciativas inspetivas e sancionatórias da autoridade competente para a fiscalização do diploma (ASAE) e área exclusiva de contencioso junto desta e dos tribunais.

Recorde-se que, já depois da entrada em vigência do Regime das PIRC, foi proferido um acórdão de uniformização de jurisprudência sobre o tema da revenda com prejuízo, mais especificamente sobre a determinação do preço de compra efetivo (Acórdão do STJ n.º 9/2014), trazendo um assinalável incremento de segurança e certeza jurídica ao tema dos descontos relevantes.

Ora, o legislador entendeu que se justificava aperfeiçoar o aludido artigo 5.º, n.º 2, acrescentando-lhe novas “precisões”.

Acontece que as referidas “precisões” são profundamente infelizes na sua formulação concreta e na harmonização com a parte mantida da mesma norma. De facto, ao subverterem por completo a sua lógica intrínseca, substituindo aparentemente (ou inadvertidamente?) uma enumeração de pressupostos até aí pacificamente cumulativa por uma enumeração literalmente alternativa, tornam a mesma praticamente impossível de ser interpretada.

Antevê-se nova vaga de litígios entre a ASAE e os “suspeitos do costume”, as empresas retalhistas de maior dimensão, atendendo à moldura contra-ordenacional que está acoplada à lei em causa e às dificuldades óbvias de importar para o direito sancionatório regras de interpretação que possam suprir as insuficiências de um legislador reiteradamente precipitado ou canhestro.

Se o diploma das PIRC já se caracterizava por conseguir reunir uma série de graves deficiências técnicas, tristemente ímpar na produção

legislativa mais recente, esta sua modificação logrou ainda piorá-lo: por certo, o n.º 2 do artigo 5.º vai gerar o mesmo tipo de dúvidas e incertezas que o seu congénere n.º 5 (o qual respeita à determinação do preço de revenda) e que levou à completa paralisação dos seus efeitos.

Estranha-se, aliás, que também este último número tenha sido igualmente modificado apenas num aspecto de absoluto pormenor sem qualquer relevância, ao invés de se tentar resolver a sua deficiência congénita: continua a ser impossível perceber como se calcula o preço de revenda ao público sempre que existem os muito frequentes descontos em transação posterior, “em cartão”, “em talão” ou análogos.

### III. Apreciação final

A flutuação da vontade do Legislador – em tão curto espaço de tempo e sem que tenha havido uma discussão prévia sobre as consequências e impactos destas alterações - cria, neste caso, enormes custos de contexto que poderiam ser evitados, uma vez que exige que os sistemas de contratação e de documentação das transacções voltem a ser adaptados no sentido de acomodar as novas alterações (pelo menos as que se conseguem compreender), mantendo, deste modo, um grau de incerteza relevante para as empresas nas negociações com os seus parceiros comerciais.

Por outro lado, por deficiência de redação do diploma (ou, admitimos, da nossa

compreensão do mesmo) é impossível sopesar este aspecto negativo com o mérito substantivo das principais alterações efectuadas já que, desafortunadamente, não é possível perceber de todo o seu alcance, o seu fundamento ou a sua razão de ser.

Conforme a popular chula...

“p’ra melhor, ‘stá bem, ‘stá bem,  
p’ra pior já basta assim” ■

---

SE O DIPLOMA DAS PIRC  
JÁ SE CARACTERIZAVA  
POR CONSEGUIR REUNIR  
UMA SÉRIE DE GRAVES  
DEFICIÊNCIAS TÉCNICAS,  
ESTA SUA MODIFICAÇÃO  
LOGROU AINDA PIORÁ-LO



# Tribunal de Justiça da UE precisa a relação entre os pedidos de clemência apresentados à Comissão e às Autoridades de Concorrência Nacionais

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



Tribunal de Justiça da UE (TJUE), no processo *DHL Express S.r.l. e o. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e o.*, por acórdão de 20 de janeiro de 2016<sup>1</sup>, pronunciou-se sobre a relação entre os programas de clemência da União e os programas implementados pelos Estados-Membros.

Este processo tem como pano de fundo os pedidos de clemência apresentados separadamente à Comissão Europeia e à Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (autoridade italiana garante do respeito da concorrência e das regras do mercado, doravante “AGCM”), em 2007 e 2008, pelas empresas italianas DHL Express, DHL Global Forwarding, Agility Logistic e Schenker.

Em 15 de junho de 2011, a AGCM deu como provada a participação das referidas empresas,

O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA TEM RELEVANTES IMPLICAÇÕES NA CONDUÇÃO PELAS EMPRESAS DE PROCEDIMENTOS DE CLEMÊNCIA JUNTO DA COMISSÃO EUROPEIA E DE AUTORIDADES NACIONAIS DE CONCORRÊNCIA DA UE, NA MEDIDA EM QUE EXIGE UMA ESTRITA COORDENAÇÃO NA SUBMISSÃO DOS RESPECTIVOS PEDIDOS NAS JURISDIÇÕES EM QUE AS PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA OCORRERAM

entre outras, num cartel no setor dos serviços de transporte rodoviário internacional de mercadorias tendo como origem ou destino Itália. Neste contexto, a AGCM condenou em coima as empresas do grupo DHL e a Agility Logistic, que foram no entanto objeto de redução considerando os respetivos pedidos de clemência por si apresentados. A Schenker, por sua vez, não foi condenada em coima, porquanto a AGCM considerou que esta empresa foi a primeira a apresentar um pedido de clemência (em 12 de dezembro de 2007), tendo por isso obtido a correspondente dispensa total de coima ao abrigo do programa nacional de clemência italiano.

Inconformada, a DHL recorreu da decisão da AGCM, pedindo a respetiva anulação junto dos tribunais italianos. Alegou para o efeito que a AGCM deveria ter tido em consideração o pedido de clemência apresentado pelas empresas do grupo DHL à Comissão Europeia em 5 de junho de 2007, em momento prévio ao pedido apresentado pela Schenker à AGCM.

Face a este enquadramento, o TJUE salienta que a Rede Europeia da Concorrência adotou em 2006, ao nível europeu, um Programa-modelo em matéria de clemência no contexto de violações do direito da concorrência da União. Regista também que em 2007 a AGCM implementou, em Itália, um modelo semelhante ao da rede Europeia, que prevê um pedido simplificado. O TJUE esclarece, no entanto, precisando a sua pretérita jurisprudência nesta matéria<sup>2</sup>, que os instrumentos adotados no âmbito da Rede Europeia da Concorrência, em particular o referido Programa-modelo, não têm efeito vinculativo para as autoridades nacionais de concorrência, independentemente da natureza jurisdicional ou administrativa dessas autoridades.

O TJUE conclui, ainda, pela inexistência de um vínculo jurídico entre o pedido de dispensa de

coima apresentado à Comissão Europeia e o pedido simplificado apresentado junto de uma autoridade nacional de concorrência em relação à mesma prática restritiva. Deste modo, o tribunal considera que quando o pedido simplificado apresentado a uma autoridade nacional de concorrência tem um âmbito de aplicação material mais restrito do que o pedido de dispensa total de coima apresentado à Comissão Europeia, essa autoridade nacional não é obrigada a apreciar o pedido simplificado à luz do pedido de dispensa de coima, não sendo também obrigada a contactar a Comissão para efeitos de obtenção de informações sobre o objeto e os resultados do procedimento de clemência a decorrer ao nível europeu.

Adicionalmente, o tribunal esclarece que o direito da União não obsta a um regime nacional de clemência que permita aceitar um pedido simplificado de dispensa de coima de uma empresa no caso em que esta tenha apresentado à Comissão Europeia, em paralelo, um simples pedido de redução de coima. Como tal, de acordo com o TJUE, o direito nacional pode prever que uma empresa, que não seja a primeira a submeter um pedido de dispensa de coima à Comissão Europeia e que, por isso, possa beneficiar apenas de uma redução de coima ao nível europeu, apresente um pedido simplificado de dispensa total às autoridades nacionais de concorrência.

Na prática, o acórdão ora em análise tem relevantes implicações na coordenação, por parte das empresas, de procedimentos de clemência respeitantes à violação das regras da concorrência da UE em múltiplas jurisdições dos Estados-Membros. Com efeito, torna-se especialmente relevante, em sede de preparação de pedidos de clemência a apresentar junto da Comissão Europeia, ter particular atenção aos regimes nacionais aplicáveis em cada um dos Estados-Membros afetados, de modo a maximizar a possibilidade de beneficiar de uma dispensa ou redução de coima a nível nacional. ■

<sup>1</sup> Disponível e acedido em curia.europa.eu.

<sup>2</sup> Em particular os acórdãos de 14 de junho de 2011, no proc. C-360/09 – *Pfleiderer*, e de 5 de junho de 2014, no proc. C-557/12 – *Kone e o.*, ambos acedidos e disponíveis em curia.europa.eu.

# O Acórdão TJUE C-505/14 *Klausner Holz* — O princípio da efetividade do direito da UE em auxílios de Estado

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

A 11 de novembro de 2015, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“Tribunal de Justiça” ou “TJUE”) foi confrontado com um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Landgericht Münster* (Tribunal Regional de Münster), relativo à interpretação dos artigos 107.º TFUE e 108.º TFUE, bem como do princípio da efetividade. O pedido foi submetido no âmbito de um litígio entre a *Klausner Holz Niedersachsen GmbH* (“*Klausner Holz*”) e o *Land Nordrhein Westfalen* (“*Land*”), a respeito da não execução, pelo *Land*, de contratos de fornecimento de madeira celebrados com a *Klausner Holz*.

Na origem do litígio está um contrato de fornecimento de madeira nos termos do qual o *Land* comprometia-se a vender à *Klausner Holz* quantidades fixas de madeira, a preços previamente determinados em função da dimensão e da qualidade da madeira e a não efetuar outras vendas a preços inferiores aos fixados no contrato. Foi também celebrado um “contrato-quadro de compra e venda” que completava o contrato previamente celebrado entre as duas partes.

Entre 2007 e 2008 verificaram-se significativos percalços no cumprimento do contrato, já que as quantidades previstas de compra de madeira fornecidas pelo *Land* não foram alcançadas, tendo a *Klausner Holz* passado também por dificuldades financeiras que originaram atrasos de pagamento. Assim, em agosto de 2009, o *Land* denunciou “o contrato quadro de compra e venda”, deixando de fornecer madeira à *Klausner Holz*, nas condições previstas nos contratos.

Confrontada com a denúncia do contrato,

a *Klausner Holz* recorreu aos tribunais que, quer em primeira instância, quer em sede de recurso, declararam que os contratos em causa continuavam em vigor. No seguimento destas decisões, a *Klausner Holz* intentou no *Landgericht Münster* uma ação contra o *Land* pedindo o pagamento de uma indemnização por perdas e danos resultantes de fornecimentos de madeira não efetuados, o fornecimento das quantidades de madeira em falta e a prestação de informações sobre as condições financeiras constantes de contratos celebrados entre os cinco maiores compradores de madeira e o *Land* no período de 2010 a 2013. Por sua vez, o *Land* alegou perante o órgão jurisdicional de reenvio que o direito da União se opõe à execução dos contratos celebrados com a *Klausner Holz*, na medida em que estes constituem “auxílios concedidos pelos Estados”, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, executados em violação do artigo 108.º, n.º 3, terceiro período, TFUE.

Embora o *Landgericht Münster* tenha concluído que os contratos celebrados entre a *Klausner Holz* e o *Land* constituem efetivamente um auxílio de Estado, este considerou se impedido de retirar as devidas consequências da violação do artigo 108.º, n.º 3, terceiro período, TFUE, devido ao acórdão do tribunal de recurso que havia declarado que os contratos em causa continuavam em vigor, revestindo esta decisão autoridade de caso julgado. Nestes termos, o *Landgericht Münster* submeteu ao TJUE a seguinte questão: “O direito [da União] – nomeadamente os artigos 107.º [TFUE] e 108.º TFUE [...] e o princípio da efetividade – exige, num litígio em matéria de direito civil, sobre a execução de um contrato de direito civil que concede um auxílio, que não seja tido em conta um acórdão declarativo cível, proferido no âmbito

UMA REGRA NACIONAL QUE IMPEDE O JUIZ NACIONAL DE RETIRAR TODAS AS CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 108.º, N.º 3, TERCEIRO PERÍODO, TFUE EM RAZÃO DE UMA DECISÃO JUDICIAL NACIONAL COM AUTORIDADE DO CASO JULGADO, QUE É PROFERIDA A PROPÓSITO DE UM LITÍGIO QUE NÃO TEM O MESMO OBJETO E QUE NÃO É RELATIVO À NATUREZA DE AUXÍLIO DE ESTADO DOS CONTRATOS EM CAUSA, DEVE SER JULGADA INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE



*do mesmo litígio e transitado em julgado, que confirma a validade do contrato de direito civil sem analisar as normas sobre auxílios, quando, de acordo com o direito nacional, a execução do contrato não pode ser evitada de outra forma?”*

O Tribunal de Justiça começou por recordar que “os órgãos jurisdicionais nacionais devem garantir aos particulares que serão retiradas todas as consequências da violação do artigo 108.º, n.º 3, terceiro período, TFUE.” Neste sentido, o Tribunal de Justiça considerou que o *Landgericht Münster* atuou corretamente ao identificar a violação à disposição acima enunciada, não esquecendo porém a força de caso julgado do acórdão do tribunal de recurso que confirmou a validade dos contratos celebrados entre a *Klausner Holz* e o *Land*.

Por outro lado, o TJUE lembrou que o direito da União não obriga um tribunal nacional a afastar a aplicação de regras processuais internas que confirmam força de caso julgado a uma decisão judicial, ainda que a desconsideração dessas regras permitisse sanar a violação do direito da União por essa decisão judicial. Neste campo, tem prevalência o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, devendo apenas as normas que regulam a aplicação do princípio da autoridade do caso julgado não ser “*menos favoráveis do que as que regulam situações semelhantes de natureza interna (princípio da equivalência) nem ser concebidas de forma a, na prática, tornarem impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (princípio da efetividade)*”.

Tentando aflorar o alcance do princípio da efetividade, o TJUE argumenta que uma interpretação do direito nacional como a que é feita no presente caso, “*pode ter por consequência que sejam atribuídos efeitos a uma decisão de um órgão jurisdicional nacional [...] que frustrem, nesse litígio, a aplicação do direito da União, na medida em que impossibilitaria os órgãos jurisdicionais de cumprirem a obrigação de garantir o respeito do artigo 108.º, n.º 3, terceiro período, TFUE.*” Por conseguinte, continua o Tribunal de Justiça, “*(...) tanto as autoridades estatais como os beneficiários de um auxílio de Estado poderiam contornar a proibição estabelecida no artigo 108.º, n.º 3, terceiro período, TFUE, obtendo, sem invocar o direito da União em matéria de auxílios de Estado, uma decisão declarativa cujo efeito lhes permitiria, em definitivo, continuar a executar o auxílio de Estado em causa, durante vários anos.*”

Concluiu assim o TJUE que “uma regra nacional que impede o juiz nacional de retirar todas as consequências da violação do artigo 108.º, n.º 3, terceiro período, TFUE em razão de uma decisão judicial nacional com autoridade do caso julgado, que é proferida a propósito de um litígio que não tem o mesmo objeto e que não é relativo à natureza de auxílio de Estado dos contratos em causa, deve ser julgada incompatível com o princípio da efetividade.”

Deste acórdão é possível retirar importantes directrizes para a composição do equilíbrio entre o princípio da segurança jurídica, na figura da força de caso julgado, e o princípio

da efetividade do direito da União. O Tribunal de Justiça, embora respeitando a natural autonomia processual dos Estados-Membros, entende que a determinação das modalidades de aplicação do caso julgado e a sua projeção no direito nacional não podem ter como consequência a total inobservância e desconsideração dos direitos e garantias conferidos pelo direito da União. ■

---

DESTE ACÓRDÃO É POSSÍVEL  
RETIRAR IMPORTANTES  
DIRECTRIZES PARA A  
COMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO  
ENTRE O PRINCÍPIO  
DA SEGURANÇA JURÍDICA,  
NA FIGURA DA FORÇA DE CASO  
JULGADO, E O PRINCÍPIO  
DA EFETIVIDADE DO DIREITO  
DA UNIÃO

# Geo-blocking na UE

## – Comissão divulga conclusões preliminares

Inês Gouveia  
igouveia@mlgts.pt

### Introdução

No âmbito do inquérito sectorial sobre o comércio eletrónico, lançado pela Comissão Europeia (“Comissão”) em Maio de 2015, esta entidade publicou, muito recentemente, um conjunto de conclusões preliminares que evidenciam o recurso a práticas de *geo-blocking* que impedem os consumidores de livremente adquirirem ou acederem a bens de consumo e conteúdos digitais, na União Europeia (“UE”).

### Geo-blocking, geo-filtering e sua incidência na UE

Entende-se por *geo-blocking*, para este efeito, as práticas pelas quais os fornecedores de bens/ conteúdos *online* impedem o acesso ou a compra desses bens/ conteúdos a utilizadores localizados num Estado-Membro diferente do fornecedor. O *geo-blocking* pode consistir no bloqueio de acesso a determinado *websites* (acessíveis apenas a utilizadores localizados no território do fornecedor), no *re-routing* automático para outro *website* destinado ao território do utilizador em questão, na impossibilidade de entrega de bens/ prestação de serviços ou na recusa de pagamentos, em função da localização do utilizador. No caso de conteúdos digitais *online*, constitui ainda *geo-blocking* a limitação de acesso a conteúdos digitais subscritos noutro Estado-Membro ou a impossibilidade de acesso a conteúdos já descarregados noutro Estado-Membro, quando o utilizador em questão se desloca para um Estado-Membro diferente.

Quando o acesso a bens/ conteúdos não é limitado em função da localização mas são cobrados preços ou condições de aquisição diferentes, em função

do Estado-Membro de localização do utilizador, tal prática designa-se *geo-filtering*.

Os dados recolhidos pela Comissão relativamente ao comércio *online* de bens de consumo revelam que 38% dos retalhistas inquiridos procedem à recolha de informação relativa à localização dos seus utilizadores com o objetivo de efetuarem *geo-blocking*. A percentagem é de 43% no caso de *marketplaces* e de 34% no caso de ferramentas *online* de comparação de preços. O *geo-filtering* é praticado por apenas ¼ dos inquiridos.

No que respeita aos conteúdos digitais, 68% dos inquiridos utiliza práticas de *geo-blocking* relativamente a utilizadores localizados noutros Estados-Membros (maioritariamente, com base na verificação do endereço IP do utilizador em questão).

### Abordagem numa ótica jus-concorrencial

A Comissão distingue conforme o *geo-blocking/ geo-filtering* sejam (i) baseados numa decisão comercial unilateral do operador em questão, de não expandir a atividade para outros Estados-membros, ou (ii) adotados em virtude de acordo entre o distribuidor/revendedor dos bens/ conteúdos em questão e um terceiro (em regra, o fornecedor). Com efeito, a atuação unilateral de um operador apenas está sob a alçada do direito da concorrência se o operador em questão dispuser de uma posição dominante no mercado; já as práticas de *geo-blocking/ geo-filtering* consagradas em acordos ou práticas entre empresas são passíveis de proibição e sanção se se verificar, com base numa análise casuística, que as mesmas têm por objeto (ou efeito) uma restrição

### A MAIORIA DAS PRÁTICAS DE GEO-BLOCKING ADOTADAS NA REVENDA ONLINE DE BENS DE CONSUMO RESULTA DE UMA DECISÃO UNILATERAL DO OPERADOR EM QUESTÃO DE NÃO VENDER FORA DO SEU TERRITÓRIO, O MESMO SUCEDENDO COM O GEO-FILTERING

da concorrência e não satisfazem os requisitos legais para que possam beneficiar de uma isenção.

Os dados recolhidos indicam que a maioria das práticas de *geo-blocking* adotadas na revenda *online* de bens de consumo resulta de uma decisão unilateral do operador em questão de não vender fora do seu território, o mesmo sucedendo com o *geo-filtering*. Apenas 12% dos inquiridos reportaram restrições contratuais (diretas ou indiretas) à realização de vendas transfronteiriças em pelo menos uma das categoria de produtos por si vendidos. A forma mais comumente utilizada de *geo-blocking* nestes casos é a recusa de entrega de bens noutros Estados-Membros e a categoria de bens em que tais práticas parecem ser mais recorrentes é “vestuário, calçado e acessórios”.

Algumas das restrições contratuais levadas ao conhecimento da Comissão neste contexto – nomeadamente, limitações nos territórios de venda em sistemas de distribuição não-



ADMITE-SE QUE A INDICAÇÃO, DADA PELA COMISSÃO, DE QUE PRETENDE LEVAR A CABO UMA ANÁLISE ADICIONAL DE ALGUMAS RESTRIÇÕES TERRITORIAIS MAIS GRAVES JÁ IDENTIFICADAS POSSA REDUNDAR NA ABERTURA, NUM FUTURO PRÓXIMO, DE PROCESSOS DE NATUREZA SANCIONATÓRIA NESTA ÁREA

exclusiva, limitações das vendas passivas no caso de distribuição exclusiva, limitações territoriais na venda a clientes finais por distribuidores autorizados no âmbito de um sistema de distribuição seletiva - foram sinalizadas (pela sua gravidade) como merecendo uma análise mais profunda pela Comissão, com vista a avaliar da necessidade de *enforcement* adicional para assegurar o respeito pelas regras de concorrência.

No caso dos conteúdos digitais, verificou-se que 59% dos inquiridos adota práticas de *geo-blocking* em virtude de disposições contratuais, nomeadamente, acordos licenciamento de direitos, no âmbito dos quais o *geo-blocking* surge como um requisito imposto pelo licenciador.

Os conteúdos cinematográficos, eventos desportivos e séries televisivas são aqueles em que se verifica, em média, ao nível da UE, um maior percentual de requisitos de *geo-blocking* (por comparação com outros conteúdos), embora a realidade ao nível de cada Estado-membro se apresente muito díspar. De notar a análise e as conclusões deste inquérito sectorial não abrangem a disponibilização de conteúdos cinematográficos em serviços de televisão paga, uma vez que estes são atualmente alvo de uma investigação da Comissão (por suspeita de práticas restritivas da concorrência nos relativamente aos serviços de TV paga disponíveis no Reino Unido e Irlanda).

### Observações finais

As averiguações preliminares demonstram que o *geo-blocking* (nomeadamente, ao nível da venda *on-line* de bens de consumo) surge frequentemente associado a uma decisão

unilateral das empresas, de não expandirem a sua atividade para outros territórios. Neste âmbito, a Comissão manifestou já ser sua prioridade a adoção de medidas legislativas destinadas a eliminar as barreiras injustificadas ao comércio transfronteiriço na UE, no âmbito da sua “Estratégia para um mercado único digital”. Prevê-se a apresentação de propostas legislativas já no próximo mês de Maio.

No que respeita à intervenção do direito da concorrência da UE para identificar e sancionar práticas de *geo-blocking/ geo-filtering* (restritivas da concorrência), importa ter presente que tal normativo só terá aplicação, no caso de práticas unilaterais, se as mesmas forem adotadas por empresas em posição dominante (por forma a identificar e sancionar eventuais abusos), ou relativamente ao *geo-blocking/ geo-filtering* assente em acordos ou práticas entre empresas. Quanto a estes, será necessário apurar, com base numa análise casuística, o objeto (ou efeito) restritivo de tais acordos ou práticas e ainda, que não estão preenchidos, no caso, os requisitos legais que permitem a sua isenção.

Por fim, admite-se que a indicação, dada pela Comissão, de que pretende levar a cabo uma análise adicional de algumas restrições territoriais mais graves já identificadas possa redundar na abertura, num futuro próximo, de processos de natureza sancionatória nesta área. ■

# Comissão Europeia apresenta pacote sobre segurança energética

Luís do Nascimento Ferreira  
 Leonor Bettencourt Nunes  
 lferreira@mlgts.pt / lbununes@mlgts.pt

## 1. Introdução

No âmbito da Estratégia-Quadro para uma União Europeia da Energia – uma das grandes prioridades da Presidência de Juncker –, a Comissão Europeia apresentou, no passado dia 16 de fevereiro, o seu pacote para a segurança energética, um importante passo para a intensificação de um mercado interno da energia e para a preparação da União para a transição energética global.

O objetivo visado por este pacote e, aliás, um dos objetivos primordiais da União da Energia, é a garantia de segurança no aprovisionamento energético a nível europeu, de forma a tornar a União Europeia mais autónoma e resistente a eventuais perturbações ao nível das vias de fornecimento de gás natural. A concretização deste objetivo ganhou, atualmente, uma pertinência reforçada em virtude das diversas tensões políticas ao nível das fronteiras da União Europeia que poderão gerar novas perturbações de aprovisionamento, à semelhança do sucedido durante as crises do gás de 2006 e 2009.

Neste sentido, o pacote apresentado contempla diversas medidas tendentes ao desenvolvimento energético sustentável, através de uma aposta cada vez mais vinculada nas energias renováveis com consequente aumento de produção de energia a nível europeu, assim como a diversificação das fontes, fornecedores e vias de aprovisionamento energético.

Para dotar a União de um mercado de energia segura, sustentável e competitiva, as propostas da

Comissão Europeia incluem um Regulamento de Segurança do Aprovisionamento de Gás, uma Decisão sobre acordos intergovernamentais no domínio da energia, uma Estratégia de Gás Natural Liquefeito (GNL) e de Armazenamento de Gás e uma Estratégia de Aquecimento e Refrigeração, que passaremos a analisar em seguida.

## 2. Regulamento de Segurança do Aprovisionamento de Gás<sup>1</sup>

O Regulamento apresentado pretende introduzir uma abordagem mais eficiente ao nível da prevenção de perturbações no aprovisionamento de gás e de mitigação dos seus eventuais efeitos. Pretende-se, antes de mais, uma passagem do anterior sistema de segurança, essencialmente de cariz nacional, para uma abordagem regional e um reforço da colaboração com os países que constituem partes contratantes da Comunidade para a Energia.<sup>2</sup>

Mais ainda, introduz-se um princípio de solidariedade no âmbito do qual Estados-Membros vizinhos serão responsáveis pela garantia de aprovisionamento de residências e serviços essenciais (tais como hospitais e serviços de segurança) em caso de crise energética grave que afete outro Estado-Membro.

Por último, a Comissão reserva-se um papel de relevo ao instituir o escrutínio das medidas de segurança energética a implementar por Estados-Membros e por empresas no sector do gás natural.

O OBJETIVO VISADO POR ESTE PACOTE E, ALIÁS, UM DOS OBJETIVOS PRIMORDIAIS DA UNIÃO DA ENERGIA, É A GARANTIA DE SEGURANÇA NO APROVISIONAMENTO ENERGÉTICO A NÍVEL EUROPEU, DE FORMA A TORNAR A UNIÃO EUROPEIA MAIS AUTÓNOMA E RESISTENTE

<sup>1</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a medidas destinadas a garantir a segurança do aprovisionamento de gás e que revoga o Regulamento (UE) n.º 994/2010, COM/2016/052, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0052>.

<sup>2</sup> A Comunidade da Energia é uma organização internacional no âmbito da política energética. A organização foi estabelecida por tratado internacional em outubro de 2005, em Atenas, Grécia. O Tratado entrou em vigor em julho de 2006. O Tratado que estabelece a Comunidade da Energia engloba a União Europeia e os países do Sudeste Europeu e Região do Mar Negro como partes contratantes. O objetivo da organização é alargar o mercado interno europeu da energia ao Sudeste Europeu com base num instrumento legal vinculativo. Mais informação disponível em: [https://www.energy-community.org/portal/page/portal/ENC\\_HOME](https://www.energy-community.org/portal/page/portal/ENC_HOME).



## AS MEDIDAS APRESENTADAS CONSTITUEM AINDA MERAS PROPOSTAS QUE CARECEM DE TRANSPOSIÇÃO PARA LEGISLAÇÃO AO NÍVEL DA UNIÃO EUROPEIA

### 3. Decisão sobre os acordos intergovernamentais no domínio da energia<sup>3</sup>

Para reforçar o seu papel ao nível da segurança energética e implementação da União da Energia, a Comissão decidiu ainda submeter a uma análise de compatibilidade *ex ante* todo e qualquer acordo intergovernamental a ser assinado por Estados-Membros da UE e que tenha relevância em matéria de segurança do aprovisionamento. Esta análise passará pela verificação da compatibilidade com as regras da concorrência e do mercado interno da Energia e será vinculativa para os Estados-Membros.

### 4. Estratégia de Gás Natural Liquefeito (GNL) e de Armazenamento de Gás<sup>4</sup>

Na senda da diversificação das fontes de energia e numa tentativa de diminuir as disparidades a nível regional, a Comissão apresentou ainda uma estratégia para o GNL. Apesar de a Europa ser atualmente o maior importador de gás a nível mundial, o acesso a esta fonte de energia não é uniforme em toda a União, sendo crucial para a concretização de um verdadeiro mercado

interno da energia. Nos termos da Estratégia da Comissão, deve ser feita uma aposta *i)* na construção das infraestruturas necessárias para assegurar a disseminação do acesso aos mercados de GNL por todos os Estado-Membros da União Europeia, tanto diretamente como através de outros Estados-Membros; *ii)* na utilização mais eficiente de infraestruturas e recursos de armazenamento; e *iii)* na identificação parceiros internacionais para promover mercados de GNL a nível global livres e transparentes.

### 5. Estratégia de Aquecimento e Refrigeração<sup>5</sup>

A Estratégia de Aquecimento e Refrigeração, que se refere à energia despendida nestes processos nos edifícios e da indústria, é a peça do pacote apresentado pela Comissão que terá um impacto mais direto ao nível das entidades privadas. Esta Estratégia pretende, em termos gerais, tornar mais eficiente e sustentável a utilização energética para o aquecimento e refrigeração, os quais representam cerca de 50% da energia consumida na União Europeia e utilizam maioritariamente fontes fósseis.

A Comissão propõe, assim, a tomada de diversas ações para o aumento da eficiência e diminuição do desperdício no aquecimento e refrigeração, nomeadamente: *i)* promover e simplificar as medidas de renovação dos edifícios, aumentando a utilização de modelos de eficiência energética e partilha de custos para a requalificação energética; *ii)* aumentar a utilização de fontes renováveis, nomeadamente através de incentivos financeiros à implementação de soluções sustentáveis no âmbito do programa Horizonte 2020; *iii)* reutilizar os desperdícios de aquecimento

e refrigeração gerados pelos processos industriais, através, por exemplo, de ligações e abastecimentos diretos às redes distritais; e *iv)* promover um maior envolvimento e informação dos consumidores e da indústria para a energia sustentável.

## 6. Notas finais

As medidas apresentadas pela Comissão constituem ainda meras propostas que carecem de transposição para legislação ao nível da União Europeia. Todavia, a apresentação deste pacote constitui já um passo significativo no cumprimento de uma das grandes prioridades traçadas pela Comissão - a concretização da União da Energia -, pelo que se aguardam com expectativa os respetivos desenvolvimentos legislativos. ■

<sup>3</sup> Proposta de Decisão do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à criação de um mecanismo de intercâmbio de informações sobre acordos intergovernamentais e instrumentos não vinculativos entre Estados-Membros e países terceiros no domínio da energia e que revoga a Decisão n.º 994/2012/EU, COM/2016/053, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0053>;

<sup>4</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, Conselho, Comité Económico e Social e Comité das Regiões relativa à Estratégia da UE para de Gás Natural Liquefeito e Armazenamento de gás, COM(2016) 49, disponível (apenas em versão inglesa) em: [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/1\\_EN\\_ACT\\_part1\\_v10-1.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/1_EN_ACT_part1_v10-1.pdf)

<sup>5</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, Conselho, Comité Económico e Social e Comité das Regiões relativa à Estratégia da UE para o Aquecimento e Refrigeração, COM(2016) 51, disponível (apenas em versão inglesa) em: [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/1\\_EN\\_ACT\\_part1\\_v14.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/1_EN_ACT_part1_v14.pdf).

# O Tribunal de Justiça limita os poderes de investigação da Comissão em processos por violação ao direito da concorrência, anulando pedidos de informação excessivos e insuficientemente fundamentados

Philipp Melcher  
pmelcher@mlgts.pt

## Introdução

A 10 de março de 2016, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) proferiu quatro decisões históricas em casos paralelos (“Decisões”)<sup>1</sup>, ao determinar que o Tribunal Geral (“TG”) tinha interpretado erroneamente os Artigos 296.º TFUE e 18.º n.º3 do Regulamento de Implementação N.º1/2003 (“RI”)<sup>2</sup> por ter considerado que os pedidos formais de informação em causa (“PIs em causa”) emitidos pela Comissão Europeia (“Comissão”) numa investigação a um cartel continham uma fundamentação adequada. O TJUE reverteu as decisões do TG e anulou os PIs em causa, impondo pela primeira vez limites legais claros aos poderes da Comissão para investigar presumíveis infrações ao direito da concorrência através de PIs.

## Contexto

Nos termos do Artigo 18.º n.º 3 do RI, aquando da investigação de presumíveis infrações ao direito da concorrência, a Comissão pode, *através de uma decisão*, requerer às empresas que estas prestem toda a informação necessária à investigação. Estes chamados PIs formais (por oposição aos PIs *simples*, de acordo com o Artigo 18.º, n.º 2 do RI) obrigam os seus destinatários a prestar informação completa, correta e precisa dentro do limite temporal estabelecido pela Comissão, sob pena de serem sancionados com sanções pecuniárias compulsórias (que podem ir até 5% do volume de negócios médio diário no exercício anterior por cada dia de incumprimento) e/ou multas (que podem ir até 1% do volume de negócios

total no exercício anterior) (Artigos 23.º, n.º 1, alínea b), 24.º, n.º 1, alínea d) do RI).

O presente caso envolve uma investigação a um cartel (AT.39520 – *Cimento e produtos relacionados*) a que a Comissão tinha dado início *ex officio*, i.e. por sua própria iniciativa, sem ter sido informada de presumíveis práticas anti-concorrenciais por um requerente de pedido de clemência. Em 2009 e 2010 a Comissão levou a cabo inspeções (*dawn-raids*), emitiu alguns PIs (*simples*) e, em Dezembro de 2010, abriu uma investigação formal (aprofundada) contra determinados fabricantes de cimento (“decisão de abertura”).

Em março de 2011, a Comissão adotou os PIs contestados através de uma decisão nos termos do Artigo 18.º, n.º3 do RI, na qual solicitava a estes fabricantes que respondessem a um *questionário extremamente extenso*, compreendendo entre 78 e 94 páginas e 11 grupos de numerosas questões, o que implicava a submissão de uma vasta quantidade de informação detalhada e muito diversa, tal como a quantidade e custos das emissões CO2 das centrais de produção, estatísticas relativas a licenças das infraestruturas, números de IVA dos seus clientes, modos transporte e distância percorrida pelos carregamentos dos bens vendidos, o tipo de embalagem utilizada e custos de transporte e de seguro desses carregamentos, a tecnologia e combustível utilizados nas infraestruturas de produção e os custos da sua reparação e manutenção.

A Comissão informou nesses PIs que estava a investigar *suspeitas de violação do Artigo 101 TFUE* que descreveu como “*restrições aos*

*fluxos comerciais no Espaço Económico Europeu (EEE), incluindo restrições às importações no EEE provenientes de países fora do EEE, repartição do mercado, coordenação dos preços e práticas anti-concorrenciais relacionadas no mercado do cimento e mercados do produto relacionados*” e explicou que “[o questionário] procura obter informação adicional necessária para avaliar a compatibilidade das práticas sob investigação, de forma a ter um conhecimento total dos factos e do seu exato contexto económico”

As reclamações por parte dos destinatários dos PIs de que estes se encontravam insuficientemente fundamentados e que não lhes permitiam saber quais as infrações concretas de que eram suspeitos foram afastadas pelo TG em primeira instância. No entanto, em sede de recurso, o TJUE concluiu que o TG tinha interpretado erroneamente os Artigos 296.º TFUE e 18.º, n.º 3 do RI ao concluir que a fundamentação dos PIs era adequada. Deste modo, o TJUE anulou as decisões do TG, bem como os PIs contestados.

## Decisões do TJUE

O TJUE afirmou que os elementos necessários à fundamentação dos PIs, tal como são exigidos pelo Artigo 296.º TFUE, se encontravam definidos no Artigo 18.º do RI. O Artigo 18.º, n.º 1 do RI obrigava a Comissão a requerer apenas a divulgação de *informação que fosse necessária à investigação de presumíveis infrações ao direito da concorrência*. O Artigo 18.º, n.º 3 do RI obrigava a Comissão a *revelar o fim do PI*, o que se relacionava com a obrigação de a Comissão indicar o *objeto da investigação*

<sup>1</sup> TJUE, Decisões de 10 de Março de 2016, nos Casos C-247/14 P, HeidelbergCement/Comissão C-248/14 P, Schwenk Zement/Comissão, C-267/14 P, Buzzi Unicem/Comissão e C-268/14 P, Italmobiliare/Comissão e as Opiniões do Advogado-Geral Wahl de 15 de Outubro de 2015.

<sup>2</sup> Regulamento do Conselho (CE) N.º 1/2003 de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado OJ 2003 L1/1.



e assim identificar *as presumíveis infrações ao direito da concorrência*. O TJUE lembrou que, de forma a permitir aos Tribunais e aos destinatários avaliar se a informação solicitada é de facto necessária para a investigação, o PI tem de *divulgar, de forma clara e inequívoca, as presumíveis infrações* ao direito da concorrência.<sup>3</sup>

Avaliando os PIs contestados à luz destes princípios, o TJUE considerou que *a descrição da presumível infração era excessivamente sucinta, vaga e genérica*, especialmente quando comparada com a vasta quantidade, detalhe e diversidade de informação solicitada. O TJUE concluiu que esta descrição não tornava possível determinar com suficiente precisão se os produtos com que a investigação está relacionada ou as presumíveis infrações justificavam a adoção dos PIs contestados.<sup>4</sup>

O TJUE admitiu que os PIs contestados tinham de ser avaliados não só à luz da sua redação, mas também da sua *natureza e contexto em que foram emitidos*, incluindo a *decisão de abertura*. Porém, o TJUE considerou a descrição das presumíveis infrações na decisão de abertura *similarmente sucinta, vaga e genérica*. Além disso, ao mesmo tempo que reconheceu a *natureza investigativa dos PIs* que, pela sua própria natureza, são adotados quando a Comissão não tem ainda informação precisa e completa acerca da presumível infração, o TJUE sublinhou que *os PIs contestados foram adotados numa fase avançada do procedimento* – mais de dois anos após as primeiras inspeções, seguidos da receção de respostas das empresas a alguns PIs e após a abertura de um procedimento formal – altura

em que a Comissão deveria já ter informação que lhe permitisse descrever a presumível infração de uma forma mais precisa.<sup>5</sup>

### Comentário

O TJUE impôs pela primeira vez limites legais claros aos poderes da Comissão de investigar presumíveis infrações ao direito da concorrência através de PIs formais. Ao exigir uma divulgação clara e inequívoca da presumível infração, incluindo o seu âmbito geográfico e os produtos em causa, o TJUE restringiu os requisitos de fundamentação dos PIs formais, embora o exato grau desses requisitos possa depender da fase do procedimento em que os PIs sejam emitidos.

As Decisões tornam claro que os poderes conferidos à Comissão no Artigo 18.º, n.º 3 do RI não lhe permitem enveredar por “expedições de pesca”, *i.e.* solicitar informação numa base especulativa sem ter quaisquer indícios concretos da prática de uma infração<sup>6</sup>, ou confiar que os PIs se tornem em amontoados de informação desproporcionados e provavelmente irrelevantes. Estas Decisões também fortalecem a capacidade dos requeridos e dos seus mandatários avaliarem o âmbito do seu dever de prestar a informação solicitada (e do risco correlativo de imposição de elevadas sanções pecuniárias em caso de violação desse dever), os seus direitos de defesa (*ex.*: a recusa em prestar informação solicitada e potencialmente autoincriminatória que não seja necessária para a investigação da alegada prática) e, acima de tudo, elaborar uma estratégia de defesa apropriada.

Ainda que o PI no presente caso seja certamente um exemplo extremo, a sua anulação demonstra que a impugnação de um PI junto dos Tribunais pode ser uma opção que vale a pena ponderar, especialmente porque a informação prestada em resposta a um PI que seja subsequentemente anulado pelos Tribunais deve em princípio ser considerada como um meio de prova inadmissível de uma violação ao direito da concorrência.<sup>7</sup> No presente caso, contudo, esta questão não se coloca, dado que a Comissão não encontrou suficientes indícios que suportassem a sua suspeita inicial de existência de um cartel, tendo encerrado a investigação em Julho de 2015 sem que tenha identificado uma infração ao direito da concorrência. ■

<sup>3</sup> Ex.: Caso C-247/14 P, *HeidelbergCement/Comissão*, p. 17-27.

<sup>4</sup> Ex.: Caso C-247/14 P, *HeidelbergCement/Comissão*, p.27-31.

<sup>5</sup> Ex.: Caso C-247/14 P, *HeidelbergCement/Comissão*, p.32-39.

<sup>6</sup> De facto, o âmbito abrangente e a natureza da informação solicitada nas decisões contestadas parece ajudar a Comissão a traçar as receitas totais e custos estruturais dos requeridos, analisá-las através de métodos econométricos (comparando-os com os de outras empresas da indústria do cimento) e a detetar possíveis infrações com base no resultado desta análise.

<sup>7</sup> Este entendimento encontra-se estabelecido na jurisprudência dos Tribunais no que diz respeito à utilização de informação recolhida pela Comissão no decurso de uma inspeção que tenha sido subsequentemente anulada. Ver, por exemplo, a Decisão do TJUE de 22 de Outubro de 2002, C-94/00, *Roquette Frères*, p.49 e a jurisprudência aí citada.

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

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

## Autoridade Concorrencial Brasileira rejeita *carve-out agreements*

[www.mattosfilho.com.br](http://www.mattosfilho.com.br)

A autoridade concorrencial brasileira – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) recentemente emitiu importante orientação para empresas que desejam fechar operações globais no Brasil: *carve-out agreements* não serão aceitos para fins de exclusão ou mitigação de penalidades por *gun jumping*. Este posicionamento foi adotado na análise do ato de concentração envolvendo a Cisco Systems Inc. (“Cisco”) e a Technicolor S/A (“Technicolor”).

Em 4 de setembro de 2015, Cisco e a Technicolor notificaram ao CADE a aquisição de subsidiária da Cisco, nos Estados Unidos, pela Technicolor. A aquisição também foi notificada no Canadá, Estados Unidos,

Colômbia, Holanda e Ucrânia. A operação ainda estava sob análise do CADE quando, em 20 de novembro de 2015, Cisco e Technicolor tornaram o fechamento da operação público por meio de um *press release*.

Segundo o artigo 88, §§3º e 4º da Lei 12.529/2011 (a “Lei Brasileira de Defesa da Concorrência”), partes não podem consumar uma operação sem a prévia apreciação pelo CADE. O descumprimento desta obrigação é conhecido como *gun jumping*, que pode ocorrer por meio de: (i) troca de informações concorrencialmente sensíveis entre as partes, (ii) cláusulas contratuais que eliminem o ambiente concorrencial entre as partes e (iii) condutas que, antes ou durante a análise do CADE, consumem o ato no todo ou em

*CARVE-OUT AGREEMENTS  
NÃO SERÃO ACEITOS PARA  
FINS DE EXCLUSÃO OU  
MITIGAÇÃO DE PENALIDADES  
POR GUN JUMPING*



parte. A conduta de *gun jumping* está sujeita a multas, à nulidade da operação e a potenciais remédios, sem prejuízo da instauração de processo administrativo. As multas por *gun jumping* no Brasil variam de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões (aproximadamente US\$ 15 mil a US\$ 15 milhões).

Para evitar a punição por *gun jumping*, Cisco e Technicolor apresentaram um *carve-out agreement* – mecanismo que busca preservar todas as condições concorrenciais entre as empresas em uma determinada jurisdição, de forma a permitir o fechamento da operação fora desta jurisdição antes que a autoridade antitruste aprecie o ato, e assim isentá-las de incorrer em *gun jumping*. Segundo o CADE, o *carve-out agreement* apresentado por Cisco e Technicolor não era capaz de preservar as condições concorrenciais entre as empresas. Apesar de excluir ativos e contratos localizados no Brasil, as partes trocaram informações concorrenciais sensíveis de tecnologia, direitos de propriedade intelectual, documentos de estratégia de *marketing*, entre outros. Além disso, o mercado brasileiro seria igualmente afetado, tendo em vista que a oferta

de produtos e serviços envolvidos na operação dava-se por meio de exportações ao Brasil. Cisco e Technicolor admitiram a conduta e foram condenadas a pagar multa de R\$ 30 milhões (cerca de US\$ 7,5 milhões).

Até o momento, o uso de *carve-out agreements* não havia sido objeto de análise por parte do CADE. Nesta decisão, o CADE sinalizou que *carve-out agreements* semelhantes ao apresentado por Cisco e Technicolor, ou seja, que visem a isolar o Brasil dos efeitos de um ato de concentração global, para permitir às partes que consumem a operação fora do Brasil enquanto o ato está sob análise do CADE, não serão admitidos. Em casos como este, as partes só poderão consumir a operação no exterior antes de apreciação, por meio da autorização precária e liminar prevista no Regulamento Interno do CADE, cujos requisitos são: (i) não haver perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado, (ii) as medidas requeridas serem integralmente irreversíveis; e (iii) demonstração de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a companhia que está sendo adquirida, caso a autorização não seja concedida.

O CADE também apontou que a maioria das autoridades antitruste no mundo, como dos Estados Unidos, Canadá, União Europeia e Alemanha, não aceitam *carve-out agreements* como meio de excluir ou mitigar penas por *gun jumping*, devido à preocupação sobre sua efetividade (especialmente quando se trata de evitar a troca de informações concorrenciais sensíveis entre as partes) e a dificuldade de monitorar sua implementação.

A Lei de Defesa da Concorrência não possui disposição específica a respeito de *carve-outs*, portanto a questão se outros mecanismos de *carve-out* ainda estão disponíveis permanece em aberto e deverá ser respondida em casos que ainda estão por vir. ■



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