



MORAIS LEITÃO  
GALVÃO TELES  
SOARES DA SILVA

# NEWSLETTER

---

## DIREITO EUROPEU E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

---

### Artigos

O âmbito de proteção da informação constante dos requerimentos de clemência – O acórdão do TJUE no processo C-162/15P, *Evonik Degussa*

*Citizen antitrust*: Comissão introduz novo instrumento de denúncia anónima

*Crença v. neutralidade religiosa*: levantando o véu sobre a visão do direito da UE

Tribunal Geral da EU anula pela primeira vez uma decisão da Comissão Europeia adotada no âmbito de um procedimento de transação

Autoridade da Concorrência redefine mercado geográfico dos serviços de locação de espaços comerciais

Combate ao conluio: a iniciativa da Autoridade da Concorrência no âmbito da contratação pública

Tribunal Geral da UE reitera direitos processuais das partes no procedimento de controlo de concentrações da UE e anula a decisão da Comissão que proibiu a transação UPS/TNT

### Contribuição Especial: Mattos Filho Advogados

Autoridade antitruste brasileira aprova acordo entre LATAM, Ibéria e BA

## O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA INFORMAÇÃO CONSTANTE DOS REQUERIMENTOS DE CLEMÊNCIA – O ACÓRDÃO DO TJUE NO PROCESSO C-162/15P, *EVONIK DEGUSSA*

### Antecedentes



Joaquim Vieira Peres



Inês Gouveia

Em 2006, a Comissão Europeia (“Comissão”) condenou a Evonik Degussa GmbH (“Degussa” ou “Recorrente”) e 16 empresas concorrentes pela participação, durante cerca de seis anos, num cartel no mercado do peróxido de hidrogénio e do perborato de sódio. A Degussa contribuiu ativamente para a deteção, investigação e prova do ilícito pela Comissão, pois foi a primeira empresa a fornecer à Comissão informação acerca do funcionamento do cartel, ao abrigo do regime de clemência então em vigor. Em troca dessa colaboração, a Degussa ficou isenta da aplicação de coima.

Após a publicação, em 2007, de uma primeira versão não-confidencial da decisão final condenatória (“decisão PHP”), a Comissão decidiu, em 2011, divulgar no seu *site* uma nova versão não confidencial, mais detalhada do que a primeira.

A Degussa opôs-se à publicação dessa nova versão, alegando que a mesma continha informações confidenciais e que a sua publicação violaria a confiança legítima de que as informações voluntariamente comunicadas à Comissão no âmbito da clemência não seriam divulgadas e o princípio da igualdade de tratamento face a outros destinatários da decisão PHP (que não haviam cooperado com a Comissão), para além de poder prejudicar as atividades de inquérito da Comissão.

A Comissão aceitou excluir da nova versão as informações que permitissem identificar a fonte das informações co-

municadas no âmbito da clemência, tal como os nomes de colaboradores da Degussa, mas considerou que não se justificava conceder o benefício da confidencialidade às outras informações, cujo tratamento confidencial a recorrente tinha requerido (“informações controvertidas”).

Inconformada, a Degussa solicitou ao Auditor – órgão que tem como missão assegurar o exercício efetivo dos direitos procedimentais na fase administrativa do processo (perante a Comissão) – que excluísse da versão alargada da decisão PHP todas as informações fornecidas à Comissão, ao abrigo da comunicação relativa à clemência de 2002. No entanto, o Auditor indeferiu o pedido por entender que a Degussa não havia demonstrado um prejuízo grave resultante da publicação. Por outro lado, o Auditor considerou-se incompetente para apreciar os argumentos relacionados com a violação do princípio da proteção da confiança legítima e da igualdade de tratamento.

A Degussa recorreu desta decisão de indeferimento para o Tribunal Geral e, posteriormente (tendo-lhe sido negado provimento ao recurso, pelo Tribunal Geral) para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

### As informações controvertidas

Tratava-se, no essencial, de informações que permitiriam detalhar os elementos constitutivos da infração e da participação da recorrente na mesma – mediante explicitação dos contactos ou

acordos colusórios em que a recorrente participou, com referência a nomes de produtos abrangidos, preços praticados e objetivos prosseguidos pelos participantes em termos de preços e repartição das quotas de mercado – pondo em foco, de forma sensivelmente mais detalhada, o comportamento transgressor da Degussa. Estas informações facilitariam às eventuais vítimas do ilícito em causa a demonstração do dano causado pela Degussa bem como a demonstração do nexo causal entre a infração e o dano alegado.

## O Acórdão do TJUE

O TJUE começou por apreciar a questão da competência do Auditor e considerou – contrariamente ao entendimento sufragado pelo próprio Auditor e pelo Tribunal Geral – que os motivos suscetíveis de restringir a divulgação, ao público, de informações comunicadas para obter clemência, não se limitam à invocação de regras que têm esse fim específico, devendo o Auditor examinar qualquer objeção baseada em regras/princípios do direito da União invocados pelo interessado para requerer a proteção de confidencialidade das informações em causa. Para o TJUE, uma interpretação distinta seria contrária ao objetivo do mandato do Auditor – garantir o exercício efetivo dos direitos procedimentais – e limitaria consideravelmente a possibilidade de apresentação de objeções à divulgação de informação, objeções essas que cabe ao Auditor apreciar. O acórdão recorrido foi pois anulado, com base neste fundamento.

Já quanto aos demais fundamentos invocados pela Recorrente para obstar à

publicação das informações controvertidas, os mesmos foram rejeitados pelo TJUE, em particular pelos seguintes motivos:

- As informações controvertidas datavam de há mais de cinco anos e estavam, por isso, abrangidas pela presunção (ilidível) de perda do seu caráter secreto ou confidencial pelo decurso do tempo, não tendo a Recorrente logrado refutar essa presunção mediante demonstração de que, apesar da sua antiguidade, ainda constituíam elementos essenciais da sua posição comercial;
- O TJUE considerou igualmente que o interesse de uma empresa sancionada por uma coima, em que os detalhes do seu comportamento ilícito não sejam divulgados ao público não constitui um interesse digno de proteção;
- Não é aplicável, neste caso, uma presunção de que a divulgação da informação controvertida prejudica, em princípio, a proteção dos interesses comerciais das empresas envolvidas e os objetivos de atividades do respetivo inquérito. O TJUE esclareceu que essa presunção (geral) vigora apenas no âmbito do regime de acesso de terceiros ao processo da Comissão (no âmbito de infrações ao artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia/TFUE) e não pode ser transposta para a publicação de decisões condenatórias no âmbito do artigo 101.º do TFUE, dada a diferença de interesses que se procura tutelar num e noutro caso.

- Embora, de acordo com a própria Comunicação da Comissão relativa à clemência, a divulgação das declarações de clemência seja considerada prejudicial à proteção dos objetivos das atividades de inspeção e inquérito, isso não significa, no entender do TJUE, que a Comissão esteja impedida de publicar informações relativas aos elementos constitutivos de uma infração apresentados no âmbito do programa de clemência e que não beneficiam de proteção contra uma publicação a outro título.

### Observações finais

No caso em apreço, ficou em aberto, por ora, a questão de saber se a publicação, pela Comissão, das informações controvertidas redundaria numa violação dos princípios da confiança legítima e da igualdade de tratamento, questão a ser apreciada ainda pelo Auditor.

O acórdão vem confirmar que as informações/documentos transmitidos voluntariamente à Comissão no âmbito de um pedido de clemência não benefi-

ciam, por esse facto, automaticamente, de uma proteção genérica de publicação futura.

No que se refere ao âmbito da proteção conferido a informação dada num contexto de clemência, o acórdão do TJUE faz uma distinção entre citações literais da declaração de clemência, que nunca são permitidas, e citações literais de elementos de informação tirados dos documentos fornecidos à Comissão em apoio de uma declaração de clemência, cuja publicação pode ser autorizada, sob reserva do respeito por segredos de negócios, elementos sujeitos a segredo profissional e outras informações confidenciais.

## CITIZEN ANTITRUST: COMISSÃO INTRODUZ NOVO INSTRUMENTO DE DENÚNCIA ANÓNIMA



Joaquim Vieira Peres



Gonçalo Rosas

A Comissão Europeia (“Comissão”) anunciou, no passado dia 16 de março, a criação de um novo mecanismo que permite, a qualquer cidadão, denunciar anonimamente violações às regras de concorrência.

Este novo instrumento surge na sequência do sucesso do programa de clemência, responsável pela deteção da maior parte dos cartéis sancionados nos últimos anos, e permite às empresas comunicar o seu próprio envolvimento num cartel, em troca de uma redução (ou dispensa) da coima que lhes será aplicada.

Segundo a Comissão, este novo mecanismo de denúncia anónima visa complementar o programa de clemência, dando «oportunidade aos cidadãos que tenham conhecimento da existência ou do funcionamento de um cartel ou de outros tipos de infrações às regras no domínio *anti-trust* para ajudarem a pôr termo a tais práticas».

Trata-se, assim, de instrumentos com diferentes destinatários e âmbitos: enquanto o programa de clemência visa permitir que empresas envolvidas num cartel denunciem essa atividade (própria) à Comissão, o sistema de denúncia encontra-se aberto a qualquer cidadão<sup>1</sup>, quer este se encontre envolvido, ou não, numa infração ao direito da concorrência, e não se encontra limitado à participação de cartéis, mas a qualquer restrição às normas de concorrência.

Caso pretenda fazer uma denúncia, um cidadão terá primeiramente de decidir se:

- Revela a sua identidade, podendo utilizar o endereço de *e-mail* ou número de telefone indicados no *site* da Comissão; ou
- Não revela a sua identidade, devendo utilizar o sistema de comunicação encriptado disponibilizado pela Comissão, que permite enviar mensagens anónimas, mas também obter respostas da Comissão através do mesmo sistema.

Se o denunciante for um representante de uma empresa envolvida num cartel, a Comissão salienta que o programa de clemência se encontra sempre disponível, podendo a empresa evitar ou reduzir a coima por essa infração e beneficiar da proteção específica concedida a um requerente de clemência.

Embora a Comissão afirme o seu empenho na proteção da identidade do denunciante, não se esclarece, contudo, que nível de proteção terá um denunciante anónimo, caso a identidade seja, por qualquer motivo (por exemplo, falha técnica do sistema, ataque informático, etc.) revelada. Não existe, no plano europeu, legislação específica nesta área, pelo que se aplicarão as diferentes legislações nacionais (que preveem níveis de proteção muito diferenciados). Note-se ainda que, se o denunciante for repre-

<sup>1</sup> Embora a comunicação da Comissão se refira apenas a “cidadãos”, não se encontra formalmente excluída a hipótese de empresas (através dos seus representantes legais) utilizarem este meio para fazerem chegar à Comissão as suas denúncias de violações às regras da concorrência.

sentante legal ou diretor de uma empresa e decida comunicar o envolvimento da sua empresa num cartel à revelia da mesma, este poderá não ter qualquer proteção em ulteriores processos contraordenacionais ou criminais, promovidos por autoridades da concorrência nacionais, às práticas denunciadas por aquele denunciante e entretanto tornadas públicas por uma decisão da Comissão. Neste caso, um denunciante anónimo terá, em princípio, uma proteção significativamente mais reduzida do que um representante legal ou diretor que denuncie um cartel no âmbito de um programa de clemência.

Por outro lado, embora esta iniciativa deva ser saudada, na medida em que aumenta as possibilidades de deteção de comportamentos anticoncorrenciais pela Comissão, a falta de concretização (ou de limitação) do leque de práticas restritivas da concorrência suscetíveis de serem denunciadas poderá dificultar a gestão do sistema pela Comissão, na eventualidade de o número de denúncias não relevantes ser elevado.

Alguns Estados-Membros instituíram, nos últimos anos, um sistema de denúncia anónima sem, contudo, apresentarem o mesmo grau de sucesso dos programas de clemência. No Reino Unido, o Office of Fair Trading (OFT)<sup>2</sup> criou um sistema de denúncia premiada, oferecendo aos denunciantes uma quantia de até 100 000 GBP, dependente do sucesso do caso e das informações fornecidas. A *Competition and Markets Au-*

*thority* decidiu continuar este programa, mas não se encontram disponíveis informações sobre a sua eficácia, número de denúncias (relevantes) ou eventuais pagamentos de prémios a denunciante. A Hungria criou igualmente um sistema semelhante, bem como a Dinamarca e a Espanha, tendo o mesmo, nestes dois últimos países, apresentado resultados positivos<sup>3</sup>.

Na Alemanha, o Bundeskartellamt disponibiliza também um mecanismo de denúncia anónima, não oferecendo qualquer prémio monetário. O sistema de denúncia alemão encontra-se, contudo, limitado a cartéis, tendo portanto um âmbito mais limitado do que o sistema europeu.

Por fim, a criação destes sistemas de denúncia pelas Autoridades da Concorrência reforça a importância da implementação de programas de *compliance* abrangentes e eficazes pelas empresas, que prevejam mecanismos de denúncia interna de práticas anticoncorrenciais, tais como uma linha de reporte anónima ou um provedor especializado, de modo a permitir a correção (e discussão) prévia de eventuais comportamentos restritivos da concorrência.

<sup>2</sup> Esta autoridade foi extinta, tendo as suas competências sido transferidas para a *Competition and Markets Authority*, que manteve o sistema de denúncia anónima.

<sup>3</sup> Segundo a Autoridade da Concorrência dinamarquesa, cerca de 10% das denúncias resulta numa investigação. A Autoridade da Concorrência espanhola informou que, desde 2008, 94 casos foram abertos na sequência de informações prestadas através do sistema de denúncia anónima.

## CRENÇA V. NEUTRALIDADE RELIGIOSA: LEVANTANDO O VÉU SOBRE A VISÃO DO DIREITO DA UE

### Introdução



Carlos Botelho Moniz

Em março de 2017, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJ” ou “Tribunal”) adotou dois acórdãos de elevado valor jurídico e simbólico, nos casos *Samira Achbita* e *Asma Bougnaoui*<sup>4</sup>. Tratou-se da primeira vez que o Tribunal se pronunciou sobre a possibilidade de restringir a utilização de símbolos religiosos no local de trabalho. Em concreto, estava em causa a questão de saber se um empregador pode limitar o uso de um lenço islâmico por parte de uma trabalhadora de confissão muçulmana.



Luís do Nascimento  
Ferreira

A relevância deste tema extravasa, em muito, o travejamento legal das duas decisões e os ecos internacionais – tanto de apoio, como de crítica – fizeram sentir-se um pouco por todo o mundo. Arriscamos, aliás, dizer que por vezes a ânsia mediática de comentar estas sentenças acabou por precipitar o sentido das orientações delas extraídas. Parece-nos, pois, que um comentário aos acórdãos em questão – para mais jurídico, como este é – tem de partir de uma rigorosa delimitação dos factos e do quadro jurídico em que assentou o juízo do TJ, para só depois se formularem as pertinentes conclusões.

### Os factos

Ambos os acórdãos versam sobre o despedimento de trabalhadoras por usarem lenços islâmicos em locais de trabalho privados e em funções que implicavam

contacto com clientes. Os lenços islâmicos – também ditos *hijab* – cobrem apenas a cabeça, distinguindo-se, por exemplo, das burcas (que cobrem toda a face).

No primeiro caso acima referido, Samira Achbita trabalhou como rececionista, entre 2003 e 2006, na empresa belga G4S, que presta serviços de receção e acolhimento a clientes. Durante esse período, existia na empresa uma regra (inicialmente não escrita e posteriormente constante de um regulamento interno) por força da qual os trabalhadores não podiam usar no local de trabalho sinais visíveis das suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas, nem praticar qualquer ritual decorrente de tais crenças. Uma vez que, a partir de 2006, Samira Achbita passou a usar o lenço islâmico durante o período e no local de trabalho, a empresa despediu-a por entender que tal utilização violava a regra de neutralidade em vigor.

No segundo processo, Asma Bougnaoui usava já o lenço islâmico quando, em 2008, foi contratada pela empresa informática francesa Micropole, na qualidade de engenheira de projetos. Embora pareça resultar dos autos que a empresa respeitava a manifestação de credos religiosos pelos seus trabalhadores no perímetro laboral – e de, portanto, não existir aparentemente uma regra de neutralidade geral face a convicções políticas, filosóficas e religiosas – a empresa teria informado Asma Bougnaoui de

<sup>4</sup> Acórdãos G4S Secure Solutions, processo C-157/15, EU:C:2017:203, e *Bougnaoui e ADDH*, processo C-188/15, EU:C:2017:204, ambos de 14 de março de 2017.

que não poderia usar o lenço islâmico se tal contrariasse a vontade expressa de algum cliente com quem viesse a contactar. Foi efetivamente o que sucedeu: na sequência de queixas de um cliente – por alegado incómodo com a situação – foi pedido a Asma Bougnaoui que deixasse de envergar o lenço islâmico; tendo esta recusado, acabou por ser despedida um ano depois de iniciar funções.

## Enquadramento jurídico

Os dois processos em questão resultam de reenvios operados pelos órgãos jurisdicionais nacionais que estão a julgar os casos: o Tribunal de Cassação belga, no processo *Achbita*, e o Tribunal de Cassação francês, no processo *Bougnaoui*.

Quer isto dizer que, pela natureza jurídica dos processos em causa (de reenvio prejudicial), o TJ está, à partida, limitado na sua atuação. O Tribunal apenas pode pronunciar-se sobre a interpretação (ou a validade, que neste caso não foi suscitada) do direito da União Europeia (UE ou “União”) e não sobre a interpretação das regras de direito nacional ou sobre questões de facto levantadas nos litígios principais. Por outro lado – e este aspeto é particularmente relevante quanto aos dois acórdãos em apreço –, o TJ, num reenvio prejudicial, não aplica o direito da União a esses litígios, nem os resolve. O TJ procura dar uma resposta útil para a solução do pleito nacional, mas é ao órgão jurisdicional de reenvio que cabe retirar as consequências concretas das

orientações recebidas e decidir o caso.

Feita esta precisão, que nem sempre vimos adequadamente sopesada nos comentários públicos feitos aos dois acórdãos, não nos parece que estas decisões resultem propriamente de um julgamento do TJ sobre a essência e o alcance do direito fundamental à liberdade religiosa – que, de resto, o Tribunal reconhece de forma clara no quadro do direito da UE, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das tradições constitucionais dos Estados-Membros –, mas antes de uma ponderação de equilíbrios da sua expressão em locais de trabalho e em locais de trabalho privados e de empresas que assumiam (ainda que nem sempre de forma correta, como veremos) uma política de neutralidade em relação ao uso visível de símbolos religiosos, políticos e filosóficos ainda antes da contratação das duas trabalhadoras em causa.

Estamos, portanto, e em nosso entender, mais na esfera dos direitos laborais do que dos direitos religiosos. Aliás, na génese das questões prejudiciais colocadas pelos órgãos de reenvio estão dúvidas de interpretação que incidem sobre normas da Diretiva 2000/78/CE, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. Em concreto, o tribunal belga pretendia saber se a proibição de uma trabalhadora muçulmana usar um lenço islâmico no local de trabalho constitui uma forma de “discriminação direta”<sup>5</sup>, sabendo-se que a regra vigente

<sup>5</sup> Ao abrigo do n.º 2 do artigo 2.º da Diretiva 2000/78, considera-se que existe “discriminação direta” sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º (discriminação em razão da religião, das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no âmbito do emprego e da atividade profissional), uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável. Já “discriminação indireta” ocorre quando uma disposição, um critério ou uma prática aparentemente neutra seja suscetível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas, a não ser que tal disposição, critério ou prática sejam objetivamente justificados por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários.

nas instalações do empregador proíbe, a todos os trabalhadores, a utilização, no local de trabalho, de sinais exteriores de convicções políticas, filosóficas ou religiosas. Por seu turno, o tribunal francês questionou o TJ sobre se o desejo de um cliente, de que as prestações de serviços informáticos deixem de ser asseguradas por uma trabalhadora que usa o lenço islâmico, pode ser considerado um “requisito profissional essencial e determinante” em razão da natureza da atividade profissional em causa ou das condições da sua execução<sup>6</sup>.

## Decisão do Tribunal

Equacionadas nestes moldes as questões prejudiciais – e, logo, o objeto da apreciação do Tribunal – parece-nos difícil que a resposta do TJ pudesse ter sido diferente da que foi dada aos tribunais nacionais. Refira-se, até, que o TJ “emprestou” aos casos uma formação sole-ne e alargada, decidindo-os através da Grande Secção, tipicamente reservada para as causas de maior complexidade ou importância.

Resumidamente, a posição do Tribunal foi a seguinte:

- (i) Acórdão *Achbita*: uma regra interna de uma empresa que proíbe o uso visível de quaisquer sinais políticos, filosóficos ou religiosos não constitui uma discriminação direta de trabalhadores que utilizem o lenço islâmico;
- (ii) Acórdão *Bouagnaoui*: na ausência de

tal regra geral e abstrata, a vontade de um empregador, de ter em conta os desejos de um cliente no sentido de as prestações dos seus serviços não serem asseguradas por uma trabalhadora que usa um lenço islâmico, não pode ser considerada um requisito profissional suscetível de afastar a existência de uma discriminação.

## Comentário

A solução do TJ no caso *Bouagnaoui* não parece oferecer dúvidas. Com efeito, só em circunstâncias limitadas se deve admitir que uma característica relacionada com a religião pode constituir um “requisito profissional essencial e determinante”. Como recordou o Tribunal, este conceito remete para uma exigência objetivamente ditada pela natureza ou pelas condições de exercício de uma atividade profissional e não abrange considerações subjetivas (como a vontade do empregador de ter em conta os desejos concretos de um cliente).

Contudo, a orientação seguida no acórdão *Achbita* foi severamente criticada por aqueles que entendem que legitima a discriminação religiosa. A nossa opinião é a de que, nas grandes linhas e atentos os dados da equação, a resposta dada pelo TJ afigura-se acertada e equilibrada, mas o Tribunal teceu alguns *obiter dicta* sobre o tratamento jurídico dos factos *sub iudice* que não são isentos de críticas.

Em especial, embora se aceite que uma

<sup>6</sup> Nos termos do n.º 1 do artigo 4.º da Diretiva 2000/78, os Estados-Membros podem prever que uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1.º não constituirá discriminação sempre que, em virtude da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa atividade, na condição de o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional.

política indiferenciada de neutralidade política, filosófica e religiosa não institui uma diferença de tratamento “diretamente” baseada na religião (e daí que, a nosso ver, a resposta à questão colocada pelo tribunal francês não pudesse ser outra quanto a este ponto), parece-nos que a análise do Tribunal devia ter ido mais longe quanto à hipótese de essa política resultar numa discriminação *indireta* baseada na religião, o que poderá ocorrer se se demonstrar – aspeto que cabe ao tribunal nacional aferir – que a obrigação aparentemente neutra que ela contém implica, na prática, uma desvantagem específica para os trabalhadores que seguem determinadas crenças (independentemente da sua índole). É que, nos termos da Diretiva 2000/78, tal discriminação indireta só será admissível se for objetivamente justificada por um “propósito legítimo” e se os meios para a realização desse fim forem “adequados” e “necessários”.

O racional do TJ, neste particular, assenta, em primeiro lugar, na ideia de que a vontade de um empregador de dar aos seus clientes uma imagem de neutralidade é legítima, uma vez que está compreendida no âmbito da liberdade de empresa, reconhecida pela [Carta dos Direitos Fundamentais da UE](#). Julgamos, porém, que o Tribunal devia ter densificado mais esta conceção, dado que, no acórdão *Bougnoui*, declinou justamente a possibilidade de os desejos dos clientes cercearem o direito dos trabalhadores manifestarem as suas convicções religiosas.

Em segundo lugar, o Tribunal considerou que a proibição do uso visível de sinais de convicções políticas, filosóficas

ou religiosas é apta para garantir a boa aplicação de uma política de neutralidade, desde que essa política seja verdadeiramente conduzida de forma coerente e sistemática. Naturalmente que esta exigência deve ser verificada pelo juiz nacional, mas este aspeto parece-nos suficientemente relevante para ter merecido uma abordagem mais profunda do TJ. Na realidade, assegurar a satisfação deste critério é um exercício da maior dificuldade e delicadeza no quotidiano de uma empresa. Por exemplo, o uso de uma aliança de casamento, ou em geral de qualquer joia com simbologia religiosa, é incompatível com uma política consistente de neutralidade total? E o que dizer de uma peça de vestuário que ostente uma posição de princípio desfavorável, ainda que caricatural, quanto a certos regimes políticos (*v.g.*, ditaduras, anarquias, etc.)?

Por fim, o Tribunal afirmou ainda que a regra de neutralidade será estritamente necessária para atingir o objetivo prosseguido se abranger unicamente os trabalhadores que se relacionam com os clientes, entendendo ainda que se deve avaliar se, em face dos condicionalismos inerentes à empresa, e sem que esta tivesse de suportar um encargo suplementar, teria sido possível propor a Samira Achbita um posto de trabalho que não implicasse contacto visual com esses clientes, ao invés de a despedir. Também aqui somos da opinião de que o TJ devia ter empreendido um exame mais vasto e robusto.

Não parece, de facto, que a sugestão de “passar” os trabalhadores que manifestem a sua fé religiosa para cargos de *back-office* seja desejável como medi-

da genérica, quando o foco, mesmo da perspectiva de um empregador, deveria antes ser canalizado para a prestação de um bom serviço aos clientes. E, neste âmbito, o Tribunal podia, por exemplo, afirmar a necessidade de os órgãos jurisdicionais nacionais analisarem até que ponto a política de neutralidade é essencial para a empresa em questão proteger a sua imagem corporativa face aos seus clientes e de que modo pode essa imagem ser lesada na ausência de tal política. Por outro lado, a indicação do TJ pode facilmente ser mal percebida pelas empresas e conduzir a práticas discriminatórias na própria contratação de certos trabalhadores para cargos de *high profile*.

Em síntese, caberá aos tribunais nacionais, em última instância, definir os contornos destes equilíbrios nos casos concretos que se lhes apresentem. Nos litígios que deram origem aos dois acórdãos do TJ não é, aliás, de excluir que possa mais tarde haver recurso para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que já deu mostras de ter um critério mais exigente quanto ao balanço entre liberdade religiosa e imagem corporativa<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Veja-se, por exemplo, o acórdão de 15 de janeiro de 2013, *Eweida e outros c. Reino Unido*, processos 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10, que condenou o Reino Unido a pagar uma indemnização de 2000 EUR a uma trabalhadora do balcão de *check-in* da British Airways, que foi suspensa por usar um fio com uma cruz católica.

## TRIBUNAL GERAL DA UE ANULA PELA PRIMEIRA VEZ UMA DECISÃO DA COMISSÃO EUROPEIA ADOTADA NO ÂMBITO DE UM PROCEDIMENTO DE TRANSAÇÃO



Eduardo Maia Cadete



Dzhamil Oda

O Tribunal Geral da União Europeia (“Tribunal”), no processo T-95/15, *Prin-teos e outros c. Comissão*, por acórdão de 13 de dezembro de 2016<sup>8</sup> (“Acórdão”), pronunciou-se sobre a legalidade de uma decisão adotada pela Comissão no âmbito de um procedimento de transação relacionado com uma infração única e continuada ao artigo 101.º do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (TFEU) e ao artigo 53.º do Acordo EEE relativa a envelopes normalizados/por catálogo e envelopes especiais impressos (comerciais e/ou personalizados) de todas as formas, cores e dimensões<sup>9</sup>.

Em particular, a Comissão Europeia considerou que, através de uma série de contactos colusórios, as empresas participantes no cartel: (a) repartiram clientes e celebraram acordos relativos a volumes de vendas; (b) celebraram acordos relativos a aumentos de preços específicos e não específicos dos clientes e partilharam as reações dos clientes na sequência de tais aumentos, sendo que os aumentos de preços não específicos dos clientes tinham muitas vezes como objetivo repercutir-se no aumento do custo de papel; (c) coordenaram as suas respostas aos concursos lançados pelos principais clientes pan-europeus e, neste contexto, tinham como objetivo fixar os preços efetivos de concurso e proteger as suas mercadorias existentes; (d) executaram mecanismos destinados a manter o *status quo*, mediante a compensação dos participantes no cartel pela perda de volumes de vendas e/ou clientes individuais para outro participante no cartel;

e (e) trocaram informações sensíveis do ponto de vista comercial, relativas, em especial, às estratégias comerciais, aos clientes e aos volumes de vendas. O âmbito geográfico do comportamento no que respeita a todas as partes abrangeu a Dinamarca, a França, a Alemanha, a Noruega, a Suécia e o Reino Unido.

No âmbito do referido procedimento, foi adotada uma decisão, a 10 de dezembro de 2014, relativa a um procedimento de transação, tendo em consideração que todas as visadas expressaram o seu interesse em realizar conversações de transação com a Comissão Europeia. As recorrentes no processo judicial foram sancionadas, conjunta e solidariamente, com uma coima de 4 729 000 EUR, sendo que a Comissão aplicou diferentes percentagens de redução de coima às várias empresas que participaram no procedimento administrativo de transação.

No processo junto do Tribunal Geral da União Europeia, a Prin-teos e as restantes recorrentes contestaram a decisão, nomeadamente o montante das coimas que lhes foram aplicadas, por considerarem que a instituição tinha atuado em desconformidade com: (i) o dever de fundamentação no que se refere ao ajustamento do montante base das coimas e da percentagem concreta da redução aplicada a cada empresa, tendo, ainda, incorrido em abuso de poder; (ii) o princípio da igualdade de tratamento no âmbito do ajustamento excepcional do montante de base das coimas; e (iii) os princípios da proporcionalidade e da não

<sup>8</sup> EU:T:2016:722. Acórdão acessado e disponível em [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

<sup>9</sup> Decisão C(2014) 9295 final, de 10 de dezembro de 2014, no processo AT.39780 – Envelopes, acessada e disponível em [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_39780](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39780).

discriminação ao determinar o montante efetivo das coimas aplicadas. O Tribunal Geral considerou procedentes os argumentos avançados pelas recorrentes, *maxime* o primeiro fundamento jurídico do seu pedido de anulação da decisão.

Em primeiro lugar, o Tribunal recordou que «o dever de fundamentação previsto no artigo 296.º, segundo parágrafo, do TFUE constitui uma formalidade essencial»<sup>10</sup>. Neste domínio o Tribunal Geral estatui que «a fundamentação exigida deve ser adaptada à natureza do ato em causa e deixar transparecer, de forma clara e inequívoca, o raciocínio da instituição, autora do ato, de forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adotada e ao órgão jurisdicional competente exercer o seu controlo»<sup>11</sup>. Ainda de acordo com o Tribunal, a análise do cumprimento de tais requisitos de fundamentação depende das circunstâncias de cada caso concreto e da medida adotada pela instituição em causa.

O Tribunal destacou, de igual modo, a especial importância (*i*) do dever da Comissão fundamentar adequadamente as suas decisões, mormente as que aplicam coimas em matéria de direito da concor-

rência e (*ii*) a necessidade de a Comissão Europeia explicar de forma efetiva a ponderação e avaliação que efetua dos elementos tomados em consideração para determinar o montante da coima, cabendo ao Tribunal verificar officiosamente da existência de fundamentação adequada.

Conforme densificado no Acórdão, estes temas ganham uma maior importância nos casos em que a Comissão se afasta da sua metodologia geral exposta nas respetivas orientações para a determinação das coimas, mediante as quais se autolimita e vincula no exercício do seu poder de apreciação quanto à fixação do montante das coimas<sup>12</sup>. O Tribunal considerou que, em tais situações, «o respeito pela Comissão das garantias conferidas pela ordem jurídica da União nos processos administrativos, incluindo o dever de fundamentação, assume uma importância ainda mais fundamental» e, como tal, no caso *sub judice*, «a Comissão estava obrigada a explicar de forma suficientemente clara e precisa de que modo pretendia fazer uso do seu poder de apreciação, incluindo os diferentes elementos de facto e de direito que tomou em consideração para o efeito»<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Vide o § 44 do Acórdão.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> *In casu*, as Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, JO C 210 de 01.09.2006, p. 2 *et seq.*

<sup>13</sup> Vide os §§ 48 e 49 do Acórdão.

Destarte, na valoração do direito aos factos em causa nos autos, o Tribunal Geral constata que a decisão da Comissão enferma de fundamentação vaga e insuficiente no que diz respeito ao ajustamento dos montantes base das coimas aplicadas às recorrentes e à respetiva justificação, na medida em que a Comissão não disponibilizou, na Decisão às empresas, informações precisas e suficientes sobre o entendimento jurídico vagamente versado. Concomitantemente, o Tribunal Geral considerou procedente o primeiro fundamento invocado pelas recorrentes, por violação do dever de fundamentação – na aceção do artigo 296.º, segundo parágrafo, do TFUE – pela Comissão Europeia, e anulou a coima aplicada às empresas recorrentes.

*O acórdão do Tribunal Geral da União Europeia atesta a necessidade da Comissão Europeia, e indiretamente das Autoridades de Concorrência nacionais, fundamentarem de forma adequada e precisa as coimas aplicadas em procedimentos de transação. O Tribunal destaca, de igual modo, que o dever de fundamentação é ainda mais pertinente nos casos em que as Autoridades da Concorrência se afastam das orientações vinculativas por si adotadas que estabelecem a metodologia para a determinação de coimas*

# AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA REDEFINE MERCADO GEOGRÁFICO DOS SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE ESPAÇOS COMERCIAIS

## Introdução



Gonçalo Machado  
Borges



Nuno Igreja Matos

Em 20 de janeiro de 2017, a Autoridade da Concorrência autorizou uma operação de concentração relativa à aquisição, pela Via Holdco (Lux) S.à.r.l. (“Via Holdco”), de um *outlet centre* propriedade das sociedades IRUS Vila do Conde, S.A. (“IRUS I”), IRUS Vila do Conde II, S.A. (“IRUS II”) e IRUS Vila do Conde III, S.A., (“IRUS III”), por aquisição da maioria do capital social destas.

Nesta decisão, a Autoridade da Concorrência inverteu o entendimento que até aqui vinha seguindo e concluiu pela existência de um mercado geográfico relevante “regional” (ao invés de nacional), opção que terá um impacto significativo na aferição das quotas de mercado das empresas ativas neste setor.

## A decisão

Na notificação da aquisição de controlo exclusivo sobre as sociedades IRUS I, IRUS II e IRUS III – que têm como objeto a aquisição e exploração de todo o tipo de imóveis, entre os quais o “Vila do Conde The Style Outlets” –, a Via Holdco defendeu, em primeiro lugar, que o negócio projetado se enquadrava no âmbito de um mercado de produto amplo «dos serviços de locação de espaços para comércio a retalho» (incluindo, pelo menos, os formatos de centro comercial, *retail park* e *outlet centre*).

Na decisão que adotou, em janeiro de 2017, a Autoridade da Concorrência iniciou a sua análise por esta definição

do mercado de produto e rejeitou a viabilidade de uma definição mais abrangente.

Com efeito, a Autoridade rejeitou as conclusões da Via Holdco quanto à sobreposição de marcas existente entre *outlet centres* e centros comerciais e à alegada substituíbilidade entre estes diferentes formatos de espaços comerciais, entendendo que os mesmos se diferenciam quanto a um conjunto de características (rendas, tipo de clientes-alvo, áreas de venda, áreas de armazenamento, serviços disponibilizados) que apontam não para uma relação de substituíbilidade, mas para a existência de uma efetiva relação de complementaridade. Assim, definiu-se como relevante o mercado da locação de espaços comerciais (especificamente) no formato *outlet centre*.

Mas a principal novidade desta decisão reporta-se à definição do mercado geográfico relevante.

A Notificante, socorrendo-se de estudos e inquéritos a clientes e proprietários, alegou que a definição geográfica deste mercado deveria operar por referência a um âmbito regional, baseando-se para tal na “zona de influência” dos espaços comerciais, definida como a área correspondente a cerca de 60-90 minutos de deslocação da respetiva zona comercial.

Em sentido contrário à prática até então dominante (assente na identificação de um mercado de âmbito nacional à luz da homogeneidade das condições de concorrência em todo o território),

e acedendo ao alegado pela Notificante, a Autoridade concluiu que a “zona de influência” de um *outlet centre* é, no máximo, regional. Sustentando esta sua posição na investigação de mercado que efetuou, a Autoridade acabou por deixar em aberto a questão de saber se essa área de influência se estende para lá dos 60 minutos de deslocação (e até aos 90 minutos de viagem) porquanto tal especificação não afetaria as conclusões da sua avaliação.

Assim, esta decisão da Autoridade da Concorrência adotou uma visão restritiva quanto à configuração dos mercados afetados em dois planos: no tocante ao mercado de produto, em que a exploração de *outlet centres* foi separada de todos os outros formatos; e no tocante ao mercado geográfico, em que a delimitação nacional, até aqui prevalecente, foi abandonada por uma delimitação de âmbito regional.

## Comentário

A prática decisória da Autoridade da Concorrência quanto ao mercado dos serviços de locação de espaços comerciais foi evoluindo no sentido de uma crescente densificação. Após uma primeira análise na decisão 1/2006 (*Grosvenor/Sonae/Sonae Sierra*), com a decisão 8/2006 (*Sonae/PT*) a Autoridade estabeleceu uma caracterização detalhada, segmentando este mercado em espaços comerciais integrados consoante o formato tradicional ou especializado. Esta diferenciação, que a Autoridade reafirmou e detalhou, entre outras, nas

decisões 27/2007 (*Carlyle/Freeport*), 73/2007 (*Sonae Sierral/Gaiashopping/Arabidashopping*) e 25/2014 (*Alaska\*Auchan/IAPAT*), foi também retomada nesta decisão de janeiro de 2017.

Quanto ao âmbito do mercado geográfico, a recente decisão 62/2016 (*Via Holdco/Irus*) marca uma verdadeira rutura com o entendimento até aqui perfilhado. A passagem de uma configuração nacional do mercado para uma delimitação regional resultará no aumento das quotas de mercado imputáveis (no âmbito regional) aos vários *players* existentes na locação de espaços comerciais integrados, com consequências imediatas e importantes.

Por um lado, isto poderá fazer surgir quotas de mercado qualificáveis como “posição dominante” nalguns mercados regionais, devendo as empresas em questão rever atentamente a sua estratégia comercial de modo a evitar que algum comportamento possa ser qualificado de abusivo. Por outro, e atendendo à relevância do critério da quota de mercado para efeitos de determinação da obrigatoriedade da notificação (artigo 37.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), o novo entendimento quanto ao mercado geográfico tenderá a aumentar o número de concentrações no setor sujeitas a notificação obrigatória à Autoridade da Concorrência.

# COMBATE AO CONLUIO: A INICIATIVA DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

## Introdução



Pedro Gouveia e Melo

Por entre as iniciativas promovidas pela Autoridade da Concorrência em matéria de *advocacy*, destaca-se a campanha “Combate ao Conluio na Contratação Pública”, que foi lançada em junho de 2016 e que atingiu recentemente a meta de 1000 participantes. Esta campanha visa alertar as entidades públicas que regularmente adjudicam contratos públicos para as principais questões suscitadas pelos comportamentos colusivos no âmbito da contratação pública, assim como aconselhar na deteção de práticas anticoncorrenciais no decurso dos concursos públicos e preparar os procedimentos de contratação de forma a inibir potenciais práticas colusivas.



Tiago Coelho  
Magalhães

## As práticas colusivas em Portugal

A colusão entre concorrentes no contexto de concursos públicos é considerada uma das mais graves violações das regras europeias e nacionais da concorrência, sendo severamente punida pelas autoridades de concorrência, precisamente porque compromete a alocação eficiente de recursos públicos, originando condições menos favoráveis para o Estado e, por conseguinte, gerando menos inovação, menos qualidade e preços mais elevados, assim prejudicando a economia e os consumidores/contribuintes.

Poderão ser mais propícios a práticas colusivas os setores e atividades económicas que se caracterizam pela regularidade e previsibilidade, no que concerne aos procedimentos contratuais, ou que apresentam reduzido número de empre-

sas, produtos homogéneos ou ainda vínculos estruturais, ou de outra natureza, entre os vários operadores. Os exemplos mais frequentes de conluio no âmbito da contratação pública incluem acordos nos quais o vencedor é escolhido antecipadamente, pelos concorrentes, e os restantes concorrentes ou retiram a sua proposta ou submetem propostas menos atrativas, em ordem a que o contrato em causa seja adjudicado ao concorrente “escolhido”, em regra determinado, de forma rotativa, entre as empresas participantes na colusão.

Em Portugal, a Autoridade da Concorrência já investigou comportamentos colusivos na contratação pública em diversos setores, nomeadamente na educação, na saúde e no combate a incêndios, embora o seu *track record* tenha evoluído ao longo da última década:

- Em 2005, a Autoridade aplicou a cinco farmacêuticas coimas no total de 3 milhões de euros por práticas colusivas no âmbito de um concurso público lançado pelo Hospital de Coimbra, tendo ainda subseqüentemente aplicado coimas adicionais às mesmas empresas por práticas idênticas em outros 36 concursos públicos em hospitais a nível nacional. Ambas as decisões foram anuladas em recurso, pois os tribunais entenderam que os direitos de defesa das empresas arguidas haviam sido violados. Posteriormente, a Autoridade readotou decisões condenatórias, as quais foram parcialmente confirmadas pelos tribunais, embora com reduções significativas quanto ao montante das coimas aplicadas;

- Em 2007, a Autoridade condenou duas empresas no pagamento de 310 mil euros por terem constituído um consórcio que era o único concorrente num concurso público para fornecer os serviços de helicópteros de combate de incêndios florestais (quando, em anos anteriores, cada empresa tinha submetido uma candidatura autónoma e separada). O Tribunal do Comércio de Lisboa considerou, porém, que a Autoridade não tinha produzido prova suficiente de que o acordo tinha um objeto e um efeito anticoncorrencial, tendo por isso anulado a decisão da Autoridade;
- Em dezembro de 2009, a Autoridade da Concorrência aplicou coimas no valor total de 14,7 milhões de euros a cinco empresas por alegadamente terem operado um cartel de fixação de preços no âmbito do mercado de operação e gestão de serviços de *catering* em cantinas, refeitórios e restaurantes corporativos. Este processo marcou a primeira aplicação em Portugal do regime da clemência, bem como a aplicação, pela primeira vez, de coimas individuais aos administradores das empresas envolvidas. Tendo a decisão sido anulada em recurso por razões processuais, foi readotada pela Autoridade, mas esta segunda decisão foi igualmente impugnada e o processo acabou por prescrever;
- Em 2011, duas empresas de limpeza industrial foram condenadas em coimas superiores a 315 mil euros por práticas colusivas em dezasseis concursos públicos. A decisão foi confirmada em sede de recurso;
- Mais recentemente, em 2015, a Autoridade condenou cinco empresas fornecedoras de estruturas pré-fabricadas em coimas de montante superior a 830 mil euros por práticas de fixação de preços e repartição de mercados no contexto de concursos públicos lançados pela Parque Escolar. Todas as arguidas optaram por colaborar com a Autoridade, ao abrigo do regime da Clemência, tendo obtido reduções adicionais das coimas nos termos do regime da transação previsto na *Lei da Concorrência*.

## A Campanha “Combate ao Conluio”

De forma a alertar e informar as entidades adjudicantes, a Autoridade da Concorrência tem organizado diversas sessões públicas em várias cidades do país, nas quais tem aconselhado sobre as formas de detetar e prevenir práticas colusivas, assim como sobre os mecanismos de cooperação com a Autoridade no âmbito da investigação e sancionamento de tais condutas.

## Indícios de práticas colusivas

A Autoridade disponibilizou uma *checklist* prática com os principais indícios de potenciais comportamentos colusivos, para os quais as autoridades públicas devem estar alerta, designadamente:

- Na apresentação de propostas:
  - Número de propostas inferior ao habitual;
  - Propostas retiradas de forma inesperada;

- Concorrentes habituais que não apresentam proposta;
  - Propostas apresentadas conjuntamente, embora as empresas estivessem em condições de as apresentarem individualmente; ou
  - Propostas que apresentam semelhanças suspeitas, designadamente os mesmos erros gramaticais ou ortográficos, as mesmas lacunas de informação, utilizam a mesma terminologia, formatação ou correções de última hora, bem como idênticos papel timbrado, informações de contacto, carimbo de registo postal, data e hora de submissão, ou, caso se trate de submissão *online*, o recurso aos mesmos endereços de IP.
- Nos termos comerciais e nas declarações dos concorrentes:
    - Preços elevados, atendendo aos custos estimados pela entidade adjudicante;
    - Diferentes propostas com idênticos preços;
    - Aumento uniforme dos preços propostos;
    - Descida súbita do preço quando surge um concorrente não habitual;
    - Diferenças de preço inexplicáveis entre propostas;
    - Flutuações significativas nos preços submetidos pela mesma empresa em procedimentos distintos;
    - Expressão de preferência ou exclusividade por determinada área geográfica ou em relação a certos clientes; ou
- Referências a propostas concorrentes, a orientações ou a associações setoriais.
- Nos resultados dos procedimentos:
    - Padrões suspeitos de rotatividade ou de distribuição geográfica entre propostas vencedoras.
  - Nos comportamentos dos concorrentes:
    - Concorrente vencedor que subcontrata repetidamente outros concorrentes;
    - Concorrente vencedor que retira a proposta e é subsequentemente subcontratado por um outro concorrente selecionado;
    - Determinados concorrentes que não solicitam orçamento a fornecedores essenciais; ou
    - Vários concorrentes que contratam a mesma empresa consultora no âmbito da preparação das suas propostas.

## Orientações na conceção dos procedimentos de contratação

A Autoridade da Concorrência emitiu ainda orientações para as autoridades públicas relativamente à preparação dos concursos públicos, com vista a mitigar o risco de eventuais comportamentos colusivos. A Autoridade recomenda, em particular:

1. **Incentivar a participação de concorrentes**, nomeadamente, evitando requisitos desnecessários que restrinjam a participação (*v.g.*, certificações, garantias financeiras, dimensão mínima dos concorrentes).

- tes); publicitando adequadamente o procedimento, de modo a alcançar interessados nacionais e internacionais; considerando a possível divisão do contrato em vários lotes (desde que tal divisão não facilite esquemas de repartição do mercado); reduzindo os custos da submissão de propostas (através da simplificação e agregação de procedimentos e da manutenção de registos atualizados de adjudicatários aprovados ou certificados, estabelecendo prazos adequados para a submissão de propostas e recorrendo a procedimentos *online*).
2. **Estabelecer requisitos claros e reduzir a previsibilidade dos procedimentos:** os requisitos devem ser claros e objetivos, os procedimentos regulares (considerando o seu *timing*, valor e número de contratos) devem ser evitados e as autoridades públicas devem ponderar a organização conjunta de procedimentos com outras entidades adjudicantes.
  3. **Formar os recursos humanos e escrutinar a informação dos procedimentos,** implementando programas de formação contínua de colaboradores; recolhendo informação relativa a concursos anteriores; revendo, periodicamente, propostas históricas para certos produtos e serviços; comparando a lista de empresas interessadas e a lista de concorrentes que apresentaram proposta; conduzindo entrevistas junto dos concorrentes que desistiram ou possuem um historial de apresentação de propostas não vencedoras; promovendo canais de comunicação para as empresas poderem reportar as suas preocupações relativamente aos comportamentos de empresas concorrentes; e incentivando os funcionários a denunciarem comportamentos suspeitos à Autoridade da Concorrência.
  4. **Definir critérios de avaliação e adjudicação que promovam a concorrência,** ponderando, com prudência, todos os critérios não relacionados com o preço (se os mesmos forem usados, devem ser definidos clara e objetivamente); não valorando desempenhos passados sem razão justificativa; e revendo o impacto dos critérios de seleção na intensidade da concorrência, no procedimento em causa e em propostas futuras.
  5. **Mitigar oportunidades de comunicação entre concorrentes:** quaisquer contactos entre a entidade adjudicante e concorrentes devem ser conduzidos individualmente; deve ser promovido o anonimato das propostas; a informação disponibilizada pela entidade adjudicante deve ser ponderada cautelosamente; quando haja recurso a consultores externos, devem ser solicitadas declarações de confidencialidade e de ausência de conflitos de interesses; a intenção de subcontratar deve ser previamente revelada pelos concorrentes; os documentos do procedimento devem incluir referências às consequências da violação das normas de direito da concorrência, bem como prever uma “declaração de independência” da proposta.

## Comentário

A Campanha “Combate ao Conluio”, presentemente em curso, representa um investimento significativo da parte da Autoridade da Concorrência na formação de entidades adjudicantes com vista a prevenir e investigar comportamentos de conluio.

Declarações recentes da Autoridade da Concorrência sugerem que várias investigações foram já iniciadas a possíveis comportamentos colusivos em procedimentos de contratação pública na sequência da campanha. Embora não se saiba se tais investigações conduzirão a decisões condenatórias adicionais, as empresas que participem regularmente em procedimentos de contratação pública em Portugal devem estar conscientes de que o combate ao conluio no âmbito da contratação pública é considerado uma das prioridades da Autoridade e que esta área continuará a estar sujeita a apertado escrutínio.

Por esta razão, é aconselhável que as empresas que operem em mercados de contratação pública e respetivos assessores, incluindo consultores externos, desenvolvam programas de *compliance* de concorrência eficazes de modo a mitigar eventuais riscos de comportamentos colusivos. As empresas ativas nesta área deverão ainda ponderar aconselhamento especializado em matéria de concorrência, designadamente quando pretendam submeter propostas conjuntas com concorrentes, estar presentes em encontros juntamente com outros concorrentes, ou selecionar uma empresa de consultoria que possa estar a assessorar também outras empresas concorrentes.

## TRIBUNAL GERAL DA UE REITERA DIREITOS PROCESSUAIS DAS PARTES NO PROCEDIMENTO DE CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES DA UE E ANULA A DECISÃO DA COMISSÃO QUE PROIBIU A TRANSAÇÃO UPS/TNT



Philipp Melcher



Leonor Bettencourt  
Nunes

Em acórdão adotado a 7 de março de 2017, no processo T-194/13<sup>14</sup>, o Tribunal Geral da UE (TG) anulou a decisão da Comissão Europeia (“Comissão”) a proibir a aquisição pela United Parcel Service (UPS) do seu concorrente TNT Express (TNT)<sup>15</sup>.

### Enquadramento

Em junho de 2012, a UPS notificou a proposta de aquisição da TNT à Comissão para aprovação no âmbito do procedimento de controlo de concentrações. Tanto a UPS como a TNT são prestadores de serviços de entrega internacional rápida de pequenas encomendas no Espaço Económico Europeu (EEE). Na sua decisão de proibição, de janeiro de 2013, a Comissão concluiu que a transação iria reduzir o número de prestadores de serviços de relevo neste mercado para três, ou mesmo dois (UPS/TNT e a DHL e/ou FedEx), resultando, provavelmente, em aumentos de preços substanciais para os consumidores e, assim, num entrave significativo à concorrência efetiva em 15 Estados-Membros.

Em outubro de 2012, durante a fase de investigação aprofundada, a Comissão informou as partes, na sua comunicação de objeções da avaliação preliminar, de que a transação resultaria provavelmente num entrave significativo à concorrência efetiva em 29 Estados-Membros. Para a sua avaliação, a Comissão baseou-se numa análise econométrica com vista a prever os efeitos da concentração nos preços, a qual foi contestada pelas partes por se fundar num modelo inconsisten-

te. Na sequência da discussão com as partes e de análises econométricas fundadas em diferentes modelos, a Comissão proibiu a transação, tendo concluído que a mesma originaria um entrave significativo à concorrência efetiva em 15 Estados-Membros. Todavia, a Comissão acolheu na sua decisão final um modelo materialmente diferente do apresentado aquando da comunicação de objeções e dos modelos subsequentes discutidos com as partes.

A UPS optou por recorrer da decisão de proibição para o TG, alegando, entre o mais, que a decisão em causa violava os seus direitos de defesa, uma vez que não lhe fora dada oportunidade de acesso e pronúncia relativamente ao modelo econométrico efetivamente utilizado pela Comissão para bloquear a transação. O TG considerou o pedido da UPS bem fundado e procedeu à anulação da decisão de proibição.

### O Acórdão do Tribunal Geral

#### Direitos de Defesa

O TG reiterou que a observância dos direitos de defesa é um direito fundamental, o qual deve ser garantido em todos os procedimentos, incluindo os procedimentos de controlo de concentrações junto da Comissão. O direito de pronúncia incluído naqueles exige que as partes de uma concentração devam ter a oportunidade de, durante o procedimento administrativo, apresentar a sua análise quanto à veracidade e relevância

<sup>14</sup> EU:T:2017:144.

<sup>15</sup> Decisão da Comissão Europeia de 30 de janeiro de 2013, no processo COMP/M.6570 – UPS/TNT Express.

dos factos, circunstâncias e documentos que servem de base às decisões da Comissão.

Atendendo a que a versão final do modelo econométrico na qual se fundou a Comissão, na decisão, para determinar que a transação originaria um entrave significativo à concorrência efetiva em 15 Estados-Membros não fora comunicada à UPS durante o procedimento administrativo, apesar de diferir materialmente de todas as versões anteriormente discutidas, o TG concluiu pela verificação de uma violação dos direitos de defesa da UPS.

### **Necessidade de celeridade nos procedimentos de concentrações**

Relativamente ao argumento ensaiado pela Comissão de que a opção pelo modelo econométrico acolhido para a sua análise final fora protelada para a decisão final, dado o atraso da UPS na apresentação da sua última análise econométrica, o TG reiterou que, apesar da necessidade de celeridade associada aos procedimentos de controlo de concentrações (tendo em conta os curtos prazos para a análise de transações pela Comissão), a Comissão optou pelo modelo econométrico definitivo dois meses antes da adoção da sua decisão final, pelo que poderia ter comunicado os seus termos à UPS.

### **A UPS poderia ter assegurado uma melhor defesa**

Em todo o caso, para que a violação dos seus direitos de defesa implicasse uma anulação da decisão de proibição, a UPS teve de demonstrar que poderia ter assegurado uma melhor defesa na ausência da violação. A Comissão replicou que a sua decisão se fundou num vasto leque de informação, tanto quantitativa – incluindo a análise econométrica – como qualitativa, pelo que a ausência de tal violação não teria impacto na sua conclusão final.

O TG considerou que a Comissão reduziu o número de Estados-Membros nos quais concluiu que a transação originaria um entrave significativo à concorrência efetiva (de 29 para 15) com base na revisão da sua análise econométrica – o que demonstra que tal análise se afigurava como suscetível de contrapor a informação qualitativa que foi tida em conta –, e que a UPS teve, durante o procedimento, uma influência significativa no desenvolvimento do modelo proposto pela Comissão, identificando inconsistências técnicas e apresentado as respetivas soluções.

O acesso ao modelo final poderia, por conseguinte, ter permitido à UPS a apresentação de resultados diferentes quanto aos efeitos da transação nos preços, o que poderia ter levado a Comissão a reavaliar a informação tida em consi-

deração para efeitos da sua análise e, por essa via, a uma nova redução do número de Estados-Membros nos quais a transação constituiria um entrave significativo à concorrência efetiva.

## Comentário

O presente acórdão do TG veio reforçar a lista de casos recentes em que os tribunais da UE reafirmam os direitos processuais das partes, em particular quanto a investigações de cartel, e reiterar a importância da observância destes direitos também no âmbito do procedimento de controlo de concentrações, apesar da reconhecida necessidade de celeridade destes procedimentos. O escrutínio judicial restrito relativamente aos direitos processuais das partes é particularmente relevante atendendo à fiscalização judicial limitada comumente praticada relativamente à substância das análises da Comissão.

É igualmente de assinalar que este julgamento veio estender o escrutínio judicial aos casos em que a Comissão se alicerça em análises econométricas, as quais são atualmente uma característica recorrente de procedimentos de controlo de concentrações mais complexos. Nestes casos, é essencial que as empresas em causa tenham conhecimento dos modelos analíticos utilizados para determinar os efeitos de uma concentração, sob pena de não poderem contestar eficazmente os resultados dessas análises.

Em termos práticos, o acórdão em apreço incute uma pressão adicional à Comissão na estruturação das suas investigações, de forma a garantir que o modelo econométrico ou não é alterado após a comunicação de objeções ou, na eventualidade de o ser, que a sua versão final é comunicada tempestivamente às partes para a permitir a sua pronúncia e subsequente análise pela Comissão na sua decisão final. Por forma a evitar a interação prolongada com as partes, a Comissão poderá retrair-se, no futuro, quanto à opção de basear as suas conclusões em análises econométricas.

Ainda que o acórdão se afigure positivo da perspetiva das partes notificantes, em geral, não terá grande utilidade para a UPS, uma vez que a TNT foi entretanto adquirida pela FedEx e que as suas possibilidades de obtenção de ressarcimento por parte da UE, nos termos do artigo 340.º, n.º 2, do TFUE, se apresentam como muito limitadas.

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

## AUTORIDADE ANTITRUSTE BRASILEIRA APROVA ACORDO ENTRE LATAM, IBÉRIA E BA

A autoridade concorrencial brasileira – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – aprovou, em 27 de março de 2017, um *Joint Business Agreement* (JBA) entre a TAM Linhas Aéreas S.A. (“LATAM”), a Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal (“Iberia”) e a British Airways Pico (“BA”) (em conjunto, as “Companhias”).

O acordo, que engloba o transporte aéreo de passageiros e cargas nas rotas Europa-América do Sul, foi apresentado ao CADE, em junho de 2016. Tal acordo prevê uma “neutralidade de aeronaves”, ou seja, as Companhias comercializarão todos os produtos e serviços como se estes fossem ofertados por suas próprias malhas aéreas, independentemente do operador ou vendedor.

O JBA prevê a existência de uma decisão conjunta na oferta de assentos, precificação, compras, vendas, marketing e capacidade, além do compartilhamento de receitas, assemelhando-se aos efeitos de uma fusão tradicional, com a combinação de ativos.

De acordo com a análise do CADE, a operação geraria preocupações do ponto de vista concorrencial, em especial no transporte aéreo de passageiros na rota direta São Paulo-Londres. No entender do CADE, a operação criaria praticamente um monopólio nessa rota. Ainda

de acordo com o CADE, as eficiências apresentadas pelas Companhias não foram suficientes para contrabalancear a criação de tal monopólio, de forma que a operação foi aprovada, mas condicionada à aplicação de remédios, que foram acordados entre o CADE e as Companhias. O intuito desses remédios foi o de eliminar as barreiras à entrada na rota direta São Paulo-Londres, como forma de limitar o exercício do eventual poder de mercado das Companhias e estimular o repasse dos benefícios da operação ao consumidor final.

Nesse sentido, as Companhias obrigaram-se a disponibilizar *slots* nos aeroportos “London Heathrow” e “London Gatwick”, para um potencial entrante no mercado, sem custos e pelo prazo de dez anos, para uso em voos diários, sem escala, partindo do aeroporto de Guarulhos, em São Paulo. Essa obrigação foi aceita pelo CADE, após o órgão conduzir os testes de mercado, por meio dos quais empresas aéreas concorrentes demonstraram interesse em operar a rota apenas se o *slot* fosse dado sem custos e por prazo não inferior a dez anos.

Além disso, o CADE entendeu haver uma barreira adicional à entrada de concorrentes em voos internacionais. Na visão do CADE, seria necessário garantir a possibilidade de uma empresa entrante captar passageiros provenientes de outras cidades, de forma a atingir a ca-

pacidade mínima necessária para operar seus voos. As Companhias se comprometeram a formalizar um *Special Prorate Agreement* (SPA ou “acordo de *interline*”) com o potencial entrante, para voos saindo das cidades de São Paulo e de Londres. De acordo com o SPA, o potencial entrante poderá escolher quinze rotas a partir de Londres e oito rotas a partir de Guarulhos, sob condições de “nação mais favorecida” em relação aos SPA firmados com outras companhias aéreas – com exceção daqueles firmados com membros da aliança OneWorld.

Na hipótese de nenhum potencial entrante manifestar interesse na operação da rota São Paulo-Londres nessas condições, as Companhias comprometeram-se a manter o nível de capacidade (oferta de assentos) atualmente operado por elas nessa mesma rota, pelo prazo de sete anos. Tal compromisso vale, inclusive, na hipótese de uma nova empresa aérea entrar na rota e posteriormente decidir abandoná-la.

Por fim, a LATAM deverá criar duas novas rotas adicionais entre o Brasil e a Europa, uma delas partindo de uma cidade que não seja São Paulo ou Rio de Janeiro. O compromisso valerá pelo prazo de sete anos. As origens e destinos das novas rotas serão escolha das próprias Companhias, de modo a minimizar o impacto em suas malhas aéreas.

Acordos JBA são relativamente comuns na Europa, Estados Unidos, Austrália, Japão e Canadá, mas foi a primeira vez que o CADE analisou em detalhes um JBA entre companhias aéreas com presença elevada nas mesmas rotas.



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.*

#### LISBOA

Rua Castilho, 165  
1070-050 Lisboa  
Telefone: (+351) 213 817 400  
Fax: (+351) 213 817 499

mlgtslisboa@mlgts.pt

Em associação

LUANDA, ANGOLA  
ALC Advogados

#### PORTO

Av. da Boavista, 3265 - 4.2  
Edifício Oceanvs – 4100-137 Porto  
Telefone: (+351) 226 166 950  
Fax: (+351) 226 163 810

mlgtsporto@mlgts.pt

MAPUTO, MOÇAMBIQUE  
Mozambique Legal Circle

#### MADEIRA

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

mlgtsmadeira@mlgts.pt

MACAU, CHINA  
MdME | Lawyers | Private Notary

Member

**LexMundi**  
World Ready

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

Esta publicação é meramente informativa, não constituindo fonte de aconselhamento jurídico nem contendo uma análise exaustiva de todos os aspetos dos regimes a que se refere. A informação nela contida reporta-se à data da sua divulgação, devendo os leitores procurar aconselhamento jurídico antes de aplicá-la em questões ou operações específicas. É vedada a reprodução, divulgação ou distribuição, parcial ou integral, do conteúdo desta publicação sem consentimento prévio. Para mais informações, contacte-nos, por favor, através do endereço com.pr@mlgts.pt.