

# A DESORDEM JUDICIAL E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

*Francisco Marcos\**

**ABSTRACT** *This article reviews public enforcement of the prohibitions of anti-competitive behavior in Spain in recent times. After a brief tour of the administrative enforcement of competition rules by the National Commission Markets and Competition (CNMC) in its first three years of existence, this article focuses on judicial review as the most worrying challenge faced by competition law enforcement in Spain nowadays. Indeed, several erratic decisions of the High Court (Audiencia Nacional) and of the Supreme Court, annulling on different grounds many punitive resolutions of the defunct National Competition Commission (CNC), show a disturbing judicial overreach that has frustrated the efforts made by the CNC in its six years of existence, and further complicates the situation faced by the CNMC.*

**SUMÁRIO** 1. Introdução. 2. A aplicação administrativa das normas de defesa da concorrência. 3. Excessos judiciais. 3.1. O montante das coimas. 3.2. A prescrição dos processos. 3.3. As buscas domiciliárias. 4. Conclusões.

## 1. INTRODUÇÃO

Como ocorre em muitos outros países, o sistema espanhol de defesa da concorrência baseia-se nas suas autoridades administrativas para prosseguir e punir as violações das práticas concorrenciais consideradas proibitivas e que estão plasmadas nas normas de defesa da concorrência (artigos 101.º e 102.º do TFUE e nos artigos n.º 1, 2 e 3 da LDC). Em conjunto com esta aplicação administrativa das proibições anticoncorrenciais, existe uma vasta prática da utilização destas decisões para posterior abertura de processos civis<sup>1</sup>. Embora, até ao momento, as indemnizações obtidas pelos

---

\* A versão original deste artigo, em espanhol, foi publicada no Diário La Ley 8802 (Sección Tribuna), de 13 de julho de 2016.

1 Cfr. Marcos, 2014.

danos tenham sido pouco significativas. Por outro lado, a aplicação das regras do Código Penal que estabelecem a natureza criminal de certas condutas anticoncorrenciais é quase inexistente (artigos 281.º e 284.º, alíneas 1.ª e 3.ª).

Assim, o objetivo deste breve apontamento é analisar de forma ligeira e crítica o atual estado da defesa da concorrência em Espanha, prestando atenção, principalmente, às ações das autoridades da defesa da concorrência nos últimos tempos (secção 2) e para a interação entre as autoridades de concorrência e os tribunais administrativos na aplicação de proibições anticoncorrenciais (secção 3). Nos últimos tempos, a intervenção dos juízes e dos tribunais de contencioso administrativo na aplicação das normas de defesa da concorrência tem conduzido a resultados muito comprometedores, reduzindo, significativamente, a sua força de dissuasão, retirando importância ao anterior trabalho das autoridades administrativas de defesa da concorrência. De seguida, iremos ver alguns exemplos de atuação excessiva da Audiência Nacional (Secção 6.ª do Tribunal Administrativo) e do Supremo Tribunal (Secção Administrativa, Secção 3.ª) que ocorreram no âmbito de recursos das decisões das autoridades da concorrência, em particular no que diz respeito à imposição de coimas (secção 2.1), à prescrição dos processos (secção 2.2) e, por fim, no que concerne às buscas domiciliárias (secção 2.3).

## **2. A APLICAÇÃO ADMINISTRATIVA DAS NORMAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

A Comissão Nacional de Mercados e Concorrência (CNMC) e as autoridades de defesa da concorrência das regiões autónomas partilham a tarefa de aplicar a LDC de acordo com o escopo das práticas anticoncorrenciais. Ao nível das regiões autónomas, existe uma diversidade assinalável de diferentes posições, em função dos meios e dos recursos de cada instituição. As autoridades mais ativas em número de processos (embora o uso desta medida possa ser bastante discutível<sup>2</sup>) são a Autoridade da Concorrência Catalã, a Agência de Defesa da Concorrência da Andaluzia, o Tribunal Galego da Defesa da Concorrência e a Autoridade Basca Concorrência, embora muitas das suas

---

2 Cfr. Kovacic, 2019:908; Kovacic, Holman & Grant, 2011.

decisões não terminem com sanções e as poucas sanções impostas tendam a ser pouco significativas<sup>3</sup>.

À nível nacional, as disputas internas que afligem a CNMC, desde a sua criação em 2013, inegavelmente, afetaram o desempenho das suas competências (os quadros são ilustrativos da quantidade de votos individuais desmedidos/recorrentes<sup>4</sup> e da disputa dos conselheiros contra a direção de promoção<sup>5</sup>), incluindo, entre outras, a imposição de sanções pela violação das proibições de práticas anti concorrenciais, diminuindo a reputação de rigor e autoridade que a Comissão Nacional da Concorrência (CNC) tinha granjeado durante seus seis anos de existência. Os potenciais benefícios da integração das diversas autoridades envolvidas visados pela Lei 3/2013, de 4 de junho, que criou a CNMC, são muito questionáveis<sup>6</sup> e, em qualquer caso, acabam por ficar comprometidos pela contínua agitação em que vive a instituição<sup>7</sup>.

Mesmo assim, de tempos em tempos, a CNMC divulga alguma decisão que destaca o bom trabalho dos seus técnicos; apesar de, aparentemente, a sua atividade ter diminuído, quando comparada com a atividade da extinta CNC. Todavia, durante os seus primeiros quase três anos de existência, aplicou algumas coimas importantes. Embora todas relacionadas com processos já iniciados no rescaldo da CNC. Em 2015, a CNMC aplicou coimas num total € 478.428.354<sup>8</sup>, o que excede os números alcançados pela CNC no

3 CNMC, *Aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes CNMC/CCAA y Novedades*, dezembro de 2014, 5. A decisão da Autoridade Basca de Concorrência de 4 de fevereiro de 2016 (6/2013 *Comedores Escolares*) impôs a mais alta coima, a nível regional, até hoje: €18.464.602.

4 Noceda, 2015; Noceda, 2016.

5 Rodríguez Paz, 2016; Arranz & Montaña, 2016.

6 Cfr. Delgado & Otero, 2015.

7 Cfr. a decisão de 17 de dezembro de 2015 (S/DC/0516/14 ICOGAM), que é acompanhada por um curioso voto individual que, em substância, foi uma decisão alternativa elaborada pelo relator designado (ver “La CNMC multa con 65.655 euros al Colegio de Gestores Administrativos de Madrid por cobrar tarifas abusivas a sus colegiados”, Nota de imprensa de 14 de junho de 2016). A decisão (e o voto individual), são um símbolo significativo da angústia vivenciada pelo Conselho da CNMC (principalmente, embora não apenas sua Câmara de Concorrência), os relatórios desapareceram e mais da metade das resoluções são acompanhadas de votos individuais.

8 É ilusório que a CNMC inflacione artificialmente o valor das coimas, incluindo nos seus cálculos o valor que declara dos beneficiários do programa de clemência ou a redução do valor da sanção. Assim, por exemplo, embora em 2015 tenha sido anunciado que as coimas foram as mais altas da história e que totalizaram € 549 milhões (“La CNMC dismanteló 14 cárteles e impuso multas por 549 millones de euros durante 2015” Nota de Prensa de 15 de febrero de 2016), el importe real (€531.663.751) de sanções por infracções às proibições de práticas anti concorrenciais deve ser reduzido em 53 235 397 euros, tendo em conta a “relevante circunstancia”.

passado e que, também, é admirável face ao cenário de autoridades nacionais da concorrência de outros Estados-Membros da UE.

### Principais coimas impostas pelo conselho de concorrência da CNMC

REFERÊNCIA	PROCESSOS	DATA	SANÇÃO (€)	V.P.
S/0445/12	Equipamentos de combate a incêndio	26 junho 2014	1.871.528,59 <sup>9</sup>	Não
S/0453/12	Rolamentos ferroviários	4 dezembro 2014	3.933.583 <sup>10</sup>	2
<b>S/0428/12</b>	Paletes	22 setembro 2014	4.961.694 <sup>11</sup>	2
<b>S/0473/13</b>	Postes de betão	15 janeiro 2015	1.873.112	1 (2)
S/0482/13	Fabricantes de automóveis	23 julho 2015	92.007.346 <sup>12</sup>	Não
S/0471/13 ; S/0486/13; S/0487/13; S/0488/13; S/0489/13	Concessionários de automóveis 2015 (Audi/Seat/VW; Toyota; Land Rover; Hyundai y Opel)	28 maio 2015; 5 maio 2015; 5 março 2015; 5 março 2015; 5 março 2015	27.338.323 <sup>13</sup> ; 1.675.035; 3.255.810 ; 2.031.171 e 5.379.064	Não
S/0429/12	Gestão de resíduos	8 janeiro 2015	98.201.302	2
S/0464/13	Porto de Santander	11 fevereiro 2015	90.000	1
S/0425/12	Industrias Lácteas 2	26 fevereiro 2015	88.258.813	Não
S/0469/13	Fabricantes de Papel e Cartão	18 junho 2014	57.686.188	Não
S/0474/13	Preços de combustíveis Rodoviários	20 fevereiro 2015	32.400.000	2
S/0483/13	Redes de Sinalização	8 julho 2015	22.994.440	2
S/0481/13	Construções modulares	3 dezembro 2015	18.700.833	1
S/0454/12	Transportes Frigoríficos	25 junho 2015	8.859.314	1
S/0491/13	Ordem dos Advogados de Guadalajara	1 setembro 2015	89.983	Não
S/0490/13	Acordos Telefónica-Yoigo	16 junho 2015	6.300.000	1(2)

9 Ao valor real do total das coimas que a CNMC divulga (€2.136.939,81), deve ser reduzido em mais de 10% o valor da isenção para o informante (€265.411,22).

10 Ao valor real do total das coimas que a CNMC divulga (€4.057.398), deve ser reduzido o valor da isenção para o informante (€123.815).

11 Ainda qua web e a nota de imprensa da CNMC calculem uma coima total de €4.731.604 não é esse valor que resulta da soma das coimas aplicadas às 25 entidades sancionadas.

12 Ao valor real do total das coimas que a CNMC divulga €131.450.494, deve ser reduzido em mais de 1/3 o valor da isenção para o informante (€39.443.148).

13 Ao valor real do total das coimas que a CNMC divulga (€27.338.323) deve ser reduzido em mais de metade o valor referente à isenção do informante (€13.792.249).

REFERÊNCIA	PROCESSOS	DATA	SANÇÃO (€)	V.P.
S/0436/12	DTS Distribuidora de TV Digital	23 julho 2015	15.500.000	Não
S/0500/13	AGEDI/AIE Radio	26 novembro 2015	2.790.420	Não
S/DC/0516/14	ICOGAM	17 dezembro 2015	65.655	1
S/DC/0503/14	Fabricantes de torrão (marca branca)	7 de abril de 2016	6.123.590	2
S/DC/0505/14	Concessionários Chevrolet	28 de abril 2016	1.722.467	1
S/0455/12	Agências de Viagens (grupos de gestão)	12 maio 2016	324.133	Não
S/DC/0504/14	Fraldas de Incontinência Urinária	26 maio 2016	60.277.577	Não

A maioria dos casos mencionados tinham iniciado a sua tramitação durante a vigência da CNC, mas algumas das mais recentes decisões já dizem respeito a processos inteiramente investigados durante a vigência da CNMC. No caso da recente decisão de 26 de maio de 2016 (S/DC/0504/14 *Absorbentes de Incontinência de Orina*), em que a CNMC puniu com coimas no valor de € 60.277.577 vários fabricantes de fraldas para adultos e a associação setorial FENIN<sup>14</sup>. Talvez este não seja o momento ideal para analisar, em pormenor, esta decisão, mas esta decisão é a primeira decidida pela Câmara do Conselho da Concorrência da CNMC em que se aplicam coimas a dirigentes de algumas das empresas participantes no cartel (nos termos do artigo 63.º, alínea 2 da LDC). A CNMC anunciou com grande destaque a aplicação destas coimas como uma de suas linhas de atuação futura<sup>15</sup>, mas o seu montante e a suposição segura do seu relativo custo face às empresas envolvidas, sugere que não existe um impacto significativo dissuasivo.<sup>16</sup>

Por outro lado, é possível que este caso possa prosseguir no plano dos pedidos de indemnização por vítimas do cartel. As fraldas para adultos são o principal produto de saúde que (não sendo um medicamento) é financiado através da prestação de cuidados de saúde do Sistema Nacional de Saúde

14 De novo (nota *supra* n.º 8), é enganoso que a CNMC anuncie uma coima de €128,8 milhões (“La CNMC multa con 128,8 millones de euros a ocho fabricantes de pañales para adultos, a su asociación y a cuatro directivos por formar un cártel” *Nota de Imprensa* de 31 de mayo de 2016) quando o perdão ao informante ascende a €68.547.545 (se perdoa também a coima mais elevada imposta a um dirigente – D. Jordi Bozal de Febrer –, €15.000).

15 Sem ir mais longe, no comunicado de imprensa (Plan 2016) citado *supra* n.º 8 (págs. 6-7); cfr. González, 2016.

16 Cfr. Navas, 2016 (que aponta “solo representa una mera declaración de intenciones emitida para hacer mucho ruido por un pequeño puñado de euros”), más ampliamente Robles, 2016a (“Dada la gravedad de las conductas y su duración en el tiempo, tales cantidades no parecen ser suficientemente disuasorias”).

(SNS). O volume de negócios no mercado espanhol de “fraldas para adultos” foi de 264 milhões de euros em 2013.

De acordo com a CNMC, a maioria das fraldas para adultos é comercializada através do canal de farmácia (78%), que foi afetado pelo cartel que a CNMC acaba de sancionar<sup>17</sup>. O cartel operou nesse mercado por 17 anos (de dezembro de 1996 a janeiro de 2014). Além disso, a CNMC estima que o preço para as fraldas adquiridas em farmácia (em comparação com as adquiridas diretamente pelos serviços públicos de saúde) seria de cerca de 50% mais. É provável que as condições de concorrência no canal institucional sejam mais agressivas e que pode haver aqueles que dizem que as reduções de preço nesse canal serão excessivas (as instruções dos fabricantes eram claras, dadas as suas comunicações e ações, para evitar o fluxo de vendas para o canal institucional) contra o preço que teria sido cobrado em condições de concorrência livre e normal. De qualquer forma, à primeira vista, parece que o SNS e os serviços autonómicos de saúde poderiam dirigir-se diretamente aos cartelistas (começando pela aplicação da lei de clemência, segundo a qual seria aparentemente mais fácil a reclamação de valores) para exigir o montante dos custos adicionais decorrentes da prática de cartel. As compensações poderiam ser de milhões. No entanto, para além de algumas relevantes sanções (que muitas vezes será mais sólida e inexpugnável se é o resultado de uma aplicação bem-sucedida da clemência, como com o RCNMC mencionado 26 de maio passado, S/DC/0504/14 AIO), a deterioração institucional da CNMC e os possíveis erros que possam existir em outras decisões sancionatórias da Câmara de Concorrência da CNMC é preocupante. Com efeito, esta instituição constrói de forma muito deficitária a defesa da concorrência no nosso país, desperdiçando a experiência positiva e a reputação acumulada pelo TDC e pela CNC ao longo de mais de vinte anos, frustrando o trabalho dos técnicos que desempenham funções na CNMC.

### 3. EXCESSOS JUDICIAIS

Todavia, as imperfeições consideradas nas decisões da Câmara de Concorrência da CNMC e da sua ineficiente organização institucional não devem ser exageradas. Na minha opinião, o desafio mais sério com que se defronta a defesa da concorrência em Espanha é observado no patamar do sistema

---

17 Como se obtém de RCNMC de 26 de mayo de 2016 (S/DC/0504/14 *Absorbentes de Incontinencia de Orina*), p. 30.

judicial, tanto quando os tribunais revêm as decisões das autoridades de concorrência, como quando colaboram com elas no desempenho das suas funções.

No que diz respeito ao recurso judicial, praticamente todas as decisões sancionatórias das autoridades de concorrência seguem para recurso no âmbito da jurisdição de contencioso administrativo, com a confiança de que é altamente provável que os juízes revejam o processo das autoridades em algum ponto, com vantagem para quem recorre. É assim acontece em muitos casos. O ativismo judicial geralmente não tem, normalmente, impacto sobre aspectos substantivos<sup>18</sup>, contudo foca-se, essencialmente, e com mais frequência, em questões de forma e procedimento do que com a violação dos direitos e garantias das empresas no processo sancionatório. Se a estes se juntarem a relutância em agrupar os recursos apresentados no mesmo processo pelas empresas sancionadas, as consequências do recurso judicial podem ser devastadoras, transformando os recursos numa espécie de “lotaria judicial”, como aconteceu no caso do cartel de seguros Decenal.<sup>19</sup>

Nos últimos tempos, os excessos judiciais têm sido observados, com intensidade e extensão diferentes, em três questões cruciais para a aplicação das proibições de práticas anti concorrenciais estabelecidas nas normas *antitrust*: a determinação do valor das multas (infra 3.1), a prescrição dos processos (infra §3.2) e as buscas domiciliárias por parte das autoridades administrativas de concorrência (infra §3.3).

### 3.1. O montante das coimas

As sanções administrativas são o principal instrumento que o legislador atribuiu à CNMC e às autoridades regionais para punir as violações das proibições de práticas anti concorrências, de forma a dissuadir a prática de novos crimes (art.º 53 da Lei da Concorrência). Para isso, o montante da coima deve ser suficientemente dissuasor, e a legislação existente fixa esse montante numa percentagem variável do volume de negócios do infrator: até 5% sobre infrações graves e para 10% em muito graves [artigo 62.º, números 3 e 4; e artigo 63.º, número 1, alíneas b) e c) da LDC].

Os seis anos de atividade da CNC foram assinalados pela imposição de um número considerável de coimas significativas, o que contribuiu para uma

---

18 Mas veja-se, por exemplo, o acórdão de 20 de janeiro de 2010, CECASA, ROJ:STS91/2010, ES:TS:2010:91, e o nosso comentário em Marcos, 2010.

19 Cfr. Marcos, 2016a.

eficácia dissuasora das proibições de práticas anti concorrenciais. Além disso, a existência de uma política de sanção firme é fundamental para a eficácia dos programas de clemência introduzidos pela LDC em 2007 (artigos 65.º e 66.º da LDC). Com o objetivo de proporcionar mais transparência e segurança, de modo a possibilitar um cálculo antecipado das coimas, a CNC aprovou uma Comunicação com o objetivo de esclarecer os critérios a serem seguidos<sup>20</sup>.

Os juízes da Audiência Nacional (Seção 6.ª do Contencioso-Administrativo) deram um duro golpe nas sanções da CNC, ao anularem-nas e pedindo o seu recálculo o que permitiu, implicitamente, a sua redução, considerando-as desproporcionais<sup>21</sup>. Os acórdãos da Audiência tiveram como corolário uma decisão do Supremo Tribunal de 29 de janeiro 2015<sup>22</sup>, que anulou de facto coimas, e semeou a confusão no que respeita ao cálculo das sanções pela CNMC e pelas autoridades regionais<sup>23</sup>. Muitas decisões subsequentes anularam as resoluções da CNC e instaram a recalcular as coimas, mas recentemente tudo podia regressar à normalidade, uma vez que existem algumas coimas impostas pela CNC que não foram canceladas.<sup>24</sup> Em suma, estamos perante uma incerteza absoluta.

Em outro sentido, e relacionado com a mesma temática, e como uma manifestação adicional aos diversos paradoxos que acabam por penalizar a política sancionadora da CNMC e do seu antecessor, o Tribunal de Contas acaba de publicar o seu relatório de controle da CNMC em que refere um elemento adicional de incerteza quanto ao resultado das sanções da CNMC: a falta de controle em relação à cobrança das mesmas<sup>25</sup>.

---

20 *Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (BOE 36, de 11 de febrero de 2009).

21 Lillo, 2014.

22 *BCN Aduanas y Transportes*, ROJ:STS112/2015, ES:TS:2015:112.

23 Cfr. Marcos, 2015.

24 Cfr. Robles, 2016b.

25 Literalmente, que *“la CNMC no disponga de información sobre las cuantías cobradas de las multas y sanciones impuestas; ello supone una pérdida significativa de control del proceso global”* – Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ejercicio 2014, y del proceso de integración en ella de los organismos públicos declarados a extinguir por la Ley 3/2013*, 26 de maio de 2016, p. 28.



### 3.2. A prescrição dos processos

A LDC estabelece a prescrição dos processos judiciais decorridos dezoito meses após o seu início (artigos 36.º, n.º 1, e 38.º da LDC), embora se permita a extensão do prazo máximo de decisão nos dias em que foi suspenso por várias razões previstas (artigo 37.º da LDC). Nos últimos anos em que existiu a CNC, composto por um conselho reduzido, conduziram à prescrição de alguns processos, prescrição que fora corretamente prevista pelos tribunais<sup>26</sup>.

No entanto, uma análise menos conseguida pela maioria da Secção n.º 6 da Câmara do Contencioso Administrativo da Audiência Nacional, do acórdão do Supremo Tribunal de 15 de junho de 2015 (caso Puig)<sup>27</sup>, que se refere a um processo prescrito por erros no cálculo dos prazos para recurso pela CNC, semearam uma incerteza notável nesta matéria. Com efeito, a Audiência Nacional declarou que a prescrição dos casos em que o procedimento havia sido suspenso pela CNC já excedeu a duração ordinária (e inicial) do procedimento (os dezoito meses mencionados): em particular, a RCNC de 26 de setembro de 2013, S/0314/10 *Puerto de Valencia* (relatora M<sup>a</sup> J. González) e antes a RCNC de 23 de maio de 2013, S / 0303/2010 *Distribuidores de Saneamiento* (relator I. Gutiérrez)<sup>28</sup>. Se esta tendência no equívoco prosseguir, é possível que outras decisões da CNC e da CNMC também sejam anuladas em breve<sup>29</sup>. Não obstante, no fim, pode-se esperar que o Supremo Tribunal corrija esta situação, mas os efeitos negativos da confusão decisória do Tribunal Nacional levarão tempo para ser superados.

### 3.3. As buscas domiciliárias

As buscas domiciliárias complementam a função dissuasora das proibições de práticas anticoncorrenciais ao permitir que as autoridades *antitrust* tenham acesso aos domicílios das empresas para obter provas no sentido de se demonstrar a prática de uma infração (artigo 40.º, n.º 2, da LDC).

26 Assim, parece claro que, efetivamente, a CNC conhecia que se tinha passado o prazo [FD6º *in fine* de Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de junho de 2015, *Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de Andalucía*, ROJ SAN 2365/2015, ES:AN:2015:2365]: “Como quiera que el plazo finalizó el 12 de diciembre de 2011, y la resolución es de 14 de diciembre de 2011, notificada el día siguiente, (folio 2437) el procedimiento había caducado, por lo que procede estimar dicho motivo, estimándose el recurso sin necesidad de entrar en el análisis de las demás cuestiones planteadas”.

27 ROJ STS 2797/2015, ECLI:ES:TS:2015:2797.

28 As sentenças da Audiência Nacional foram comentadas em Marcos, 2016b.

29 Cfr. Bronte, 2016.

Através destas buscas, as autoridades da concorrência obtêm provas da prática de infrações às normas da concorrência. Além disso, é uma boa medida da sua atividade, pois aumenta a sua força dissuasora em relação às proibições de práticas anticoncorrenciais<sup>30</sup>. Obviamente, as buscas devem ser efetuadas com garantias que previnam abusos e preservem os direitos das empresas.

No último ano, a Audiência Nacional e o Supremo Tribunal proferiram vários acórdãos que forneceram indicações sobre quais os poderes das autoridades de concorrência e os limites a respeitar, mas as indicações judiciais dadas estão longe de ser um modelo de clareza. Isto dito, o ativismo judicial neste ponto não é tão “autêntico” como nos anteriores, uma vez que constitui uma extensão da jurisprudência europeia sobre o assunto<sup>31</sup>, que os tribunais espanhóis se limitaram a transpor para o nosso país.

Assim, em primeiro lugar, a fim de evitar os possíveis excessos das autoridades<sup>32</sup>, vários acórdãos do Supremo Tribunal exigiram que a atividade de busca fosse devidamente justificada na ordem de investigação, especificando o objeto e finalidade da mesma busca:

- como a LDC contempla, um mandado judicial não é essencial, embora a autoridade deva informar a empresa se o solicitou e se foi negado<sup>33</sup>.
- a ordem de busca deve especificar, de forma simples, quais as possíveis infrações, qual o seu âmbito territorial, e o que é que a autoridade de concorrência pretende<sup>34</sup>.

---

30 Na nota de imprensa (Actuaciones de competencia 2015) citada *supra* n.º 8 (p. 4) refere dez buscas da CNMC em 2015, comparadas com oito em 2014.

31 Cfr. Acórdão do TGUE de 6 de setembro de 2013, T-289/11 etc., *Deutsche Bahn AG et al v. Comisión*, EU:T:2013:404, paras 25 e 27.

32 Contra os quais falava Allendesalazar, 2008.

33 FD 5º do Acórdão de 15 de junio de 2015, Montibello, STS 2879/2015, ES:TS:2015:2879 (“*una vez que el Juzgado denegó tal autorización por considerar que no había quedado suficientemente justificada la razón de la solicitud, era una exigencia de buena fe no ocultar ese dato a la empresa y no proceder como si nunca se hubiera pedido autorización judicial y nunca se hubiera denegado dicha solicitud. Más bien al contrario, las partes afectadas, Autoridad inspeccionante y empresa inspeccionada, deben proceder conforme a pautas de lealtad, buena fe y transparencia, y sí puede exigirse a la empresa que facilite la labor inspectora y no se oponga infundadamente a ella, puede requerirse a la Administración que no oculte intencionadamente hechos, datos o circunstancias que de haber sido conocidos por la empresa inspeccionada muy probablemente habrían desembocado en la oposición a la entrada pretendida*”).

34 FD8º e 9º do Acórdão de 27 de fevereiro de 2015, ROJ STS 941/2015, ES:TS:2015:941, *Transmediterránea*, e acórdão de 10 de dezembro de 2014, UNESA, ES:TS:2014:5266.

- a busca deve respeitar o âmbito da referida ordem de investigação ou a eventual decisão judicial<sup>35</sup>.

No entanto, várias sentenças recentes são muito mais brandas no que diz respeito ao controlo do “perímetro da busca”, permitindo expressamente que este inclua práticas que inicialmente não eram previstas (especificamente, práticas verticais em vez de horizontais<sup>36</sup>, horizontais e não verticais<sup>37</sup>, e empresas não relacionadas, embora não completamente identificadas<sup>38</sup>).

Perante estas hesitações, pode ser difícil saber com certeza quais são os limites das ações das autoridades de concorrência. Talvez por esse motivo, há

35 Acórdão de 22 de junho de 2015, ROJ STS 2717/2015, ES:TS:2015:2717, *Colgate Palmolive*.

36 Acórdão de 26 de janeiro de 2015, CEPSA, ROJ:SAN196/2015, ES:AN:2015:196 (“*Debemos además añadir y a efectos puramente dialécticos que aunque fuera como pretende el recurrente, que la orden inicial sólo comprendía la coordinación horizontal, permitiéndose la entrada y registro en el domicilio de CEPSA, limitada a ese fin y hubiera sido en el transcurso del mismo, cuando quienes lo llevan a cabo, encuentran documentación relativa a una presunta coordinación vertical, en base al cual se inicia un segundo expediente, tampoco en ese caso, se habrían vulnerado los derechos constitucionales invocados*”) e Acórdão de 12 de junho de 2014, *BP*, ROJ:SAN 2614/2014, ES:AN:2014:2614, que contrastavam – ainda que o negassem – com o Acórdão de 4 de dezembro de 2012, *Montesa*, ROJ:SAN5076/2012, ES:AN:2012:5076, anulado pelo Acórdão de 6 de abril de 2016, *Montesa*, ROJ:STS1507/2016, ES:TS:2016:1507.

37 FD4º do Acórdão de 6 de abril de 2016, *Montesa*, ROJ:STS1507/2016, ES:TS:2016:1507: “*si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado*”. “[P]artiendo de una entrada y registro ajustada a derecho, esto es, autorizada judicialmente y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Y ello bien porque en el examen del material requisado se encuentre accidentalmente elementos que constituyan indicios de otras actuaciones irregulares – como ocurrió en el supuesto de autos –, bien porque en el propio registro – desarrollado en los términos adecuados que ya se han indicado – el personal investigador se encuentre con material que prima facie sea revelador de actuaciones ilícitas.”

38 Acórdão de 25 de abril de 2016, *Lactalis*, ROJ:STS1846/2016, ES:TS:2016:1846 (FD5º “*el hecho de que en el Auto de autorización judicial de entrada no corresponda formalmente a la empresa objeto de inspección, sino a tres empresas filiales, no presenta la relevancia que la parte pretende, en cuanto todas ellas constituyen una unidad económica, que se presume por el dato acreditado de que la sociedad matriz es socio único de las filiales y nada se ha expuesto en el recurso para desvirtuar tal realidad económica, pues no se ha ofrecido ninguna argumentación ni se ha realizado ninguna actividad probatoria de que no existe esa unidad económica entre las empresas matriz y las filiales. Por lo expuesto, hemos de rechazar la tesis de las recurrentes de que la entrada en el local de Mollerusa indicado en el Auto judicial carece de validez por haberse desarrollado en el domicilio de las empresas filiales*”). A mesma posição já fora defendida em *Costas*, 2013: 225.

apenas alguns dias, a CNMC publicou uma “Nota de Informação” sobre suas buscas<sup>39</sup>.

Em qualquer caso, o verdadeiro excesso judicial nesta matéria verifica-se quando os juízes, no âmbito das questões de contencioso-administrativo, para as quais as autoridades da concorrência tinham pedido *inaudita parte* um mandato judicial para as buscas na sede das empresas, comunicaram a estas empresas que a chegada dos inspetores era iminente. Não é por existir falta de informação pública sobre estes processos judiciais irregulares que estamos impedidos de avaliar a gravidade deste facto, o que dificulta o trabalho das autoridades de concorrência.

Alguns dias atrás, foi conhecido mais um episódio que confirma esta conduta<sup>40</sup>, após várias buscas a empresas de publicidade de Madrid<sup>41</sup>. Aparentemente, não é o único caso. Aconteceu várias vezes nos últimos anos que as empresas são previamente notificadas pelo juiz (em alguns casos, mesmo quando a autoridade nacional da concorrência atuava como agente de uma busca ordenada pela Comissão Europeia). As razões que podem levar os juízes a se comportarem dessa maneira não são conhecidas, mas a gravidade da sua conduta deve levar à reflexão sobre que medidas podem ser tomadas para evitar a sua repetição. Se a colaboração que as autoridades de defesa da concorrência pedem dos juízes é articulada dessa maneira, provoca-se uma rutura alarmante no sistema.

#### 4. CONCLUSÃO

A ação da CNMC como nova instituição responsável pela aplicação administrativa de proibições de práticas anticoncorrenciais em Espanha tem sido prejudicada por várias questões que têm dificultado o desempenho das suas funções. De qualquer forma, nos seus primeiros quase três anos de existência, a CNMC aplicou algumas coimas significativas aos processos judiciais iniciados no final da CNC.

Para além das dificuldades e dos problemas existentes no plano institucional e ao nível administrativo, é possível no futuro uma reforma da

---

39 CNMC, *Nota informativa sobre las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia*, 7 de junho de 2016.

40 Cfr. Moratalla, 2016 e Berbell, 2016.

41 “La CNMC inspecciona las sedes de varias agencias publicitarias de medios”, Nota de Imprensa de 30 de maio de 2016.

organização da CNMC. Este trabalho considera que o principal desafio da aplicação pública das regras da defesa da concorrência em Espanha reside no recurso judicial das decisões das autoridades administrativas e, igualmente, na colaboração judicial com as autoridades de defesa da concorrência. Vários acórdãos da Audiência Nacional (secção administrativa n.º 6) e do Supremo Tribunal (secção administrativa n.º 3) relativos a coimas, prescrição e buscas no domicílio continuam a constituir uma preocupante manifestação de ativismo e inoperação judicial, que acabam por gerar incertezas sobre os critérios seguidos pelas autoridades de concorrência nos seus inquéritos no âmbito dos processos judiciais e das suas consequentes decisões.

## BIBLIOGRAFIA

### Decisões Judiciais

#### TRIBUNAL GENERAL DA UE

Acórdão de 6 de setembro de 2013, *Deutsche Bahn AG et al c. Comissão* (T-289/11 etc.), EU:T:2013:404.

#### SUPREMO TRIBUNAL ESPANHOL

Acórdão de 25 de abril de 2016, *Lactalis*, ROJ:STS1846/2016, ES:TS:2016:1846.

Acórdão de 6 de abril de 2016, *Montesa*, ROJ:STS1507/2016, ES:TS:2016:1507.

Acórdão de 22 de junho de 2015, *Colgate Palmolive*, ROJ:STS2717/2015, ES:TS:2015:2717.

Acórdão de 15 de junho de 2015, *Puig*, ROJ:STS2797/2015, ES:TS:2015:2797.

Acórdão de 15 de junho de 2015, *Montibello*, ROJ:STS2879/2015, ES:TS:2015:2879.

Acórdão de 27 de fevereiro de 2015, *Transmediterránea*, ROJ:STS941/2015, ES:TS:2015:941.

Acórdão de 29 de janeiro de 2015, *BCN Aduanas y Transportes*, ROJ:112/2015, ES:TS:2015:112.

Acórdão de 10 de dezembro de 2014, *UNESA*, ES:TS:2014:5266.

Acórdão de 20 de janeiro de 2010, *CECASA*, ROJ:STS91/2010, ES:TS:2010:91.

#### AUDIENCIA NACIONAL ESPANHOLA

Acórdão de 20 de junho de 2015, *Asociación de Comercializadores Albondiguistas de Frutas y Hortalizas de Andalucía*, ROJ:SAN2365/2015 ES:AN:2015:2365.

Acórdão de 26 de janeiro de 2015, *CEPSA*, ROJ:SAN196/2015, ES:AN:2015:196.

Acórdão de 12 de junho de 2014, *BP*, ROJ:SAN 2614/2014, ES:AN:2014:2614.

Acórdão de 4 de dezembro de 2012, *Montesa*, ROJ:SAN5076/2012, ES:AN:2012:5076.

CNMC – COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

*Nota informativa sobre las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia*, 7 de junho de 2016.

*Aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes CNMC/CCAA y Novedades*, dezembro de 2014.

Decisão de 26 de junho de 2014 (S/0445/12 *Equipos contra incendios*).

Decisão de 18 de julho de 2014 (S/0469/13 *Fabricantes de Papel y Cartón*).

Decisão de 22 de setembro de 2014 (S/0428/12 *Palés*).

Decisão de 4 de dezembro de 2014 (S/0453/12 *Rodamientos ferroviarios*).

Decisão de 8 de janeiro de 2015 (S/0429/12 *Gestión de residuos*).

Decisão de 15 de janeiro de 2015 (S/0473/13 *Postes de Hormigón*).

Decisão de 11 de fevereiro de 2015 (S/0464/13 *Puerto de Santander*).

Decisão de 26 de fevereiro de 2015 (S/0425/12 *Industrias Lácteas 2*).

Decisão de 20 de fevereiro de 2015 (S/0474/13 *Precios combustibles de Automoción*).

Decisão de 5 de março de 2015 (S/0487/13 *Land Rover*).

Decisão de 5 de março de 2015 (S/0488/13 *Hyundai*).

Decisão de 5 de março de 2015 (S/0489/13 *Opel*).

Decisão de 5 de maio de 2015 (S/0486/13 *Toyota*).

Decisão de 28 de maio de 2015 (S/0471/13 *Audi/Seat/VW*).

Decisão de 16 de junho de 2015 (S/0490/13 *Acuerdos Telefónica-Yoigo*).

Decisão de 25 de junho de 2015 (S/0454/12 *Transportes Frigoríficos*).

Decisão de 8 de julho de 2015 (S/0483/13 *Redes Abanderadas*).

Decisão de 23 de julho de 2015 (S/0436/12 *DTS Distribuidora de TV Digital*).

Decisão de 23 de julho de 2015 (S/0482/13 *Fabricantes de automóviles*).

Decisão de 1 de setembro de 2015 (S/0491/13 *Colegio Abogados de Guadalajara*).

Decisão de 26 de novembro de 2015 (S/0500/13 *AGEDI/AIE Radio*).

Decisão de 3 de dezembro de 2015 (S/0481/13 *Construcciones modulares*).

Decisão de 17 de dezembro de 2015 (S/DC/0516/14 *ICOGAM*).

Decisão de 7 de abril de 2016 (S/DC/0503/14 *Fabricantes de Turrón*).

Decisão de 28 de abril de 2016 (S/DC/0505/14 *Concesionarios Chevrolet*).

Decisão de 12 de maio de 2016 (S/0455/12 *Agencias de Viajes-grupos de gestión*).

Decisão de 26 de maio de 2016 (S/DC/0504/14 *Absorbentes de Incontinencia de Orina*).

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

- 2009 Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (BOE 36, de 11 de fevereiro de 2009).
- 2013a Resolución de 23 de mayo de 2013, S/0303/10 *Distribuidores de Saneamiento*.
- 2013b Resolución de 26 de septiembre de 2013, S/0314/10 *Puerto de Valencia*.

AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA

Resolución de 4 de febrero de 2016 (6/2013 *Comedores Escolares*).

TRIBUNAL DE CUENTAS

*Informe de fiscalización de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ejercicio 2014, y del proceso de integración en ella de los organismos públicos declarados a extinguir por la Ley 3/2013*, 26 de maio de 2016.

**Doutrina e imprensa**

ALLENDESALAZAR, R.

2008 “¿Inspección o Inquisición?”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia* 6 (2008) 5-8.

ARRANZ, R. & MONTAÑO, B.

2016 “Situación límite en la CNMC: el grupo rebelde boicotará al presidente hasta la llegada del nuevo Gobierno”, *Vozpopuli*, 30 de março de 2016.

BERBELL, C.

2016 “Un error de la maquinaria judicial avisa con cuatro días de antelación a empresas que iban a ser registradas”, *Conflegal*, 31 de maio de 2016.

BRONTE, P.

2016 “Una sentencia del Supremo podría tumbar un 80% de las multas de Competencia”, *sabemosdigital*, 7 de fevereiro de 2016.

COSTAS, J.

2013 “Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el derecho de la competencia”, in GUILLÉN, J., (Dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, Thomson-Civitas, pp. 217-229.

DELGADO, J. & OTERO, H.

2015 “La CNMC: La historia de una reforma inacabada”, *Papeles de Economía Española*, n.º 75, pp. 18-31.

GONZÁLEZ, J.

2016 “La CNMC sancionará a los directivos de las empresas multadas por cárteles”, *ABC*, 15 de febreiro de 2016.

KOVACIC, W. E.

2009 “Rating Competition Agencies: What constitutes good performance?”, *George Mason Law Review*, n.º 16/4, pp. 903-926.

KOVACIC, W. E., HOLMAN, H. M. & GRANT, P.

2011 “How does your Competition Agency Measure Up?”, *European Competition Law Journal*, n.º 7/1, pp. 25-45.

LILLO, C.

2014 “La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, n.º 15, pp. 51-82.

MARCOS, F.

2016a “Lecciones de la revisión judicial”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*, n.º 36.

2016b “¿De verdad estaba caducado el expediente resuelto por la RCNC de 27 de septiembre de 2013 (S/314/10 Puerto de Valencia)?”, [www.osservatorioantitrust.eu](http://www.osservatorioantitrust.eu), 4 de maio de 2016.

2015 “Blowing hot and cold: The last word of the Supreme Court on setting fines for competition infringements in Spain”, *Working Paper IE Law School*, AJ8-220-I.

2014 “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *Revista ICE*, n.º 876, pp. 91-104.

2010 “Una peligrosa llamada a la creación de cárteles de crisis. A propósito de la STS de 20 de enero de 2010 (CECASA)”, *Diario La Ley* n.º 7415, 2 de junho de 2010.

MORATALLA, M.

2016 “Dos juzgados revientan una inspección a la CNMC al avisar a varias empresas de que iban a por ellas”, *Vozpópuli*, 30 de maio de 2016.

NAVAS, J. A.

2016 “Por un puñado de euros”, *El Confidencial*, 4 de junho de 2016.

NOCEDA, M. A.

2016 “La CNMC eliminará las reflexiones impropias de los votos particulares”, *La Vanguardia*, 22 de abril de 2016.



2015 “Grietas en la CNMC”, *El País*, 13 de fevereiro de 2015.

ROBLES, A.

2016a “El cártel de los pañales: la imposición de sanciones a los directivos de las empresas y asociaciones infractoras”, [derechocompetencia.blogspot.com](http://derechocompetencia.blogspot.com), 4 de junho de 2016.

2016b “Las sanciones impuestas conforme a la Comunicación de multas, ante el Tribunal Supremo”, [derechocompetencia.blogspot.com](http://derechocompetencia.blogspot.com), 4 de abril de 2016.

RODRÍGUEZ Paz, A.

2016 “Guerra Abierta en la CNMC”; *La Vanguardia*, 31 de março de 2016.