



EUROPEU  
E  
CONCORRÊNCIA

## NESTA EDIÇÃO

### ARTIGOS

Controlo exclusivo negativo nas operações de concentração  
Concentração no sector dos cafés com sabor suave.  
Primeira decisão sobre controlo exclusivo negativo 2

Estatuto da clemência e condenação de administradores  
Autoridade da Concorrência condena “Cartel das Cantinas” 3

O Tratado de Lisboa  
Evolução da União Europeia: o Tratado de Lisboa em perspectiva 4

### CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

Protocolo de Cooperação Técnica – Portugal / Brasil 5



# Concentração no sector dos cafés com sabor suave. Primeira decisão sobre controlo exclusivo negativo

Joaquim Vieira Peres / Alberto Saavedra  
vieira.peres@mlgts.pt / asaavedra@mlgts.pt

## T RANSACÇÃO

Em 30 de Outubro de 2009, o Conselho da Autoridade da Concorrência (“Autoridade”) decidiu não se opor a uma operação de concentração por entender que a mesma não era susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual pudessem resultar entraves significativos à concorrência efectiva no *mercado nacional da produção e distribuição de cafés torrados*. A transacção consistia na aquisição do controlo exclusivo negativo pela “Unicer - Bebidas de Portugal” sobre a “NewCoffee II”, uma sociedade gestora de participações sociais noutras sociedades, em particular em sociedades activas no sector dos cafés (produção e comercialização de cafés e de produtos conexos).<sup>1</sup>

### CONTROLO EXCLUSIVO NEGATIVO

A concentração resultava da aquisição de uma participação social minoritária entre 30% e 40% na Newcoffee II. *In casu*, a notificante era ainda detentora de direitos de veto em matérias tais como direitos especiais de voto relativamente às decisões adoptadas na assembleia-geral de accionistas e na nomeação dos membros do conselho de administração e que, portanto, iam para além dos direitos de veto normalmente conferidos aos accionistas minoritários.

Assim, a notificante beneficiaria de um grau de influência similar ao que usualmente usufrui um accionista que dispõe de controlo conjunto numa empresa, i.e., o poder de bloquear decisões estratégicas. Contudo, e ao invés da situação em que uma empresa é controlada em regime de controlo conjunto, nenhum dos restantes accionistas beneficiava do mesmo grau de influência e a notificante não tinha inevitavelmente de cooperar com os accionistas remanescentes para determinar o comportamento estratégico da NewCoffee II.

A Autoridade considerou ainda que, dado que a notificante poderia provocar uma situação de impasse (“*deadlock*”), este accionista adquiriria uma “influência decisiva” na aceção do Artigo 8.º, n.ºs 1 e 3 da Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho). Finalmente, a Autoridade concluiu que a notificante era a única accionista com o poder de bloquear decisões estratégicas da empresa-alvo, em virtude do conjunto de direitos de veto consagrados no acordo parassocial, o que foi considerado suficiente para qualificar esta situação como controlo exclusivo negativo. ■

“ESTA DECISÃO REVESTE EXTREMA IMPORTÂNCIA PARA O *ACQUIS* DA PRÁTICA DECISÓRIA DA AUTORIDADE, DADO QUE É A PRIMEIRA CONCENTRAÇÃO EM QUE A AUTORIDADE EXPLORA O CONCEITO DE CONTROLO EXCLUSIVO NEGATIVO.”

“UMA ALTERAÇÃO DE CONTROLO NEGATIVO PARA POSITIVO NÃO IMPLICA UMA MODIFICAÇÃO DA NATUREZA DO CONTROLO PARA EFEITOS DE APRECIÇÃO PRÉVIA DE CONCENTRAÇÕES.”

### COMENTÁRIO

Esta decisão reveste extrema importância para o *acquis* da prática decisória da Autoridade, dado que é a primeira concentração em que a Autoridade explora o conceito de “controlo exclusivo negativo”. Ademais, esta decisão é, em teoria, relevante para as empresas que estejam numa situação análoga à da parte notificante nesta transacção e que pretendam reforçar a sua participação accionista na respectiva empresa-alvo. Na circunstância de alguma dessas empresas se tornar apta a adoptar sozinha as decisões comerciais estratégicas da outra empresa (por exemplo, ao adquirir a maioria dos direitos de voto), então não haverá lugar a alteração da natureza do controlo e não será necessária uma notificação à Autoridade. Por outras palavras, uma alteração de controlo negativo para positivo não implica uma modificação da natureza do controlo para efeitos de apreciação prévia de concentrações. A fundamentação da Autoridade é ainda consistente com a “*Comunicação Consolidada da Comissão Europeia em Matéria de Competência relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas*”, uma vez que em ambos os casos (negativo e positivo) o controlo é sempre qualificado de exclusivo.

<sup>1</sup>Um comunicado de imprensa e a respectiva decisão da Autoridade (processo “CCent. No 39/2009 - Unicer/Newcoffee II”) encontram-se disponíveis em: <http://www.concorrenca.pt/bdoc/ProcessoFicha.aspx?idProcesso=13042>.

# Autoridade da Concorrência condena “cartel das cantinas”<sup>1</sup>

Pedro de Gouveia e Melo / Luís do Nascimento Ferreira  
pgmelo@mlgts.pt / lferreira@mlgts.pt

No passado mês de Dezembro, a Autoridade da Concorrência sancionou um conjunto de cinco empresas activas no negócio da restauração colectiva com coimas no montante total de cerca de 14,7 milhões de euros, por alegadas práticas restritivas da concorrência no mercado das refeições e serviços de gestão e exploração de espaços de restauração colectiva (e.g., cantinas, refeitórios e restaurantes). As empresas envolvidas, as de maior dimensão no mercado nacional - Trivalor, Eurest, Uniself, ICA / Nordigal e Sodexo - sofreram sanções individuais que variaram aproximadamente entre 6,8 milhões e 357 mil euros.

Trata-se do primeiro caso em que foi aplicada a chamada “Lei da Clemência” e em que foram condenados administradores e gerentes das empresas em causa, em coimas no total de 20.000 euros.

## AS CONDUTAS CONDENADAS PELA AUTORIDADE

De acordo com a informação disponível, as empresas em causa terão celebrado um acordo através do qual procederam, entre 1998 e 2007, a uma fixação dos preços que apresentariam em concursos ou convites à contratação dos serviços em apreço. A Autoridade sustenta que as empresas sancionadas procuravam por esta via «*garantir a manutenção dos respectivos clientes*», através de um «*direito de preferência*» na contratação das «*empresas incumbentes*» em relação às suas concorrentes, e assim repartir os mercados entre si. Ainda segundo a Autoridade, o acordo incluía uma compensação a receber por cada participante das suas concorrentes no caso de uma prestação de serviços não lhe ser adjudicada, bem como a possibilidade de as empresas, se insatisfeitas com as condições de preço propostas pelo cliente, provocarem a abertura de novo concurso, no qual as suas concorrentes colaborariam com a «*apresentação de propostas de preços mais altos*».

A Autoridade terá também condenado as empresas em causa pela prática de «*intercâmbio de informações sensíveis*», com o efeito de restringir, de forma sensível, a concorrência no mercado. Esta infracção - que acabou por não ser punida autonomamente dada a maior gravidade do acordo acima referido, tendo este “absorvido” aquela numa única infracção - foi considerada pela Autoridade também como «*muito grave*», uma vez que terá representado a

## TRATA-SE DO PRIMEIRO CASO EM QUE FOI APLICADA A CHAMADA “LEI DA CLEMÊNCIA” E EM QUE FORAM CONDENADOS ADMINISTRADORES E GERENTES DE EMPRESAS ENVOLVIDAS EM ILÍCITOS JUSCONCORRENCIAIS

criação de um mecanismo de cooperação que substituiu a incerteza normal quanto à conduta das empresas no mercado.

## PRIMEIRA APLICAÇÃO DO REGIME DA CLEMÊNCIA

O designado “cartel das cantinas” corresponde à primeira decisão condenatória em Portugal adoptada ao abrigo do “regime jurídico da clemência”, criado pela Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto.

O mecanismo legal de clemência foi aqui usado em toda a sua extensão, uma vez que a Autoridade adoptou uma decisão de dispensa de coima (também dita de imunidade total) em relação a um dos participantes na infracção. A dispensa de coima só pode ser atribuída em situações de “*first in*”, ou seja, no caso de uma pessoa singular ou colectiva ser a primeira a fornecer à Autoridade da Concorrência informações e elementos de prova que permitam provar a existência de uma infracção à Lei da Concorrência quando a Autoridade não tenha ainda procedido à abertura de um inquérito<sup>2</sup>.

É possível antever a partir dos elementos disponíveis neste caso que o processo terá sido iniciado após denúncia de um (actual ou antigo) membro dos órgãos de gestão da Eurest. Uma vez que este denunciante individual foi dispensado da aplicação de qualquer sanção nos termos da lei da clemência - foi aliás o único administrador das empresas envolvidas que não foi sancionado -, e que a Eurest foi uma das empresas sancionadas com a maior coima, presume-se, como aliás parece resultar do comunicado de imprensa divulgado pela Autoridade, que o administrador em causa apenas terá apresentado um pedido de clemência a título individual, não abrangendo a respectiva empresa.

## PRIMEIRA CONDENAÇÃO DE TITULARES DE ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO

Foi ainda a primeira vez que a Autoridade aplicou uma sanção pecuniária aos representantes legais das empresas participantes numa infracção às regras de concorrência.

No comunicado de imprensa que acompanhou a adopção da decisão, a Autoridade fez saber que o principal objectivo por si visado ao aplicar coimas aos representantes legais das empresas sancionadas é o de evidenciar que quem administra empresas deve fazê-lo no âmbito das regras de concorrência, procurando assim prevenir os ilícitos jusconcorrenciais. Segundo a Autoridade, a gravidade das infracções imputadas a estas pessoas singulares decorre «*das práticas restritivas que deviam ter evitado, em razão da sua posição de liderança nas empresas arguidas*». Estas declarações fazem antever que, de futuro, na presença de prova bastante do envolvimento em infracções desta natureza, a Autoridade venha a fazer uso deste expediente mais vezes e eventualmente com maior severidade. ■

## RECURSOS E ACÇÕES JUDICIAIS DE INDEMNIZAÇÃO

**Independentemente da fase de recursos judiciais que se possa seguir, este caso parece reunir todos os ingredientes para captar a atenção das entidades lesadas pelo alegado cartel - em primeira linha, as entidades públicas e privadas que tenham utilizado os serviços de *catering* das empresas em causa durante o período de vigência da infracção, ou que com estas hajam contratado a gestão e exploração dos respectivos espaços de restauração colectiva (no exemplo da Autoridade: hospitais, escolas, prisões, empresas e estações de serviço).**

**Às empresas lesadas por uma violação das regras de concorrência assiste o direito de instaurar acções de indemnização nos tribunais nacionais, com o objectivo de obter uma compensação pelos danos sofridos em resultado desse incumprimento. Neste tipo de acções de responsabilidade civil, a prova do ilícito está facilitada pela circunstância de a decisão da Autoridade da Concorrência, quando transitada em julgado, fazer prova junto dos tribunais. Recentes notícias na imprensa indicam aliás que o Governo está a considerar recorrer aos tribunais com vista a recuperar os prejuízos sofridos pelo Erário público em resultado da acção do alegado cartel.**

<sup>1</sup>Cfr. a versão desenvolvida deste texto no *Briefing* publicado em Janeiro de 2010. <sup>2</sup>Estão também disponíveis reduções substanciais de coimas aos denunciadores que contactem a Autoridade e apresentem informações e elementos de prova relevantes após a abertura de inquérito.



# Evolução da União Europeia: o Tratado de Lisboa em perspectiva

Mariana de Sousa Alvim  
msalvim@mlgts.pt

“O TRATADO PROMOVE  
E DEFENDE OS VALORES DA UE  
CONFERINDO FORÇA JURÍDICA  
VINCULATIVA À CARTA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UE.”

**A**pós alguns anos de negociação política o Tratado de Lisboa (“*Tratado*”) entrou em vigor a 1 de Dezembro de 2009. O Tratado prevê para a União Europeia (“*UE*”) instituições mais modernas e métodos de trabalho mais adequados para poder fazer face, de modo eficiente e eficaz, aos desafios da actualidade. O Tratado incorpora nos dois Tratados existentes uma parte significativa das melhorias introduzidas pelo anterior projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: o Tratado da União Europeia (“*TUE*”) e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, que é renomeado Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“*TFUE*”).

O Tratado estabelece que a UE tem agora personalidade jurídica<sup>1</sup> e reúne as competências anteriormente atribuídas à Comunidade Europeia. A acção da UE é facilitada pela supressão da distinção entre áreas de política - designadas “pilares” - que caracterizavam a anterior estrutura institucional no que respeita à cooperação policial e judiciária em matéria penal.

O Tratado promove e defende os valores da UE conferindo força jurídica vinculativa à Carta dos Direitos Fundamentais da UE, conforme adoptada em Estrasburgo.<sup>2</sup> Além disso, reconhece expressamente a possibilidade de a União aderir à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>3</sup>. Acresce que o Tratado dispõe, expressamente, que o direito da UE tem primazia sobre o direito dos Estados-Membros<sup>4</sup>.

Numa perspectiva institucional, o Tratado reforça o papel e as competências do Parlamento Europeu e da Comissão Europeia, revê o sistema de votação por maioria qualificada no Conselho, e consagra o procedimento de co-decisão interinstitucional como mecanismo comum de decisão. No âmbito da Política Externa e de Segurança Comum (“*PESC*”) é mantida a regra da votação por unanimidade<sup>5</sup>.

A jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia é alargada, nomeadamente ao domínio da Justiça e dos Assuntos Internos, e o Tribunal

de Primeira Instância é renomeado Tribunal Geral da União Europeia. Além disso, os Parlamentos nacionais passam a ter um papel mais relevante ao nível da aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, passando a poder intervir na fase preliminar do processo legislativo, no momento anterior à análise pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da proposta legislativa. O Tratado clarifica, igualmente, a repartição de competências entre a UE e os Estados-Membros<sup>6</sup>.

O Tratado cria ainda o Alto Representante para os Negócios Estrangeiros e Política de Segurança, que conduz a PESC e que tem um papel central nas relações externas da UE, bem como no contexto da política externa e de segurança da UE.

Por último, o Tratado estabelece a possibilidade de um Estado-Membro sair da UE, em conformidade com as respectivas normas constitucionais<sup>7</sup>.

O Tratado cria também o cargo permanente de Presidente do Conselho Europeu, nomeado pelo próprio Conselho Europeu por um período de dois anos e meio. Sem prejuízo das atribuições conferidas pelo Tratado ao Alto Representante da União para os Negócios estrangeiros e a Política de Segurança, o Presidente do Conselho Europeu assegura a representação externa da UE nas matérias relativas à PESC.<sup>8</sup> ■

## CONCLUSÃO

**O Tratado de Lisboa representa um novo passo para uma Europa mais democrática e transparente, com um papel reforçado do Parlamento Europeu, com regras de votação simplificadas ao nível do processo legislativo, e promove os valores da União ao introduzir a Carta dos Direitos Fundamentais no Tratado, e ao prever novos mecanismos de solidariedade entre Estados-Membros, assegurando ainda uma protecção mais eficaz dos cidadãos europeus.**

“O TRATADO PREVÊ PARA A UNIÃO  
EUROPEIA (“UE”) INSTITUIÇÕES  
MAIS MODERNAS E MÉTODOS DE  
TRABALHO MAIS ADEQUADOS PARA  
PODER FAZER FACE, DE MODO  
EFICIENTE E EFICAZ, AOS DESAFIOS  
DA ACTUALIDADE.”

<sup>1</sup>Cfr. artigo 47.º do TUE. <sup>2</sup>Cfr. artigo 6.º,§1 do TUE e Declaração n.º 1. <sup>3</sup>Cfr. artigo 6.º,§2 do TUE. <sup>4</sup>Cfr. Declaração n.º 17 do Tratado. <sup>5</sup>Cfr. artigo 24.º do TUE. <sup>6</sup>Cfr. Parte I, Título I, do TFUE. <sup>7</sup>Cfr. artigo 50.º, n.º 1, TUE. <sup>8</sup>Cfr. artigo 15.º TUE.



## CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

Lauro Celidonio Neto /  
 Patrícia Avigni / Paula S.J.A.Amaral Salles  
 lauro@mattosfilho.com.br / patricia@mattosfilho.com.br  
 pandrade@mattosfilho.com.br / www.mattosfilho.com.br

# Protocolo de Cooperação Técnica - Portugal / Brasil

**F**m 14/01/2010 o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Autoridade da Concorrência de Portugal renovaram o Protocolo de Cooperação Técnica firmado em 2005, propondo-se a continuar agindo em parceria para desenvolver projetos de interesse de ambos os países na defesa da ordem econômica.

O recente Protocolo foi assinado durante a cerimônia de abertura da III Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência, organizada pela Autoridade da Concorrência de Portugal. O Brasil foi representado pela Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça, membros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da Secretaria de Acompanhamento Econômico e pelo Embaixador do Brasil em Portugal, Celso Marcos Vieira de Souza.

Portugal e Brasil concordaram em colocar à disposição um do outro seus respectivos acervos de decisões e notas técnicas, prestar assistência técnica qualificada, realizar consultas mútuas, organizar eventos, seminários e palestras e atuar conjuntamente perante outros órgãos internacionais. As autoridades também se dispuseram intercambiar dados sobre a evolução de mercados, setores econômicos e práticas decisórias.

O Protocolo de Cooperação Técnica tem sido uma iniciativa positiva das autoridades de Portugal e do Brasil, que reforça o vínculo histórico, o intercâmbio e o desenvolvimento entre os países. Contudo, a implementação da parceria deve necessariamente respeitar os princípios legais e jurídicos que norteiam os ordenamentos jurídicos

e legislações internacionais para trazer benefícios às políticas comuns de defesa econômica.

Dentre os novos compromissos assumidos pelas autoridades estão consultas mútuas, troca de informações e *a iniciativa de comunicar a existência de atividades que possam ser anticompetitivas em suas respectivas jurisdições*. Infere-se que indícios de práticas anticoncorrenciais podem ser objeto de troca entre as autoridades.

Não está claro se o emprego da palavra "informações" no contexto do Protocolo possui sentido amplo, abrangendo não somente a comunicação oral ou escrita entre as autoridades, mas também documentos materiais e eletrônicos de todo o tipo e conteúdo. Acredita-se que a idéia seja pôr em prática o intercâmbio total, sem reservas, para atingir o escopo da parceria.

O Protocolo não trata da hipótese de recusa de uma autoridade em colaborar com a outra, porém abre essa possibilidade ao estabelecer que nenhuma parte será obrigada a fornecer informações à outra, se esse fornecimento for vedado por lei ou se for incompatível com seus "interesses relevantes". Parece haver alguma discricionariedade nesta cooperação.

Há também o compromisso das partes de manter a confidencialidade das informações fornecidas sob sigilo, sendo proibido disponibilizar a terceiros as informações trocadas no âmbito da parceria. Não há, contudo, previsão sobre a extensão do uso que uma autoridade poderá fazer com as informações recebidas da outra. Este ponto é extremamente delicado e merece reflexões.

No Brasil, a chamada "prova emprestada" é um tema em constante debate. Ela consiste no transporte da prova de um processo para outro. Para que isso possa ocorrer validamente, alguns requisitos devem ser necessariamente observados, sempre tendo como parâmetro a Constituição Federal e o *due process of law*. (i) os processos devem ser da mesma jurisdição (civil ou criminal); (ii) a prova emprestada deve ter sido produzida num processo em que figuram as mesmas partes, ou pelo menos a parte contra quem será apresentada a prova; e (iii) as partes devem ter ciência prévia da prova, conforme determina o princípio do contraditório.

Grande parte dos doutrinadores brasileiros entende ser inviável o empréstimo de prova produzida no exterior, pois órgãos jurisdicionais estrangeiros não exercem jurisdição brasileira. Admite-se, contudo, que a prova possa ser produzida em outro país se for impossível realizá-la no Brasil (como, por exemplo, oitiva de testemunhas e perícia em bens situados fora do território brasileiro). Vê-se, portanto, que são hipóteses específicas e motivadas que justificam a transferência de provas entre o Brasil e países estrangeiros.

A colaboração entre autoridades concorrenciais do mundo inteiro é louvável. A forma pela qual as parcerias são colocadas em prática irá determinar o sucesso do intercâmbio e a garantia do bem estar social através da troca de experiências entre os países.

O Protocolo, aliás, visa também promover esforços para a dinamização da Rede Lusófona da Concorrência, que abrange Portugal, Brasil, Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor Leste. ■

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

### 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

### MADEIRA

Avenida Arriaga, Edifício Marina Club, 73, 2º  
 Sala 212 – 9000-060 Funchal  
 Tel.: (+351) 291 200 040  
 Fax: (+351) 291 200 049  
 mlgtsmadeira@mlgts.pt

MEMBER  
**LEX MUNDI**  
THE WORLD'S LEADING ASSOCIATION OF INDEPENDENT LAW FIRMS

Parceria no Brasil com  
 Mattos Filho, Veiga Filho,  
 Marrey Jr. e Quiroga

ISSN 1647-2721

www.mlgts.pt