



EUROPEU
E
CONCORRÊNCIA

NESTA EDIÇÃO

ARTIGOS

Recusa em agir

Um bom exemplo da importância do controlo judicial dos critérios da Comissão para recusar queixas por alegadas práticas anti-concorrenciais

02

O caso E.ON

Cuidado com a empregada da limpeza? Quebra de selo da Comissão Europeia pode custar 38 milhões de euros a uma empresa

03

Abuso de posição dominante

Acórdão *TeliaSonera*: Orientações do Tribunal de Justiça sobre compressão de margens (*margin squeeze*) por empresas dominantes

04

Práticas restritivas nacionais

Autoridade da Concorrência sanciona ANEPE e acordo vertical no sector hospitalar

05

Compromissos em concentrações

Autoridade da Concorrência procede a consulta pública sobre concentrações

06

NOTÍCIAS BREVES

Carlos Botelho Moniz eleito para a Presidência da Direcção do CAPDC e para o Comité Executivo da UAE

07

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

Recente evolução das multas em casos de cartel no Brasil

08



Um bom exemplo da importância do controlo judicial dos critérios da Comissão para recusar queixas por alegadas práticas anti-concorrenciais

Margarida Rosado da Fonseca
margarida.rfonseca@mlgts.pt

Carquivamento pela Comissão Europeia (“Comissão”) de uma queixa por alegadas práticas anticoncorrenciais em violação dos Artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) pode revelar-se um tema “sensível”. Com efeito, poderá implicar a tomada em consideração de alguns factores complexos cuja interpretação nem sempre é clara e que reforçam a importância do seu escrutínio judicial.

A este propósito, o acórdão do Tribunal Geral da União Europeia (“Tribunal Geral”) de 15 de Dezembro de 2010 no processo T-427/08, *Confederação europeia das associações de relojoeiros reparadores* (“CEAHR”) c. *Comissão Europeia*, tem uma relevância particular. A CEAHR é uma organização sem fins lucrativos a que pertencem sete associações nacionais de seis Estados-membros e que representa os interesses de relojoeiros reparadores independentes. A mesma confederação apresentou uma queixa à Comissão contra várias empresas que estão activas no sector do fabrico de relógios, incluindo a Richemont (que interveio a favor da Comissão em sede de recurso contencioso), sobre a alegada existência de um acordo ou prática concertada entre os mesmos fabricantes e igualmente o abuso de posição dominante que resultaria da recusa em os mesmos fornecerem peças sobresselentes a distribuidores independentes. A Comissão adoptou a Decisão C(2008) 3600 de 10 de Julho de 2008 no processo COMP/E-1/39097 (“Decisão”), rejeitando a queixa da CEAHR

com base na falta de interesse da Comunidade na prossecução da investigação das alegadas práticas anticoncorrenciais. O Tribunal Geral anulou a decisão pelas razões que se passam a sumariar.

O processo respeita a um mercado de produto e a um mercado dos serviços de reparação pós-venda (respectivamente o(s) mercado(s) de peças sobresselentes e o mercado dos serviços de reparação e manutenção de relógios). A análise da decisão pelo Tribunal Geral incidiu, em primeiro lugar, sobre a definição de mercado(s) relevante(s) da Comissão e concluiu que as considerações da Comissão segundo as quais os mesmos não constituem mercados relevantes que devam ser autonomizados, está viciada por erro manifesto de apreciação. Acresce que a Comissão não considerou um factor relevante que foi apresentado pelo queixoso e que respeitava à dimensão do território sobre o qual incidiam as práticas em causa, o qual era necessário para a definição da dimensão dos mercados e da sua importância económica, para além de a própria Comissão não ter apresentado na decisão quaisquer dados quantitativos ou estimativas sobre a dimensão dos mesmos. Em consequência, o Tribunal considerou que a Comissão não apenas violou o dever de fundamentação como também não respeitou o dever de tomada em consideração de todos os aspectos de direito ou de facto e nem a consideração cuidadosa de todos os dados que o queixoso tivesse trazido ao seu conhecimento na queixa.

e concluiu afirmativamente. Por último, o Tribunal analisou se não existia interesse comunitário em prosseguir a investigação com base na única assunção da Comissão que podia ser considerada válida para o efeito – a circunstância de as autoridades nacionais estarem bem posicionadas para investigar possíveis práticas em violação dos Artigos 101 TFUE e 102 TFUE. A conclusão do Tribunal foi negativa, uma vez que considerou existirem vários factores que sugerem que uma acção a nível Europeu seria mais eficiente do que várias acções a nível nacional.

De acordo com jurisprudência consolidada, por um lado, a Comissão pode determinar que a prioridade de exame de queixas que lhe são apresentadas é feita com base no critério da existência de interesse comunitário. Mas por outro lado, nesse âmbito a Comissão terá que tomar em consideração as circunstâncias do processo em causa e, em particular, as questões legais e factuais que são elencadas na queixa em causa. Mais precisamente, a Comissão tem que conjugar (“weigh”) a importância das alegadas práticas anticoncorrenciais no que respeita ao funcionamento do mercado interno com a probabilidade de estar em condições de estabelecer a existência das práticas anticoncorrenciais e o âmbito dos poderes de investigação que são necessários para cumprir, nas melhores condições possíveis, a sua atribuição que consiste em assegurar a observância das referidas disposições legais do TFUE. Em conformidade, quando uma decisão da Comissão é escrutinada pelos tribunais no contexto de um recurso, estes últimos analisam se resulta claro da decisão que a Comissão efectuou a conjugação de valores acima mencionada com base nos critérios também mencionados. Contudo, a competência dos tribunais para apreciar a decisão contestada está limitada à apreciação da existência de factos materialmente incorrectos, de vícios decorrentes de erros sobre o direito, de erros manifestos de apreciação ou de desvio de poder e não pode substituir-se à Comissão nas apreciações que esta última faz. ■

A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS PARA APRECIAR A DECISÃO CONTESTADA ESTÁ LIMITADA À APRECIÇÃO DE FACTOS INCORRECTOS, ERROS SOBRE O DIREITO, ERROS MANIFESTOS DE APRECIÇÃO OU DESVIO DE PODER

Em seguida, o Tribunal analisou se, não obstante os erros acima enunciados, a Comissão estaria legitimamente apta a concluir que não existia suficiente interesse da Comunidade para continuar a sua investigação. Neste contexto, a diminuta probabilidade de existirem práticas que violassem os Artigos 101 TFUE e 102 TFUE foi uma das razões principais para a Comissão considerar a ausência de interesse comunitário. Em conformidade, o Tribunal analisou se a definição errónea do mercado relevante podia ter viciado as referidas considerações da Comissão

Cuidado com a empregada da limpeza? Quebra de selo da Comissão Europeia pode custar 38 milhões de euros a uma empresa

Eduardo Maia Cadete
maiacadete@mlgts.pt

O Tribunal Geral da União Europeia confirmou por acórdão de 15 de Dezembro de 2010, no processo T-141/08, “E.ON Energie c. Comissão”, a coima de 38 milhões de euros aplicada pela Comissão Europeia à E.ON Energie (**E.ON**) por quebra de um selo afixado numa porta de um gabinete no âmbito de uma inspecção surpresa.

O Regulamento (CE) n.º 1/2003, relativo à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, determina que a Comissão Europeia pode aplicar uma coima até 1% do volume de negócios a empresas que quebrem, deliberadamente ou por negligência, selos apostos pela Comissão aquando de uma inspecção.

No âmbito da investigação associada a alegadas práticas restritivas da concorrência no mercado alemão da energia eléctrica, em Maio de 2006, a Comissão Europeia levou a cabo uma inspecção surpresa nas instalações de Munique da empresa E.ON.

A Comissão, impossibilitada de concluir a inspecção às instalações da E.ON num único dia (29 de Maio de 2006), colocou os documentos que tinham sido seleccionados para um exame mais detalhado num gabinete disponibilizado pela empresa. A porta deste gabinete foi fechada e um selo oficial da Comissão Europeia foi afixado às 19h15m, tendo a chave do gabinete ficado na posse dos inspectores da Comissão. No dia seguinte (30 de Maio de 2006), cerca das 8h45m, quando os colaboradores da Comissão regressaram para continuar a inspecção (e abrir a porta do gabinete) constataram que o selo tinha sido aparentemente quebrado. Note-se que os selos da Comissão são autocolantes plásticos que caso sejam removidos não se rasgam mas, não obstante, passam a exhibir a palavra “VOID” na respectiva superfície plástica. No caso *sub judice*, a palavra “VOID” era visível no selo que tinha sido apostado pela Comissão no gabinete em causa da E.ON. Por decisão de 30 de Janeiro de 2008, a Comissão aplicou uma coima

de 38 milhões de euros à E.ON por esta ter alegadamente quebrado o selo apostado aquando da referida inspecção.

A E.ON interpôs um recurso dessa decisão junto do Tribunal Geral da União Europeia peticionando a anulação da decisão da Comissão e, subsidiariamente, a redução do montante da coima aplicada. O Tribunal, pelo acórdão de 15 de Dezembro de 2010, considera improcedente toda a argumentação factual e jurídica apresentada pela empresa, decidindo que a Comissão tinha considerado correctamente que, pelo menos, o selo tinha sido quebrado de forma negligente pela empresa. O Tribunal estabelece ainda que a E.ON tinha a obrigação legal de adoptar todas as medidas necessárias e adequadas a prevenir a quebra do selo.

De igual modo, o Tribunal constata que a coima de 38 milhões de euros, aplicada pela Comissão à E.ON, não é desproporcional face à infracção cometida, dada a natureza particularmente grave de quebra de um selo em sede de inspecções jusconcorrenciais pela Comissão Europeia, a dimensão da empresa, bem como a necessidade de dissuadir, em termos de prevenção geral, a quebra de selos, evidenciando perante terceiras entidades a ausência de vantagens associadas à quebra de um selo face às correlativas coimas que podem ser impostas pela Comissão. ■

Do nosso ponto de vista, a coima de 38 milhões de euros aplicada pela Comissão, e confirmada pelo Tribunal, aparenta ser desproporcionada, dado que a violação do selo foi negligente (a causa da quebra do selo pode ter estado associada à higienização da porta pela empresa de limpeza na noite de 29 para 30 de Maio de 2010), não foi reconhecido que a porta do gabinete tivesse sido efectivamente aberta e, finalmente, a validade do selo empregue pela Comissão, de acordo com as instruções técnicas do fabricante, tinha expirado um ano e meio antes da sua utilização nas instalações da E.ON pela Comissão.

A COMISSÃO PODE APLICAR UMA COIMA ATÉ 1% DO VOLUME DE NEGÓCIOS A EMPRESAS QUE QUEBREM, DELIBERADAMENTE OU POR NEGLIGÊNCIA, SELOS APOSTOS PELA COMISSÃO AQUANDO DE UMA INSPECÇÃO



Acórdão *TeliaSonera*: Orientações do Tribunal de Justiça sobre compressão de margens (*margin squeeze*) por empresas dominantes

Pedro Gouveia e Melo
pgmelo@mlgts.pt

O recente acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14.02.2011, no processo *TeliaSonera*¹, veio clarificar os critérios de acordo com os quais se deve considerar que uma política de preços de compressão de margens constitui um abuso de posição dominante, nos termos do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

O PROCESSO

O acórdão tem origem numa acção intentada pela autoridade de concorrência da Suécia (o *Konkurrensverket*) nos tribunais suecos, pedindo a condenação da *TeliaSonera*, o operador histórico sueco de comunicações, no pagamento de uma coima pela prática de abuso de posição dominante, em violação tanto do artigo 102.º TFUE como da disposição análoga de direito sueco. Em causa estavam os preços de certos serviços grossistas para ligações ADSL disponibilizados pela *TeliaSonera* a outros operadores de comunicações seus concorrentes, para que estes pudessem prestar serviços de ligação em banda larga aos clientes finais.

A autoridade de concorrência sueca alegava que a *TeliaSonera* abusou da sua posição dominante, na medida em que a diferença entre o preço dos serviços grossistas ADSL (no mercado a montante) e os preços dos serviços oferecidos aos clientes finais (no mercado a jusante) era insuficiente para cobrir os custos que a própria *TeliaSonera* devia suportar para a prestação dos seus serviços aos clientes finais. Neste quadro, o tribunal sueco apresentou um pedido de reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça relativo à interpretação do artigo 102.º TFUE no que diz respeito aos critérios para determinar que uma prática de compressão de margens (*“margin squeeze”*) constitui um abuso de posição dominante.

O ACÓRDÃO

O Tribunal de Justiça começa por afirmar que a compressão de margens é uma forma

autónoma de abuso, recusando a tese da *TeliaSonera* (subscrita pelo Advogado-Geral), segundo a qual a compressão de margens é uma manifestação particular da recusa em negociar, ou uma “recusa construtiva de negociar”, que só deve ser considerada abusiva quando a empresa dominante tem uma obrigação de carácter regulatório (imposta pela autoridade competente) de fornecer os serviços grossistas em questão ou quando esses serviços são indispensáveis ou essenciais para os concorrentes competirem de maneira efectiva no mercado a jusante.

A este propósito, o Tribunal declarou que a falta de uma obrigação regulamentar de fornecer os serviços grossistas ADSL não tem qualquer incidência sobre o carácter abusivo da prática tarifária em causa, e que os critérios mais exigentes fixados pela jurisprudência relativa à recusa em contratar (em particular no acórdão *Bronner*²) não são aplicáveis aos casos de compressão de margens.

No entanto, embora afirme que o carácter essencial do produto intermédio para a venda do produto retalhista não é um requisito de verificação necessária, o Tribunal reconhece que se trata de um factor importante para as autoridades de concorrência demonstrarem que a prática produz efeitos concorrenciais prováveis ou pelo menos potenciais. Com efeito, apesar de não ser necessário provar que uma prática de compressão de margens produz um efeito anticoncorrencial concreto, o Tribunal exige no entanto que se demonstre um efeito anticoncorrencial *potencial*.

O Acórdão confirma também que, ao apreciar o carácter abusivo de uma prática de compressão de margens, há que ter em conta, em princípio e de forma prioritária, os preços e os custos da empresa dominante em causa no mercado retalhista. Só quando não for possível, atendendo às circunstâncias, fazer referência a esses preços e custos

(designadamente quando a estrutura de custos da empresa dominante não puder ser identificada de forma precisa, por razões objectivas), devem ser examinados os custos dos concorrentes que operam nesses mercados. O Tribunal confirma assim, na linha do Acórdão *Deutsche Telekom*³, que o critério do “operador igualmente eficiente” é o “teste” relevante para determinar o carácter abusivo de uma compressão de margens.

Finalmente, o Tribunal esclarece que não é necessário que a empresa em causa seja dominante no mercado do retalho (a jusante), bastando que o seja no mercado grossista (a montante). Com efeito, na falta de outra justificação económica objectiva, o Tribunal considera que uma prática de compressão de margens no mercado a montante só pode ser explicada pela intenção de a empresa dominante eliminar os concorrentes pelo menos tão eficientes no mercado a jusante e de reforçar a sua posição, ou mesmo de conquistar nele uma posição dominante através do recurso a “meios diferentes dos seus méritos próprios”. ■

COMENTÁRIO

Embora confirme o entendimento já expresso no acórdão *Deutsche Telekom*, o acórdão *TeliaSonera* contribui para clarificar os requisitos aplicáveis às práticas de compressão de margens, em particular no que respeita à relevância do carácter essencial do produto grossista e à aplicabilidade do teste do “operador igualmente eficiente”. No entanto, o acórdão reflecte igualmente uma preocupação do Tribunal em não “reduzir indevidamente o efeito útil do artigo 102.º TFUE”. As empresas que detêm posições de mercado relevantes devem pois estar cientes de que o carácter abusivo de práticas de compressão de margens não está necessariamente limitado apenas a casos em que haja uma obrigação regulatória de fornecimento, nem a situações em que estejam em causa *inputs* essenciais para a concorrência no mercado a retalho.

¹ Proc. C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, conclusões do Advogado-Geral de 14.10.2010.

² Acórdão de 26.11.1998 no proc. C-7/97, *Bronner*.

³ Acórdão de 14.10.2010 no proc. C-280/08P. Cfr. Newsletter 4/2010, p. 2.

Autoridade da Concorrência sanciona Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento e acordo vertical no sector hospitalar

Luís do Nascimento Ferreira
lnferreira@mlgts.pt

No passado dia 19 de Janeiro a Autoridade da Concorrência (AdC) anunciou a aplicação de uma coima de € 1.971.397,17 à Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento (ANEPE) por alegadamente ter adoptado uma decisão anti-concorrencial no sector da gestão e exploração de parques de estacionamento.

De acordo com a informação disponível, a infracção remonta a 2006, numa altura em que o Governo aprovou o Decreto-Lei n.º 81/2006, de 20 de Abril, que estabelece as condições de utilização dos parques e zonas de estacionamento. Entre essas condições está a determinação dos preços praticados em cada estacionamento. De acordo com o artigo 12.º, n.º 1 do referido Decreto-Lei, nos estacionamentos de curta duração (até 24h) o preço a pagar pelos utentes dos parques de estacionamento tem de ser fraccionado, no máximo, em períodos de 15 minutos, e o utente só deve pagar a fracção ou fracções de tempo de estacionamento que tenha utilizado, ainda que as não tenha utilizado até ao seu termo.

O processo foi instaurado oficiosamente pela AdC, na sequência da publicação do Decreto-Lei n.º 81/2006 e de declarações públicas proferidas por representantes de empresas do sector que indiciavam a existência de práticas restritivas da concorrência. No decorrer da investigação, a AdC concluiu que a ANEPE formulou recomendações aos seus associados sobre a adaptação dos respectivos preços ao novo regime legal.

Segundo a AdC, a ANEPE comunicou às suas associadas que o simples fraccionamento dos preços de estacionamento em períodos de 15 minutos de acordo com os preços em vigor à data levaria a perdas de receita para as empresas. Assim, a ANEPE terá recomendado que se passasse a aplicar um “preço de ingresso” nos estacionamentos, i.e. um montante fixo a pagar pelo utilizador apenas pela entrada no parque, que acresceria à primeira fracção de estacionamento, juntamente com um aumento do preço de estacionamento em 2,5%. Em alternativa ao esquema anterior, a ANEPE terá

sugerido aos seus associados que aumentassem o preço do estacionamento em 15%.

A AdC apurou que várias empresas associadas da ANEPE alteraram os seus preços em conformidade com as recomendações da Associação, o que, de acordo com a Autoridade, terá contribuído para um alinhamento ou para um aumento dos preços nos parques de estacionamento.

A ANEPE foi assim condenada por adoptar uma decisão de associação de empresas que teve como objecto e efeito restringir a concorrência. Nos termos da Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), no caso de associações de empresas, a coima não pode exceder 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado no comportamento proibido. O volume agregado dessas empresas no ano da infracção (2006) foi de € 57.982.269,70, pelo que a coima aplicada representou cerca de 3,5% desse valor.

Embora a sanção tenha sido aplicada à ANEPE, a Lei da Concorrência prevê que as empresas que integrem uma associação de empresas que seja objecto de uma coima ou de uma sanção pecuniária compulsória são solidariamente responsáveis pelo pagamento desse montante.

Tanto quanto se sabe, esta é a primeira decisão condenatória da AdC em 2011 e, apesar de a Autoridade ter já sancionado por diversas vezes decisões anti-concorrenciais de associações de empresas, é a primeira vez que aplica uma coima no sector dos parques de estacionamento.

A decisão da AdC é passível de recurso para o tribunal de comércio da comarca competente, com efeito suspensivo.

ADC PUNE ACORDO VERTICAL DE FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA NO SECTOR HOSPITALAR

A edição de Fevereiro da newsletter da Rede Europeia de Concorrência (REC)¹ dá conta de

uma coima de aproximadamente 530 mil euros aplicada pela AdC no dia 10 de Dezembro de 2010 no âmbito de um alegado acordo vertical de fixação de preços de revenda no sector hospitalar.

Estranhamente, a notícia não foi divulgada no portal de Internet da AdC, e a breve alusão que é feita na newsletter da REC não permite alcançar os detalhes da decisão, como por exemplo o nome das empresas envolvidas.

Do que se sabe, o acordo em causa terá sido concluído entre um fornecedor e um distribuidor de equipamento hospitalar, mais concretamente na área dos dispensadores automáticos de medicamentos, usados em farmácias hospitalares. Nos termos desse acordo, o distribuidor ficaria obrigado a praticar aos hospitais, no âmbito de procedimentos concursais, o preço definido pelo fornecedor. Simultaneamente, o próprio fornecedor participaria também nos procedimentos de venda em concorrência com o distribuidor.

No seguimento da investigação iniciada em 2006, a AdC concluiu que, ao fixarem o preço de revenda dos equipamentos, as partes estavam a reduzir a concorrência intra-marca e a aumentar o grau de transparência no mercado. Em última instância, uma vez que as duas partes eram também concorrentes no segmento dos concursos, o acordo eliminava a pressão e a incerteza mútuas quanto ao preço a apresentar nesses concursos.

Em consequência, a AdC aplicou coimas às duas empresas, num total de € 530.768,01, assim como uma sanção acessória de promover a publicação de um extracto da decisão no Diário da República e num jornal nacional. Na fixação do montante da coima, a AdC tomou em linha de conta como circunstâncias atenuantes a colaboração prestada pelo distribuidor, ainda que fora do âmbito do regime da clemência, e a circunstância de o mesmo distribuidor ter entretanto terminado o acordo em questão.

A decisão foi objecto de recurso para o Tribunal do Comércio de Lisboa. ■

¹ http://ec.europa.eu/competition/ecnr/brief/01_2011/brief_01_2011_short.pdf.



Autoridade da Concorrência procede a consulta pública sobre concentrações

Mónica Pinto Candeiias
mpcandeiias@mlgts.pt

INTRODUÇÃO

No final do ano de 2010, a Autoridade da Concorrência (“AdC”) lançou uma consulta pública relativa às “Linhas de Orientação sobre a Adopção de Compromissos em Controlo de Concentrações” (“Linhas de Orientação”), com o objectivo de adoptar um documento final que contribua para a transparência, a eficiência e a celeridade dos procedimentos.

As consultas públicas são o meio por excelência para reflexão conjunta entre a Autoridade da Concorrência, as empresas, os advogados e restante comunidade científica, sobre temas de inquestionável interesse para todos, e por isso da maior importância.

No intuito de contribuir para o aumento da qualidade na aplicação prática das matérias em análise, a *Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados* (“MLGTS”) aliou-se à iniciativa e apresentou observações à consulta pública. Apresentamos de seguida um breve resumo dos principais comentários que foram oportunamente transmitidos à AdC.

A NATUREZA E FUNÇÃO DOS COMPROMISSOS

As empresas e outros operadores económicos são particularmente sensíveis ao tema dos compromissos no controlo de concentrações. Se, por um lado, o controlo prévio das operações de concentração constitui uma limitação, embora justificada, da liberdade de iniciativa económica e de organização empresarial, a imposição

de compromissos como condição para aprovação daquelas operações constitui, por maioria de razão, uma restrição adicional, com consequências porventura mais gravosas, porquanto deve ser equacionada numa lógica estrita de proporcionalidade e sempre com especial prudência.

A lógica dos compromissos no controlo de concentrações assenta na necessidade de encontrar mecanismos capazes de eliminarem, ou pelo menos de atenuarem, as preocupações de concorrência decorrentes da transacção sob escrutínio, em resultado da aplicação dos critérios legais de análise substantiva.

Para que as partes notificantes estejam em condições de apresentar utilmente compromissos que respondam de forma adequada, suficiente e proporcional a tais preocupações é necessário que a AdC comunique de forma igualmente clara todos os problemas de concorrência suscitados pela concentração, e que identifique ao longo da sua análise. Esta comunicação assume particular acuidade durante a 2.ª fase do procedimento, porquanto a AdC já comunicou na decisão de passagem a investigação aprofundada que tem sérias dúvidas relativamente à operação, mas desconhecem-se ainda os resultados da investigação entretanto realizada, e o actual “estado” das preocupações anteriormente identificadas.

A APRESENTAÇÃO DOS COMPROMISSOS

Quanto a este tópico em particular, as nossas sugestões vão no sentido de a AdC incluir nas Linhas de Orientação uma indicação dos momentos do procedimento em que as propostas de compromissos devem ser apresentadas, e a calendarização dos vários momentos processuais subsequentes, em ambas as fases do procedimento, permitindo uma actuação mais célere e eficiente das partes notificantes.

De igual modo, e para que a proposta de compromissos seja tão completa quanto possível, pensamos que a AdC deve clarificar quais as situações em que espera que as partes incluam na sua proposta a nomeação de mandatários de alienação e/ou de monitorização.

OS PRAZOS PARA EXECUÇÃO DOS COMPROMISSOS

Relativamente a este ponto, sugerimos a harmonização com a prática decisória da Comissão Europeia por nos parecer o cenário preferível, alertando-se para o facto de os prazos deverem ser meramente indicativos e, por isso, adaptáveis ao caso concreto.

Ainda a este propósito, não vislumbramos razões atendíveis que sustentem a ideia que parece resultar das Linhas de Orientação de que as modalidades de compromissos estruturais preferíveis são as que envolvem a alienação de activos previamente à implementação da operação ou mesmo à decisão da Autoridade.

Pelo contrário, a nossa sugestão vai no sentido de se estabelecer como regra a possibilidade de as partes notificantes procederem à alienação de activos dentro de um prazo estabelecido pela AdC, sem necessidade de a alienação ocorrer antes da implementação da transacção ou antes da adopção da decisão final.

ALTERAÇÕES E INCUMPRIMENTO DE COMPROMISSOS

A secção das Linhas de Orientação que analisa a problemática das alterações e incumprimento dos compromissos suscita-nos algumas reservas, desde logo pela rigidez excessiva de algumas das soluções propostas pela AdC.

Face à inexistência de prática decisória consolidada e de jurisprudência relevante em matéria de incumprimento de

MLGTS ALIOU-SE À INICIATIVA
E APRESENTOU OBSERVAÇÕES
À CONSULTA PÚBLICA

compromissos, parece-nos prematuro que o caminho trilhado pela AdC nas Linhas de Orientação assente numa cristalização de conceitos e regulamentação exaustiva, comportando um importante risco de que tal contribua não para diminuir, mas para aumentar a insegurança jurídica das empresas nesta matéria.

A qualificação jurídica dos compromissos é um exemplo das matérias relacionadas com a temática das alterações dos compromissos, que para além de nos parecer incorrecta, extravasa os objectivos de ordem prática que devem, em nosso entendimento, estar na base de documentos da natureza das Linhas de Orientação.

Ainda a propósito da qualificação jurídica, importa esclarecer que em nosso entendimento a configuração dos compromissos como obrigações de resultado, como a AdC apresenta nas Linhas de Orientação, remete-nos para a aplicação de um regime de responsabilidade objectiva, ou pelo risco, em caso de incumprimento dos compromissos, que a lei não prevê nem admite. Com efeito, a figura do incumprimento de compromissos deve ser restringida a situações de não execução de compromissos que sejam imputáveis às empresas notificantes a título culposo, não devendo a AdC desconsiderar hipóteses de impossibilidade objectiva não

culposa em que aquela não execução não pode, em circunstância alguma, ser imputada às entidades notificantes.

Em matéria de alteração de compromissos parece-nos desejável que as Linhas de Orientação clarifiquem dois aspectos, porventura mais importantes para as empresas do que as inúmeras questões de cariz teórico que a AdC analisa.

Em primeiro lugar, somos da opinião que a AdC deve esclarecer que as figuras da revogação ou substituição não são as únicas

hipóteses de alteração de compromissos, acrescentando, nomeadamente, situações de inutilidade superveniente dos compromissos enquadráveis na figura geral da caducidade.

Em segundo lugar, parece-nos desejável que conste das Linhas de Orientação um esclarecimento da AdC no sentido de que qualquer alteração de compromissos (incluindo no contexto de uma cláusula de revisão ou reexame), quando resulte numa situação manifestamente desfavorável para a empresa onerada, deve ser sempre precedida do seu consentimento. ■

COMENTÁRIO FINAL

A promoção da consulta pública pela AdC relativa às Linhas de Orientação sobre a adopção de compromissos em controlo de concentrações é, sem qualquer dúvida, uma iniciativa de saude e um importante passo no sentido de envolver todos os interessados na adopção de mecanismos que aumentem a transparência e a segurança jurídica na adopção de compromissos.

Estes objectivos podem, no entanto, ser colocados em risco se a AdC ceder à tentação de, ao invés de apresentar uma orientação capaz de atender ao caso concreto e assente numa

análise clara e pragmática das diversas questões suscitadas pela problemática dos compromissos, adoptar um documento dogmático, rígido e limitativo da actuação desta autoridade.

Com efeito, importa não esquecer que a matéria dos compromissos deve ser sempre tratada, em nosso entendimento, com especial prudência e numa lógica de estrita proporcionalidade, atendendo em particular à restrição adicional que os compromissos representam face aos princípios constitucionalmente consagrados de liberdade de iniciativa e de organização empresarial.

Carlos Botelho Moniz eleito para a Presidência da Direcção do Círculo de Advogados Portugueses de Direito da Concorrência e para o Comité Executivo da União dos Advogados Europeus

No passado dia 28 de Fevereiro realizou-se a assembleia-geral do Círculo de Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, associação que congrega especialistas na área do direito da concorrência. Carlos Botelho Moniz, sócio

e coordenador do departamento de Direito Europeu e da Concorrência da MLGTS, foi eleito Presidente da Direcção do Círculo para o biênio 2011/2012.

Recentemente, Carlos Botelho Moniz foi também eleito como delegado português

para o Comité Executivo da União dos Advogados Europeus, associação com sede no Luxemburgo que reúne advogados que exercem a sua profissão em Estados-Membros da União Europeia em diversas áreas do direito. ■



CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

Recente evolução das multas em casos de cartel no Brasil

Marcio Dias Soares
 msoares@mattosfilho.com.br
 www.mattosfilho.com.br

AS MULTAS IMPOSTAS A EMPRESAS E SEUS EXECUTIVOS VÊM AUMENTANDO SUBSTANCIALMENTE, REFLETINDO DECISÕES CADA VEZ MAIS RIGOROSAS POR PARTE DO CADE.

F notável a intensificação do combate a cartéis verificada ao longo dos últimos anos no Brasil. A utilização de meios de investigação mais eficazes, tais como o programa de leniência e a cooperação ativa entre a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE, a Polícia Federal e o Ministério Público, são traduzidas em um número crescente de investigações. Em linha com essa tendência, as multas impostas a empresas e seus executivos vêm aumentando substancialmente, refletindo decisões cada vez mais rigorosas por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, prevê que infrações contra a ordem econômica estão sujeitas, entre outras penalidades, a multas pecuniárias de 1% a 30% do faturamento bruto apresentado pela empresa condenada no exercício anterior ao início da investigação, excluídos impostos. O percentual é determinado com base nas características do caso, em particular a gravidade da infração, eventual vantagem auferida pelo infrator, a consumação ou não da infração, entre outros. A multa será computada em dobro em caso de reincidência. Executivos envolvidos na conduta estão sujeitos

a multas de 10% a 50% do valor imposto à empresa.

Em suas primeiras condenações por cartel no início dos anos 2000, as multas impostas pelo CADE foram equivalentes a 1% do faturamento bruto das empresas envolvidas.¹

Em 2002, vê-se incremento significativo em relação às primeiras multas impostas pelo Conselho. Em caso envolvendo postos revendedores de combustíveis e seu sindicato na região sul do país, as empresas envolvidas foram multadas em montante equivalente a 10% de seu faturamento bruto, enquanto seus executivos foram obrigados a pagar, individualmente, montante equivalente a 10% do valor da multa imposta às suas respectivas empresas. Fato interessante: o CADE optou por impor pena mais gravosa (15%) ao executivo tido como central para a conduta investigada.²

A partir de 2003, o combate a cartéis no Brasil ganhou força adicional com o uso de ações de busca e apreensão e de acordos de leniência.

Em 2005, com base primordialmente em provas colhidas em operações de busca e apreensão

¹ Processo Administrativo nº 08012.015337/94-48 – Cia Siderúrgica Nacional – CSN, Cia Siderúrgica Paulista – COSIPA e Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais – USIMINAS, julgado em 27 de outubro de 1999; e Processo Administrativo nº 08012.009118/98-26 – Estaleiro Ilha S/A e Marítima Petróleo Engenharia Ltda., julgado em 27 de junho de 2001.

² Processo Administrativo nº 08012002299/2000-18 – Posto Divelin, Big Imagi Combustíveis, e outros, julgado em 27 de março de 2002.

³ Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14 – Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo, Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda. Holcim (Brasil) S.A, e outros, julgado em 13 de julho de 2005.

autorizadas pela Justiça, o CADE multou empresas do setor de britas em percentuais de 15% e 20% de seus faturamentos anuais.³ No ano de 2007, em seu primeiro caso originado de acordo de leniência celebrado com um dos envolvidos no cartel em questão, o CADE multou empresas do setor de vigilância também em 15%-20% de seus respectivos faturamentos, enquanto seus administradores foram obrigados a pagar quantias equivalentes a 15% do montante total pago pela empresa a que cada um deles estava vinculado.⁴ Naquele mesmo ano, o CADE pela primeira vez condenou empresas multinacionais envolvidas em conduta realizada fora do país que teria causado danos a consumidores, tanto no exterior, quanto no Brasil. Nesse caso, conhecido como *Cartel da Vitaminas*, o CADE multou as três multinacionais envolvidas em, respectivamente, 20%, 15% e 10%.

Nessa época, o CADE consolidou orientação no sentido de que cartéis “*hard core*” – assim entendidas aquelas condutas mais organizadas e regularmente estabelecidas, por vezes apresentando regras de conduta e mecanismos de monitoramento – estão sujeitos a multa mínima de 15%. De acordo com o CADE, multas inferiores a 15% do faturamento bruto anual das empresas envolvidas apenas serão aplicadas

em caso de condutas não-institucionalizadas, de caráter eventual.⁵

Em 2008, o CADE mais uma vez elevou o patamar de suas multas, condenando empresas atuantes no mercado de extração de areia em montante equivalente a 22,5% de seus respectivos faturamentos. Naquela ocasião, o CADE também puniu a empresa de consultoria contábil por ter auxiliado na implantação do cartel mediante elaboração de estudo para a paridade de preços.

Finalmente, no recente caso dos gases industriais, a multa imposta pelo CADE foi arbitrada em 25% do faturamento bruto anual das empresas envolvidas.⁶ A multa base foi aplicada em dobro (50%) em relação a uma das representadas considerada reincidente, superando o montante de R\$1,5 bilhões e tornando-se uma das mais elevadas multas impostas em casos de cartel em todo o mundo.

O quadro acima exposto exige de empresas e seus executivos atenção especial na condução de seus negócios. Trabalhos de prevenção de ilícitos e redução de riscos de natureza concorrencial tornaram-se indispensáveis no dia a dia empresarial no Brasil como forma de evitar a formação de passivos consideráveis. ■

PREVENÇÃO DE ILÍCITOS E REDUÇÃO DE RISCOS DE NATUREZA CONCORRENCIAL TORNARAM-SE INDISPENSÁVEIS NO DIA A DIA EMPRESARIAL NO BRASIL COMO FORMA DE EVITAR A FORMAÇÃO DE PASSIVOS CONSIDERÁVEIS

⁴ Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10 – Secure Sistemas de Segurança Ltda., Vigilância Patrulhense S/C Ltda. e outros, julgado em 1º de setembro de 2007.

⁵ Ver, por exemplo, os casos envolvendo frigoríficos (Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16 - Indústria e Comércio de Carnes Minerva Ltda.; Frigorífico Mataboi S.A.; Frigorífico Estrela D'Oeste Ltda; e outros, julgado em 28 de novembro de 2007) e companhias de GLP (Processo Administrativo nº 08012.006019/2002-11 - Agip do Brasil S.A.; Cia Ultragaz S.A.; Copagaz Distribuidora de Gás Ltda.; e outros, julgado em 10 de julho de 2008), em que o CADE impôs multas equivalentes a 5% e 1%, respectivamente.

⁶ Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70 - AGA S.A.; Linde Gases Ltda.; Air Liquide do Brasil Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; Indústria Brasileira de Gases Ltda.; White Martins S.A.; White Martins Ltda.; White Martins Gases Industriais Ltda.; e outros, julgado em 1º de setembro de 2010. A multa imposta à representada Indústria Brasileira de Gases Ltda. foi arbitrada em 10%, já que a empresa teria auxiliado às autoridades na investigação.

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

São Paulo, Brasil (em parceria)
Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr.
e Quiroga Advogados

Luanda, Angola (em parceria)
Filipe Duarte, Helena Prata & Associados

Maputo, Moçambique (em parceria)
SCAN – Advogados e Consultores

Macau, Macau (em parceria)
MdME | Lawyers | Private Notaries

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

www.mlgts.pt