



EUROPEU  
E  
CONCORRÊNCIA

## NESTA EDIÇÃO

### ARTIGOS

#### Nova Lei da Concorrência

Projecto de Proposta de Lei da Concorrência submetido a consulta pública 02

#### Nova via de recurso?

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem confirma que o processo jusconcorrencial sancionatório tem natureza penal para efeitos do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que acolhe o direito ao processo justo e equitativo 04

#### Reforma *antitrust*

Boas práticas: Comissão Europeia reforma procedimentos em processos de concorrência 05

#### Duplo incumprimento

Estados-Membros sujeitos a sanções financeiras pela não recuperação de auxílios de Estado ilegais 06

#### Vendas pela Internet

Proibição genérica de venda pela Internet é incompatível com o direito da concorrência – o acórdão “Pierre Fabre” 07

#### Concentrações transfronteiriças

Boas práticas sobre a cooperação entre autoridades nacionais de concorrência em operações de concentração multijurisdicionais 08

### CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

A nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira 10



## Projecto de Proposta de Lei da Concorrência submetido a consulta pública

Carlos Botelho Moniz / Mónica Pinto Candeias  
cmoniz@mlgts.pt / mpcandeias@mlgts.pt

No passado dia 4 de Novembro de 2011, o Governo submeteu a consulta pública o Projecto de Proposta de Lei sobre o Regime Jurídico da Concorrência (“Projecto”) aprovado em Conselho de Ministro no dia 27 de Outubro de 2011, conforme previsto no Memorando de Entendimento celebrado entre o Estado Português, o FMI, a União Europeia e o Banco Central Europeu, no âmbito do programa de assistência financeira.

O Projecto foi apresentado pelo Governo como uma das medidas necessárias ao aumento do “crescimento económico, do emprego e do reforço da concorrência entre empresas”, uma vez que a economia portuguesa “carece de uma Política de Concorrência que seja ela própria indutora da competitividade das empresas e da confiança dos diversos agentes económicos”.

A MLGTS respondeu à solicitação do Governo e apresentou, no âmbito da consulta pública, um conjunto de observações sobre diversos aspectos formais e substantivos do Projecto que, em nosso entendimento, merecem uma maior reflexão e análise. Referimos de seguida alguns desses aspectos.

No plano formal, a opção acolhida quanto à sistematização do diploma merece-nos reparo. Com efeito, é difícil compreender que o **regime jurídico de defesa da concorrência**, assim como o **regime jurídico da “clemência”**, que constituem a essência do regime legal que se pretende aprovar, sejam remetidos para anexos e não integrem o texto da própria lei. Para além disso, pensamos que há vantagem em que o regime jurídico da “clemência” conste, em capítulo próprio, do texto da lei de defesa da concorrência, dando coerência ao conjunto e facilitando a interpretação sistémica das suas disposições. A opção que consta do Projecto, para além de não respeitar as regras de legística que estão em vigor, complexifica o trabalho de invocação de normas e origina dificuldades

desnecessárias na referenciação e citação de e para as normas constantes de cada um dos anexos.

No plano substantivo, e no que diz respeito à prossecução das **atribuições da Autoridade da Concorrência** (AdC) relativamente à investigação de eventuais ilícitos, a substituição do princípio da legalidade pelo princípio da oportunidade merece-nos alguns comentários. Com efeito, a redacção que consta do artigo 6º do Projecto confere à AdC uma margem de apreciação discricionária de tal forma ampla, no que diz respeito às decisões de abertura de inquérito, que a sua actuação nesse domínio deixa de ser sindicável, o que não é aceitável. Embora se compreenda a preocupação de assegurar um melhor desempenho da AdC, mediante a possibilidade de alocar os meios e recursos disponíveis em função de prioridades oportunamente definidas, é indispensável equilibrar o regime com uma tutela adequada dos direitos dos denunciante, definindo na lei critérios de actuação e impondo à Autoridade o dever de fundamentar a rejeição de queixas.

As alterações propostas em matéria de **práticas restritivas da concorrência** também merecem alguns comentários, pois introduzem um claro desequilíbrio entre, por um lado, os poderes de investigação, decisão e sanção que são conferidos à AdC, e, por outro, os direitos de defesa das empresas investigadas.

Este desequilíbrio é patente a diversos níveis, de entre os quais, destacamos: o prazo regra de 5 dias úteis de que dispõem as empresas para exercerem os seus direitos processuais, ou a possibilidade de se fixar um prazo de 10 dias úteis para a empresa responder à nota de ilicitude (acusação), os quais se revelam manifestamente insuficientes para o cabal e efectivo exercício dos direitos de defesa das arguidas, e que contrastam com a ausência de qualquer prazo para a AdC decidir sobre a rejeição de uma queixa ou

a abertura de inquérito e concluir a sua investigação; os poderes de inquirição, busca e apreensão atribuídos à AdC, sem qualquer paralelo no ordenamento jurídico nacional em matéria de direito contra-ordenacional; a atribuição à AdC da possibilidade de, já depois de emitida a nota de ilicitude (acusação), realizar novas diligências probatórias, com base nas quais poderá alterar substancialmente os factos imputados à empresa arguida ou a sua qualificação.

A consagração do efeito meramente devolutivo dos **recursos judiciais** que tenham por objecto decisões condenatórias da AdC por práticas restritivas da concorrência (em substituição do actual efeito suspensivo) suscita sérias dúvidas quanto à sua constitucionalidade, à luz do princípio da presunção de inocência, além de não encontrar tradição expressiva entre nós, nem em processos crime, nem em contra-ordenações.

Se o objectivo do Projecto é o de evitar a utilização do recurso com efeitos meramente dilatatórios, então existem certamente outros mecanismos, menos gravosos e não violadores de princípios constitucionais, capazes de alcançar esse objectivo. O próprio Projecto vem porventura consagrar o instrumento que maior desincentivo cria à interposição de recursos “só por interpor”, que é a possibilidade de *reformatio in pejus*. Por outro lado, consagrar o efeito devolutivo em relação a decisões da AdC (que não constituem caso decidido) que apliquem sanções acessórias como a proibição de participação em concursos públicos ou medidas estruturais como desinvestimentos parece totalmente desadequado. *Quid* em caso de decaimento da decisão da AdC? E quanto à aplicação de sanções financeiras, entretanto pagas pelas empresas, *quid* se as mesmas forem anuladas ou reduzidas por decisão judicial? São devolvidas pela AdC? Em que prazo? Com juros? Com correcção monetária? A ausência de qualquer resposta a estas questões no Projecto indicia

que as soluções consagradas não foram suficientemente ponderadas.

Relacionado ainda com o capítulo das práticas restritivas, note-se que as alterações propostas em matéria de “**Estudos, inspeções e auditorias**”, em particular nos artigos 61º e 62º do Projecto, não asseguram devidamente as garantias de defesa das empresas, pois permite-se que a AdC, no âmbito dos seus poderes de inspecção e de auditoria, exerça prerrogativas equivalentes às dos processos sancionatórios (nomeadamente em matéria de buscas e de apreensão de documentos), mas neste caso sem sujeição a qualquer controlo judicial, o que não é aceitável.

No que diz respeito ao procedimento de **controlo das operações de concentração de empresas**, destacamos alguns aspectos em que as soluções consagradas no Projecto devem ser melhoradas. Em primeiro lugar, é indispensável clarificar o alcance do artigo 36º, que enuncia os critérios que determinam a obrigatoriedade de notificação de transacções à AdC. A redacção acolhida é desnecessariamente confusa, numa área em que a segurança jurídica é de importância capital para as empresas, em especial no que se refere ao alcance do critério da quota de mercado.

Quanto ao teste substantivo, e tendo em conta o objectivo de aproximação ao regime europeu, importa consagrar na lei não apenas o critério de proibição, mas também o de autorização, distinguindo destes o critério que determina a abertura de investigação aprofundada, no final da 1ª fase do procedimento de controlo de concentrações. Neste domínio, o critério das “sérias dúvidas”, acolhido no regulamento europeu

das concentrações, parece-nos ser o mais adequado. Em terceiro lugar, a manutenção, sem qualquer limite, da regra da suspensão dos prazos de investigação em consequência do envio de pedidos de informação por parte da AdC, não nos parece ser boa solução. Sugerimos um alinhamento, nesta matéria, com o regime europeu (que distingue os pedidos simples dos pedidos decorrentes de decisão formal), que nos parece ser indutor de mais disciplina e celeridade, tanto para a AdC como para as empresas. Isto, sem prejuízo de se reconhecer que a AdC tem aplicado com prudência o regime em vigor. Também no que toca à tramitação do procedimento, consideramos que devem ser introduzidas alterações que compatibilizem a segurança jurídica a que as empresas aspiram com a flexibilidade de que a AdC deve dispor para gerir o procedimento com eficiência.

Por fim, as soluções acolhidas no Projecto em matéria de **infracções e sanções** merecem, em nosso entendimento, alguma reflexão adicional. Apontamos três aspectos que nos parecem assumir particular relevância. Em primeiro lugar, a revisão do actual regime da concorrência é o momento para clarificar que as coimas aplicáveis pela AdC devem incidir, em regra, sobre os volumes de negócios realizados em Portugal. Em segundo lugar, a punição de associações de empresas tal como previsto no Projecto afasta-se das soluções preconizadas na legislação europeia e na actual Lei da Concorrência, e mais importante, afasta-se da jurisprudência dos tribunais nacionais. Por fim, o Projecto alarga os prazos gerais de prescrição actualmente previstos no regime das contra-ordenações que, em alguns casos, excedem mesmo o prazo máximo de prescrição de alguns crimes, o que nos parece excessivo e desadequado. ■

O PROJECTO FOI APRESENTADO PELO GOVERNO COMO UMA DAS MEDIDAS NECESSÁRIAS AO AUMENTO DO “CRESCIMENTO ECONÓMICO, DO EMPREGO E DO REFORÇO DA CONCORRÊNCIA ENTRE EMPRESAS”

## COMENTÁRIO

A submissão do Projecto a consulta pública, que se saúda, é uma oportunidade única para a participação de todos os interessados na revisão de um regime jurídico que assume uma inegável importância e impacto na economia, e no qual o Governo pretende introduzir profundas alterações. É também uma oportunidade ímpar para o Governo auscultar as empresas e a comunidade jurídica quanto às principais preocupações e dificuldades suscitadas ao longo de mais de 8 anos de vigência do actual regime.

A reforma que agora se inicia e que pretende assegurar que sejam reforçados os meios de que a Autoridade da Concorrência já dispõe para exercer cabalmente as suas atribuições, não pode descurar o respeito pelas garantias constitucionais das empresas arguidas, o qual se exprime, antes de mais, na existência de um controlo judicial efectivo.

O objectivo do Governo, que se aplaude, de “dissuadir os comportamentos anticoncorrenciais e reforçar a aplicação efectiva e célere das regras

de concorrência” não legitima, por si só, algumas das opções legislativas que o Projecto apresenta, como acima sublinhámos. Pelo exposto, parece-nos importante a realização de uma reflexão adicional em relação a pontos-chave do Projecto, esperando-se do Governo a abertura necessária para acolher, senão todas, algumas das propostas que certamente irá receber dos mais variados sectores da sociedade, introduzindo no regime jurídico de defesa da concorrência a necessária equidade e segurança jurídica.



# Tribunal Europeu dos Direitos do Homem confirma que o processo jusconcorrencial sancionatório tem natureza *penal* para efeitos do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que acolhe o direito ao processo justo e equitativo

Eduardo Maia Cadete  
maiacadete@mlgts.pt

## INTRODUÇÃO

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) no acórdão de 27 de Setembro de 2011, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Itália*, queixa 43509/08, confirmou a aplicação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Convenção), referente ao direito a um processo justo e equitativo, em processos jusconcorrenciais sancionatórios.

Saliente-se que o TEDH interpreta o artigo 6.º da Convenção em sentido amplo, reconhecendo a sua aplicação não só a processos formalmente qualificados como tendo uma natureza penal pelo direito interno das Partes Contratantes mas também a procedimentos qualificados pelo direito interno como disciplinares ou administrativos, dado que a disposição tem uma importância fundamental: “Numa sociedade democrática, no sentido da Convenção, o direito a uma administração da Justiça equitativa tem um lugar tão proeminente que uma interpretação restritiva do artigo 6.º, n.º 1 não corresponderia ao objectivo da referida norma”<sup>1</sup>.

## ENQUADRAMENTO DO PROCESSO

A Menarini é uma empresa farmacêutica sediada em Itália. Em 2001, a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM), autoridade italiana da concorrência investigou a empresa por esta ter alegadamente violado as regras italianas de concorrência. Por decisão de 30 de Abril de 2003, a AGCM aplicou à empresa uma coima de 6 milhões de euros por fixação de preços e por repartição do mercado nacional de testes de diagnóstico para diabéticos com empresas concorrentes. Os recursos das empresas contra a decisão da AGCM foram considerados improcedentes e rejeitados pelas instâncias judiciais italianas. Com fundamento no artigo 6.º da Convenção, relativo ao processo justo e equitativo, a Menarini apresentou uma queixa junto do Tribunal Europeu dos Direitos do

Homem, sustentando que em Itália não tinha tido acesso a um tribunal que pudesse rever integralmente, em questões de facto e de direito, a decisão administrativa da AGCM, dado que os tribunais italianos apenas podiam supostamente exercer um controlo de legalidade sobre a decisão. A empresa, com base neste enquadramento factual e jurídico, sustentou na sua queixa que a República Italiana, na qualidade de Parte Contratante da Convenção tinha, assim, actuado em desconformidade com o respectivo artigo 6.º.

## O TRIBUNAL EUROPEU CONFIRMA A APLICAÇÃO DO ARTIGO 6.º A PROCESSOS JUSCONCORRENCIAIS SANCIONATÓRIOS

O acórdão do TEDH de 27 de Setembro de 2011 confirmou que o procedimento jusconcorrencial desencadeado em Itália contra a empresa tem uma natureza *penal* para efeitos do artigo 6.º da Convenção. Os critérios tomados em consideração pelo tribunal para determinar se o procedimento tinha uma natureza penal, com base em condições já anteriormente firmadas pelo tribunal na sua jurisprudência, foram: (i) a qualificação da infracção pela legislação italiana; (ii) a natureza da infracção; e (iii) a natureza e gravidade da sanção aplicada.

A violação das regras de direito da concorrência era formalmente qualificada pelo direito italiano como tendo uma natureza *administrativa* e não uma natureza *penal*, mas este critério, não foi considerado decisivo para o TEDH, mas tão-só orientativo. Quanto à natureza da infracção jusconcorrencial prevista no ordenamento jurídico italiano, o TEDH salientou que as regras de direito da concorrência afectam transversalmente os interesses gerais dos agentes económicos, tendo a respectiva aplicação já sido considerada como beneficiando de natureza *penal* para efeitos de aplicação do artigo 6.º da Convenção. Para além disso, atendendo ao montante efectivo da coima aplicada à empresa (6

milhões de euros) e à circunstância de a sanção aplicada ter também um carácter dissuasor e de prevenção geral, levarem o TEDH a determinar pelo que o processo que correu termos contra a empresa tem uma natureza *penal* para efeitos de aplicação do artigo 6.º da Convenção.

Neste particular, e tal como o Tribunal já teve oportunidade de salientar no caso *Engel e outros c. Holanda*, caso as Partes Contratantes da Convenção tivessem a possibilidade de, ao abrigo da sua discricionariedade *doméstica*, qualificar uma infracção como sendo disciplinar ao invés de criminal, ou de acusar o autor de uma infracção “mista” na vertente disciplinar e não na vertente criminal, a operacionalização e materialização dos princípios constantes do artigo 6.º da Convenção ficaria subordinada à vontade soberana do Estado. Tal latitude poderia levar a um resultado incompatível com a finalidade e o objectivo da Convenção.<sup>2</sup>

Apesar do TEDH ter decidido que a queixa da Menarini preenchia o critério da admissibilidade, dado ser aplicável ao processo que correu termos em Itália o artigo 6.º da Convenção, o tribunal entendeu que a disposição da Convenção não tinha sido infringida pelo Estado Italiano, dado que o processo da Menarini tinha sido analisado no ordenamento jurídico doméstico italiano por um tribunal com plenos poderes para rever a decisão da AGCM. ■

## COMENTÁRIO

O acórdão *Menarini* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao reconhecer a aplicação do artigo 6.º da Convenção e da correlativa e seminal jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem referente ao direito ao processo justo e equitativo em processo jusconcorrencial sancionatório, é um passo muito positivo para o reforço das garantias de defesa das empresas.

<sup>1</sup> Decisão *Delcourt c. Bélgica*, de 17 de Janeiro de 1970, § 25.

<sup>2</sup> Decisão *Engel e outros c. Holanda*, de 8 de Junho de 1976, § 81.

# Boas práticas: Comissão Europeia reforma procedimentos em processos de concorrência

Gonçalo Machado Borges  
gmb@mlgts.pt

**F**m Outubro de 2011, a Comissão Europeia concluiu um pacote de medidas relativas à investigação de cartéis e abusos de posição dominante, adoptando recomendações para reforçar a transparência dos processos e fomentar a sua previsibilidade.

Foi aprovada, por um lado, uma Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE, publicada em Jornal Oficial a 20.10.2011<sup>1</sup>. Esta Comunicação consolida algumas orientações que já eram seguidas pelos serviços da Comissão e introduz algumas inovações importantes em resultado de uma consulta pública realizada em 2010.

As boas práticas a seguir em matéria de tramitação procedimental incluem medidas como: (i) o anúncio público, através de publicação no site da Direcção-Geral da Concorrência e de um comunicado de imprensa, da decisão de dar início a um processo; (ii) a realização de reuniões entre a Comissão e as empresas envolvidas para ponto de situação em momentos chave do processo (incluindo a possibilidade de 'reuniões triangulares', convocando em simultâneo as empresas objecto de investigação e, eventuais autores da denúncia apresentada e/ou terceiros interessados); ou (iii) a divulgação às partes objecto do processo, logo na fase inicial da investigação, de uma versão não confidencial da denúncia apresentada (ou de outras "declarações essenciais" que constem do processo, como estudos económicos, por exemplo).

A Comunicação incorpora, ainda, um conjunto de medidas que reforçam a publicidade e transparência dos processos conduzidos pela Comissão, destacando-se: (i) o fornecimento às partes, na comunicação

de objecções, dos principais elementos a ter em conta para o cálculo das coimas (incluindo dados quanto aos volumes de vendas e aos exercícios a considerar); e (ii) a publicação no site da Direcção-Geral da Concorrência das decisões de rejeição de denúncias (quando estas não sejam retiradas após um parecer preliminar negativo).

Para além desta Comunicação sobre boas práticas, foi também adoptada uma Decisão ampliando as funções do Auditor independente<sup>2</sup>, a quem compete garantir o exercício efectivo dos direitos procedimentais das partes e outros interessados em processos de concorrência.

As competências do Auditor estendem-se a diversas matérias, podendo aquele intervir (i) na resolução de questões relacionadas com o segredo profissional dos advogados e com o sigilo dos elementos abrangidos pelas comunicações entre advogados e clientes; (ii) para apreciar situações em que uma empresa se recuse a responder a um pedido de informações por considerar que o mesmo viola o seu direito à não auto-incriminação; ou (iii) para analisar pedidos de prorrogação dos prazos de resposta a pedidos de informações.

Para além disto, o Auditor independente passa a ter poderes acrescidos na preparação e organização das audições orais em processos de aplicação dos artigos 101º e 102º TFUE e em processos de concentração, cabendo-lhe igualmente elaborar relatórios, no decurso do processo, sobre o exercício efectivo dos direitos das diversas entidades envolvidas.

Estas alterações promovidas pela Comissão visam reforçar os direitos de defesa das partes em processos de concorrência, promovendo a sua intervenção ao longo do procedimento e contribuindo para o tornar mais transparente. ■

A COMISSÃO EUROPEIA CONCLUIU UM PACOTE DE MEDIDAS RELATIVAS À INVESTIGAÇÃO DE CARTÉIS E ABUSOS, ADOPTANDO RECOMENDAÇÕES PARA REFORÇAR A TRANSPARÊNCIA DOS PROCESSOS E FOMENTAR A SUA PREVISIBILIDADE

<sup>1</sup> 2001/C 308/06.

<sup>2</sup> Decisão do Presidente da Comissão Europeia de 13 de Outubro de 2011 (2011/695/UE).



## Estados-Membros sujeitos a sanções financeiras pela não recuperação de auxílios de Estado ilegais

Pedro de Gouveia e Melo  
pgmelo@mgts.pt

Um acórdão recente do Tribunal de Justiça condenou pela primeira vez um Estado-Membro ao pagamento de sanções financeiras pela não recuperação de auxílios de Estado anteriormente declarados incompatíveis com o direito da União Europeia (UE).

Em 17 de Novembro de 2011, no proc. C-496/09, *Comissão c. Itália (II)*, o Estado Italiano foi condenado ao pagamento cumulativo de uma quantia fixa de 30 milhões de euros e de uma elevada sanção pecuniária compulsória (correspondente à multiplicação do montante de 30 milhões pela percentagem dos auxílios incompatíveis ainda não recuperados, a calcular semestralmente), por não ter executado um acórdão do Tribunal de Justiça de 2004, que obrigava Itália a recuperar os referidos auxílios, anteriormente declarados incompatíveis com o direito da UE pela Comissão Europeia.

### O DEVER DE RECUPERAR AUXÍLIOS DE ESTADO INCOMPATÍVEIS COM O TRATADO

O Tratado prevê que todos os auxílios de Estado devem ser previamente notificados e declarados compatíveis pela Comissão antes de serem concedidos (a não ser que sejam abrangidos por uma isenção por categoria). Quando a Comissão Europeia conclua que um projecto de auxílio notificado é incompatível com o direito da UE, o Estado-Membro em causa fica impedido de o implementar. Se o auxílio incompatível não tiver sido notificado, ou se entretanto tiver já sido ilegalmente concedido, o Estado deve recuperar o auxílio junto dos seus beneficiários, com juros. Caso o Estado-Membro não execute a decisão da Comissão, esta Instituição pode intentar directamente uma acção por incumprimento no Tribunal de Justiça.

### O PROCESSO COMISSÃO C. ITÁLIA II

As origens do processo remontam a 1999, quando a Comissão decidiu que certos auxílios concedidos pela Itália a favor do emprego desde 1995 (através de uma redução das contribuições para a segurança social pagas pelas empresas que criavam novos postos de trabalho) eram incompatíveis com o mercado interno, e ordenou a sua

imediate recuperação. Itália não executou atempadamente a decisão, a Comissão recorreu em 2002 para o Tribunal de Justiça, o qual, por acórdão de 1 de Abril de 2004 (*Comissão c. Itália (I)*), constatou o incumprimento do Estado Italiano.

O Tratado obriga os Estados-Membros a tomar imediatamente as medidas necessárias à execução de um acórdão do Tribunal de Justiça. Em 2009, considerando que a Itália ainda não adoptado as medidas necessárias para recuperar os auxílios incompatíveis com o Tratado, a Comissão intentou nova acção por incumprimento no Tribunal de Justiça (*Comissão c. Itália (II)*), ao abrigo do procedimento denominado de “duplo incumprimento”, tendo desta vez solicitado a condenação da Itália no pagamento de uma sanção financeira fixa (“quantia fixa”) e de uma sanção pecuniária compulsória até à completa execução do Acórdão de 2004.

Neste segundo processo, o Tribunal de Justiça começou por verificar que, na data de referência para o processo (1 de Abril de 2008), os auxílios em causa não tinham ainda sido integralmente recuperados pelas autoridades italianas. Itália argumentou a impossibilidade absoluta temporária de recuperar os auxílios em causa, em razão do grande número de empresas beneficiárias e de não dispor de informações para quantificar as quantias a recuperar. Recordando jurisprudência assente, o Tribunal afastou esta linha de argumentação, afirmando que nem o receio de dificuldades internas, mesmo insuperáveis, nem a necessidade de verificar a situação individual de cada beneficiário, justificam a não execução de um acórdão, pelo que declarou o “duplo incumprimento” solicitado pela Comissão.

### SANÇÕES FINANCEIRAS ELEVADAS POR NÃO RECUPERAÇÃO DE AUXÍLIOS ILEGAIS

O incumprimento do Acórdão de 2004 levou o Tribunal a aplicar, pela primeira vez, sanções pesadas pela não recuperação integral de auxílios de Estado incompatíveis com o direito da UE. Em primeiro lugar, impôs uma sanção pecuniária compulsória, em ordem a persuadir a Itália a tomar as medidas necessárias a pôr termo ao

incumprimento. Na medida em que as regras do Tratado sobre concorrência, e muito particularmente as relativas aos auxílios de Estado, “têm carácter fundamental”, e “constituem a expressão de uma das missões essenciais conferidas à União Europeia”, o Tribunal concluiu que a infracção tinha um carácter grave, e considerou apropriado calcular a sanção compulsória numa base semestral através da multiplicação de um montante de base de 30 milhões de euros pela percentagem dos auxílios ainda não recuperada.

A gravidade da infracção levou também o Tribunal de Justiça a aplicar, cumulativamente, uma sanção pecuniária fixa de 30 milhões de euros, como medida dissuasória, para prevenir a repetição futura de infracções análogas ao direito da União. A este propósito, o Tribunal considerou relevante que Itália fosse ‘reincidente’, pois já havia sido objecto de vários acórdãos do Tribunal de Justiça por incumprimento da obrigação de recuperar auxílios de Estado.

### IMPLICAÇÕES PARA OS ESTADOS-MEMBROS NO FUTURO

O acórdão *Comissão c. Itália (II)* recorda aos Estados-Membros que a implementação de auxílios de Estado sem prévia notificação e decisão de aprovação da Comissão pode ter consequências financeiras sérias, e sublinha também a importância que o Tribunal atribuiu ao cumprimento do dever de recuperação, pelos Estados-Membros, dos auxílios incompatíveis junto dos respectivos beneficiários.

É frequente que esta recuperação seja uma operação complexa e de difícil execução, sobretudo quando os beneficiários são numerosos, as quantias diminutas e existe contestação à recuperação nos tribunais nacionais. Tais dificuldades, no entanto, não justificam a inexecução de um acórdão do Tribunal. Tendo em conta a vontade expressa pela Comissão, e confirmada pelo Tribunal, em penalizar duramente a violação do dever de recuperação, as autoridades nacionais têm incentivos acrescidos para não concederem auxílios de Estado sem se assegurar previamente de que os mesmos são compatíveis com o direito da União. ■

# Proibição genérica de venda pela Internet é incompatível com o direito da concorrência – o acórdão “Pierre Fabre”

Inês Gouveia  
igouveia@mlgts.pt

**O** Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) proferiu recentemente um acórdão<sup>1</sup> no qual se pronuncia sobre a (in)admissibilidade, à luz do direito da concorrência da União Europeia, de uma proibição genérica de venda pela Internet, imposta no contexto de um sistema de distribuição selectiva.

## PRINCIPAIS FACTOS

A Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS (“Pierre Fabre”), distribuía os seus produtos de cosmética e higiene corporal (marcas Avène, Klorane, Galénic e Ducray) ao abrigo de contratos de distribuição selectiva, que contêm uma cláusula impondo a obrigatoriedade de venda dos produtos em causa exclusivamente num espaço físico e na presença obrigatória de um farmacêutico (“cláusula controvertida”). Estas exigências significam, na prática, a exclusão de qualquer forma de venda pela Internet (“vendas *on-line*”).

A Pierre Fabre justificava a cláusula controvertida com base na natureza dos produtos em causa: trata-se de produtos de cuidados de saúde, envolvendo o risco de reacção alérgica e que impõem o conselho personalizado de um especialista, baseado na observação directa do cliente. Adicionalmente, alegava que proibição de vendas *on-line* era necessária para prevenir os riscos de contrafacção e de parasitismo entre revendedores autorizados.

A empresa foi alvo de uma decisão condenatória do Conselho da Concorrência francês, que considerou que a cláusula controvertida tinha o objectivo de restringir a concorrência no mercado (dispensando uma apreciação dos efeitos) e ainda, que os acordos em questão eram insusceptíveis de beneficiar da isenção por categoria conferida pelo Regulamento n.º 2790/199 (que confere, na prática, uma presunção de legalidade ao acordo) ou sequer de uma isenção individual (que permite a justificação, com base num balanço económico positivo, de acordos aparentemente anti-concorrenciais). O Conselho da Concorrência multou a

## A NECESSIDADE DE SE GARANTIR ACONSELHAMENTO PERSONALIZADO OU O USO CORRECTO DO PRODUTO NÃO SÃO JUSTIFICAÇÃO PARA A IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÕES À DISTRIBUIÇÃO *ON-LINE* DE COSMÉTICOS

Pierre Fabre pelo ilícito e ordenou-lhe que modificasse os acordos.

A empresa recorreu da decisão condenatória para a “Cour d’Appel de Paris” (tribunal de reenvio) que, por seu turno, decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE um conjunto de questões relativas à interpretação jurídica das normas aplicáveis.

## AS QUESTÕES APRECIADAS PELO ACÓRDÃO

(i) A proibição de vendas pela Internet tem por objectivo restringir a concorrência?

A resposta à questão dependia, no caso, de saber se as exigências qualitativas impostas aos revendedores seleccionados Pierre Fabre (exigências essas que, como se viu, conduziam, na prática, numa proibição de vendas *on-line*) constituíam requisitos qualitativos admissíveis, no contexto do sistema de distribuição selectiva em causa. De acordo com a jurisprudência relevante tal depende, nomeadamente, de saber se as mesmas são necessárias para garantir a distribuição adequada dos produtos em questão (isto é, para preservar a sua qualidade ou assegurar a sua boa utilização).

O TJUE, procurando fornecer ao tribunal de reenvio elementos de interpretação do direito da União Europeia, começou por recordar jurisprudência anterior, na qual havia apreciado determinadas medidas estatais que proibiam vendas *on-line* de

medicamentos não sujeitos a receita médica e de lentes de contacto e a compatibilidade de tais medidas com o princípio da livre circulação de mercadorias. Resulta dessa jurisprudência que a necessidade de assegurar um aconselhamento personalizado ao cliente ou de garantir a utilização correcta de tais produtos não constituem motivos legítimos, capazes de justificar uma excepção ao supra-referido princípio. Pese embora a disparidade de contextos de análise, a invocação efectuada pelo TJUE parece sugerir que também neste caso, a necessidade de se garantir aconselhamento personalizado ou o uso correcto do produto não são justificação suficiente para a imposição de restrições à distribuição *on-line* de cosméticos.

O TJUE recusou ainda o argumento da Pierre Fabre, de que a proibição de vendas *on-line* era necessária para preservar a imagem de prestígio dos produtos em causa.

Embora sem resolver a questão de fundo (da competência do órgão de reenvio), o TJUE concluiu que a cláusula controvertida constituirá uma restrição da concorrência por objecto, se, na sequência de um análise individual e concreta do teor e objectivo da cláusula e do seu contexto jurídico e económico, o tribunal de reenvio entender que, face às propriedades do produto em causa, a mesma não é objectivamente justificada.

(ii) Possibilidade de uma isenção por categoria ou de uma isenção individual

Quanto à isenção por categoria, estava em causa, fundamentalmente, uma interpretação divergente do teor do Regulamento n.º 2790/1999: para a Pierre Fabre, a proibição imposta sobre as vendas *on-line* é o mesmo que proibir um membro do sistema de distribuição selectiva de operar a partir de um “local de estabelecimento não autorizado” (proibição essa que é admitida pelo Regulamento); para o TJUE essa interpretação é incorrecta porquanto a referência a “um local de estabelecimento” visa apenas pontos de venda onde se

<sup>1</sup> Acórdão do TJUE de 13.10.2011, prc. C-439/09.



praticarem vendas directas e não é possível, no caso, efectuar a interpretação extensiva do conceito pretendida pela Pierre Fabre.

O TJUE considerou as restrições impostas como subsumíveis ao conceito de “restrição de vendas activas ou passivas a utilizadores finais por membros de um sistema de distribuição selectiva que operam ao nível retalhistas...” o que exclui a aplicação do regulamento (e logo, a presunção de legalidade conferida pelo mesmo aos acordos em questão).

Por fim, o TJUE reconheceu que, mesmo na ausência de presunção de legalidade referida acima, as partes no acordo devem ter a possibilidade de alegar e provar a verificação dos requisitos estabelecidos no n.º 3 do art. 101º TFUE e, dessa forma, beneficiar da isenção individual reconhecida pelo referido artigo. Uma tal análise caberia, no caso, ao tribunal de reenvio e não ao TJUE. ■

#### COMENTÁRIO

Até à prolação deste acórdão e tanto quanto é do nosso conhecimento, o TJUE não havia sido chamado a pronunciar-se sobre uma recusa genérica de venda pela Internet num sistema de distribuição selectiva, especificamente à luz das disposições do direito da concorrência da União Europeia. Pese embora a novidade do tema, as conclusões vertidas no acórdão não surpreendem. Ainda assim, o *guidance* dado ao tribunal de reenvio afigura-se mínimo e o acórdão beneficiária, nalguns pontos, de uma densificação adicional (atento o teor de alguma jurisprudência anterior em matéria de distribuição selectiva em geral e a relativa novidade do “tema” Internet, neste contexto).

A adopção, na pendência do processo, de novas Orientações sobre restrições verticais<sup>2</sup>

veio fornecer às empresas indicações significativamente mais detalhadas e actualizadas quanto às possibilidades e aos limites de utilização da Internet.

É hoje claro, à luz de tais Orientações, que um fornecedor não pode impedir os seus distribuidores de utilizarem a Internet para a distribuição e venda dos bens contratuais, embora se admita que o fornecedor possa impor requisitos a tal utilização, nomeadamente quando necessário para garantir as características fundamentais do sistema de distribuição em causa (desde que com base num *rationale* equivalente ao que impõe restrições à distribuição ou venda *off-line*), bem como exigir que o distribuidor explore também estabelecimentos físicos de venda ao público.

<sup>2</sup> As quais acompanham o Regulamento (EU) n.º 330/2010, adoptado em substituição do Regulamento (CE) n.º 2790/1999, embora sem modificar substancialmente este último, na matéria aqui em causa.

## Boas práticas sobre a cooperação entre autoridades nacionais de concorrência em operações de concentração multijurisdicionais

Luís do Nascimento Ferreira  
lferreira@mlgts.pt

AS CONCENTRAÇÕES TRANSFRONTEIRIÇAS IMPLICAM NORMALMENTE UM CONJUNTO DE DESAFIOS PARA AS ANCs E PARA AS PRÓPRIAS EMPRESAS, EM PARTICULAR NO QUE TOCA A CERTEZA JURÍDICA, CUSTOS E ATRASOS

**F**m 8 de Novembro de 2011 as autoridades nacionais de concorrência da União Europeia (“ANCs”) adoptaram entre elas um conjunto de orientações para a análise das chamadas “notificações múltiplas”, *i.e.* operações de concentração que não possuem dimensão comunitária na acepção do Regulamento das concentrações europeias, mas que estão sujeitas a notificação em mais do que um Estado-Membro<sup>1</sup>.

As concentrações transfronteiriças que requerem autorização por parte de diversas ANCs implicam normalmente um conjunto de desafios para as ANCs e para as próprias empresas, em particular no que toca a certeza jurídica, custos e

atrasos. As boas práticas recentemente acordadas pretendem atenuar algumas dessas dificuldades, identificando o tipo de casos nos quais é desejável que haja uma maior cooperação das ANCs, as fases do procedimento administrativo em que tal deve ter lugar e as informações que devem ser partilhadas entre elas.

Estas boas práticas não pretendem instituir um mecanismo de cooperação para todas as concentrações multijurisdicionais. As ANCs mantêm a liberdade de decidir numa base casuística se uma determinada concentração deve ser objecto de uma cooperação mais estreita. O princípio geral que desencadeia o mecanismo de cooperação é a existência de questões



semelhantes ou comparáveis de natureza jurisdicional ou substantiva em dois ou mais Estados-Membros a respeito de uma dada concentração. O documento de boas práticas apresenta vários exemplos onde tal cooperação é vantajosa em diferentes etapas: na fase de notificação, no sentido de ajudar as ANC's a decidir se determinada transacção dá origem a uma operação de concentração sujeita a notificação nos respectivos países; na fase de análise jusconcorrencial, quando uma concentração é susceptível de afectar a concorrência em mais do que um Estado-Membro; e no momento da decisão final, no que respeita à concepção, teste e implementação de compromissos em diferentes Estados-Membros.

O procedimento de cooperação reforçada previsto nas boas práticas inicia-se da mesma forma que o procedimento de cooperação normal aplicável a todos os tipos de concentrações multijurisdicionais, ou seja, as ANC's que estejam a analisar concentrações notificáveis em outros Estados-Membros informam as restantes ANC's de tal facto e partilham informação básica de natureza não confidencial relativa à notificação<sup>2</sup>. Em casos – tal como os referidos no parágrafo anterior – em que se torna necessário ou é vantajoso iniciar uma cooperação aprofundada, as ANC's encorajam as partes na transacção a autorizarem, tão cedo quanto possível, a troca, entre aquelas, de informação confidencial relativa à operação, de forma a que as ANC's possam iniciar contactos e manter-se mutuamente informadas quanto às respectivas análises jusconcorrenciais em etapas chave das suas investigações (pelo menos no final das fases I e II e em quaisquer discussões sobre compromissos) e no que toca a questões chave (*e.g.*, definição de mercado, análise dos impactos previsíveis, eficiências, teorias do dano concorrencial).

As boas práticas em causa têm um propósito útil e apresentam soluções importantes para ajudar as ANC's e as empresas a alcançar uma maior convergência em concentrações multijurisdicionais que se apresentem como problemáticas. No entanto, elas não resolvem todos os problemas.

Em primeiro lugar, tal como é expressamente reconhecido no próprio documento que corporiza as boas práticas, apenas se espera que as ANC's sigam o procedimento aí previsto se tal for consistente com as suas próprias prioridades em matéria de concorrência.

Em segundo lugar, uma parte importante do sucesso deste mecanismo depende da boa vontade e da cooperação das empresas partes na transacção, uma vez que as ANC's necessitam das respectivas autorizações para procederem à partilha de informação recíproca, e é nas partes que repousa, em última instância, a decisão de autorizar ou não essa partilha.

Em terceiro lugar, embora seja verdade que o sistema de cooperação em causa lida com alguns dos inconvenientes tipicamente associados às notificações múltiplas – por exemplo, ao ajudar as ANC's a alcançar decisões esclarecidas e consistentes (ou pelo menos não contraditórias) –, também é verdade que a amplitude do mecanismo é necessariamente limitada e não cobre alguns aspectos importantes neste tipo de notificações, tais como os custos e os atrasos.

Por último, existe uma questão de confidencialidade. Mesmo que as partes na transacção autorizem a troca de informações entre as ANC's, a informação confidencial e os segredos de negócio que sejam partilhados entre essas autoridades são protegidos em conformidade com o direito nacional das jurisdições envolvidas. Na maioria dos casos, isto deverá significar que estes dados não poderão ser usados para outro propósito que não seja a apreciação da operação. No entanto, é possível que algumas leis nacionais permitam às respectivas ANC's utilizar as informações e documentos em questão para outros fins, mesmo que eles possam vir a ser desvantajosos para as partes.

Por todos estes motivos, parece-nos que, se tal alternativa estiver disponível, o sistema de remessa de casos previsto no Regulamento das concentrações europeias

SE TAL ALTERNATIVA ESTIVER DISPONÍVEL, O SISTEMA DE REMESSA DE CASOS PREVISTO NO REGULAMENTO DAS CONCENTRAÇÕES EUROPEIAS PODE, EM CERTAS CIRCUNSTÂNCIAS, SER MAIS VANTAJOSO PARA AS EMPRESAS

pode, em certas circunstâncias, ser mais vantajoso para empresas envolvidas em concentrações transfronteiriças. A análise de uma operação exclusivamente por parte da Comissão Europeia (o chamado sistema de “one-stop-shop”) aumenta normalmente a eficiência administrativa, evita a duplicação e fragmentação de esforços na aplicação do direito da concorrência, evita o risco de decisões potencialmente contraditórias e reduz os custos e os ónus resultantes de múltiplos procedimentos e obrigações.

Neste sentido, e a menos que se afigure que a análise da operação e do respectivo impacto nos mercados relevantes é mais adequadamente realizada por via da intervenção de diversas autoridades, a fragmentação de casos pode não ser a melhor solução para as partes. ■

<sup>1</sup> O documento de boas práticas pode ser consultado em [http://ec.europa.eu/competition/ecn/nca\\_best\\_practices\\_merger\\_review\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/nca_best_practices_merger_review_en.pdf)

<sup>2</sup> Este procedimento normal tem lugar em conformidade com o guia procedimental de 2002 relativo à troca de informações entre Estados-Membros em concentrações multijurisdicionais, que se encontra disponível em [http://ec.europa.eu/competition/ecn/eca\\_information\\_exchange\\_procedures\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/eca_information_exchange_procedures_en.pdf).



## CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

# A nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira

Lauro Celidonio Neto / Amadeu Ribeiro  
 lauro@mattosfilho.com.br / amadeu@mattosfilho.com.br  
 www.mattosfilho.com.br

### A NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA TAMBÉM REESTRUTURA O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Foi publicada dia 1º de dezembro, a nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011). A nova lei entra em vigor no dia 29 de maio de 2012, 180 (cento e oitenta dias) após sua publicação.

Uma das principais mudanças trazidas pela nova Lei de Defesa da Concorrência é a introdução do regime de aprovação prévia no Brasil. Isso significa que, a partir de junho do próximo ano, operações societárias que resultem em concentração (tais como fusões, aquisições e joint ventures), quando atendidos os critérios de notificação obrigatória (ver abaixo), não poderão ser consumadas antes de sua aprovação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”).

A nova Lei de Defesa da Concorrência também reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”). Atualmente, o SBDC é composto por três órgãos: a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (“SEAE”); a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (“SDE”); e o CADE. Com a nova lei, o CADE se torna o único órgão responsável pela análise e julgamento de operações (atos

de concentração) e investigações por condutas anticoncorrenciais.

A estrutura do “novo” CADE será a seguinte:

- Tribunal Administrativo de Defesa Econômica
- Superintendência-Geral
- Departamento de Estudos Econômicos

As principais novidades do regime de controle prévio de operações são as seguintes:

- **CONTROLE PRÉVIO E SUSPENSIVO:** operações sujeitas à notificação obrigatória não poderão ser consumadas antes da aprovação final do CADE. As partes são obrigadas a se manter independentes, preservando as condições concorrenciais existentes antes da operação até o posicionamento final do CADE, sob pena de multa de R\$ 60 mil a R\$60 milhões e abertura de processo administrativo para apuração de possível infração à ordem econômica.
- **CRITÉRIOS PARA NOTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA:** estarão sujeitas à notificação prévia as operações que atenderem aos seguintes critérios:

- Pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto no Brasil não inferior a R\$ 400 milhões no ano anterior à operação; e
  - Pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto no Brasil não inferior a R\$ 30 milhões no ano anterior à operação.
- **PRAZO DE ANÁLISE:** A lei estabelece que CADE terá até 240 dias para emitir sua decisão final; este prazo poderá ser prorrogado por até 60 (sessenta) dias, a pedido das partes, ou até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal. Entretanto, a Presidente Dilma vetou o art. 64 do projeto de lei, que previa a aprovação tácita do ato de concentração caso os referidos prazos fossem descumpridos. É esperado que o CADE regulamente as consequências do decurso do referido prazo sem que o ato de concentração tenha sido aprovado, e que também emita regulamento com regras específicas de análise sumária de operações não complexas.
- **NEGOCIAÇÃO:** as partes poderão acelerar o processo de aprovação final do CADE mediante negociação de condições que afastem eventuais preocupações de ordem concorrencial. As regras específicas

## A NOVA LEI TRAZ MUDANÇAS IMPORTANTES RELATIVAS AOS PROCESSOS DE INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS

sobre o processo de negociação de acordos devem ser detalhadas nos regulamentos que serão editados pelo CADE ao longo dos próximos meses.

A nova lei também traz mudanças importantes relativas aos processos de investigação de condutas anticoncorrenciais. A base de cálculo das multas por infração concorrencial (tais como cartel) passa a ser o faturamento da empresa, grupo ou conglomerado no “ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração”, no ano anterior à abertura da investigação. O conceito de “ramo de atividade empresarial” pode ser interpretado de forma bastante abrangente, o que gera elevado grau de incerteza para os administrados. O percentual das multas, por outro lado, reduzido: 0,1% a 20% no caso de empresas; já em relação aos administradores, quando comprovado dolo ou culpa, o valor será de 1% a 20% da multa aplicada à empresa. ■



MLGTS LEGAL CIRCLE  
INTERNATIONALITIES WITH THE PORTUGUESE-SPEAKING WORLD

*Procurando responder às necessidades crescentes 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 no Brasil, Angola, Moçambique e Macau.*

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, Marroy Jr.  
e Quiroga Advogados

Luanda, Angola (em parceria)  
ALC – Angola Legal Circle Advogados

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

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

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

www.mlgts.pt