

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE 14 DE SETEMBRO DE 2010 NO PROCESSO C-550/07 P
– AKZO NOBEL CHEMICALS LTD E AKCROS
CHEMICALS LTD C. COMISSÃO EUROPEIA

*Helena Gaspar Martinho**

INTRODUÇÃO

O Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2010**, comumente designado Acórdão *Akzo*, veio, por ora, pôr um ponto final no intenso e controvertido debate em torno da garantia de confidencialidade das comunicações trocadas entre as empresas alvo de investigação da Comissão Europeia por práticas restritivas da concorrência e os seus advogados internos.

O facto de o Acórdão em análise ter sido uma das primeiras decisões respeitante aos direitos de defesa proferida na vigência do Tratado de Lisboa, que atribuiu à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia o mesmo valor jurídico que os Tratados, criou alguma expectativa de que a jurisprudência anterior fosse revertida e que passasse a ser consagrada a garantia de confidencialidade também para comunicações trocadas com os advogados internos das empresas. O Tribunal de Justiça declarou, porém, de forma inequívoca, que tal garantia apenas é aplicável a advogados independentes

* Advogada no Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste comentário são estritamente pessoais e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência.

** A jurisprudência citada no presente comentário pode ser encontrada em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm> (Tribunal de Justiça da União Europeia) e http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem).

que não se encontrem subordinados por uma relação de emprego com o seu cliente.

1. A PROTECÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE DAS COMUNICAÇÕES TROCADAS ENTRE ADVOGADOS E CLIENTES NO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

O Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (presentemente, artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE) – Regulamento n.º 17/62¹ – conferia poderes à Comissão Europeia para, no âmbito de processos relativos a práticas restritivas da concorrência, pedir informações e documentos às empresas (artigo 11.º), bem como ter acesso às suas instalações, inspeccionar e tirar cópias de livros e documentos profissionais (artigo 14.º, n.º 1). O mesmo Regulamento nada previa, porém, quanto à garantia do segredo profissional dos advogados.

Embora o Relatório da Comissão do Parlamento Europeu que apreciou o Projecto do Regulamento n.º 17 (Relatório Déringer²) tenha proposto, no ponto 121 e a propósito daqueles que se tornariam os referidos artigos 11.º e 14.º, que fosse protegido o segredo profissional dos advogados, tal proposta não foi levada em consideração aquando da redacção da versão final do Regulamento³.

Em 1977, dois funcionários do serviço jurídico da Comissão (M. C. D. Ehlermann e M. D. Oldekop) prepararam uma comunicação para o congresso FIDE, que teria lugar no ano seguinte em Copenhaga, em que tratavam da questão da aplicabilidade da protecção do segredo profissional dos advogados nos processos referentes a práticas restritivas da concorrência, salientando que se em todos os Estados-membros o segredo das comunicações entre advogado e cliente era protegido, os limites e os métodos através dos quais essa protecção era assegurada não eram uniformes. Sublinharam ainda os Autores da comunicação que, com o alargamento das Comunidades, a discussão recebeu um novo impulso devido à protecção particularmente forte de que gozava o segredo profissional dos advogados no Reino Unido

1 Jornal Oficial n.º 813 de 21.2.1962 p. 204 – 211.

2 Doc. do Parlamento Europeu 57/1961.

3 Vide Conclusões do advogado-geral Warner apresentadas em 20 de Janeiro de 1981, *AM & S Europe Limited contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo 155/79, Colectânea da Jurisprudência 1982, p. 1620 ss. (consultámos a versão francesa). Ainda sobre esta matéria: Pais Antunes, 1995: 131; Giannakopoulos, 2004: 78; e Kerse & Khan, 2005: 144.

e na Irlanda. Porém, até ao momento, a salvaguarda do segredo profissional não tinha sido um problema particularmente sensível na prática da Comissão e a protecção adequada a conferir a tal garantia permanecia um problema a debater⁴.

Em breve, todavia, o Tribunal de Justiça seria confrontado com esta questão na sequência de um caso em que, ao abrigo dos poderes conferidos pelo artigo 14.º do Regulamento n.º 17, a Comissão exigiu a entrega de documentos que a empresa investigada alegava estarem cobertos pela confidencialidade entre advogados e clientes e que, como tal, considerava não deverem ser entregues à Comissão.

Foi neste contexto que, em 1982, na sequência do recurso interposto pela *AM & S*^{5/6}, empresa visada pela decisão da Comissão que exigia a entrega dos referidos documentos, o Tribunal de Justiça fixou a jurisprudência fundamental relativa à aplicabilidade da protecção do segredo profissional dos advogados nos processos referentes a práticas restritivas da concorrência por violação dos, então, artigos 85.º e 86.º do Tratado (presentemente, artigos 101.º e 102.º do TFUE).

Neste, como noutros domínios do Direito da União Europeia, foi o Tribunal de Justiça que, na ausência de um catálogo de direitos, identificou, com base nos critérios legais comuns vigentes nos vários Estados-membros, os direitos a proteger e delimitou o seu âmbito de aplicação de forma a que pudessem compatibilizar-se com outros valores em conflito – no caso, a protecção efectiva do Direito da concorrência, consubstanciada nos poderes de investigação da Comissão, necessários para o efeito.

2. A DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO PROCESSO *AM & S*

Interpretando os referidos artigos 11.º e 14.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, o Tribunal de Justiça esclareceu que entre os documentos passíveis de serem

4 Conclusões do advogado-geral Warner (cit. *supra* nota 3), p. 1622 ss.

5 Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 1982, *AM & S Europe Limited contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo 155/79, Colectânea da Jurisprudência 1982, p. 1575.

6 Para análise sumária da problemática inerente à protecção da confidencialidade de correspondência trocada entre empresas e o seu advogado e, concretamente, deste Acórdão, em obras gerais de referência, vide Pliakos, 1994: 46-49; Pais Antunes, 1995: 130-140; Giannakopoulos, 2004: 78-94; Kerse & Khan, 2005: 144-153; e Moura e Silva, 2008: 115-119.

exigidos pela Comissão incluía-se a correspondência⁷ trocada entre advogados e os seus clientes⁸.

Esta regra, porém, não é absoluta e o Tribunal reconhece que a confidencialidade de tal correspondência deve ser protegida desde que dois requisitos cumulativos se verifiquem:

- (i) A correspondência tenha sido trocada no âmbito e para efeitos do direito de defesa do cliente (relação com os direitos de defesa);
- (ii) A correspondência tenha sido trocada com um advogado independente, isto é, um advogado que não esteja ligado ao cliente por uma relação de emprego (independência do advogado⁹).

Quanto ao primeiro requisito, o Tribunal esclarece que para pleno exercício dos direitos de defesa, e sendo a protecção da confidencialidade da correspondência trocada com o advogado um corolário desses direitos, tal protecção deve aplicar-se a toda a correspondência trocada desde o início do processo e deve poder ainda estender-se a comunicações anteriores que tenham uma relação com o objecto dos autos¹⁰.

No que se refere ao segundo requisito, o Tribunal sublinha a concepção do advogado como “*colaborador da justiça chamado a prestar, com toda a independência e no interesse superior da mesma, a assistência legal de que o cliente tem necessidade*”¹¹. O conceito de independência do advogado é definido pelo Tribunal no presente arresto de forma positiva – dependendo da inscrição do advogado na ordem profissional de um Estado-membro¹² e da sujeição à disciplina profissional imposta e controlada no interesse geral por tal entidade¹³ – e

7 Segundo Pais Antunes (1995: 130), o conceito de “*correspondência*” deve ser interpretado de forma lata. Como veremos adiante, a jurisprudência Akzo faz referência a “*comunicações*”.

8 §§ 16 e 27.

9 § 21.

10 § 23. “*No caso em análise, tratava-se de correspondência trocada em 1972, imediatamente após a adesão do Reino Unido à Comunidade e cerca de seis anos antes da realização das inspecções e que dizia respeito à questão de saber em que medida poderia ser evitado um conflito eventual entre a empresa e as autoridades comunitárias em consequência da aplicação das regras da concorrência do Tratado às actividades da empresa*” – Pais Antunes, 1995: 135-136.

11 § 24.

12 § 25.

13 § 24.

de forma negativa – sendo necessário verificar-se a ausência de uma relação de emprego.

A decisão do Tribunal de Justiça diverge, neste particular, da solução proposta pelo advogado-geral, que defendeu que os advogados vinculados por contratos de trabalho deveriam, no que à protecção do segredo profissional diz respeito, ser tratados da mesma forma que os advogados independentes^{14/15}.

3. AS CRÍTICAS À JURISPRUDÊNCIA *AM & S*

O Acórdão *AM & S* foi criticado por consagrar uma garantia baseada no mínimo denominador comum que podia encontrar-se entre os Estados-membros¹⁶ e, em particular no que concerne à distinção traçada entre advogados internos subordinados por um contrato de trabalho e advogados independentes para efeitos da garantia de protecção da confidencialidade das comunicações trocadas entre advogados e clientes, por ser demasiado restritiva¹⁷, privilegiando, além disso, um critério formal em detrimento de um critério material¹⁸.

A aprovação do Regulamento n.º 1/2003¹⁹, que reforçou os poderes de investigação da Comissão, bem como os deveres de cooperação entre as Autoridades Nacionais da Concorrência (ANCs) e a Comissão, incluindo a possibilidade de trocar e utilizar informação e provas²⁰, veio incrementar

14 Conclusões do advogado-geral Sir Gordon Slynn apresentadas em 26 de Janeiro de 1982, *AM & S Europe Limited contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo 155/79, Colectânea da Jurisprudência 1982, p. 1655 (consultámos a versão francesa).

15 Quanto ao procedimento, o Tribunal esclarece que cabe apenas à Comissão (e não à empresa requerida, ou a um terceiro, seja um árbitro ou um perito) determinar se um determinado documento solicitado à luz dos poderes que lhe são atribuídos pelo Regulamento n.º 17 deve ou não ser-lhe entregue (§ 17). Incumbe à empresa que invoque a protecção da confidencialidade de correspondência trocada com o advogado fornecer aos agentes mandatados pela Comissão sem, todavia, mostrar o conteúdo da correspondência em questão, os elementos úteis de forma a provar que esta reúne as condições que justificam a sua protecção legal (§ 29). A matéria relativa ao procedimento a seguir nestas circunstâncias viria novamente a ser tratada, com maior desenvolvimento, pelo Tribunal de Primeira Instância (presentemente designado Tribunal Geral) no Acórdão de 17 de Setembro de 2007, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processos apensos T-125/03 e T-253/03, Colectânea da Jurisprudência 2007, p. II-3523.

16 Como refere, embora discordando de tal crítica, Gippini-Fournier, 2005: 624.

17 Andreangeli, 2008a: 1141.

18 Como refere Andreangeli, 2008b: 96.

19 Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JOCE L 1/1, de 4.1.2003.

20 Em particular, artigos 11.º e 12.º.

a discussão em torno desta matéria. Ademais, a modernização do Direito processual da concorrência levada a cabo pelo mesmo Regulamento aumentou a responsabilidade das empresas de proceder a uma auto-avaliação da conformidade das suas práticas comerciais com o Direito da concorrência (designadamente, no que respeita à isenção concedida ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE, que deixa de estar sujeita a um sistema de notificação e autorização prévias, que incumbia à Comissão, e passa a um sistema de excepção directamente aplicável *ex post*²¹), o que conduziria a uma necessidade crescente de aconselhamento jurídico. Os assessores jurídicos internos das empresas desempenhariam, neste contexto, um papel particularmente relevante, sendo que a eficácia do seu aconselhamento legal e o sucesso dos programas de cumprimento pressuporia que a comunicação das empresas com os seus advogados internos pudesse ser livre de interferências e confidencial²². Houve, assim, quem questionasse se a jurisprudência *AM & S* constituiria uma resposta adequada às necessidades impostas pela modernização do Direito processual da concorrência levada a cabo pelo Regulamento n.º 1/2003 e ao novo papel que, neste quadro, deveria ser assumido pelos advogados internos das empresas²³.

Acresce que a decisão do caso *AM & S* teve como base os critérios legais comuns aos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, sendo que, por um lado, a União Europeia viu crescer significativamente o número de Estados-membros e, por outro, alguns desses Estados alteraram o regime jurídico vigente relativo à protecção das comunicações entre advogado e cliente. Como sublinhou Vesterdorf, antigo presidente do então Tribunal de Primeira Instância (presentemente designado Tribunal Geral), não há razão para crer que uma vez definido o âmbito de protecção de um direito, tal definição seja imutável. Pelo contrário, a natureza evolutiva dos direitos de defesa parece lógica, uma vez que estes encontram a suas raízes nos ordenamentos jurídicos nacionais. As leis nacionais evoluem, bem como o número de Estados-membros, sendo que a crescente influência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) cria uma via adicional de modificação destes direitos²⁴.

21 Camacho, 2010: 95.

22 Conclusões da advogada-geral Kokott apresentadas em 29 de Abril de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akcros Chemicals Ltd contra Comissão Europeia*, Processo C-550/07 P.

23 Andreangeli, 2005: 39.

24 Vesterdorf, 2005: 709.

Neste contexto, o caso *Akzo* foi visto como uma porta aberta para a alteração da jurisprudência *AM & S* e foi, por isso, aguardado com grande expectativa o seu desfecho.

4. A DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO PROCESSO *AKZO*

Em 2003, funcionários da Comissão, assistidos por representantes do *Office of Fair Trading*, realizaram, ao abrigo do artigo 14.º do Regulamento n.º 17, uma diligência de instrução nas instalações da *Akzo* e da *Akcros* no Reino Unido, na qual foram apreendidos diversos documentos. Durante a diligência surgiu um diferendo quanto à possibilidade de alguns desses documentos estarem cobertos pela protecção da confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente.

O recurso interposto para o Tribunal de Justiça teve por objecto saber se duas mensagens electrónicas trocadas entre o director-geral da *Akcros* e o coordenador da *Akzo* para o Direito da concorrência – este último, advogado inscrito na ordem dos advogados neerlandesa e, à data dos factos, também membro do serviço jurídico da *Akzo* e empregado de forma permanente por essa empresa – estavam abrangidas pela protecção conferida pelo segredo profissional dos advogados.

As recorrentes argumentaram que o Tribunal Geral tinha interpretado de forma literal e errada o Acórdão *AM & S*, sendo que segundo uma interpretação teleológica o Tribunal Geral deveria ter concluído que a troca de mensagens em causa estava abrangida pelo segredo profissional dos advogados²⁵.

O Tribunal de Justiça discordou dos argumentos das empresas, sublinhando que o conceito de independência do advogado é definido não apenas de forma positiva (mediante referência aos deveres deontológicos), mas também de forma negativa (pela ausência de uma relação de emprego²⁶). Segundo o Tribunal, ainda que o assessor jurídico se encontre inscrito na ordem dos advogados e sujeito aos deveres deontológicos que lhe estão associados, tal não é suficiente para garantir o grau de independência comparável à de um

25 §§ 32 ss. do Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akcros Chemicals Ltd contra Comissão Europeia*, Processo C-550/07 P, JO C 301 de 6.11.2010.

26 § 45.

advogado externo devido à dependência económica e aos laços estreitos que mantém com o empregador²⁷.

Foi com base nestes fundamentos que o Tribunal rejeitou, igualmente, o argumento das recorrentes de que teria sido violado o princípio da igualdade de tratamento (entre advogados internos e externos²⁸).

Por outro lado, a *Akzo* e a *Akcros* invocaram a evolução dos sistemas jurídicos nacionais bem como da ordem jurídica da União Europeia²⁹.

No que concerne à evolução dos ordenamentos jurídicos nacionais, reconhecendo embora as recorrentes que não existe uma tendência uniforme ao nível nacional no sentido de uma equiparação entre os assessores jurídicos e os advogados que exercem a sua profissão a título independente, argumentaram que o Direito da União Europeia pode estabelecer critérios jurídicos para a protecção dos direitos de defesa superiores aos fixados por algumas ordens jurídicas nacionais³⁰. O Tribunal de Justiça, por seu turno, salientou que ainda existe um número significativo de Estados-membros que excluem os juristas de empresa da protecção da confidencialidade aplicável às comunicações entre advogados e clientes e que, além disso, um grande número desses Estados não admite que os juristas de empresa se inscrevam na ordem dos advogados³¹. O Tribunal considerou, portanto, que “*a situação jurídica nos Estados-Membros da União não evoluiu durante os anos que passaram desde a prolação do acórdão AM & S [...] numa medida que permita reconhecer uma evolução da jurisprudência no sentido de um reconhecimento do benefício da protecção da confidencialidade aos assessores jurídicos*”³².

27 §§ 45 ss. A advogada-geral Kokott refere uma identificação pessoal muito maior com a empresa em causa, bem como com a sua política e estratégia – § 70 das Conclusões apresentadas no âmbito do presente processo.

28 §§ 54 ss.

29 §§ 62 ss.

30 § 66.

31 § 72. Referiu a este propósito a advogada-geral que se não é possível excluir que um princípio jurídico, mesmo que consagrado apenas numa minoria dos ordenamentos jurídicos nacionais, seja identificada pelos Tribunais da União como parte integrante do ordenamento jurídico da União – quando este princípio jurídico se revista de uma importância particular tendo em conta as especificidades do Direito da União, os objectivos e as tarefas da mesma, bem como a actividade das suas instituições, ou quando corresponda a uma tendência em fase de consolidação – em relação ao segredo profissional não é possível descortinar quaisquer elementos que indiquem que o Direito da União deveria basear-se na situação jurídica existente numa minoria dos Estados-membros – §§ 94 ss. das Conclusões.

32 § 76.

Quanto à evolução do Direito da União Europeia, argumentaram a *Akzo* e a *Akcros* que a modernização das regras processuais em matéria de cartéis resultante da entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003 conduziu a uma crescente necessidade de aconselhamento jurídico interno³³. Este argumento foi rejeitado pela advogada-geral, segundo a qual “*nem a importância crescente dos assessores jurídicos, nem a utilidade incontestável do seu serviço de consultoria jurídica – militam, em última análise, a favor da sujeição da comunicação interna da empresa ou do grupo com assessores jurídicos à protecção do segredo profissional dos advogados*”³⁴. Na sua opinião, não só não pode justificar-se o alargamento do segredo profissional aos assessores jurídicos com base numa simples referência ao seu conhecimento profundo da empresa em causa, como a especial proximidade com a empresa e os seus negócios suscita fortes dúvidas quanto à sua independência³⁵. Este argumento das recorrentes foi, assim, igualmente julgado improcedente pelo Tribunal, que entendeu que as regras do Regulamento n.º 1/2003 não determinam nem contêm nenhum indício de que deva equiparar-se os advogados independentes e os advogados assalariados no que respeita à protecção da confidencialidade das comunicações³⁶.

Os últimos argumentos da *Akzo* e da *Akcros* prendem-se com a possibilidade de o artigo 101.º do TFUE ser aplicado paralelamente às correspondentes disposições de Direito interno, sendo que, do seu ponto de vista, a protecção das comunicações com os assessores jurídicos não pode ficar dependente da circunstância de a investigação ser realizada pela Comissão ou por uma ANC, sob pena de violação do princípio da segurança jurídica. Por outro lado, invocam as recorrentes o princípio da autonomia processual nacional, consagrado no artigo 22.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003³⁷. Também neste ponto entendeu o Tribunal de Justiça que falecia a argumentação das recorrentes. O Tribunal salienta a repartição de competências entre a Comissão e as ANCs, indicando que as empresas alvo de investigações podem facilmente

33 § 78.

34 § 117 das Conclusões.

35 §§ 117 e 118 das Conclusões. Na opinião da advogada-geral, a independência carece de distância e quando uma empresa se dirige ao seu assessor jurídico não comunica com um terceiro neutro, mas com uma pessoa que é um dos seus próprios empregados, não obstante todos os deveres deontológicos resultantes da sua inscrição na ordem dos advogados.

36 §§ 83 ss.

37 §§ 98 ss. e 109 ss.

e com segurança determinar qual o Direito aplicável e que o princípio da segurança jurídica não obriga a recorrer, para dois tipos de procedimento, a critérios idênticos³⁸. O Direito da União Europeia é o único aplicável para determinar quais os documentos que a Comissão pode recolher e analisar no âmbito de buscas por si realizadas³⁹, sendo que a interpretação e aplicação uniformes deste Direito não podem depender do lugar de investigação e de eventuais particularidades dos regimes nacionais⁴⁰.

5. UMA JURISPRUDÊNCIA SUFICIENTEMENTE PROTECTIVA DOS DIREITOS DE DEFESA?

A decisão do Tribunal de Justiça no processo *Akzo* não alterou, portanto, os critérios fixados na jurisprudência *AM & S* para determinar o âmbito de protecção da confidencialidade aplicável às comunicações trocadas entre advogados e clientes.

É certo que o Acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Akzo* foi proferido após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, que atribuiu à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁴¹ um valor igual ao dos Tratados⁴² e onde, ademais, se prevê a adesão da União Europeia à CEDH⁴³.

Não nos parece, porém, que esta nova realidade, por si só, autorize a conclusão de que a jurisprudência *AM & S* deveria ser alterada⁴⁴.

Como refere Gippini-Fournier, as críticas tecidas ao Acórdão *AM & S* por ter fixado apenas requisitos mínimos no que respeita à protecção da confidencialidade das comunicações trocadas com advogados são, de facto, injustas. Esta jurisprudência não só cumpre os requisitos fixados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) para a protecção da confidencialidade das comunicações trocadas com advogado, como, na realidade, oferece um nível de garantia dos direitos de defesa superior à consagrada pela juris-

38 §§ 104 e 105.

39 § 119.

40 § 115.

41 (2010/C 83/02), JOUE de 30.3.2010.

42 Artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia.

43 Artigo 6.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia.

44 Como parece ser a opinião de Sorinas & Jorns: 2010: 3-4.

prudência do Tribunal de Estrasburgo – desde logo, porque permite que se estenda tal protecção a um momento anterior ao início do processo^{45/46}.

Com efeito, e como sublinha Brammer⁴⁷, nos casos em que o TEDH baseia a aplicação da protecção da confidencialidade de comunicações entre advogado e cliente no artigo 6.º da CEDH (que dispõe sobre o direito a um processo equitativo e, concretamente, na alínea *b*) do n.º 3, estipula que o acusado tem direito a defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha⁴⁸) esta garantia não deverá estender-se a uma fase prévia ao início da investigação.

Por outro lado, no início da década de 80, o regime legal respeitante à protecção da confidencialidade das comunicações trocadas com os advogados divergia significativamente nos nove Estados-membros. O processo *AM & S* teve um importante papel na harmonização do nível de protecção de tal garantia. Este alinhamento dos ordenamentos jurídicos nacionais pelos padrões comunitários fez com que, em especial nos países que não partilham da tradição da *commom law*, fosse assegurada uma maior protecção da garantia de confidencialidade no Direito nacional da concorrência em relação à assegurada noutros ramos do Direito interno – incluindo no Direito penal. Com efeito, a “importação” da jurisprudência do Tribunal de Justiça teve como resultado a extensão de tal protecção quer, como referido, a documentos trocados antes do início das investigações, quer às comunicações que se encontrem na posse do cliente, ao contrário do que sucedia em certos

45 Gippini-Fournier, 2005: 620 e 624.

46 Desde que, reitera-se, as comunicações tenham sido trocadas no âmbito e para efeitos do direito de defesa. Segundo a jurisprudência *AM & S* (cit. *supra* nota 5), tem de existir um “elo de conexão com o objecto do procedimento”. Vide *supra* capítulo 2.

47 Brammer, 2009: 311 ss.

48 Como sucede, designadamente, nos processos *S. contra Suíça* (Petição n.º 12629/87; 13965/88), Acórdão de 28 de Novembro de 1991 e *Labita contra Itália* (Petição n.º 26772/95), Acórdão de 6 de Abril de 2000. Porém, na maioria dos Processos o TEDH pronunciou-se quanto a uma possível violação do artigo 8.º da CEDH, que protege o direito ao respeito pela vida privada e familiar – vejamos, designadamente, os Processos *Campbell contra Reino Unido* (Petição n.º 13590/88), Acórdão de 25 Março de 1992; Processo *Niemietz contra Alemanha* (Petição n.º 13710/88), Acórdão de 16 de Dezembro de 1992; Processo *Kopp contra Suíça* (Petição n.º 23224/94), Acórdão de 25 de Março de 1998; Processo *Foxley contra Reino Unido* (Petição n.º 33274/96), Acórdão de 20 de Junho de 2000; Processo *Smirnov contra Rússia* (Petição n.º 71362/01), Acórdão de 7 de Junho de 2007; Processo *André e outro contra França* (Petição n.º 18603/03), Acórdão de 24 de Julho de 2008. Não cabe neste breve comentário uma análise exaustiva da jurisprudência do TEDH. Avançamos, em todo o caso, que a protecção da privacidade é aqui (e no que respeita à protecção da confidencialidade das comunicações trocadas entre advogado e cliente) instrumental em relação à protecção dos direitos de defesa. Neste sentido, veja-se Gippini-Fournier, 2005: 612-613.

Estados-membros onde, anteriormente, tal protecção apenas era aplicável aos documentos que se encontrassem na posse do advogado⁴⁹. A jurisprudência *AM & S* teve, assim, na realidade, um papel no reforço dos direitos de defesa das empresas investigadas por práticas restritivas da concorrência.

No que respeita, concretamente, à extensão da protecção da confidencialidade a comunicações trocadas com advogados internos, embora o artigo 52.º, n.º 3, da Carta disponha que, na medida em que esta contenha direitos correspondentes aos garantidos pela CEDH, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção e que nada obsta a que o Direito da União lhes confira uma protecção mais ampla, como refere a advogada-geral Kokott, é duvidoso que a Carta (em concreto, os seus artigos 47.º, n.º 2, 2.ª parte⁵⁰ e 48.º, n.º 2⁵¹) deva ser interpretada “*no sentido de que garante às empresas um aconselhamento, defesa e representação através dos seus próprios assessores jurídicos*”⁵².

Por outro lado, importa notar que o TEDH nunca se pronunciou sobre a protecção da confidencialidade das comunicações trocadas com advogados internos – nunca tendo, por consequência, reconhecido a extensão de tal garantia a advogados que se encontrem subordinados por uma relação de emprego⁵³ – pelo que não se vislumbra neste domínio qualquer violação da CEDH ou inconsistência entre a jurisprudência dos Tribunais do Luxemburgo e de Estrasburgo⁵⁴.

E se na Carta e na CEDH nada indica que deva estender-se a garantia de confidencialidade a comunicações trocadas com advogados internos, também nas tradições legais comuns aos Estados-membros inexistente uma evolução unitária ou, sequer, maioritária, nesse sentido⁵⁵.

Na realidade, se o critério essencial para aferir da possibilidade de estender a protecção da confidencialidade é a garantia de independência, uma vez que

49 Gippini-Fournier, 2005: 648-653. A este respeito veja-se ainda Pais Antunes, 1995: 136; e Brammer, 2009: 293.

50 “*Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.*”

51 “*É garantido a todo o arguido o respeito pelos direitos de defesa.*”

52 § 144 das Conclusões.

53 Como expressamente referem Dekayser & Gauer, 2005: 568 – situação que se mantém actualmente.

54 O TEDH cita, aliás, a jurisprudência do Tribunal de Justiça no processo *AM & S* (cit. *supra* nota 5) – vide o Processo *André e outro c. França* (cit. *supra* nota 48), entre os §§ 15 e 16.

55 Brammer, 2009: 296.

preside a tal protecção a concepção do advogado como “*colaborador da justiça chamado a prestar, com toda a independência e no interesse superior da mesma, a assistência legal de que o cliente tem necessidade*”⁵⁶, e sem prejuízo da competência, integridade e rigor ético por que possa pautar-se um advogado interno, parece justificar-se que tal garantia apenas se aplique a comunicações trocadas com advogados que não se encontrem subordinados por uma relação de emprego. Uma vez que o acesso a uma parte da verdade é sacrificado a favor da protecção da confidencialidade, deve fazer-se uma análise rigorosa das diferenças entre advogados internos e externos e inerentes consequências na extensão desta garantia. Assim, como sublinha Gippini-Fournier, se os advogados independentes podem ser sujeitos, em caso de violação grave dos seus deveres deontológicos, a sanções disciplinares com a conseqüente perda de reputação – sanções que podem incluir a suspensão ou expulsão da ordem, com a inerente e dramática perda dos meios de subsistência –, o advogado interno subordinado por um contrato de trabalho depende do seu empregador para a sua subsistência, não tem a liberdade de escolher os seus clientes e os trabalhos que desenvolve e está mais facilmente sujeito, em situações limite, a represálias caso se oponha a condutas censuráveis favorecidas pelos administradores das empresa⁵⁷.

Houve quem sugerisse, em todo o caso, uma reformulação do critério fixado pela jurisprudência *AM & S* e a adopção de requisitos mais substanciais, flexíveis e generosos no que respeita à aplicação da protecção da confidencialidade de comunicações trocadas com advogados, fazendo depender a extensão de tal garantia da avaliação do caso concreto. Assim, segundo Andreangeli, a protecção devia estender-se às comunicações que proviessem de quaisquer juristas, subordinados ou não a uma relação de emprego, que estivessem sujeitos a adequados requisitos de independência e integridade ética. Porém, mesmo a Autora reconhece que devido à falta de uniformi-

56 § 24 do Acórdão *AM & S* (cit. *supra* nota 5).

57 Gippini-Fournier, 2005: 629-630. Acrescenta o mesmo Autor que na medida em que se entenda que a protecção da confidencialidade das comunicações trocadas com o advogado se baseia nos direitos de defesa existem argumentos de peso para diferenciar advogados internos e advogados independentes. O papel do assessor jurídico é, em regra, de natureza consultiva e, de um ponto de vista quantitativo, será muito menos provável que o seu trabalho seja parte na preparação da defesa num processo jurídico – Gippini-Fournier, 2005: 626-627. Na sua opinião, estender a garantia de confidencialidade a advogados internos pode prestar-se, sem necessidade de recurso a esquemas complexos, a utilizações abusivas podendo, neste cenário, colocar-se a questão do acesso da Comissão ao escritório do advogado interno – Gippini-Fournier, 2005: 630-631.

dade de critérios entre os Estados-membros, a adopção da solução proposta poderia resultar numa incerteza no que respeita às fronteiras da garantia de confidencialidade e mesmo, em algumas circunstâncias, diminuir o nível de garantia consagrado, acrescentando que tal solução poderá não ser compatível com o princípio do primado do Direito da União Europeia⁵⁸.

É certo que a fixação pelos tribunais de determinados critérios no domínio dos direitos de defesa não significa que essa jurisprudência permaneça inamovível e imutável. Porém, a manutenção dos critérios fixados na jurisprudência *AM & S* para a protecção da confidencialidade das comunicações trocadas com advogados não apenas garante os direitos de defesa no cumprimento pelo disposto na CEDH, como reforça a protecção de tais direitos em relação ao que resultaria de uma estrita aplicação da referida Convenção e do disposto em certos ordenamentos jurídicos nacionais. A jurisprudência *AM & S* resiste, assim, à passagem do tempo e às alterações legislativas entretanto operadas e parece permanecer como a solução que melhor garante a fixação de um critério seguro que não coloque em causa a certeza e segurança jurídicas, bem como o equilíbrio dos direitos de defesa com uma aplicação eficaz do Direito da concorrência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREANGELI, Arianna

- 2005 “The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: One Step Forward, Two Steps Back?”, in *The Competition Law Review*, vol. 1, issue 1, pp. 31-54.
- 2008a “Joined Cases T-125/03 and 253/03, Akzo Nobel Chemicals Ltd v Ackros Chemicals Ltd v Commission, Judgement of 17 September 2007, not yet reported (under appeal)”, in *European Business Law Review*, vol. 19, issue 6, pp. 1141-1161.
- 2008b *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Cheltenham / Northampton: Edward Elgar.

⁵⁸ Andreangeli, 2008b: 120.

BRAMMER, Silke

2009 *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

CAMACHO, Cristina

2010 “O sistema de competências paralelas e o princípio ‘non bis in idem’”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano I, n.º 3, pp. 93-136.

DEKEYSER, Kris & GAUER, Céline

2005 “The New Enforcement System for Articles 81 and 82 and the Rights of Defence”, in Hawk, Barry E. (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2004*, Huntington, NY: Juris Publishing, pp. 549-585.

GIANNAKOPOULOS, Themistoklis K.

2004 *Safeguarding Companies’ Rights in Competition and Anti-dumping / Anti-subsidies Proceedings*, The Hague, London, New York: Kluwer Law International.

GIPPINI-FOURNIER, Eric

2005 “Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the Cursory Glance” in Hawk, Barry E. (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2004*, Huntington, NY: Juris Publishing, pp. 587-658.

KERSE, C. S. & KHAN, N.

2005 *EC Antitrust Procedure*, London: Sweet & Maxwell.

MOURA E SILVA, Miguel

2008 *Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

PAIS ANTUNES, Luis Miguel

1995 *Direito da Concorrência – Os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina.

PLIAKOS, Asteris

1994 *Os Direitos de defesa e o Direito Comunitário da Concorrência*, Lisboa: Publicações D. Quixote.

SORINAS, Sergio & JORNS, Christine

2010 “Akzo and Fundamental Rights: There is no Fundamental Right to Legal Privilege for in-house Lawyers”, in *Competition Law Insight*, vol. 9, issue 7, pp. 3-4.

VESTERDORF, Bo

2005 “Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues” in Hawk, Barry E. (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2004*, Huntington, NY: Juris Publishing, pp. 701-730.

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – SETEMBRO A DEZEMBRO DE 2010

elaborado por André Forte

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (5.^a Secção) de 20.12.2010, proferido no âmbito do Processo n.º 1065/07.0TYLSB (recurso de Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa).

Recorrente: *Autoridade da Concorrência.*

Sumário: nega provimento ao recurso interposto pela recorrente, mantendo intocada a decisão recorrida.

Normas relevantes: art. 3.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro; arts. 6.º e 43.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho; art. 102.º do TFUE; art. 75.º do RGIMOS; arts. 124.º e ss., 379.º, 410.º, 417.º, 419.º e 425.º do CPP.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (3.^a Secção) de 15.12.2010, proferido no âmbito do Processo n.º 350/08.8TYLSB (recurso de Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa).

Recorrentes: *Abbott – Laboratórios, Lda.; Menarini Diagnósticos, Lda.; e Johnson & Johnson, Lda.*

Sumário: rejeita, por inadmissibilidade legal, o recurso interlocutório interposto pela *Abbott – Laboratórios, Lda.*; declara extinto o procedimento contra-ordenacional, por violação do princípio *ne bis in idem*, relativamente à recorrente *Johnson & Johnson, Lda.*; julga parcialmente procedentes os recursos interpostos pelas recorrentes *Abbott – Laboratórios, Lda.* e *Menarini Diagnósticos, Lda.*, condenando a *Abbott – Laboratórios, Lda.* numa coima de três milhões de euros e a *Menarini Diagnósticos, Lda.* numa coima de um milhão de euros e mantendo as sanções acessórias aplicadas.

Normas relevantes: arts. 2.º e 37.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro; arts. 4.º, 19.º, 22.º, 43.º, 44.º, 48.º e 52.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho; art. 101.º do TFUE; arts. 18.º, 63.º, 73.º e 75.º do RGIMOS; arts. 30.º, 40.º, 47.º, 71.º e 121.º, n.º 3, do CP; arts. 119.º, 120.º, 127.º, 129.º, 311.º, 374.º, 379.º e 410.º do CPP; arts. 29.º, n.º 5, 32.º e 205.º da CRP.

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE REGULAÇÃO – SETEMBRO A DEZEMBRO DE 2010

elaborado por José Renato Gonçalves

CMVM

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (1.º Juízo, 2.ª Secção) de 9.12.2010, proferida no âmbito do Processo n.º 1725/09.0 TFLSB, de impugnação da decisão da CMVM de condenação numa coima única, resultante do cúmulo jurídico de coimas parcelares por violação dos deveres de divulgação imediata de facto relevante, de divulgação de informação completa ao mercado e de segredo sobre facto relevante antes da sua divulgação no sistema de difusão de informação da CMVM.

Recorrente: *Sumol+Compal, S. A.*

Tipo de ilícito: violação dos deveres de divulgação imediata de facto relevante, de divulgação de informação completa ao mercado e de segredo sobre facto relevante antes da respectiva divulgação no sistema de difusão de informação da CMVM.

Sumário: o recurso foi julgado procedente, tendo a arguida sido absolvida da prática das contra-ordenações pelas quais havia sido condenada e a decisão da CMVM revogada. A CMVM e o Ministério Público interpuseram recurso da sentença.

Normas relevantes: arts. 7.º, n.º 1, 248.º, n.º 1, 388.º, n.ºs 1, al. *a*) e 2, al. *a*), 389.º, n.º 1, 394.º, n.º 1, al. *i*) e 400.º, n.º 1, al. *a*), do CVM, art. 17.º, n.º 3, do RGCO e art. 6.º, n.º 1, do Regulamento da CMVM n.º 4/2004.

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (1.º Juízo, 1.ª Secção) de 25.10.2010, proferida no âmbito do Processo n.º 1557/08.3 TFLSB, de impugnação da decisão da CMVM de aplicação de uma coima única, parcialmente suspensa na sua execução por um período de dois anos

e condicionada à realização sucessiva e cumulativa de três condições e/ou regras de conduta, resultante do cúmulo jurídico de coimas parcelares por violação dos deveres de não praticar intermediação financeira excessiva, de evitar conflitos de interesses, de conservadoria e de prestar informação de qualidade à entidade de supervisão.

Recorrente: *Banco Comercial Português (BCP), S. A.*

Tipo de ilícito: violação dos deveres de não praticar intermediação financeira excessiva, de evitar conflitos de interesses, de conservadoria e de prestar informação de qualidade à entidade de supervisão.

Sumário: o recurso foi julgado procedente, tendo a arguida sido absolvida da prática das contra-ordenações pelas quais havia sido condenada e revogada a decisão da CMVM. A CMVM interpôs recurso da sentença.

Normas relevantes: arts. 7.º, n.º 1, 308.º, n.º 1, 309.º, n.º 3, 310.º, 388.º, n.º 1, als. *a)* e *b)*, 389.º, n.º 3, 397.º, n.º 2, als. *b)* e *c)*, 397.º, n.º 4, al. *a)* e 402.º, n.º 1, do CVM e art. 17.º, n.º 4, do RGCO.

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (2.º Juízo, 2.ª Secção) de 15.10.2010, proferida no âmbito do Processo n.º 3839/06.0 TFLSB, de impugnação da decisão da CMVM que a condenou ao pagamento de uma coima única pela prática de nove contra-ordenações por violação do dever de segregação patrimonial.

Recorrente: *Lisbon Brokers – Sociedade Corretora, S. A.*

Tipo de ilícito: violação de deveres de segregação patrimonial.

Sumário: foi decidido negar provimento ao recurso, sendo mantida a decisão da CMVM de aplicação de coima. A arguida interpôs recurso da sentença.

Normas relevantes: arts. 306.º, n.ºs 1, 4 e 5 e 405.º do CVM e art. 18.º do RGCO.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA
DA UNIÃO EUROPEIA – SETEMBRO A DEZEMBRO DE 2010

elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abuso de posição dominante

Acórdão do Tribunal Geral de 15.12.2010, proferido no âmbito do Processo T-427/08.

Partes: *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs* (CEAHR) / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.10.2010, proferido no âmbito do Processo C-280/08 P.

Partes: *Deutsche Telekom AG* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 09.09.2010, proferido no âmbito do Processo T-155/06.

Partes: *Tomra Systems ASA* e outros / Comissão.

Acordos, decisões e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.11.2010, proferido no âmbito do Processo C-36/09 P.

Partes: *Transportes Evaristo Molina S.A.* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.10.2010, proferido no âmbito do Processo T-24/05.

Partes: *Alliance One International, Inc.*, e outros / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.09.2010, proferido no âmbito do Processo T-40/06.

Partes: *Trioplast Industrier AB* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.09.2010, proferido no âmbito do Processo T-26/06.

Partes: *Trioplast Wittenheim SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 08.09.2010, proferido no âmbito do Processo T-29/05.

Partes: *Deltafina SpA* / Comissão.

Concentrações

Acórdão do Tribunal Geral de 13.09.2010, proferido no âmbito do Processo T-452/04.

Partes: *Éditions Odile Jacob SAS* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.09.2010, proferido no âmbito do Processo T-279/04.

Partes: *Éditions Odile Jacob SAS* / Comissão.

Questões processuais

Acórdão do Tribunal Geral de 15.12.2010, proferido no âmbito do Processo T-141/08.

Partes: *E.ON Energie AG* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7.12.2010, proferido no âmbito do Processo C-439/08 (a título prejudicial).

Parte: *Raad voor de Mededinging, Minister van Economie*.

Acórdão do Tribunal Geral de 26.10.2010, proferido no âmbito do Processo T-23/09.

Partes: *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOP)* e *Conseil central de la section G de l'Ordre national des pharmaciens (CCG)* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.09.2010, proferido no âmbito do Processo C-550/07 P.

Partes: *Akzo Nobel Chemicals Ltd* e *Akcros Chemicals Ltd* / Comissão.