

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO



ANO III • NÚMERO 10
ABRIL – JUNHO 2012

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direção

JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA • LUÍS SILVA MORAIS

presidência do conselho científico

EDUARDO PAZ FERREIRA • MANUEL SEBASTIÃO

presidência do conselho de redação

PAULO DE SOUSA MENDES



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL


ALMEDINA



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano III • Número 10

abril – junho 2012

PROPRIETÁRIOS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Av. de Berna, 19
1050-037 Lisboa
NIF: 506557057

IDEFF

FACULDADE DE DIREITO

Alameda da Universidade
1649-014 LISBOA
NIF: 506764877

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80
3000-167 Coimbra, Portugal
T: 239 851 904
F: 239 851 901
editora@almedina.net
www.almedina.net

EXECUÇÃO GRÁFICA

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Preço avulso desta Revista € 25,00

Assinatura anual da Revista (4 números) € 90 (desconto de 10%)

NOVEMBRO 2012

DEPÓSITO LEGAL

304538/10

TIRAGEM

500 EXEMPLARES

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

ÍNDICE

- 7 EDITORIAL
- 19 DOUTRINA
- 21 **Doutrina Geral**
- 23 Luis Ortiz Blanco/Alfonso Lamadrid de Pablo – *Del test de posición dominante al test OSCE (Historia y evolución de los criterios de prohibición y autorización de las concentraciones entre empresas en el Derecho europeo, 1989 – 2004)*
- 65 Alberto Saavedra – *Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission*
- 91 Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro – *Private Enforcement of Competition Law in Portugal (i): An Overview of Case-law*
- 143 Olívio Mota Amador – *Desafios da regulação da saúde em Portugal nos tempos de crise*
- 159 Márcio Schlee Gomes – *As buscas e apreensões nos escritórios de advogados de empresas*
- 195 André Mauro Lacerda Azevedo – *Bribery Act 2010: Um novo paradigma no enfrentamento da corrupção*
- 225 **Dossier Temático**
Primeiras reflexões sobre o novo Regime Jurídico da Concorrência
- 227 João Espírito Santo Noronha – *A aplicação no tempo do novo Regime Jurídico da Concorrência*
- 235 Paulo de Sousa Mendes – *O contencioso da concorrência: Balanço e perspetivas em função da reforma do direito da concorrência português*
- 251 Fernando Xarepe Silveiro – *O regime jurídico da clemência na nova Lei da Concorrência: Novas valências, novos desafios*
- 283 LEGISLAÇÃO
- 285 **Legislação nacional**
- 285 Legislação nacional de regulação – abril a junho de 2012
- 289 JURISPRUDÊNCIA
- 291 **Comentário de Jurisprudência da União Europeia**

291 Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, no Processo C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt* – Catarina Anastácio

315 Jurisprudência Geral

315 Jurisprudência nacional de concorrência – abril a junho de 2012

319 Jurisprudência nacional de regulação (CMVM) – abril a junho de 2012

321 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – abril a junho de 2012

325 BIBLIOGRAFIA

327 Recensão

327 Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011
– Miguel Nogueira de Brito

335 **Novidades Bibliográficas** – abril a junho de 2012

337 ATUALIDADES

347 NOTAS CURRICULARES

357 **Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação***

359 **Órgãos Sociais**

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

João Espírito Santo Noronha

Luís Silva Morais

Com o N.º 10 da C&R regressamos, no âmbito dos dossiers temáticos especiais da Revista, ao domínio do *direito e da política da concorrência* (depois versar no número precedente o domínio da regulação do sector financeiro, assim dando continuidade à nossa cobertura alternativa, nesses dossiers temáticos, de matérias ora de regulação económica ora de direito da concorrência). Neste caso, o dossier temático especial tem por objeto a reforma de 2012 da lei portuguesa da concorrência, compreendendo, na sequência de anteriores contributos publicados na C&R, algumas análises preliminares deste novo regime. Tal corresponde, seguramente, a um domínio ao qual

With No 10 of C&R we return in terms of special thematic files to the domain of competition law and policy (after having covered in the precedent numbers the field of regulation of the financial sector, thus continuing our alternative coverage in such thematic files of topics either of economic regulation or competition law). In this case, the special thematic file is focused on the 2012 reform of the Portuguese Competition Act, comprehending, in the wake of previous analytical contributions published in C&R, some preliminary analyses on this new

regressaremos em números futuros, propondo-nos, assim, proporcionar uma discussão crítica tão alargada quanto possível deste novo regime, a qual não deve ser encerrada com a aprovação da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, mas, pelo contrário, deve ser prosseguida no contexto da adoção de Linhas de Orientação pela Autoridade da Concorrência relacionadas com o novo regime e, sobretudo, dos primeiros passos em termos de aplicação desse regime, envolvendo todos os 'stakeholders' relevantes (sendo este enforcement do novo regime, como sempre sucede no domínio do direito da concorrência, o fator decisivo para produzir as necessárias clarificações e definições em relação às próximas etapas da evolução do sistema nacional de defesa da concorrência, ainda mais interligado do que no passado recente com o direito da concorrência da UE).

Para além deste dossier temático especial, a secção de doutrina geral inclui vários artigos que cobrem tanto o domínio do direito e da política da concorrência como o da regulação económica em geral. No contexto da dimensão internacional que a C&R se propôs desenvolver desde os seus primeiros passos, há dois anos, e cumprindo o nosso programa editorial que contempla a publicação de artigos em português, inglês, francês e castelhano (embora reconhe-

regime. This corresponds manifestly to a domain to which C&R will return in future numbers, thus purporting to foster the widest possible discussion of such new regime, which should not be closed with the approval of Law No 19/2012, of 8 of May, but, on the contrary, should be continued in the context of the adoption of relevant Guidelines by the Portuguese Competition Authority related with the new regime and, above all, of the first steps in terms of enforcement of such regime involving all relevant stakeholders (these, as always in the field of competition law, being the decisive factor in terms of producing the relevant key definitions concerning the next stages of evolution of the national system of competition law, even more intertwined than in the recent past with EU competition law).

Besides this special thematic file, the General Section comprehends several articles that cover both the field of competition law and policy and economic regulation in general. In the context of the internationalization dimension that C&R has purported to develop since its first steps two years ago, and fulfilling our editorial program that contemplates

cendo que, para além do português, e por razões naturais, relacionadas com as características da comunidade *antitrust* internacional, o inglês tem sido dominante na maioria dos números da C&R), inauguramos neste N.º 10 a participação de especialistas espanhóis nestes áreas (publicando em castelhano). Tal ocorre através da publicação de um artigo de Luis Ortiz Blanco e de Alfonso Lamadrid de Pablo, cobrindo o tema fundamental do teste substantivo a utilizar para efeitos do controlo de concentrações de empresas. Estes autores debatem a transição do antigo teste de domínio do anterior Regulamento Comunitário de controlo de concentrações, de 1989, para o novo teste do “*entrave significativo à concorrência efetiva*” (ou teste ‘SIEC’), nos termos do Regulamento N.º 139/2004 (que reformou extensivamente as regras de controlo de concentrações da UE). Para além da relevância científica e prática deste problema sempre controvertido, em termos gerais, a sua discussão crítica é, permitimo-nos acrescentar, especialmente atual em Portugal, também no contexto da *supra* referida reforma de 2012 da lei nacional da concorrência (a qual, na sequência da reforma de 2004 da UE do controlo de concentrações, também substituiu o teste de domínio pelo teste SIEC). Em particular, o artigo de Ortiz Blanco e Lamadrid

the publication of articles in Portuguese, English, French and Spanish (although acknowledging that besides Portuguese, and for natural reasons related with the characteristic of the antitrust scientific community worldwide, English has been dominant in most numbers of C&R), we inaugurate in this No 10 the participation of Spanish experts in these fields (publishing in Spanish). This happens through the publication of an article of Luis Ortiz Blanco and Alfonso Lamadrid de Pablo covering the fundamental topic of the substantive test to be used for purposes of merger control. These authors discuss the transition from the old dominance test under the former 1989 EU Merger Control Regulation to the new ‘substantial impediment to effective competition’ test (or SIEC test), under EU Regulation No 139/2004 (that extensively reformed EU merger control rules). Besides the scientific and practical relevance of this always controversial topic, in general terms, its critical discussion is, we daresay, especially timely in Portugal, also in the context of the aforementioned 2012 reform of the National Competition Act (which, in the wake of the 2004 EU

de Pablo, publicado neste número da C&R, marca o início de um verdadeiro debate científico ibérico, que nos propomos doravante desenvolver com regularidade nos domínios da direito da concorrência e da regulação económica, acompanhando extensas reformas dos regimes do direito da concorrência em Portugal e Espanha e considerando ainda as perspectivas de novas reformas nos regimes da regulação económica destes dois Estados membros da UE. Acresce que acreditamos existirem condições para que os ecos deste debate possam chegar, em moldes para todos vantajosos, à América Latina, espaço ao qual a C&R dedicou já o número duplo que encerrou o seu segundo ano de publicação (culminando essa iniciativa com uma conferência em São Paulo, em maio de 2012, que debateu a reforma das leis brasileira e portuguesa da concorrência, as quais, curiosamente, coincidiram largamente no tempo, e deverá constituir uma fonte de novos artigos para futuros números da C&R, criando pontes entre as discussões críticas do debate do direito da concorrência e da regulação nos dois lados do Atlântico).

Na secção de doutrina geral incluímos igualmente um artigo de Alberto Saavedra (publicado em inglês) que com elevada oportunidade aborda o problema do acesso por tribunais

merger control reform, also replaced the dominance test by the SIEC test). Above all, Ortiz Blanco and Lamadrid de Pablo's article published in this number of C&R marks what we intend to be a regular scientific Iberian debate, in the competition law and economic regulation arenas, following extensive reforms of the competition law regimes in Portugal and Spain and also considering the prospects of further reforms in these two EU Member States of their respective frameworks of economic regulation. Furthermore, we believe the echoes of this debate will advantageously reach Latin America to which C&R has already dedicated its double number that closed its second year of publication (culminating that initiative with a conference in São Paulo in May 2012 that discussed the reform of the Brazilian and the Portuguese Competition acts, curiously largely coincident on time and which is bound to produce new articles to future numbers, bridging the competition law and regulation debate in the two sides of the Atlantic).

Also in the General Section we include an article of Alberto Saavedra

nacionais e denunciante privados a documentos detidos pela Comissão e emergentes de procedimentos fundados no regime de clemência. É sobejamente sabido que o acesso a esse tipo de documentos (com origem em processos de clemência) suscita questões sensíveis, como melhor foi evidenciado pelo importante acórdão *Pfleiderer*, de 2011, do Tribunal de Justiça da UE, em termos que, previsivelmente, gerarão iniciativas normativas neste domínio por parte da Comissão Europeia no decurso de 2013. A discussão deste problema e de questões com o mesmo relacionadas encontra-se, por isso, no centro dos debates em sede de direito da concorrência.

De Leonor Rossi e Miguel Ferro, publicamos (também em inglês) um artigo sobre *private enforcement* no direito português da concorrência, que corresponde à primeira parte de um projeto de investigação – concebido como parte de um programa de investigação global ao nível da UE – o qual se propõe identificar de uma forma razoavelmente exaustiva precedentes judiciais nos tribunais portugueses que, de algum modo, envolvam aspetos ou elementos de *private enforcement* de direito da concorrência (ao mesmo tempo debatendo problemas jurídicos relevantes, que podem constituir obstáculo a uma expansão ulterior do *private*

(published in English) on the timely topic of access by national courts and private plaintiffs to leniency documents held by the Commission. It is widely known that access to leniency documents raises sensitive issues, as further evidenced by the important 2011 Pfleiderer ruling of the Court of Justice of the EU, in terms that will predictably, generate normative initiatives in this domain on the part of the European Commission in the course of 2013. The discussion of this topic and related issues is, therefore, extremely at the core of the EU competition law debate.

From Leonor Rossi and Miguel Ferro, we publish (also in English) an article on private enforcement of competition law in Portugal, which corresponds to the first part of a research project – intended as part of a global research project at the level of the EU – that purports to identify in a comprehensive manner judicial precedents in Portuguese Courts that have somehow involved aspects or elements of private enforcement of competition law (at the same time discussing relevant legal problems which may be on the way of a further expansion of private

enforcement do direito da concorrência no sistema judicial português e soluções potenciais para tais problemas, o que corresponde a um conjunto de matérias da maior relevância, num momento em que novas iniciativas da Comissão Europeia para aprofundar o *private enforcement* nos vários Estados membros da UE são também esperadas no decurso de 2013). Esta constitui, de resto, uma área que nos propomos continuar a acompanhar, numa dupla via, quer publicando a segunda parte dos resultados desta investigação no que respeita ao *private enforcement* do direito da concorrência em Portugal, quer comentando em futuros números da C&R as iniciativas da Comissão neste domínio, há muito aguardadas e de algum modo proteladas, assim que estas se concretizarem em 2013).

Num plano temático diverso, a secção de doutrina geral do presente número da C&R inclui artigos de Olívio Mota Amador, Márcio Schlee Gomes e André Lacerda Azevedo, tratando respetivamente novos desafios da regulação do sector da saúde em Portugal, a sempre sensível questão das buscas e apreensões em escritórios de advogados *in house* e um possível novo paradigma mundial que possa representar a lei anticorrupção do Reino Unido de 2010, em termos da luta internacional con-

enforcement of competition law in the Portuguese judicial system and potential solutions for such problems, a matter of the utmost relevance at a time in which new initiatives of the European Commission to foster private enforcement in the various EU Member States are also to be expected in the course of 2013). This is an area that we commit to follow on, in a dual manner, both publishing the second part of the results of this research as regards private enforcement of competition law in Portugal, and duly commenting the long waited and rather protracted Commission initiatives in this domain once these materialise during 2013.

At a different level, the General Section of the current number of C&R includes articles by Olívio Mota Amador, Márcio Schlee Gomes and André Lacerda Azevedo, respectively covering new challenges of regulation of the health sector in Portugal, the always sensitive issue of searches and seizures in offices of in-house lawyers and the possible new paradigm worldwide that may represent the UK Bribery Act 2010 in terms of international fight against corruption (dealing, inter alia, with

tra a corrupção (equacionando, entre outros aspetos, o complexo problema da potencial expansão de jurisdição dos tribunais do Reino Unido, questão jurisdicional que se verifica também em conexão com vários sistemas de *common law*, em vários domínios do direito da economia, *v.g.*, mas não somente, nos domínios da regulação financeira). No que respeita ao artigo sobre regulação do sector da saúde, sublinhamos igualmente a sua relevância atual para um necessário debate alargado sobre as condições de reforma do sector da saúde, muito condicionada neste momento por consabidos problemas de finanças públicas, a qual possa, em termos gerais, assegurar uma apropriada garantia de direitos e padrões de assistência para os utentes dos serviços de saúde.

Retornando ao dossier temático especial deste número da C&R, compreendendo análises iniciais da nova lei da concorrência de Portugal, este inclui um artigo de João Espírito Santo Noronha, sobre questões de aplicação no tempo do novo regime *antitrust* e dos procedimentos de controlo de operações de concentração iniciados na vigência da anterior lei da concorrência; um artigo de Paulo de Sousa Mendes sobre contencioso jurisdicional no domínio da concorrência, procedendo em paralelo a um balanço geral de casos anteriormente

difficult topics of potential expansion of jurisdiction of UK courts, a problem that is also felt in connection with various Common Law systems in various domains of economic law, e.g. but not only in the field of financial regulation). As regards the article on regulation of the health sector, we also underline its current relevance for a much needed wide debate on conditions of reform of the health sector, much constrained these days by well known problems of public finance, in overall terms that may ensure a proper safeguard of the rights and patterns of assistance to health care service users.

Turning again our attention to the special thematic file comprehending initial analyses of the new Portuguese Competition Act, this includes an article by João Espírito Santo Noronha, on issues of application of the new regime to antitrust and merger control procedures initiated under the previous 2003 Competition Act; an article by Paulo de Sousa Mendes on judicial litigation on competition law cases, at the same time drawing an overall balance of cases previously decided by Portuguese Courts and exploring potential developments

decididos por tribunais portugueses e explorando potenciais desenvolvimentos que possam ser esperados neste domínio crucial, à luz da nova lei da concorrência; e, finalmente, um artigo de Fernando Xarepe Silveiro, sobre o novo regime da clemência, resultante da já referida lei da concorrência de 2012, tendo em consideração a extensa revisão desse regime no contexto desta reforma legislativa e equacionando também os termos em que esta reforma possa, ou não, contribuir para desenvolver uma política de clemência mais eficiente em Portugal, à luz dos desenvolvimentos ocorridos ao nível da UE e em outros Estados membros.

Globalmente, como já referido, tal representa, tão só, o ponto de partida para uma discussão crítica alargada, em números futuros da C&R, congregando desejavelmente visões contrastantes de vários *stakeholders*, procurando antecipar os novos rumos do *enforcement* do direito e da política da concorrência em Portugal. Na realidade, depois de uma primeira fase de gradual, embora difícil, consolidação de jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa, na sequência da criação da Autoridade da Concorrência, em 2003, e considerando a criação de um novo tribunal especializado em concorrência e regulação, em paralelo com a aprovação da nova lei da concorrência, o teste funda-

that might be expected in this crucial domain in light of the new Competition Act; and, finally, an article by Fernando Xarepe Silveiro on the new leniency rules arising from the aforementioned 2012 Competition Act, bearing in mind the extensive review of such regime in text context of this legislative reform and discussing also how this reform may or may not contribute to develop a more effective leniency policy in Portugal in light of the developments occurred at EU level and in other EU Member States.

On the whole, as aforementioned, this represents the starting point of a comprehensive critical discussion, in future numbers of C&R, ideally reuniting contrasting views from various stakeholders, in order to foresee the new paths to be followed by competition law enforcement and policy in Portugal. In reality, after a first phase of gradual, albeit difficult, consolidation of case law of the Commercial Court of Lisbon, following the establishment of the Competition Authority in 2003, and considering the creation of a new Specialised Competition and Regulation Court, in parallel with the adoption of the New Competition Act,

mental para o novo regime jurídico da concorrência e, arriscaríamos dizer, para uma renovada cultura do direito da concorrência em Portugal, advirá de futuros desenvolvimentos jurisprudenciais que resultarão da aplicação da lei de 2012 (bem como das novas condições de publicitação das decisões da Autoridade da Concorrência, assim abrindo caminho para uma mais frutuosa e aberta discussão, tecnicamente fundamentada, do regime da concorrência, tal como consubstanciado nos seus componentes-chave de aplicação).

O atual contexto de crise económica aguda reforça, de resto, sobremaneira, os desafios a enfrentar na nova fase do direito português da concorrência que agora se inicia (e que a C&R, de acordo com a sua missão editorial, acompanhará nos vários planos relevantes).

Ao nível da UE, os futuros desenvolvimentos expectáveis em 2013 incluem, para além do domínio já referido de *private enforcement* das regras da concorrência, a reforma do regime e política de auxílios de Estado, envolvendo um delicado equilíbrio global num momento em que as atuais condições económicas requerem novas formas de intervenção pública na economia e também, potencialmente, uma melhor conjugação entre a aplicação das regras de concorrência ao sector financeiro

the key test for the new competition law regime and, we daresay, for a renewed competition law culture in Portugal, will result from future jurisprudential developments that will arise from the enforcement of the 2012 Act (as well as from the new conditions for disclosure of the Competition Authority decisions, thus paving the way to a more fruitful and open, technically based, discussion, of the competition regime as materialised through its key enforcement component).

The current context of acute economic crisis only enhances the challenges to be met in the new phase of Portuguese competition law to be now initiated (and that C&R will duly follow at the various relevant levels).

At EU level, future developments to be expected in 2013 include, beside the already mentioned domain of private enforcement of competition rules, state aid law and policy reform, involving a delicate overall balance in times in which the current economic conditions require new forms of public intervention in the economy and also, potentially, a better interplay between application of competition rules to the

e regras de regulação deste sector, extensamente reformadas (no contexto do estabelecimento gradual de uma verdadeira *união bancária europeia*, para a qual as decisões do último trimestre de 2012 vieram abrir caminho, conquanto ainda muito incompleto e com múltiplas interrogações no horizonte no que respeita ao seu objetivo e contribuição efetiva para enquadrar, ao menos parcialmente, os atuais dilemas da zona euro, matéria a que dedicaremos igualmente atenção considerável em números futuros).

Em sede de aplicação de direito da concorrência, dois potenciais desenvolvimentos, entre outros, podem ser salientados e justificarão atenção continuada no decurso de 2013. Referimo-nos à nota de ilicitude de 2012 da Comissão sobre o alegado incumprimento pela Microsoft dos compromissos sobre escolha de *browser*, que pode vir a constituir, em última análise, um caso paradigmático em termos do alcance global das decisões de compromissos e do seu efetivo escrutínio pelas autoridades da concorrência. Reportamo-nos aqui, também, às atuais averiguações relativamente a atuações da Google por parte da Comissão e ao novo caso Gazprom, formalmente desencadeado em setembro de 2012 pela Comissão, com a vista a apurar se este grupo empresarial russo poderá estar

financial sector and largely reformed rules for regulation of this sector (in the context of the gradual establishment of a true European Banking Union, for which decisions of the last quarter of 2012 have been preparing the ground, albeit still a very incomplete one and with multiple question marks in the horizon as regards its scope and actual contribution to partially addressing the current dilemmas of the Euro area, something to which we shall also dedicate appreciable attention in future numbers). In terms of competition law enforcement, two potential developments, among others, may be underlined as justifying continued attention in the course of 2013. We refer to the October 2012 statement of objections of the Commission on the alleged non-compliance by Microsoft with browser choice commitments, which may be ultimately a paradigmatic case in terms of the global reach of commitment decisions and its effective scrutiny by Competition Authorities. We refer also to the ongoing Google investigations by the Commission and to the new Gazprom case arising from the September 2012 opening of formal

a restringir a concorrência nos mercados energéticos (o qual pode eventualmente vir a representar quanto ao sector energético um contributo comparável ao que o caso Microsoft deu para a área da *nova economia*, em termos de novos avanços da política de concorrência).

Finalmente, novas perspectivas de um melhor e mais exigente *enforcement* das regras de concorrência podem desejavelmente estar no horizonte através do contínuo reforço qualitativo do chamado *due process* neste domínio e de um conhecimento e utilização mais alargados de áreas alternativas de *enforcement* (menos frequentemente discutidas, mesmo no contexto das iniciativas de desenvolvimento do *private enforcement* da UE). Estas duas dimensões são particularmente consideradas em dois dossiers temáticos especiais que a C&R está a finalizar e que aqui antecipamos à comunidade dos nossos leitores. Referimo-nos, por um lado, a um dossier temático especial sobre deveres de cooperação com autoridades de concorrência e autoridades reguladoras sectoriais (versando o seu objeto e seus possíveis limites) e, por outro lado, a um dossier temático especial sobre o interface entre a arbitragem e o *enforcement* das regras de concorrência, que serão publicados no próximo número da C&R, encerrando o terceiro ano de

proceedings by the Commission, to investigate whether this Russian energy group may be restricting competition in EU energy markets (which may come to represent to the energy sector what the Microsoft case represented for the new economy area in terms of a new leap of competition policy).

Finally, new prospects of better and more demanding enforcement of competition rules may ideally be expected through the continuous refinement of due process in this domain and a wider knowledge and use of alternative areas of enforcement (less frequently discussed even in the context of the EU private enforcement process and initiatives). These two dimensions are particularly envisaged in two special thematic files that C&R is completing and which we may here anticipate to the community of our readers. We refer, on the one hand, to a special thematic file on duties of cooperation with Competition and Regulatory Authorities, its scope and its limits and, on the other hand, to a thematic file on the interplay between arbitration and the enforcement of competition rules, that are to be published in the next number of

publicação, e que, por essa razão e excepcionalmente, será de novo um número duplo, compreendendo os números 11 e 12 (não obstante projetarmos doravante, e em geral, o regresso ao nosso formato habitual de um único número). Esses aspectos, em paralelo com o conteúdo do atual número da C&R, representam ótimas razões para continuar e aprofundar o diálogo crítico com os nossos leitores em Portugal, na UE, na América latina, e, como também nos propomos, em termos internacionais mais alargados.

C&R, closing its third complete year of publication, and which, for that reason and exceptionally, will be again a dual number, comprehending Nos 11 and 12 (while we plan henceforth and in general to return to our usual format). These, together with the content of the current number, represent good reasons for continuing and deepening the critical dialogue with our readers in Portugal, the EU, Latin America, and hopefully worldwide.

C&R

DOCTRINA

Doutrina Geral



DOCTRINA GERAL



DEL TEST DE POSICIÓN DOMINANTE AL TEST
OSCE (HISTORIA Y EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS
DE PROHIBICIÓN Y AUTORIZACIÓN DE LAS
CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS EN EL
DERECHO EUROPEO, 1989-2004)

*Luis Ortiz Blanco/Alfonso Lamadrid de Pablo**

ABSTRACT: The central concern and the cornerstone of the antitrust and merger control rules is the creation or strengthening of market power. What is the relevant market power in EU merger control? This article tries to reply to this question by examining the old dominance test under now repealed Regulation 4064/89, the intermediate drafts and proposals of the European Commission in the early 2000s and the new 'substantial impediment to effective competition' (SIEC) test under Regulation 139/2004. The alleged difference between the dominant position test and the SIEC test was said to be that the former contained a 'blind spot' or gap that made it impossible to prohibit concentrations capable of producing unilateral price rises in oligopolistic markets that are not 'tacitly collusive', in the most commonly used economic jargon, or 'tacitly coordinated' in the legal terminology employed by the European Commission. This article posits that no such gap existed, and – further – that the old and the new substantive tests, if correctly interpreted, should not lead to different results.

SUMARIO: 1. Introducción: Criterios sustantivos en el control de concentraciones europeo. 2. El criterio del Reglamento 4064/89. 3. Las cuestiones sustantivas en la reforma del Reglamento 4064/89. 4. La adopción de un nuevo *test* sustantivo para cubrir determinados “efectos unilaterales” de las concentraciones. “Efectos coordinados” y “efectos unilaterales” en el control de concentraciones europeo. 4.1. “Efectos coordinados” y “efectos unilaterales”. 4.2. La teórica insuficiencia del *test* de dominio para prevenir los “efectos unilaterales” en mercados oligopolísticos. 4.3. La reforma del *test* sustantivo para alcanzar los “efectos unilaterales” en los oligopolios: el *test* de “obstaculización significativa de la competencia efectiva”(OSCE). 5. Conclusiones.

* Abogados, Garrigues (Bruselas, Madrid). Este trabajo se basa en el libro de Luis Ortiz Blanco, *Market Power in EU Antitrust Law*, Oxford: Hart Publishing, Oxford, 2012.

1. INTRODUCCIÓN: CRITERIOS SUSTANTIVOS EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EUROPEO

En Derecho de la competencia, el poder de mercado de las empresas permite discernir lo económica y – en consecuencia – jurídicamente relevante de lo irrelevante; lo perjudicial de lo inocuo y lo inocuo de lo beneficioso. Por eso la preocupación central y la piedra angular de las normas *antitrust* y del control de concentraciones es la creación o el aumento del poder de mercado¹.

Según la Comisión Europea², la competencia efectiva presenta diversas ventajas para los consumidores, y por ello la Comisión la protege entre otras cosas mediante el control de las concentraciones, impidiendo “las concentraciones que podrían privar a los consumidores de estas ventajas al incrementar de forma significativa el poder de mercado de las empresas. Por ‘poder de mercado incrementado’ se entiende la capacidad de una o varias empresas para, en función de sus intereses, aumentar los precios, reducir la producción, la gama o la calidad de los bienes y servicios, disminuir la innovación o influir por otros medios en los parámetros de la competencia”.

Con carácter general, se asume: por un lado, que el poder de mercado es una cuestión de grado (variable en función de las circunstancias); y, por otro, que un pequeño grado de poder de mercado es muy común (solo estaría ausente en los mercados con competencia perfecta) y no hace necesaria la intervención de las autoridades de competencia.

¿Cuál es, entonces, el poder de mercado relevante en el control de concentraciones europeo?

En el contexto del control europeo de las operaciones de concentración, el control de los cambios estructurales en la oferta o – con menor frecuencia – en la demanda de un producto o servicio tiene principalmente por objeto evitar la disminución de la competencia en el mercado y el aumento de poder de las empresas que se concentran. De ahí que el artículo 2 del ya derogado Reglamento 4064/89, de control de concentraciones, considerase incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que creasen o reforzasen una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva fuese obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, y que el artículo 2 del Reglamento 139/2004,

1 DOJ y FTC, 2006 y Vickers, 2006. Así lo atestigua el número de referencias al poder de mercado hechas por los Tribunales europeos, las decisiones de la Comisión y la *soft law*, que ha aumentado muchísimo en los últimos años y ha pasado de 0 en 1983 a 150 en 2006. Lianos, 2009: 60.

2 Directrices de la Comisión Europea sobre las concentraciones horizontales de 2004 (§ 8).

que ha reemplazado al Reglamento 4064/89, considere incompatibles con el mercado común las concentraciones susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante.

Tanto el criterio o *test* de control antiguo como el nuevo giran en torno a la noción de posición dominante, si bien con un énfasis distinto. Mientras que el Reglamento 4064/89 obligaba a la Comisión a establecer una posición dominante en todos los casos en los que pretendiese prohibir una concentración, el Reglamento 139/2004 le ha ahorrado esta tarea, pues en apariencia le permite actuar incluso si no es previsible tal situación. El Reglamento 139/2004 podría, pues, haber aumentado (y sin duda ha clarificado) los poderes de la Comisión, al permitirle prohibir operaciones de concentración de las que podría resultar un poder de mercado inferior al históricamente necesario para establecer una posición dominante.

Pero no es este el único *test* sustantivo de poder de mercado que utiliza el Reglamento 139/2004. Con el fin de evitar que la creación de una empresa en participación con plenas funciones “tenga como consecuencia directa una restricción [sensible] de la competencia entre empresas que sigan siendo independientes”, el Reglamento 1310/97 añadió un nuevo apartado 4 al artículo 2 del Reglamento 4064/89, por el que se incorporó el análisis del artículo 101.3 TFUE a este tipo de operaciones de concentración³. De acuerdo con el artículo 2.4 de los Reglamentos 4064/89 y 139/2004:

“En la medida en que la creación de una empresa en participación que constituye una concentración con arreglo al artículo 3 [una empresa en participación “con plenas funciones”] tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de los criterios establecidos en los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado [actualmente, artículo 101 TFUE], con objeto de determinar si la operación es compatible con el mercado común.”

³ Ver el considerando 5 del Reglamento 1310/97, por el que se modificó el Reglamento 4064/89 para incluir esta disposición que reproduce el art. 2.4 del propio Reglamento 139/2004. Hemos traducido el adjetivo “considerable”, empleado en el original, por “sensible”, más conforme con la terminología habitual del Derecho de la competencia europea.

La utilización de esta disposición ha sido, pese al interés que despertó durante el proceso de reforma de 1998, relativamente escasa y muy poco polémica⁴.

La importación de los criterios sustantivos del artículo 101.3 TFUE en los procedimientos de control de concentraciones plantea curiosos problemas relacionados principalmente con la evaluación de las tres primeras condiciones de esa norma⁵. Por lo que respecta a la cuarta, reproducida expresamente en el último guión del artículo 2.4, parece obvio que debe utilizarse el mismo umbral de poder de mercado del artículo 101.3.b) TFUE. En cuanto a las relaciones entre los artículos 2.3 y 2.4 de los Reglamentos 4064/89 (antes) y 139/2004 (ahora), aun siendo teóricamente posible aplicar el *test* de eliminación de la competencia en un sentido distinto al *test* de obstaculización significativa de la competencia efectiva (considerándolo más o menos riguroso), desde un punto de vista sistemático lo más lógico parece utilizar los mismos umbrales de poder de mercado en ambas normas⁶.

2. EL CRITERIO DEL REGLAMENTO 4064/89

Centrándonos ahora de nuevo en el más importante *test* sustantivo del control de concentraciones europeo, empezando por el contenido en el artículo 2.3 del Reglamento 4064/89, esta disposición evocaba automáticamente nociones ya conocidas en el ámbito del artículo 102 TFUE. Sin embargo, se dijo que el antiguo reglamento de control de concentraciones podría no haber prohibido la creación o el refuerzo de una posición de dominio en todos los casos, sino solo cuando dicha posición “supusiese un obstáculo significativo para una competencia efectiva” (dando un significado autónomo a esta expresión) e incluso que el hecho de que el Reglamento 4064/89 tuviese como base jurídica el artículo 235 del Tratado CEE (actualmente, artículo 352 TFUE), y no solo el artículo 87 del Tratado CEE (actualmente, artículo 103 TFUE), permitía utilizar una noción de dominio (*dominance*) distinta de la desarrollada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE),

4 Según Cook & Kerse, 2009: 269, hasta 2008 la Comisión nunca había aplicado el art. 101.3 TFUE en este contexto, y había considerado los efectos secundarios (*spill-over effects*) de una empresa en participación en apenas 50 ocasiones, sin consecuencias en la gran mayoría de los casos.

5 En la práctica el *test* del art. 2.4 se ha circunscrito a comprobar la no eliminación de la competencia en el mercado relacionado donde se producen las restricciones. Ver Maíllo González-Orus, 2007: Capítulo 3.

6 Para esta cuestión, ver Ortiz Blanco, 2012: Epílogo.

en el ámbito del artículo 86 del Tratado CEE (actualmente, artículo 102 TFUE). El artículo 2.3 del derogado Reglamento de concentraciones habría así permitido a la Comisión desarrollar un concepto totalmente nuevo de la posición dominante, basado en un examen estructural y predictivo⁷. Frente al concepto clásico de posición de dominio, que se centra en la capacidad de las empresas dominantes para “sustraerse de la competencia efectiva de los demás operadores e influir decisivamente sobre las condiciones de competencia del mercado”, el criterio de compatibilidad del Reglamento 4064/89 podría haber introducido matizaciones que impedirían considerarlo “un mero *test* de dominio de las empresas afectadas”⁸.

Así parecía desprenderse de los antecedentes legislativos del artículo 2 del Reglamento⁹ y de las manifestaciones de Sir Leon (hoy día Lord) Brittan, Comisario encargado de los asuntos de competencia en los primeros años de aplicación del Reglamento 4064/89¹⁰. Diversos autores se pronunciaron también a favor de esta teoría¹¹ – otros en contra –¹² e incluso se observaron pruebas indirectas en su apoyo en algunos asuntos anteriores a la adopción del Reglamento 4064/89 en que la Comisión decidió no aplicar el artículo 102 TFUE a determinadas concentraciones económicas¹³.

7 Winckler & Hansen, 1993: 803.

8 Ver Briones, Font, Folguera & Navarro, 1999: 155-157 y Moussis, 1995: 401.

9 Ver Briones, Font, Folguera & Navarro, 1999: 155-157, citando el DOCE 1988 C 130/4, art. 2.4, y el DOCE 1989 C 22/14, art. 2.3, donde se pondría de manifiesto que “el criterio de compatibilidad finalmente establecido es una fórmula negociada entre los partidarios del criterio de ‘la competencia efectiva’ y los partidarios del criterio de ‘la posición de dominio’”.

10 “In my view, we are at the beginning of a new legal development and the Council did not wish to create a pure dominant position test”. Leon Brittan, “The law and policy of merger control in the EEC”, *European Law Review*, 1990, p. 354. Citado por Navarro, Font, Folguera & Briones, 2005: 147, nota 14.

11 Ver, entre otros, Langeheine, 1990, Venit, 1990, Dechery, 1990, y Bellamy & Child (2001), pp. 405-431 y ss. citados por Temple Lang, 2002: 312-313, nota 95; Helmuth Schröter en Von Der Groeben-Thiesing-Ehlermann, “Kommentar Zum EWG-Vertrag, Artículo 87, 4.ª Edición, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1999, Rdnr 269, citado por Venit, 1999: 1665, nota 35; y Ritter, Braun & Rawlinson, 2000: 459.

12 Ver González Díaz, 2004: 186, quien al plantear la cuestión de si el antiguo *test* tenía una o dos partes, resalta la falta de clarificación por parte del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI), hoy Tribunal General (TG), del contenido de la segunda parte, y parece partidario de la tesis del automatismo de la segunda respecto de la primera parte. Weitbrecht, 2005: 68, también es partidario de la idea de que la segunda parte del *test* antiguo en realidad nunca disfrutó de significado propio y, como mucho, se tuvo en consideración para requerir que la creación o el reforzamiento de una posición dominante tuviese carácter duradero.

13 Temple Lang, 2002: loc. ult. cit.

Con todo, la formulación más clara de la teoría relativa a las dos partes del antiguo *test* de control de concentraciones se encuentra en la STPI *Air France* (1994), según la cual:

“De [los apartados 2 y 3 del artículo 2 del Reglamento 4064/89] se desprende que la Comisión debe declarar una operación de concentración compatible con el mercado común cuando se cumplen dos requisitos, a saber, que la operación de que se trate no cree ni refuerce una posición dominante, y que la competencia en el mercado común no sea obstaculizada de forma efectiva por crear o reforzar una posición de este tipo. Por lo tanto, cuando no se cree ni refuerce una posición dominante, deberá autorizarse la operación, sin que resulte necesario examinar los efectos de la operación sobre la competencia efectiva.”¹⁴

Más tarde el entonces TPI se pronunció del mismo modo en el asunto *EDP* (2005), subrayando que el *test* contenido en el Reglamento 4064/89 “[contemplaba], en efecto, dos requisitos acumulativos relativos, el primero, a la creación o al reforzamiento de una posición dominante y, el segundo, al hecho de que la competencia efectiva en el mercado común sea obstaculizada de forma significativa por la creación o el reforzamiento de una posición de este tipo”.

El Tribunal señaló el origen de la confusión en torno a la aplicación de los dos elementos del *test* apuntando al hecho de que, en algunos casos, la creación o el reforzamiento de una posición dominante puede constituir en sí misma un obstáculo significativo a la competencia efectiva. Según el Tribunal, “[e]sta afirmación no significa en absoluto que el segundo requisito se confunda jurídicamente con el primero, sino solo que un mismo análisis fáctico de un mercado dado puede mostrar que se cumplen ambos requisitos.”¹⁵

Los ejemplos prácticos de aplicación de la teoría en los precedentes de la Comisión son, sin embargo, escasísimos. (De hecho, después de unos primeros coqueteos y tras haberla descartado en la práctica¹⁶, la Comisión podría haber sido la primera sorprendida por la resurrección de esta teoría en

14 STPI *Air France* (1994), § 79, confirmada y citada en las SSTPI *Kaysersberg* (1997), § 184, *Airtours* (2002), § 58, y *Tetra Laval* (2002), § 120 y 146. En igual sentido, STPI *Schneider* (2002), §§ 321 y 380 y STPI *ARD* (2003), § 130.

15 STPI *EDP* (2005), § 45 y ss.

16 Bergman, Jakobson y Razo, 2005: 720; Hinds, 2006: 1700.

1994 a manos del TPI¹⁷, que no tuvo ocasión de obtener el respaldo del TJCE, que quizá podría haber visto una sola condición donde el TPI vio dos¹⁸).

El primer asunto en el que la Comisión se desvió del *test* estricto de posición de dominio fue *Aérospatiale-Alenia/De Havilland* (1991). Según la Comisión:

“En el asunto *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*, la Comisión afirmó que una concentración que implica la creación de una posición dominante puede ser compatible con el mercado común si hay pruebas claras de que esta situación es temporal y es muy probable que se produzca la entrada en el mercado de otros competidores que debiliten rápidamente tal posición dominante. Si existe tal probabilidad, la Comisión opina que la existencia en el mercado de una posición dominante no constituye un impedimento esencial para la competencia, en el sentido a que alude el apartado 3 del artículo 2 del reglamento de concentraciones. Por lo tanto, se debe entender que el criterio de evaluación de una posición dominante consiste en la libertad de acción, con respecto al entorno competitivo presente o futuro, de una empresa en el mercado.”¹⁹

Otras decisiones donde la Comisión habría aplicado un *test* específico serían, por un lado, la Decisión *Kali + Salz/Mdk/Treuhand* (1993), anulada por la STJCE en el asunto *Francia contra Comisión* (1998), o Sentencia *Kali + Salz II*, que aceptando por primera vez en control de concentraciones europeo la conocida en los EE UU como *failing company defence* (o excepción basada en la precaria situación de alguna de las empresas que se concentra, abocada a desaparecer, con o sin concentración²⁰), habría confirmado que en ausencia de un vínculo de causalidad entre la concentración y la obstaculización significativa de la competencia efectiva la Comisión no debería prohibir aquélla, pues el deterioro de la competencia (la absorción de la empresa en crisis) no tendría su origen en la concentración sino en la inevitable

17 Pappalardo, 2004: 166.

18 La Comisión nunca aceptó formalmente que el *test* fuera el que proponía el TPI. Resulta, por ejemplo, muy significativo que en su proyecto de Comunicación sobre las concentraciones horizontales, Comisión Europea, 2002: §§ 5 y 8, la Institución evitase cuidadosamente escindir en dos el *test* sustantivo del control de concentraciones europeo.

19 XXI Informe anual sobre la política de competencia en 1991, Anexo III, p. 394, a propósito de la Decisión *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*, (1991).

20 Para una descripción de los primeros criterios y la evolución de esta defensa, ver Levy, 2008: § 15.03; Ritter & Braun, 2004: 594 y ss. y Jörgens, 2003. Ver también las Decisiones *BASF/Eurodiol/Pantochim* (2001) y *Newscorp/Telepiù* (2003).

desaparición de la empresa adquirida²¹; y, por otro lado, diversas decisiones en las que la Comisión ha reconocido la compatibilidad de concentraciones en las que las partes ostentaban una posición de dominio con carácter previo a la concentración, por considerar que esta no reforzaría aquella²².

El TPI parecía compartir las tesis de la Comisión en estas últimas Decisiones, y en sus Sentencias *Air France* (1994), *Gencor* (1999) y *Airtours* (2002) afirmó que si la operación de concentración no añade nada sustancial a la estructura de mercado, ni cambia significativamente el nivel de competencia preexistente, la concentración debe ser aprobada “porque no restringe la competencia”²³.

En realidad, de los precedentes se desprende que el *test* del artículo 2.3 del Reglamento 4064/89 permitía autorizar concentraciones que implicasen la creación o el refuerzo de una posición dominante²⁴:

- *Si existían pruebas palpables de que la posición dominante en cuestión iba a desaparecer en un plazo breve* (esto era atípico y criticable). A la inversa, la Comisión podía también prohibir una transacción que no crease o reforzase inmediatamente una posición dominante si concluía que, con toda probabilidad, en un futuro relativamente próximo (por ejemplo, hasta cuatro años) esto iba a suceder²⁵ (lógicamente, esto era todavía más criticable, si cabe).
- *Si la concentración en cuestión reforzaba solo mínimamente, o no reforzaba de forma sensible, una posición dominante preexistente*²⁶ (esto no parecía plantear problemas desde el punto de vista del *test* de dominio tradicional,

21 Ver, entre otros, Navarro, Font, Folguera & Briones, 2005: 337. Para un ejemplo de falta de causalidad que se aleja matizadamente del argumento de la *failing firm*, ver las Decisiones *Deloitte & Touche/Andersen (UK)*, *Ernst & Young/Andersen (Germany)* y *Ernst & Young/Andersen (France)*, todas de 2002, estudiadas por Jörgens, 2003.

22 Así, por ejemplo, la Decisión *Coca-Cola/Amalgamated Beverages* (1997), §§ 108 y 109; la Decisión *AT&T/NCR* (1991), § 15; la Decisión *Seita/Tabacalera* (1999), y la Decisión *Callahan Invest/Kabel Nordrhein-Westfalen* (2000), citadas, entre otras, por Navarro, Font, Folguera y Briones, 2005: 147, nota 13.

23 SSTPI *Air France* (1994), §§ 79 y 80; *Gencor* (1999), §§ 170, 180 y 193; *Airtours* (2002), §§ 58 y 82.

24 En el mismo sentido, Levy (2008), § 10.06 [2]

25 Ver la STPI *Tetra Laval* (2002), § 153 en relación con el § 148 y con la Decisión *Tetra Laval/Sidel* (2001), §§ 314 y 321.

26 Para una aplicación de esta teoría en la práctica, ver, por ejemplo, la Decisión *De Beers/LVMH* (2001), §144, y la Decisión *Wallenius Lines/Wilhelmsen/Hyundai Merchant Marine* (2002), §§ 51-53 y 58-60, que se refiere al insignificante refuerzo de la posición dominante de la conferencia FEFC como consecuencia de esta operación.

- pues era lógico que las consecuencias de una concentración fuesen “sensibles” para la competencia, como pide el TJUE que sean las restricciones de la competencia para que estén incursas en la prohibición del artículo 101.1 TFUE); y
- *Si no existía nexo causal entre la concentración y el deterioro de la competencia, es decir, si la creación o el refuerzo de la posición dominante se producía en todo caso, con concentración o sin ella*²⁷ (lo cual tampoco planteaba problemas, pues era lógico y natural que si no se daba el supuesto de hecho básico para prohibir una concentración -que ella misma, y no otra cosa, crease o reforzase una posición dominante- las autoridades se abstuviesen de intervenir).

En consecuencia, en la práctica, la teoría o los dos elementos del supuesto test del control de concentraciones europeo se resumían en que solo se prohibían las concentraciones que tuviesen algún efecto negativo mínimamente importante y duradero sobre la competencia²⁸. En estos términos, la teoría, aunque criticable, no parecía apartarse significativamente del test de dominio.

Sea como fuere, los ejemplos de tolerancia hacia las concentraciones que creaban o reforzaban una posición dominante, en aplicación de estas supuestas excepciones, son muy escasos, y en el 99,9% de los casos en que la Comisión concluyó que se creaba o reforzaba una posición dominante, prohibió la operación de concentración. Esta interpretación temprana de la Comisión y del entonces Comisario de competencia, recogida por el TPI, no tuvo, por lo tanto, gran trascendencia práctica, y en los casi quince años de aplicación del Reglamento 4064/89 nunca fue utilizada para desviarse significativamente del *test* de dominio clásico.

En efecto, partiendo de que la posición dominante se define como la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva, y que el objetivo económico del Derecho de la competencia europeo es la protección y la promoción de la competencia efectiva²⁹, parecía ir contra toda la lógica del sistema reconocer que una determinada operación de concentración creaba o reforzaba una posición dominante, y sin embargo no prohibirla porque aunque eliminaba la competencia efectiva no lo hacía “de forma significativa”.

²⁷ Ver a propósito de la *failing firm defence* las decisiones citadas más atrás.

²⁸ Levy, 2000: 8-132 a 8-136, citado por Temple Lang, 2002: 313, nota 96.

²⁹ Bishop & Walker, 2002: 16, § 2.10.

Salvo que se defendiera que la expresión “posición dominante” tenía un significado diferente en el Reglamento 4064/89 y en el artículo 102 TFUE, parecía claro que el mero hecho de crear – y, todavía más, reforzar – una posición dominante suponía, en sí mismo, un obstáculo significativo para la competencia³⁰, de modo que la adición de la frase “que supongan etc.” carecía en la práctica de sentido³¹. La Comisión, en sus decisiones, seguía este parecer, y cuando enunciaba el criterio del artículo 2.3. del Reglamento 4064/89 solía referirse al “obstáculo significativo para una competencia efectiva” como una consecuencia automática de la creación o el refuerzo de una posición dominante³².

En la misma línea interpretativa estricta, y a pesar de la referencia a “la evolución del progreso técnico y económico” en el artículo 2.1.b) del Reglamento 4064/89, la Comisión consideraba que el *test* sustantivo del control de concentraciones europeo no contemplaba la llamada *efficiency defence* promovida por parte de la doctrina estadounidense y aceptada por algunos tribunales federales estadounidenses. En su versión más extrema, esta “defensa” permitiría autorizar una concentración aunque crease o reforzase una posición dominante, por motivos de eficiencia económica³³. Una versión más razonable de la *efficiency defence* permitía valorar las “eficiencias” de una operación *antes* (como parte del *test* sustantivo), pero *nunca después*, de concluir que se crea o se refuerza una posición dominante, y así era efectivamente como se interpretaba esta “defensa” en los EE UU y en la UE³⁴.

El debate sobre el tratamiento de las “eficiencias” en el control de concentraciones europeo tiene su origen en el intento “industrialista” de introducir la posibilidad de autorizar concentraciones que creasen una posición dominante. Desde este punto de vista tenía lógica inspirarse en el

30 Contra, de la Mano, 2002, propuso antes de la modificación del *test* sustantivo en 2004 que la Comisión pudiese autorizar concentraciones que creasen o reforzasen una posición dominante, si no obstaculizaban de forma significativa una competencia efectiva, a condición de que la concentración en cuestión generase ganancias de eficiencia. Para la *efficiency defence*, ver a continuación.

31 Ver Waelbroeck & Frignani, 1998: 308, § 237, quienes citan a Venit “The ‘merger’ control regulation: Europe comes of age...or Caliban’s dinner”, *Common Market Law Review*, 1990, pp. 7 y ss. en las pp. 20-22; y a Pendibene “Is the concept of dominant position different under the merger regulation”, *EBLR*, 1994, p. 42, como ejemplos de autores partidarios de que la “posición dominante” tenía un significado diferente en el Reglamento 4064/89 que en el art. 102 TFUE.

32 Ver, por ejemplo, la Decisión *PEO/Royal Nedlloyd* (1996), § 53.

33 Ver Luescher, 2004.

34 Ver Kolasky & Dick, 2002: 13 y 24-25.

test ideado para autorizar prácticas restrictivas (las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 101 del Tratado). En efecto, para distinguir aún más el *test* de control de concentraciones de un mero *test* de dominio, pero sin llegar a configurar un sistema de exención propiamente dicho, al estilo del artículo 101.3 TFUE, los criterios de compatibilidad contenidos en los artículos 2.1 *a)* y *b)* del Reglamento de control de concentraciones habrían introducido una especie de “teoría del equilibrio” que permitiría contrapesar la creación de una posición dominante con el análisis de otros factores económicos diversos como las características del mercado, los intereses de los consumidores, el progreso técnico y económico, etc., al estilo de la jurisdicción administrativa francesa³⁵. No obstante, la insistencia en la condición de que no se elimine la competencia resulta problemática para este propósito, ya que vuelve a cerrar la puerta a este tipo de autorización una vez franqueada la barrera de la creación o el refuerzo de una posición dominante. En la literalidad interpretada correctamente, y también en la práctica, ni el Reglamento de control de concentraciones ni la sección 5.7 de la Clayton Act permiten que las eficiencias rediman a una obstaculización significativa de la competencia efectiva o a un *substantial lessening of competition*, de forma que en las dos jurisdicciones solo pueden aceptarse eficiencias procompetitivas³⁶.

En consecuencia, en Derecho europeo las “eficiencias” derivadas de una concentración entre empresas tampoco permitirían traspasar el umbral sagrado de la creación o el refuerzo de una posición dominante, o la obstaculización significativa de la competencia efectiva³⁷, ni salvar a una operación de estas características de la prohibición³⁸. En este sentido, el artículo: 2.1 b) del Reglamento de control de concentraciones podría generar falsas esperanzas³⁹.

Al propio tiempo, en algunos aspectos el *test* de posición dominante del control de concentraciones europeo se mostró bastante más elástico que el

35 Winkler & Gerondeau, 1990: 545 y ss. califican al sistema del antiguo Reglamento de “híbrido” al reintroducir los criterios del art. 101.3 TFUE en el análisis de la propia posición dominante y de su compatibilidad, si bien opinan que la literalidad del Reglamento parece indicar que la protección de la competencia debe prevalecer sobre otras consideraciones de política industrial.

36 Hofer & Williams, 2005: 8, conceptúan las eficiencias como un efecto pro-competitivo de una concentración (‘efficiencies are a pro-competitive effect of mergers’).

37 Para un punto de vista similar, ver Herrero Suárez, 2001: 1961.

38 La posición de la Comisión no cambió con el nuevo Reglamento 139/2004 y se resume en las Directrices sobre las concentraciones horizontales, Comisión Europea, 2004: §§ 76-88.

39 En el original, “false hopes”. Cook & Kerse, 2009: 273.

concepto de posición dominante a efectos del artículo 102 TFUE, al menos en la interpretación que de él hizo la Comisión. Así, por ejemplo, la posición dominante cuya creación o refuerzo permitía prohibir una operación de concentración no era necesariamente la individual de la entidad resultante de la operación en cuestión, sino que podía tratarse de la posición dominante, individual o colectiva, de uno o varios terceros⁴⁰. Ahora bien, el Tribunal de Justicia no tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta utilización del *test* sustantivo (la llamada *third party dominance theory*⁴¹). Esta y otras peculiares extensiones del concepto de posición dominante⁴², más allá incluso del concepto de posición dominante colectiva oligopolística aceptado por las jurisdicciones europeas⁴³, hicieron a algunos apuntar el riesgo de que la ampliación del concepto de posición dominante en el control de concentraciones llevase al mismo tiempo a la ampliación del número de empresas sometidas a las obligaciones especiales derivadas del artículo 102 TFUE, limitándoles de esta manera la posibilidad de realizar determinadas prácticas comerciales susceptibles de ser consideradas abusivas cuando quien las realiza se encuentra en posición dominante. Esta preocupación se refería en particular, pero no exclusivamente, a las posiciones dominantes colectivas. Por ello llegaron a propugnar que se escindiera el concepto de dominio (*dominance*) a efectos del control de concentraciones del concepto de dominio a efectos del artículo 102 TFUE⁴⁴.

3. LAS CUESTIONES SUSTANTIVAS EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO 4064/89

Tal era la situación cuando en diciembre de 2001 la Comisión Europea dio el pistoletazo de salida de la reforma del primer Reglamento de control de concentraciones con la publicación de su Libro Verde sobre la revisión del

40 La primera formulación de esta teoría se encuentra en la Decisión *Exxon/Mobil* (1999); y la más sorprendente, en la Decisión *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico* (2001) y en la Decisión *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico* (2002).

41 Ver Levy, 2010: 236.

42 Las mayores críticas fueron motivadas por la Decisión *Airtours/First Choice* (1999), anulada por la STPI *Airtours* (2002).

43 En concreto, y por todas, la STPI *Gencor* (1998) y la STJCE *CEWAL* (2000).

44 Ver Monti, 2002^a: 5. Este mismo punto de vista fue expresado por Richard Whish en la conferencia en que el Comisario Monti resumió así uno de los comentarios recibidos por la Comisión a propósito de la reforma del control de concentraciones europeo.

Reglamento 4064/89⁴⁵. La prevista revisión, que en principio no contemplaba la modificación del *test* sustantivo, lo habría de alcanzar de lleno.

Más allá de las críticas al *test* europeo por su rigidez e insuficiencia, y de las alabanzas al *test* estadounidense (*substantial lessening of competition*, SLC) por su mejor cobertura tanto de los “efectos coordinados” como de los “efectos unilaterales” de las concentraciones entre empresas, el origen de este cambio de planes hay que situarlo en la anulación por el TPI en 2002 de las Decisiones *Airtours /First Choice* (1999), *Schneider/Legrand* (2001) y *Tetra Laval/Sidel* (2001), tres decisiones prohibitivas de la Comisión en materia de concentraciones, y sobre todo en la STPI *Airtours* (2002).

Para algunos esta sentencia dejaba claro que la utilización del concepto de posición dominante colectiva no permitía alcanzar y prevenir los llamados “efectos unilaterales” en mercados oligopolísticos, puesto que concluía que para establecer la existencia de una posición dominante colectiva no bastaba con demostrar que una concentración hacía que para los oligopolistas, individualmente, fuera racional reducir la producción o aumentar los precios⁴⁶. Una definición tan amplia de la posición dominante colectiva, se decía, implicaría que casi todas las concentraciones en mercados oligopolísticos podrían ser bloqueadas por la Comisión⁴⁷. Así pues, para alcanzar los “efectos unilaterales” en mercados oligopolísticos la Comisión parecía necesitar nuevas bases jurídicas.

En consecuencia, a partir de 2002 la Comisión se mostró favorable a ampliar el *test* del artículo 2, apartados 2 y 3 del Reglamento 4064/89, y a diferenciarlo matizadamente del de posición dominante del artículo 102 TFUE, evitando así que se ampliase aún más (tras los relativamente numerosos asuntos relacionados con posiciones dominantes colectivas) el ámbito de aplicación de esta última disposición. Según el Comisario encargado de los asuntos de competencia por aquel entonces, la modificación legislativa tendría la – para quienes esto escriben dudosa – virtud de no vincular la definición de posición

45 Comisión Europea, 2001. Acerca del Libro Verde, ver Berenguer Fuster, 2004.

46 Ver, entre otros, Kokkoris, 2005: 41, quien apunta a la Sentencia *Airtours* como origen de un supuesto *gap* o laguna en el control de concentraciones europeo.

47 Ver, por todos, Stroux, 2002: 744.

dominante del Reglamento de control de concentraciones con el mismo concepto en aplicación del art. 102 TFUE⁴⁸.

El artículo 2.2 del inicial Proyecto de Reglamento intentaba efectivamente “clarificar” el concepto de posición dominante a efectos del control de concentraciones incluyendo una definición en dos partes. La primera entroncaba con la definición ya avalada por los Tribunales europeos (incluida la posición dominante colectiva oligopolística). La segunda se añadía al objeto de poder alcanzar los llamados “efectos unilaterales” de las concentraciones en mercados donde existieran oligopolios en los que no se produjese “coordinación tácita”⁴⁹. En concreto, la disposición propuesta decía así:

“2. A efectos del presente Reglamento se considerará que una o varias empresas ocupan una posición dominante si utilizan su posición económica, ya sea de forma coordinada o no, para ejercer una influencia apreciable y prolongada sobre los parámetros de la competencia y, en particular, sobre los precios, la producción, la calidad de la producción, la distribución o la innovación, o para restringir la competencia de manera apreciable.

A la postre, y tras sufrir duras críticas, el Proyecto de Reglamento fue sustancialmente modificado para introducir un *test* sustantivo con menos apariencia de parche, más en línea con el *test* SLC y que con solo cambiar el orden de los elementos del *test* preexistente perseguía ampliar de forma notable la cobertura material del nuevo *test*⁵⁰. En efecto, de acuerdo con el artículo 2.3 del nuevo Reglamento 139/2004:

Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común.

48 Ver Monti, 2002b: 3-4, y Berenguer Fuster, 2004. Ver también el Memorándum Explicativo que acompaña al Proyecto de Reglamento de control de concentraciones, Comisión Europea, 2002: §§ 53-58.

49 Un ejemplo, quizás el último, de este tipo de casos autorizado sobre la base del antiguo Reglamento fue *Oracle/PeopleSoft* (2004).

50 Pappalardo, 2004: 166 afirma que, en contravención de las reglas aritméticas, la inversión del orden de los factores puede alterar significativamente el producto (“au mépris des lois de l’arithmétique, l’inversion de l’ordre des facteurs -la position dominante et l’entrave significative à la concurrence effective- peut changer sensiblement le produit”). En realidad, esta alteración no debería producirse si la Comisión se atuviera a sus manifestaciones acerca del carácter meramente aclaratorio del nuevo *test*.

El nuevo *test* pretendidamente conjuraba los supuestos riesgos de contaminación entre el control de concentraciones y el artículo 102 TFUE y permitía prevenir eficazmente los “efectos unilaterales” de las concentraciones por la vía segura de conceptualizarlos como una subespecie de la “obstaculización de la competencia”, sin necesidad de “forzar” todavía más el concepto de posición dominante colectiva.

4. LA ADOPCIÓN DE UN NUEVO TEST SUSTANTIVO PARA CUBRIR DETERMINADOS “EFECTOS UNILATERALES” DE LAS CONCENTRACIONES. “EFECTOS COORDINADOS” Y “EFECTOS UNILATERALES” EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EUROPEO

Dentro del análisis económico de las concentraciones entre empresas, y utilizando categorías más propias del control de concentraciones estadounidense que del europeo, la doctrina jurídica y -sobre todo- económica europea venía desde años antes del Reglamento 139/2004, por una parte, distinguiendo entre los “efectos coordinados” y los “efectos unilaterales” de las concentraciones, especialmente en mercados oligopolísticos; y, por otra parte, criticando la insuficiencia del *test* de dominio para prevenir los “efectos unilaterales” en este tipo de mercados.

4.1. “Efectos coordinados” y “efectos unilaterales”

Con carácter general, y sin circunscribirla al ámbito de los oligopolios, el Departamento de Justicia y la Federal Trade Commission de los EE UU, en sus Merger Guidelines de 1992⁵¹, establecían la diferencia entre los “efectos coordinados” (que se producen exclusivamente en los mercados oligopolísticos) y los “efectos unilaterales” de las concentraciones entre empresas (que se producen como resultado de la creación o el refuerzo de una posición dominante individual y también como consecuencia de los cambios de estructura acaecidos dentro de un oligopolio tras una concentración)⁵². No parece, pues, acertado afirmar que estos dos conceptos son ambas formas de conducta oligopolística.⁵³

51 Ver las Merger Guidelines 1992, Department of Justice/Federal Trade Commission, 1992: §§ 2.1 y 2.2, que han sido sustituidas por las Merger Guidelines 2010, Department of Justice/Federal Trade Commission, 2010: §§ 6 y 7.

52 Whish, 2000: 592, sin embargo, parece asignar “efectos unilaterales” exclusivamente a las posiciones dominantes individuales. Para esta equiparación, ver más adelante en este epígrafe.

53 Ivaldi, Jullien, Rey, Seabright & Tirole, 2003: 4.

Según las autoridades estadounidenses, las empresas que se concentran pueden ver provechoso cambiar su conducta unilateralmente como consecuencia de la transacción y subir los precios o bajar la producción (“efectos unilaterales”), o pueden con más probabilidad, más éxito, y más completamente coordinar su conducta competitiva como consecuencia de la concentración (“efectos coordinados”).

La interacción competitiva coordinada se refiere a las acciones de un grupo de empresas que son rentables para cada una de ellas solo como consecuencia de la reacción acomodadiza de las otras empresas del grupo (un oligopolio). Los “efectos coordinados”, o su exacerbación, tendrían por lo tanto una relación directa y necesaria con la creación o el refuerzo, e incluso el abuso, de una posición dominante colectiva oligopolística, en el sentido de la jurisprudencia y los precedentes europeos.

Los “efectos unilaterales” hacen referencia al riesgo de que las partes que se concentran aumenten los precios o reduzcan la producción debido a la desaparición de una fuerza competitiva. Una concentración entre empresas puede producir tales efectos al aumentar el poder de mercado de la entidad resultante, llevando a esta a cambiar su conducta y perjudicar el bienestar económico general. La caracterización como unilaterales se debe a que la entidad resultante de la concentración no precisa de la conducta de sus competidores para maximizar sus beneficios. Su conducta óptima previa a la concentración ha cambiado con el aumento de su poder de mercado (fundamentalmente por su mayor cuota de mercado tras la concentración), de modo que puede permitirse subir los precios o limitar la producción unilateralmente. Aunque otros quizá la seguirán, haciendo sus propios ajustes, la entidad fusionada tiene incentivos para iniciar una subida de precios o una reducción de la producción con independencia de que crea que los otros la van a seguir o no. No debe, sin embargo, confundirse las posibles respuestas de empresas rivales a un aumento unilateral de los precios posterior a una concentración con los “efectos coordinados”⁵⁴, pues los “efectos unilaterales” incluyen no solo el impacto de una concentración en la conducta de la entidad resultante de la concentración, sino también el “efecto de reequilibrio” que resulta de la adaptación de las otras empresas a las nuevas decisiones de la entidad concentrada⁵⁵.

54 Bishop & Walker, 2002: 287, § 7.58. Ver igualmente Kühn, 2002: 41, y a continuación.

55 Ver Ivaldi, Jullien, Rey, Seabright & Tirole, 2003: 7 (nota 5), 22 y 38-39.

En definitiva, “unilateral” aplicado a los efectos de una concentración designa, pues, las iniciativas empresariales cuyo éxito depende sola y exclusivamente de la propia empresa. El adjetivo “coordinado”, por su parte, se refiere a iniciativas cuyo éxito depende del seguimiento acomodaticio de las demás empresas miembros de un oligopolio⁵⁶.

Sin embargo, en la práctica no siempre es fácil distinguir entre “efectos coordinados” y “efectos unilaterales” dentro de los oligopolios. Por ejemplo, si en una situación hipotética la nueva estructura de mercado nacida de la concentración fuera tal que permitiese a *todas* y cada una de las empresas miembros del oligopolio subir los precios o limitar la producción sin pensar en los demás, esta situación sería difícil de distinguir, en la práctica, de la “coordinación tácita” propia de la posición dominante colectiva oligopolística. Por otra parte, si la nueva estructura permitiese a *una* de las empresas miembros del hipotético oligopolio subir los precios o limitar la producción sin pensar en los demás, los otros oligopolistas podrían seguir a la empresa que hubiese actuado primero unilateralmente, por sus propias razones unilaterales, con lo que se produciría una situación también difícil de distinguir de los “efectos coordinados” típicos de una posición dominante colectiva oligopolística⁵⁷.

La desaparición de una empresa “díscola” o *maverick* puede también dar lugar a efectos tanto coordinados⁵⁸ como unilaterales⁵⁹. En *T-Mobile Austria/Tele.ring* (2006), y pese a que la Comisión investigó desde el principio los efectos coordinados en paralelo, el énfasis de la decisión final recayó sobre los

56 Recuérdese que si la nueva estructura surgida de la concentración permite a una de las empresas miembros del teórico oligopolio subir los precios o limitar la producción sin pensar en los demás, las demás empresas del teórico oligopolio podrían seguir a la empresa que hubiese actuado primero unilateralmente, también por sus propias razones unilaterales, y que esto no debe confundirse con los “efectos coordinados”.

57 Un ejemplo interesante de “efectos raros” de difícil encaje en una de estas categorías puede encontrarse en la Decisión *Maersk/PONL* (2005), relativa a una situación en la que una empresa se hacía con el control de un cártel autorizado (una conferencia marítima) que a su vez controlaba un mercado.

58 Ver Directrices sobre las concentraciones horizontales, Comisión Europea, 2004: §§ 20(d) y 42.

59 Ver Directrices sobre las concentraciones horizontales, Comisión Europea, 2004: § 37. Según la Comisión, si una concentración “elimina una fuerza competitiva importante”, podrían producirse efectos unilaterales o no coordinados. Según ella, “[a]lgunas empresas tienen una mayor influencia en el proceso competitivo de la que se desprende de sus cuotas de mercado o de otros indicadores similares”, lo cual apunta a algo similar, aunque no idéntico, a lo que la propia Comisión dice acerca de los *mavericks* o “díscolos” en los §§ 20(d) y 42 de las Directrices. Como en los últimos casos, el problema es que la calidad de “díscolo” y la importancia de un competidor es una cuestión de gusto, y cualquier competidor podría ser “díscolo” o “importante” para una autoridad de competencia particularmente celosa, con lo que los efectos unilaterales o no coordinados podrían producirse en todas y cada una de las operaciones de concentración, en las que siempre, por definición, desaparece un competidor que podría considerarse díscolo o importante.

efectos unilaterales debido a la desaparición de Tele.ring, al que la Comisión consideraba como el *maverick*⁶⁰.

En cualquier caso, lo que parece muy claro es que tanto los “efectos unilaterales” como los “efectos coordinados” provienen de un aumento del poder de mercado de determinadas empresas,⁶¹ el cual deriva a su vez de un cambio en la estructura del mercado relevante motivado por una concentración entre empresas, siguiendo este esquema:

Concentración —————→ *Cambio en la estructura del mercado relevante* —————→
Aumento del poder de mercado de determinadas empresas —————→ *Efectos negativos sobre los parámetros de competencia (precios, producción, calidad, variedad, etc.)*

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que lo que distingue a los “efectos coordinados” de los “efectos unilaterales” es, respectivamente, la dependencia o la independencia de otras empresas para conseguir subir los precios o limitar la capacidad, etc., cabría preguntarse si unos y otros son compatibles; o lo que es lo mismo, si en un mercado dado, y como consecuencia de un mismo hecho (una concentración entre empresas) pueden producirse tanto “efectos unilaterales” (al principio, y dentro de un equilibrio estático estándar) como “efectos coordinados” (dentro de un equilibrio dinámico de interacción posterior de índole no competitiva). La teoría económica suele considerar que en presencia de la “coordinación tácita” típica de la posición dominante colectiva oligopolística (es decir, en presencia de “efectos coordinados”) es difícil imaginar que se produzcan “efectos unilaterales”, pero las Merger Guidelines 1992 y 2010 de las autoridades de los EE UU no excluyen que una concentración produzca ambos tipos de efectos⁶².

60 El empleo del término *maverick* en el contexto de los efectos unilaterales plantea problemas, puesto que normalmente se usa al referirse a los efectos coordinados: los *mavericks* son competidores que no desean formar parte del grupo coordinado, debido a su cultura empresarial o a otras razones, y cuya existencia determina la imposibilidad de que otras empresas se coordinen. Pese a esta precisión semántica, es habitual encontrar referencias a esta terminología en el contexto de los efectos unilaterales.

61 Ver, entre otros, Kühn, 2002: 40.

62 Ver Katz, 2003 e Ivaldi, Jullien, Rey, Seabright & Tirole, 2003: 63, nota 58, quienes implícitamente parecen apoyar la compatibilidad de ambos tipos de efectos al no descartar que a un equilibrio estático inicial siga un equilibrio dinámico posterior. Ver también Coppi & Walker, 2004: 147.

4.2. La teórica insuficiencia del *test* de dominio para prevenir los “efectos unilaterales” en mercados oligopolísticos

Es comúnmente aceptado que las circunstancias en las que una concentración puede producir “efectos unilaterales” en mercados caracterizados como oligopolios “no [tácitamente] colusorios” son dos⁶³⁻⁶⁴.

En primer lugar, cuando dos o más competidores cercanos se concentran en un mercado de productos diferenciados, a condición de que: (i) los productos de las empresas que se concentran sean los sustitutos más cercanos; (ii) los productos de los rivales más próximos no sean sustitutos cercanos; (iii) los rivales no puedan o quieran reposicionar sus productos para competir con la entidad fusionada después de la concentración; y (iv) la concentración no produzca eficiencias importantes que incentiven que la entidad fusionada aumente la producción (y rebaje los precios, en consecuencia).

En segundo lugar, cuando las empresas que se concentran, pese a su cuota de mercado moderada, tienen capacidad de producción excedentaria, pero sus rivales no, siempre que haya barreras de entrada o a la expansión. La concentración eliminaría la principal fuente de competencia y produciría aumentos en los precios.

Como ya se ha visto, la caracterización más común de los “efectos unilaterales”, y desde luego la de las autoridades estadounidenses⁶⁵, apunta a que incluso dentro de un mercado oligopolístico estos efectos se producen tras una concentración como consecuencia de la nueva posición individual de una empresa, la cual, gracias a sus productos diferenciados⁶⁶ o a las limitaciones de los competidores para expandir su capacidad productiva, es capaz de actuar con la independencia típica de un operador dominante⁶⁷. Dicho esto, en la práctica para la Comisión el umbral de poder de mercado necesario para

63 Resumen aquí a Lindsay, Fullerton & Matthews, 2003.

64 Una tercera situación en la que se ha dicho que podrían producirse efectos unilaterales es la desaparición de un *maverick* (ver las manifestaciones de Ilene Knable Gotts en Hawk, 2003: 323), aunque como se acaba de explicar más comúnmente esta circunstancia se considera un factor favorecedor de la coordinación tácita, es decir, como un posible detonante de “efectos coordinados”.

65 Ver las Merger Guidelines 1992 y 2010, Department of Justice/Federal Trade Commission, 1992: § 2.2.; y 2010: § 6.

66 Como indican Röller & de la Mano, 2002: 9, cada vendedor de un producto diferenciado tendrá un cierto poder de mercado. (En el original: “Every seller of a differentiated product almost certainly has some market power”).

67 Según Motta, 2004: 233, los efectos unilaterales no son equivalentes a la existencia de una posición dominante individual. Sin embargo, a mi juicio esto es cuestionable: si se define adecuadamente la posición

que se identifiquen efectos unilaterales podría ser inferior al umbral para determinar la existencia de una posición dominante. La noción de efectos unilaterales le permitiría intervenir en ausencia de una posición dominante individual⁶⁸.

De cualquier modo, ya se trate de un mercado oligopolístico o no, los “efectos unilaterales” parecen producirse como consecuencia del aumento de poder de mercado individual de una empresa, mientras que los “efectos coordinados” nacen de un cambio en las relaciones entre los miembros de un oligopolio, lo que les lleva a actuar como si fuesen una “entidad colectiva”. En este último caso, las empresas miembros del oligopolio carecen cada una de poder de mercado individual, aunque la estructura del mercado las induce o las conduce a ejercer un poder de mercado colectivo. A diferencia de la situación en la que se producen “efectos unilaterales” dentro de un oligopolio, las empresas no pueden individualmente subir los precios o limitar la producción, sino que dependen de las otras para hacerlo. Parece, pues, que examinando de cerca el tipo de situaciones en las que se producen tales efectos nos encontramos más bien ante una posición dominante individual, y no ante una posición dominante colectiva.⁶⁹

Una vez descartado que los “efectos unilaterales” en los oligopolios puedan derivar de una posición dominante colectiva,⁷⁰ es preciso indagar, primero, si estos efectos son en realidad manifestaciones típicas de una posición dominante individual; o, en caso contrario, en segundo lugar, si tratándose de algo distinto e inalcanzable por el *test* de posición de dominio, era necesario en la UE ampliar el *test* de dominio o adoptar uno nuevo y distinto, del estilo del *test* SLC, en apariencia más flexible y de mayor cobertura que aquél.

dominante como la capacidad de incrementar los precios entre 5-10% por encima del nivel competitivo, ambas cosas serían lo mismo, incluso en presencia de un operador líder del mercado. Ver a continuación.

68 Ver Baxter & Dethmers, 2005: 383-384, quienes aseguran que la Comisión ha obtenido “significant and almost unlimited scope for intervention below the level of single dominance”, citando como ejemplos los asuntos *Siemens/Drägerwerke/JV* (2003), *Syngenta CP/Advanta* (2004) y *Oracle/PeopleSoft* (2004).

69 Ver Nicholson, 2002: 7-8. Contra, Fingleton, 2003: 191 y ss.

70 Nótese, sin embargo, que aunque en presencia de la “coordinación tácita” típica de la posición dominante colectiva oligopolística es difícil imaginar que se produzcan “efectos unilaterales”, las Merger Guidelines 1992 y 2010 de las autoridades de los EE UU no excluyen que una concentración produzca ambos tipos de efectos, como se acaba de explicar.

4.3. La reforma del *test* sustantivo para alcanzar los “efectos unilaterales” en los oligopolios: el *test* de “obstaculización significativa de la competencia efectiva”(OSCE).

Como hemos visto, los “efectos unilaterales” eran para algunos los más difíciles de afrontar dentro del control de concentraciones de la UE. Dado que el sistema europeo pretendía básicamente impedir que se crease o se reforzase una posición dominante individual o colectiva, y que estos efectos no podían considerarse derivados de una posición dominante individual ni colectiva, numerosos autores mantenían que había un “ángulo muerto” (*blind spot*) en el control de concentraciones europeo⁷¹.

En apoyo de esta teoría se citaba la STPI *Airtours* (2002), que según algunos habría descartado que los puros “efectos unilaterales” dentro de un oligopolio “no cooperativo” o “no [‘tácitamente’] colusorio” pudiesen ser evitados con las herramientas del artículo 2 del Reglamento 4064/89. La Decisión *Airtours* (1999), en efecto, había utilizado un lenguaje novedoso, y en vez de definir la “posición colectiva” de las empresas en función de la adopción de una política común en el mercado (el *test* de otras veces), parecía usar un *test* distinto, basado en la adaptación racional e individual de dicha política a las circunstancias del mercado⁷². De ahí que se dijera que la Comisión podía haber intentado ampliar la noción de posición dominante colectiva “mirando a la conducta unilateral y racional de las entidades individuales, más que a su coordinación tácita”⁷³.

Aunque no está claro si la Comisión pretendió ampliar la noción de posición dominante colectiva, o si su forma de expresarse dio lugar a un equívoco,⁷⁴ la STPI *Airtours* (2002) parecía cerrar el paso a que los “efectos unilaterales” en los oligopolios pudiesen atacarse con el *test* de dominio en la mano. Sea como fuere, y pese a la notabilísima evolución del concepto de posición dominante en los años previos a *Airtours* (2002), principalmente

71 Ver, entre otros, Fingleton, 2003: 191 y ss.; Motta, 2000, citado por Christensen & Rabassa 2001: 229; Frontier Economics, 2002: 4; Röller & de la Mano, 2006: 1; y Werden, 2008: 96. En contra, también entre otros, González Díaz, 2004; Ehlermann, Völcker & Gutermuth, 2005; y Verouden, Bengtsson & Albaek, 2004: 257.

72 Decisión *Airtours* (1999), § 54. En este pasaje, la Comisión afirmaba que para establecer una posición dominante colectiva oligopolística era suficiente con que los oligopolistas tuvieran incentivos para actuar individualmente en formas que reducirían sustancialmente la competencia entre ellos. En el original inglés: “act – individually – in ways which substantially reduce competition between them”.

73 Whish, 2000: 604-605.

74 Ver Whish, 2000: loc. ult. cit. y Whish, 2008: 852-853.

para cubrir las necesidades del control de concentraciones en materia de “oligopolios [tácitamente] colusorios”, a partir de entonces cabían todavía más dudas sobre si el *test* de dominio podía, sin demasiados malabarismos, alcanzar a todos los “efectos unilaterales”.

Para colmar esta laguna, algunas autoridades de defensa de la competencia europeas, así como parte de la doctrina, propusieron que en la UE se adoptase el *test* sustantivo preferido en el mundo anglosajón, donde se prohíben las concentraciones entre empresas que reducen sustancialmente la competencia (*substantially lessen competition*, SLC).

Desde el punto de vista de la política de competencia, cambiar al *test* SLC implicaba reconocer que existían situaciones de oligopolio en las que tras una concentración las empresas competirían bastante menos vigorosamente, sin necesidad de coordinarse tácitamente. Esto podía suceder, por ejemplo, cuando en un mercado el número de operadores se redujese de cuatro a tres o en aquellos casos en que la operación implicase la desaparición de un operador importante (o *díscolo*, o *maverick*)⁷⁵. En estas circunstancias, el *test* de dominio podría no alcanzar las concentraciones que redujesen sustancialmente la competencia pero no hiciesen probable la “coordinación tácita”, o no creasen una posición dominante individual⁷⁶.

Como ya se ha anticipado⁷⁷, la Comisión no hizo oídos sordos a esta polémica. Todo lo contrario.

Aun negando que en su Decisión *Airtours/First Choice* (2000) hubiese intentado ampliar la noción de posición dominante colectiva a los supuestos de “efectos unilaterales” dentro de los oligopolios “no coordinados”⁷⁸, y que la citada interpretación de la STPI *Airtours* (2002) fuese correcta,⁷⁹ la Comisión y tras ella el Consejo, parecieron sucumbir en el definitivo artículo 2 del Reglamento 139/2004 a los encantos del *test* SLC. El cambio se produjo utilizando palabras tomadas de la segunda parte del antiguo *test* (que hablaba

75 Ver más atrás, apartado 4.1.

76 Vickers, 2003: 102.

77 Ver apartado 3.

78 Ver Christensen & Rabassa, 2001: 227 y ss.

79 Según la Propuesta de Reglamento sobre las concentraciones horizontales, Comisión Europea, 2003: § 54, “el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado de forma expresa sobre la posibilidad -y, por tanto, no la ha excluido explícitamente- de examinar las repercusiones de las concentraciones en los casos de oligopolios (no colusorios) en los que ninguna de las empresas participantes tiene un tamaño significativamente mayor que las demás con arreglo al actual criterio de posición dominante”.

de “obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva”, OSCE, o de “significant impediment to effective competition”, SIEC, además de crear o reforzar una posición dominante) y tratando a la creación o el refuerzo de una posición dominante como un caso particular de “obstáculo significativo para la competencia efectiva”, lo que probablemente abre la posibilidad de interpretarlo a partir de cero cuando el obstáculo no provenga de la creación o el refuerzo de una posición dominante individual o colectiva, o de los “efectos unilaterales” en mercados oligopolísticos, que son los dos únicos ejemplos de obstáculo que da el Reglamento.

La utilización del término “obstáculo” (*impediment*) en vez de “reducción” (*lessening*), como el *test* estadounidense, tiene la ventaja de no alterar esencialmente el *punto de vista absoluto* del control de concentraciones europeo, que se funda en la existencia de umbrales de poder de mercado preestablecidos cuyo alcance o superación permite prohibir una concentración. Aunque en la práctica llegue a resultados muy semejantes, el *test* SLC adopta en principio un *punto de vista relativo* y tiene en cuenta la intensidad del previsible cambio a peor de las condiciones competitivas en un mercado, con independencia del nivel de poder de mercado al que llegue la entidad fusionada⁸⁰.

El nuevo *test* permitiría en apariencia situar el “obstáculo significativo para la competencia efectiva” por debajo del nivel de la posición dominante clásica, de modo que la Comisión podría prohibir más concentraciones que con el *test* antiguo⁸¹. Con todo, el nuevo *test* y el antiguo emplean el término “obstaculizar” con un sentido muy diferente. Como se recordará, la interpretación del artículo 2 del Reglamento 4064/89 llevada a cabo por el TPI situaba el nivel de “obstaculización significativa de la competencia efectiva” justo por encima del nivel de la posición dominante (aunque no mucho más) y permitía a la Comisión autorizar más operaciones de concentración que un *test* de posición de dominio puro.⁸² La “obstaculización significativa” en el Reglamento 139/2004 se presenta como una categoría general, una de cuyas manifestaciones o ejemplos sería la creación o el refuerzo de una posición dominante, y su sentido es el opuesto al del Reglamento 4064/89, pues

80 Ver Temple Lang, 2002: 309-310.

81 En este sentido, Nicholson & Cardell, 2002: 286; Bergman, Jakobson & Razo, 2005: 719; Kokkoris, 2005: 42; Ehlermann & Atanasu, 2007: xxviii, y Walker, 2004: 4-5. Contra, Faull & Nikpay, 2007: § 5.202.

82 Ver supra, apartado 4.1.

permitiría a la Comisión prohibir más operaciones de concentración que el *test* de posición de dominio puro.

El nuevo *test* acaba además de un plumazo con la polémica sobre si el *test* de dominio del control de concentraciones europeo permitía o no prevenir los “efectos unilaterales” en los oligopolios “no [tácitamente] colusorios”, a los que sin duda alcanza (y potencialmente a mucho más), y de paso quizá convalida, con la vaguedad del término obstáculo como válvula de escape, algunos más que probables excesos interpretativos del *test* de dominio⁸³, todo ello gracias a una considerable e inicialmente no buscada ampliación de los poderes discrecionales de la Comisión,⁸⁴ sin duda para prohibir, pero quizá también para autorizar concentraciones⁸⁵, con merma de la seguridad jurídica⁸⁶.

Para prohibir, porque los “efectos unilaterales” dentro de un oligopolio, en su caracterización más habitual, se asocian a un aumento del poder de mercado individual insuficiente para establecer la existencia de una posición dominante individual⁸⁷. Así, los imprecisos perfiles de este nuevo concepto posibilitarían la ampliación de los poderes de la Comisión por la vía de una interpretación extensiva, riesgo que se vería confirmado por las Directrices sobre concentraciones horizontales⁸⁸. En realidad, este riesgo debería haber sido conjurado por el considerando 25 del Reglamento 139/2004, en el que haciendo gala de un muy meritorio e inusitado autocontrol la Comisión se comprometía utilizar el *test* OSCE/SIEC, “más allá del concepto de posición de dominio”, exclusivamente contra los “efectos no coordinados” o “unilaterales” en los oligopolios. No obstante, la redacción de la parte final

83 Según Brunet & Gingerson, 2004: 3 y ss., en Airtours el Tribunal de Justicia habría dado un “coup d’arrêt à l’imagination créatrice de la Commission, en privilégiant une interprétation stricte du critère de position dominante”.

84 Paradojas de la vida política europea, si la Comisión hubiese propuesto inicialmente que se ampliasen sus poderes de esta forma, el Consejo quizá se habría opuesto.

85 En este sentido, ver Röller & de la Mano, 2006: 9.

86 Voigt & Schmidt, 2004b: 1593-1594, se muestran críticos con la inseguridad jurídica a la que podría dar lugar la ampliación de los poderes de la Comisión Europea y la mayor flexibilidad de que esta disfruta dentro del Reglamento 139/2004. En un sentido similar, ver Bishop & Lofaro, 2004: 205.

87 Contra, Fountoukakos & Ryan, 2005: 291.

88 Brunet & Gingersen, 2004: 23.

de la sección de las Directrices dedicada a los efectos no coordinados no ha contribuido a despejar todas estas dudas⁸⁹.

Para autorizar, porque el nuevo *test* permite a la Comisión superar ampliamente el “techo adicional de autorizabilidad” reconocido por el TPI en caso de creación o refuerzo comprobado de una posición de dominio, a partir del juego de la segunda parte del *test* sustantivo del artículo 2 del Reglamento 4064/89. En efecto, el considerando 26 del nuevo Reglamento, deja claro que solo “generalmente” (luego no siempre)⁹⁰ la creación o el refuerzo de una posición dominante significará un “obstáculo significativo para la competencia efectiva”. Aunque este adverbio parece referirse, hoy por hoy, a los supuestos casos detectados por el TPI de creación o refuerzo de una posición dominante sin obstaculización significativa de la competencia efectiva, una vez transcurrido un razonable periodo de cuarentena, nada impediría a la Comisión volver por sus fueros creativos sobre la base de este “generalmente”, sobre todo cuando han sido el Consejo y el TPI quienes le han dado pie para ello.

La Decisión *T-Mobile Austria/Tele.ring* (2006) puede considerarse una ilustración del aumento del margen de discreción de la Comisión con relación a la posibilidad de prohibir una concentración. En este asunto se planteó una situación parecida a la del asunto de la comida para bebés (*Baby foods*) en EE UU⁹¹ y, además, la operación implicaba la desaparición de un “díscolo” (*maverick*).

A la inversa, un ejemplo del mayor margen de discreción de la Comisión para autorizar operaciones de control de concentraciones podría encontrarse en el asunto *Amer/Salomon* (2005), en el que, con grandes cuotas resultantes en algunos mercados nacionales de esquís se autorizó la concentración en circunstancias que podría pensarse no habrían permitido hacerlo usando el *test* antiguo.

En realidad, *Salomon* podía autorizarse con el antiguo *test* con una definición correcta del mercado relevante, y *T-Mobile Austria/Tele.ring* podría prohibirse con una interpretación de la posición dominante que-

89 Para una interpretación contemporánea y desde dentro de la DGCOMP de la Comisión Europea del sentido de esta frase del considerando 25 del Reglamento 139/2004, ver Drauz & Jones, 2006: §§ 4.41-4.46.

90 La primera versión española del considerando 26 omitía el crucial adverbio “generalmente”, aunque este error fue posteriormente corregido en el DO [2004] L 375/35.

91 *FTC v. H.J. Heinz&Co.*, D.C.Circuit Docket No. 00-5362 (*decidido* el 27 de abril de 2002).

como creemos es correcto- la equiparara a “poder de mercado importante”, es decir, que permite subir los precios de forma significativa, con independencia de que se sea líder del mercado (el mayor en cuota) o no. Ahora bien, para algunos esto último iría contra la propia esencia de la noción de posición dominante⁹². Sin embargo, todo depende del significado que se atribuya a esa “posición dominante”, que viene muy influido por la noción de abuso. Si posición dominante es igual a poder de mercado importante o significativo, es decir, el poder de subir los precios 5-10% y seguir obteniendo un beneficio, entonces puede darse una posición dominante en situaciones en las que quien la disfruta no es el líder del mercado, o el operador con más cuota. De este modo, la posición dominante individual se equipararía a los efectos unilaterales y la posición dominante colectiva sería equivalente a los efectos coordinados. Desde esta perspectiva serían aceptables también las “posiciones dominantes instantáneas”, puesto que tales serían los efectos unilaterales *one-shot* o no duraderos en el control de concentraciones. La cuestión está en que dichas posiciones dominantes instantáneas no son susceptibles de abuso, pues este poder de mercado se agota con la subida de precios derivada del nuevo equilibrio del mercado. En cualquier caso, quizá en este tipo de situaciones tampoco deberían realmente intervenir las autoridades, pues el impacto en los precios de concentraciones tipo *Babyfoods* y/o *maverick* podría no ser tan evidente como se suele pensar.

A la postre, lo más novedoso del Reglamento 139/2004 es el pretendido aumento (que, en realidad, debería ser solo aclaración) de los poderes de prohibición de la Comisión. En efecto, si como se acaba de explicar el poder de mercado necesario para producir “efectos unilaterales” fuera inferior al necesario para crear o, en su caso, reforzar significativamente una posición dominante (aunque esta última hipótesis era ya fácil de combatir dentro del antiguo marco interpretativo), y el control de concentraciones europeo pudiera ahora ocuparse de ellos, el umbral de poder de mercado inadmisibles dentro del control de concentraciones europeo simplemente se habría situado por debajo de lo habitual hasta ahora.⁹³

Este mismo efecto podría haberse conseguido sin alterar los estándares del Reglamento 4064/89, simplemente reconociendo que la posición dominante no es otra cosa que un poder de mercado importante, lo que habría permitido

92 Por todos, ver Ehlerman, Völcker & Gutermuth, 2005: 195-196.

93 En este sentido parecen pronunciarse Kühn, 2002: 49; o Voigt & Schmidt, 2004: 1583 y ss., entre otros.

alcanzar no solo los “efectos unilaterales” en un oligopolio, sino todas las hipótesis en que las empresas pueden conseguir, de cualquier manera, un aumento de los precios o una limitación de la producción significativos y perdurables. ¿Era esto posible sin alterar la esencia del *test* de dominio, de haberse mantenido? Sin duda, sí, pero si no lo hubiese sido debería haberse aceptado con toda naturalidad que en la Unión Europea algunos “efectos unilaterales” escapaban al control de concentraciones.

Finalmente, y antes que inventar un tipo de posición dominante *ad hoc* (como proponía el Proyecto de nuevo Reglamento) o interpretar que una posición dominante se produce cuando una o varias empresas disponen de un poder de mercado importante (que hubiera sido lo más sencillo y lo más correcto desde el punto de vista sistemático), el Consejo prefirió aplicar un estándar que se ha calificado como “híbrido”⁹⁴, distinto y en apariencia más estricto que el anterior (aunque use los mismos términos), de modo que la Comisión pueda prohibir más fácilmente aquellas concentraciones entre empresas que produzcan “efectos no coordinados”, como llama el considerando 25 del Reglamento 139/2004 a los “efectos unilaterales”.

5. CONCLUSIONES

A nuestro parecer, con el nuevo *test* la Comisión y el Consejo podrían haber matado moscas a cañonazos, pues para alcanzar más claramente y como máximo los teóricos y quizá poco importantes “efectos unilaterales” en mercados oligopolísticos con limitaciones de capacidad antes descritos (los otros “efectos unilaterales” podían ser cubiertos simplemente con una definición del mercado adecuada), habrían generado más inconvenientes en forma de inseguridad jurídica que beneficios en forma de mayor y mejor control de las operaciones de concentración perjudiciales para la competencia. En el lado positivo, el nuevo *test*, como el SLC, permite evitar el “contorsionismo mental” en ocasiones necesario para encajar situaciones como las descritas dentro del antiguo *test* de dominio,⁹⁵ pero a cambio de realizar no muy distintas contorsiones dentro del nuevo y sembrar la semilla de la inseguridad jurídica en el control de concentraciones, tanto a corto

94 “EU adopts hybrid test”, *Global Competition Review*, Vol. 6, n.º 11, diciembre de 2003/enero de 2004, p. 2.

95 Levy, 2003: 160, citando a William Bishop en “The review of the EC Merger Regulation, Minutes of Evidence”, 32nd Report of the House of Lords Select Committee on the European Union, HL Paper 165, Session 2001-02, p. 26. En el original, “avoid the Commission’s having to ‘go through the mental contortions’ of fitting its assessment into the dominance prism”.

plazo (por la desconfianza inicial que ha generado el nuevo abracadabra, incluso si la Comisión ejerce un autocontrol estricto sobre su creatividad interpretativa) como a largo plazo (porque es dudoso que de cara al futuro y ante una concentración que quiera prohibir o autorizar sin poder echar mano de buenos argumentos tradicionales – como la creación o el refuerzo de una posición dominante individual o colectiva, o los “efectos coordinados” – la Comisión vaya a renunciar a utilizar las cómodas vías de escape que, por su vaguedad, le ofrece no tanto el nuevo *test* del Reglamento 139/2004 como, sobre todo, las Directrices sobre las concentraciones horizontales (2004) y su laxa interpretación de los “efectos no coordinados” o “unilaterales”⁹⁶.

Aún es pronto para valorar los efectos del cambio de *test*. A día de hoy puede afirmarse que todavía no ha comportado un cambio radical en la práctica de la Comisión⁹⁷, que con carácter previo a la entrada en vigor del Reglamento 139/2004 venía evidenciando un cambio en su análisis de las operaciones de concentración. Si acaso, algunos perciben más flexibilidad y menos intervencionismo⁹⁸. Sea como fuere, el impacto de esta nueva política, consagrada con la introducción del *test* OSCE/SIEC, se hará notar de manera progresiva⁹⁹. Actualmente, y aunque la Comisión haya analizado los posibles efectos anticompetitivos de algunas operaciones a pesar de la ausencia de una posición dominante anterior o posterior¹⁰⁰ el *test* de dominio permanece como eje en la práctica de la Comisión, que únicamente se ha desviado de él en contadas ocasiones y normalmente en el marco de la segunda fase de la investigación¹⁰¹.

Se suele decir que el *test* SLC y su hermano gemelo, el *test* OSCE/SIEC, son superiores al *test* clásico de posición de dominio, pues se centrarían en los efectos de una concentración en el mercado y en la reducción de la competencia entre empresas más que en cuestiones estructurales como las

96 Comisión Europea, 2004: §§ 24-38.

97 Para una valoración hasta noviembre de 2009, ver Levy, 2010: 244 y ss.

98 Levy, 2010: 244.

99 En este sentido, ver también Röller & de la Mano, 2006: 10.

100 Ver Levy, 2010: 246-249, citando, entre otras, las decisiones *Oracle/Peoplesoft* (2004), *Siemens/VA Tech* (2005), *T-Mobile Austria/Tele.ring* (2006).

101 Ver Levy, 2010: loc. ult. cit., y Röller & de la Mano, 2006: 13. Estos últimos autores señalan que la Decisión de la Comisión en el asunto *Total/Gaz de France* (2004) es posiblemente la primera que no hace referencia a la creación de una posición dominante.

cuotas de mercado de las empresas concentradas y los umbrales de posición dominante. Se dice también que estos se preocupan fundamentalmente de si los precios van a subir, como si no fuera eso precisamente lo que hace el *test* de posición de dominio. Pero en realidad el problema es, siempre, sobrepasar un determinado umbral de poder de mercado (o de eliminación de la competencia, que en términos prácticos viene a ser lo mismo) pues solo así se podrán producir efectos negativos sobre los precios. De forma que, por mucho que se quiera distinguir un *test* u otro, al final siempre estaremos hablando de lo mismo; desde luego en la práctica, pero también jurídica y económicamente.

La supuesta diferencia entre el *test* de posición de dominio y el *test* OSCE/SIEC residiría en que el primero adolecería de un “ángulo muerto”, *gap*, o laguna que haría imposible prohibir las concentraciones susceptibles de producir subidas de precios “unilaterales” en mercados oligopolísticos “no tácitamente colusorios”, en la terminología económica más al uso, o no “tácitamente coordinados”, en la terminología más jurídica de la Comisión Europea. Pero esta laguna no es tal.

El oligopolio “no colusorio” o “no coordinado” produce resultados competitivos, en principio. El efecto de una concentración en este tipo de mercados - como en cualquier mercado- es alterar el equilibrio preexistente y, por definición (salvo, quizá, casos muy especiales), reducir -poco o mucho- la competencia. Si esto es así, ¿dónde se sitúa el umbral de intervención relevante? ¿Entre el 5 y el 10% de subida en los precios, como para definir el mercado mediante el *test* del monopolista hipotético? ¿Con una subida inferior?

Si el umbral de prohibición se establece en el nivel de poder de mercado que permite a las empresas subir los precios entre un 5 y un 10%, entonces estamos hablando de una posición dominante individual e instantánea de todos y cada uno de los miembros del oligopolio (su salto a un nuevo equilibrio a un precio bastante superior habría que entenderlo así).

Si estamos hablando de un aumento menor, ¿cuál es éste? ¿Cuál es el criterio de referencia? ¿Más 1%? ¿Más 2%? ¿Qué porcentaje por debajo del 5%? Este es el problema: no lo sabemos; de ahí que sea mejor fijarlo en el nivel del “monopolista hipotético” y equiparar el umbral de intervención al de la posición dominante (de nuevo: aunque se trate de posiciones dominantes individuales momentáneas). En efecto, si se define posición dominante como poder de mercado importante (*substantial market power*), suficiente como para

hacer subir los precios entre un 5 y un 10%, entonces no existe *gap* y el *test* de posición dominante alcanza a todos los “efectos unilaterales” sin problemas.

Ahora bien, si los “efectos unilaterales” que desencadenan la prohibición de una concentración se producen, pretendidamente, por debajo de estos umbrales (por debajo de una posible subida de precios del 5-10%), y el nuevo y “más flexible” *test* OSCE/SIEC lo permite, entonces habremos sacrificado la libertad de empresa en aras de unos muy limitados efectos anticompetitivos en el mercado cuya evitación no compensará el daño que se infligirá a las empresas.

Las Autoridades de competencia pueden querer intervenir, en beneficio del consumidor y la fluidez del mercado, por debajo del razonable umbral de “poder de mercado importante” o de la “posición dominante” (que nosotros equiparamos a la OSCE/SIEC), pero no deben hacerlo: no vale “estirar” la tolerancia del *test* o intentar nuevas “teorías del daño” para protegernos de la concentración empresarial. Se nos protege más, mucho más, con la seguridad jurídica. De modo que, una vez más, el *test* OSCE/SIEC no puede ni debe llevar a resultados diferentes, y solo si se prevé una OSCE/SIEC; o un “substantial [significant] market power”; o una posición dominante individual o colectiva (o efectos unilaterales o no coordinados, o efectos coordinados) en forma de aumento de los precios de entre el 5 y el 10%, será lícito para la Comisión Europea intervenir.

Se trata, en efecto, del antiguo debate entre la libertad de empresa y el control del poder económico. La ponderación de ambos, sí, pero la seguridad jurídica también, abogan por una interpretación contenida del *test* de control de concentraciones, cualquiera que sea. En este sentido, el antiguo *test* de posición dominante planteaba menos interrogantes, aunque el nuevo correctamente interpretado no debería llevar a resultados muy distintos de los de aquel.

BIBLIOGRAFÍA

- BAXTER, S. & DETHMERS, F.
2005 “Unilateral Effects under the European Merger Regulation: How Big is the Gap?” 26(7) *European Competition Law Review*, pp. 380-89.
- BELLAMY, C. & CHILD, G. D.
2001 *European Community Law of Competition*, 5th ed by P. M. Roth, London: Sweet & Maxwell.
- BERENGUER FUSTER, L.
2004 “La reforma del reglamento de concentraciones: del libro verde a la propuesta de la Comisión” in L. Ortiz Blanco & R. Guirado Galiana (eds.), *Derecho de la Competencia europeo y español – Curso de iniciación*, vol. V, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos and Dickinson.
- BERGMAN, M., JAKOBSSON, M & RAZO, C.
2005 “An Econometric Analysis of the European Commission’s Merger Decisions” 23(9/10) *International Journal of Industrial Organization*, pp. 717-737.
- BRIONES, J. F., FOLGUERA, J., FONT, A. & NAVARRO, E.
1999 *El control de las concentraciones en la Unión Europea. La práctica de la Comisión europea y las novedades introducidas en el Reglamento EEC 4064/89 por el Reglamento CE 1310/97*, Madrid: Marcial Pons.
- BISHOP, S. & WALKER, M.
2002 *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell.
- BISHOP, S & LOFARO, A.
2004 “Assessing Unilateral Effects in Practice: Lessons from GE/Instrumentarium” 26(4) *European Competition Law Review*, pp. 203-207.
- BRITTAN, L.
1990 “The Law and Policy of Merger Control in the EEC” 15(5) *European Law Review*, pp. 351-375.
- BRUNET, F. & GIRGENSON, I.
2004 «La double réforme du contrôle communautaire des concentrations», 40(1) *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, pp. 1-32.
- CHRISTENSEN, P. & RABASSA, V.
2001 “The *Airtours* Decision: Is there a New Commission Approach to Collective Dominance?” 22(6) *European Competition Law Review*, pp. 227-237.
- COOK, C.J. & KERSE, C. S.
2009 *EC Merger Control*, 5th ed., London: Sweet & Maxwell.

COPPI, L. & WALKER, M.

2004 “Antitrust in the US and the EU: Converging or Diverging Paths? Substantial Convergence or Parallel Paths? Similarities and Differences in the Economic Analysis of Horizontal Mergers in US and EU Competition Law” 49(1/2) *Antitrust Bulletin*, pp. 101-152.

DE LA MANO, M.

2002 *For the Customer's Sake: The Competitive Effects of Efficiencies in European Merger Control*, Enterprise Papers No 11, Enterprise DG, European Commission, available at <http://www.uni-mannheim.de/edz/pdf/entpap/ep-11-2002.pdf>.

DECHERY, J. L.

1990 “Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations” 26(2) *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 307ff.

DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION

1992 *Horizontal Merger Guidelines*, Issued: 2 April 1992; revised 8 April 1997, available at <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>.

2006 *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, available at <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm>.

2010 *Horizontal Merger Guidelines*. Issued: August 19, 2010, available at <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>.

DRAUZ, G. & JONES, C. W. (eds.)

2006 *EU Competition Law – Volume II: Mergers and Acquisitions*, Brussels: Clays & Casteels.

EHLERMANN, C. D., VÖLCKER, S. B. & GUTERMUTH, G. A.

2005 “Unilateral Effects: The Enforcement Gap under the Old EC Merger Regulation” 28(2) *World Competition*, pp. 193-203.

EHLERMANN, C. D. & ATANASIU, I. (eds.)

2007 *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford: Hart Publishing.

FAULL, J. & NIKPAY, A. (eds.)

2007 *The EC Law of Competition*, 2nd ed., Oxford: University Press.

FINGLETON, J.

2003 “Does Collective Dominance Provide Suitable Housing for All Anti-Competitive Mergers?”, in B. Hawk (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, New York: Fordham Corporate Law Institute – Juris Publishing, Inc., pp. 181-200.

- FOUNTOUKAKOS, K. & RYAN, S.
 2005 “A New Substantive Test for EU Merger Control” 26(5) *European Competition Law Review*, pp. 277-296.
- FRONTIER ECONOMICS
 2002 “Competing Tests: The Choice of Regime for European Mergers”, *Bulletin (Competition Policy)*, available at www.frontier-economics.com.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F. E.
 2004 “The Reform of European Merger Control: Quid Novi Sub Sole?” 27(2) *World Competition Law and Economics Review*, pp. 177-201.
- HAWK, B. (ed.)
 2003 *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, New York: Fordham Corporate Law Institute–Juris Publishing, Inc.
- HERRERO SUÁREZ, C.
 2001 “La excepción de eficiencia económica “efficiency defense” en el control de la concentración empresarial” 242 *Revista de Derecho Mercantil*, pp. 1943-1968.
- HINDS, A.
 2006 “The New EC Merger Regulation: The More Things Change the More They Stay the Same?” 17(6) *European Business Law Review*, pp. 1693-1714.
- HOFER, P. & WILLIAMS, M.
 2005 “Horizontal Merger Assessment in Europe”, *European Antitrust Review 2005: Global Competition Review*, pp. 5-7, 5-9.
- IVALDI, M., JULLIEN, B., REY, P., SEABRIGHT, P. & TIROLE, J.
 2003 *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for European Commission DG Competition.
- JÖRGENS, K.
 2003 “Andersen and the Failing Firm: The Application of the Failing Firm Defence in Merger Proceedings involving Firms Providing Professional Services” 26(3) *World Competition*, pp. 363-380.
- KATZ, M. L.
 2003 “The Role of Efficiency Considerations in Merger Control: What We Do in the US” in G. Drauz & M. Reynolds (eds.), *EC Merger Control: A Major Reform in Progress*, London: IBA/Richmond Law & Tax.
- KOKKORIS, I.
 2005 “The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the *Airtours* Case: The Eagerly Expected Debate: SLC v Dominance Test” 26(1) *European Competition Law Review*, pp. 37-47.

KOLASKY, W. J. & DICK, A. R.

2002 *The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers*, speech delivered at the Conference Reform of European Merger Control, British Chamber of Commerce, Brussels, available at <http://www.ftc.gov/bc/mergerenforce/presentations/040219kolasky03.pdf>.

KÜHN

2002 “Closing Pandora’s Box? Joint Dominance after the *Airtours* Judgment”, University of Michigan, Department of Economics, Paper No 02-13, pp. 39-60.

LANGEHEINE, B.

1990 “Substantive Review under the EEC Merger Regulation” in B. Hawk (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, New York: Fordham Corporate Law Institute – Juris Publishing, Inc.) ch. 22.

LEVY, N.

2000 “The Control of Concentrations between Undertakings” in V. Korah (ed.), *Competition Law of the European Community*, New York: Lexis Publishing – Matthew Bender, ch. 8.

2003 “Dominance versus SLC: A Subtle Distinction?” in G. Drauz & M. Reynolds (eds.), *EC Merger Control: A Major Reform in Progress*, London: IBA/Richmond Law & Tax.

2008 *European Merger Control Law: A Guide to the Merger Regulation* New York: Matthew Bender.

2010 “The EU’s SIEC Test Five Years On: Has it Made a Difference?” 6(1) *European Competition Journal*, pp. 211-253.

LIANOS, A.

2009 “Judging’ Economists: Economic Expertise in Competition Law Litigation – A European View”, UCL Centre for Law & Economics, L&E Working Paper 01-09, available at http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1468502&.

LINDSAY, A., FULLERTON, L. & MATTHEWS, A.

2003 *Unilateral Effects*, ICN Merger Working Group: Analytical Framework Subgroup, Project on Merger Guidelines, Report for the third ICN Annual Conference in Seoul.

LUESCHER, C.

2004 “Efficiency Considerations in European Merger Control – Just Another Battle Ground for the European Commission, Economics and Competition Lawyers?” 25(2) *European Competition Law Review*, pp. 72-86.

MONTI, M.

2002a *Review of the EC Merger Regulation: Roadmap for the Reform Project*, speech delivered at the Conference on Reform of European Merger Control, British Chamber of Commerce, Brussels, 4 June, available at <http://www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/02/252&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

2002b *Merger Control in the European Union: A Radical Reform*, speech delivered at the EC Merger Control Conference EC Merger Control: A Major Reform in Progress, Brussels, 7 November, European Commission DG Competition and International Bar Association, available at <http://www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/02/545&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.

2007 *Empresas en participación (Joint Ventures) y Derecho Comunitario de la Competencia*, Barcelona: Bosch.

MOTTA, M.

2004 *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge: University Press.

MOUSSIS, V. C.

1995 «L'influence française et allemande dans la conception du règlement communautaire sur les concentrations » 389 *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, pp. 396-404.

NAVARRO, E., FONT, A., FOLGUERA, J. & BRIONES, J.

2005 *Merger Control in the EU*, 2nd ed. Oxford: University Press.

NICHOLSON, M.

2002 Panel Discussion: *Collective Dominance under the European Merger Control Regulation: The Implications of the Airtours Case*. Moderator: Andre Fiebig; Participants: Malcolm Nicholson, Alan Overd, Götz Drauz, Paul Malric-Smith, and F Enrique González Díaz, available at <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/02/11/airtours.pdf>.

NICHOLSON, M. & CARDELL, S.

2002 “*Airtours v Commission: Collective Dominance Contained?*” in Rowley, J.W. (ed.), *International Merger Control: Prescriptions for Convergence*, London: International Bar Association.

ORTIZ BLANCO, L.

2012 *Market Power in EU Antitrust Law*, Oxford: Hart Publishing.

PAPPALARDO, A.

2004 «Le nouveau règlement sur le contrôle des concentrations» 3 *Revue du Droit de l'Union Européenne*, pp. 155-184.

RITTER, L., BRAUN, D. W. & RAWLINSON, F.

2000 *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 2nd ed., The Hague: Kluwer.

RITTER, L. & BRAUN, D. W.

2004 *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 3rd ed., The Hague: Kluwer.

RÖLLER, L. & DE LA MANO, M.

2006 “The Impact of the New Substantive Test on European Merger Control” 2(1) *European Competition Journal*, pp. 9-28

STROUX

2002 “Collective Dominance under the Merger Regulation: A Serious Evidentiary Reprimand for the Commission” 27(6) *European Law Review*, pp. 736-746.

TEMPLE LANG, J.

2002 “Oligopolies and Joint Dominance in Community Antitrust Law”, in B. Hawk (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, New York: Fordham Corporate Law Institute – Juris Publishing, Inc., pp. 199-207.

VENIT, J. S.

1990 “The Evaluation of Concentrations under Regulation 4064/89: The Nature of the Beast” in B. Hawk (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, New York: Fordham Corporate Law Institute – Juris Publishing, Inc. 519ff.

1999 “The Treatment of Joint Ventures under the EC Merger Regulation: Almost through the Thicket” in B. Hawk (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, New York: Fordham Corporate Law Institute – Juris Publishing, Inc., ch. 21.

VEROUDEN, V., BENGTSOON, C. & ALBAEK, S.

2004 “Antitrust in the US and the EU: Converging or Diverging Paths? The Draft EU Notice on Horizontal Mergers: A Further Step Toward Convergence” 49(1/2) *Antitrust Bulletin*, pp. 243-286.

VICKERS, J.

2003 “Competition Economics and Policy” 24(3) *European Competition Law Review*, pp. 95-102.

2006 “Market Power in Competition Cases” 2 (Special Supplement) *European Competition Journal*, pp. 3-14.

VOIGT, S. & SCHMIDT, A.

2004 “The Commission’s Guidelines on Horizontal Mergers: Improvement or Deterioration?” 41(6) *Common Market Law Review*, pp. 1583-1594.

WÄELBROECK, M. & FRIGNANI, A.

1998 *Derecho europeo de la competencia*, 2 vols., Barcelona: Bosch.

WALKER, M.

2004 “Substantive Assessment: The New Test – Will it Make any Difference?” speech delivered at the IBC UK Conference The Reform of EU Merger Control, Brussels, 10 February.

WEITBRECHT, A.

2005 “EU Merger Control in 2004: An Overview” 26(2) *European Competition Law Review*, pp. 67-74.

WERDEN

2008 “Unilateral Competitive Effects and the Text for Merger Control” 4(1) *European Competition Law Journal*, pp. 95-101.

WHISH, R.

2000 “Collective Dominance”, in D. O’Keefe & A. Bavasso (eds.), *Judicial Review in the European Union (Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn*, vol. 2, The Hague: Kluwer, pp. 581-609.

2008 *Competition Law*, 6th ed., Oxford: University Press.

WINCKLER, A. & GERONDEAU, S.

1990 «Étude critique du Règlement CEE sur le contrôle des concentrations d’entreprises» 339 *Revue du Marché Commun*, 545 ff.

WINCKLER, A. & HANSEN, M.

1993 «Collective Dominance under the EC Merger Regulation» 30(4) *Common Market Law Review*, pp. 787-828.

COMISIÓN EUROPEA

COMISIÓN EUROPEA (2001): Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CEE) n.º 4064/89 del Consejo. COM(2001) 745 final, disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0745en01.pdf.

COMISIÓN EUROPEA (2002): Proyecto de la Comunicación de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas DO [2002] C331/18.

COMISIÓN EUROPEA (2003): Propuesta de Reglamento del Consejo relativo al control de las operaciones de concentración entre empresas DO [2003] C 20/4.

COMISIÓN EUROPEA (2004): Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas DO [2004] C31/5.

REGLAMENTOS

Reglamento 4064/89: Reglamento del Consejo (CEE) n.º 4064/89 de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de concentraciones entre empresas DO [1989] L395/1, texto completo publicado en DO [1990] L257/13, modificado por el Reglamento del Consejo (CE) n.º 1310/97 de 30 de junio de 1997 enmendando el Reglamento (CEE) n.º 4064/89 sobre el control de concentraciones entre empresas [1997] DO L180/1.

Reglamento 1310/97: Reglamento del Consejo (CE) n.º 1310/97 de 30 de junio de 1997 enmendando el Reglamento (CEE) n.º 4064/89 sobre el control de concentraciones entre empresas DO [1997] L180/1.

Reglamento 139/2004: Reglamento del Consejo (CE) n.º 139/2004 de 20 de enero de 2004 sobre el control de concentraciones entre empresas (the EC Merger Regulation) DO [2004] L024/1.

SENTENCIAS TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

TJ *Kali + Salz* (1998): Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998 en los asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 Francia y SCPA c Comisión Europea, Rec. p. I-1375.

TJ *CEWAL* (2000): Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2000 en los asuntos acumulados C-395/1996 P y C-396/1996 P, *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge and Dafra-Lines A/S c Comisión Europea*, Rec. p. I-1365.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- TG *Air France (TAT)* (1994): Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de mayo de 1994 en el asunto T-2/93, *Société Anonyme à participation ouvrière compagnie nationale Air France c Comisión Europea*, Rec. p. II-323.
- TG *Kaysersberg* (1997): Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de noviembre de 1997 en el asunto T-290/94, *Kaysersberg SA c Comisión Europea*, Rec. p. II-2137.
- TG *Gencor* (1999): Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999 en el asunto T-102/1996, *Gencor Ltd c Comisión Europea*, Rec. p. II-753.
- TG *Airtours* (2002): Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de junio de 2002 en el asunto T-342/99, *Airtours plc c Comisión Europea*, Rec. p. II-2585.
- TG *Tetra Laval* (2002): Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2002 en el asunto T-5/02, *Tetra Laval BV c Comisión Europea*, Rec. p. II-4381.
- TG *Schneider* (2002): Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 2002 en el asunto T-310/01, *Schneider Electric SA c Comisión Europea*, Rec. p. II-4071.
- TG *ARD* (2003): Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003 en el asunto T-158/00, *ARD c Comisión Europea*, Rec. p. II-3825.
- TG *EDP SA* (2005): Sentencia del Tribunal de Primer Instancia de 21 de septiembre de 2005 en el asunto T-87/05, *Energias de Portugal SA c Comisión Europea*, Rec. p. II-3745.

DECISIONES

- Decisión de la Comisión *Aérospatiale-Alenia/De Havilland* (1991): decisión de 25 de febrero de 1991 en el asunto *Aérospatiale-Alenia/De Havilland* DO [1991] C59/1.
- Decisión de la Comisión *BASF/Eurodiol/Pantochim* (2002): decisión 2002/365/EC de 11 de julio de 2001 en el asunto *BASF/Eurodiol/Pantochim* DO [2002] L132/45.
- Decisión de la Comisión *Newscorp/Telepiù* (2003): decisión 2004/311/EC de 2 de abril de 2003 en el asunto *Newscorp/Telepiù* DO [2004] L110/73.
- Decisión de la Comisión *Deloitte & Touche/Andersen (UK)* (2002): decisión de 1 de julio de 2002 en el asunto *Deloitte & Touche/Andersen (UK)*, (COMP/M.2810) DO [2002] C200/8.
- Decisión de la Comisión *Ernst & Young/Andersen France* (2002): decisión de 5 de septiembre de 2002 en el asunto *Ernst & Young/Andersen France* (COMP/M.2816) DO [2002] C232/6.

- Decisión de la Comisión *Ernst & Young/Andersen Germany* (2002): decisión de 27 de agosto de 2002 en el asunto *Ernst & Young/Andersen Germany* (COMP/M.2824) DO [2002] C246/21.
- Decisión de la Comisión *Coca-Cola/Amalgamated Beverages* (1997): decisión 97/540/CE de 22 de enero de 1997 en el asunto *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB* DO [1997] L218/15.
- Decisión de la Comisión *AT&T/NCR* (1991): decisión de 18 de enero de 1991 en el asunto *AT&T/NCR* (IV/M.0050) DO [1991] C16/1.
- Decisión de la Comisión *P&O/Royal Nedlloyd* (1996): decisión de 19 de diciembre de 1996 en el asunto *P&O/Royal Nedlloyd* (IV/M.831) DO [1997] C110/7.
- Decisión de la Comisión *Seita/Tabacalera* (1999): decisión de 3 de diciembre de 1999 en el asunto *Seita/Tabacalera* (IV/M.1735) DO [2000] C32/4.
- Decisión de la Comisión *Exxon/Mobil* (1999): decisión 2004/84/EC de 29 de septiembre de 1999 en el asunto *Exxon/Mobil* DO [2004] L101/1/136.
- Decisión de la Comisión *Airtours/First Choice* (1999): decisión 2000/276/CE de 22 de septiembre de 1999 en el asunto *Airtours/First Choice* DO [2000] L93/1.
- Decisión de la Comisión *Blackstone/CDPQ/Kabel Nordrhein-Westfalen* (2000): decisión de 19 de junio de 2000 en el asunto *Blackstone/CDPQ/Kabel Nordrhein-Westfalen* (IV/M.0046) DO [2000] C262/5.
- Decisión de la Comisión *Tetra Laval/Sidel* (2001): decisión 2004/124/EC de 30 de octubre de 2001 en el asunto *Tetra Laval/Sidel* DO [2004] L43/1.
- Decisión de la Comisión *De Beers/LVMH* (2001): decisión 2003/79/EC de 25 de julio de 2001 en el asunto *De Beers/LVMH* (COMP/M.2333) DO [2003] L29/40.
- Decisión de la Comisión *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico* (2001): decisión 2004/135/EC de 26 de septiembre de 2001 en el asunto *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico* DO [2001] L48/86.
- Decisión de la Comisión *Wallenius Lines AB/Wilhelmsen ASA/Hyundai Merchant Marine* (2002): decisión de 29 de noviembre de 2002 en el asunto *Wallenius Lines AB/Wilhelmsen ASA/Hyundai Merchant Marine* (COMP/M.2879) DO [2003] C30/31.
- Decisión de la Comisión *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico* (2002): decisión de 19 de marzo de 2002 en el asunto *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico* (COMP/M.2684) DO [2002] C114/23.
- Decisión de la Comisión *Siemens/Drägerwerk/JV* (2003): decisión 2003/777/CE de 30 de abril de 2003 en el asunto *Siemens/Drägerwerk/JV* DO [2003] L291/1.

- Decisión de la Comisión *Oracle/PeopleSoft* (2004): decisión 2005/621/EC de 26 de octubre de 2004 en el asunto *Oracle/PeopleSoft* (COMP/M.3216) DO [2005] L218/6.
- Decisión de la Comisión *Syngenta/Advanta* (2004): decisión de 17 de agosto de 2004 en el asunto *Syngenta/Advanta* (COMP/M.3465) DO [2004] C263/7.
- Decisión de la Comisión *Maersk/PONL* (2005): decisión de 29 de julio de 2005 en el Asunto *Maersk/PONL* (COMP/M.3829), DO C 207/8, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3829_20050729_20212_en.pdf.
- Decisión de la Comisión *Amer/Salomon* (2005): decisión de 12 de octubre de 2005 en el asunto *AMER/SALOMON* (COMP/M.3765) DO [2005] C318/6, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3765_20051012_20212_en.pdf.
- Decisión de la Comisión *T-Mobile Austria/tele.ring* (2006): decisión 2007/193/EC de 26 de abril de 2006 en el asunto *Austria/tele.ring* DO [2007] L88/44.
- Decisión de la Comisión *Total/Gaz de France* (2004): decisión de 8 de octubre de 2004 en el asunto *Total/Gaz de France* (COMP/M.3410) DO [2005] C0/3.
- Decisión de la Comisión *Blackstone / CDPQ/ Kabel Nordrhein – Westfalen* (2000): decisión de 16 de junio de 2000 en el asunto Callahan Invest/Kabel Nordrhein-Westfalen (COMP/JV.46) (2000/C 142/12).



ACCESS BY NATIONAL COURTS AND PRIVATE PLAINTIFFS TO LENIENCY DOCUMENTS HELD BY THE COMMISSION

*Alberto Saavedra**

ABSTRACT: A leniency application is an important source of information which can be very useful in supporting potential private claims. In the present article we will discuss access to leniency documents in the possession of the European Commission ("Commission") by national courts and plaintiffs. Access to the Commission's file can be effectuated either indirectly through article 15 (1) of Regulation (EC) No 1/2003 which acknowledges that national courts are entitled to obtain legal and economic information from the Commission or directly through Regulation (EC) No 1049/2001 (the so called 'Transparency Regulation') which legitimates requests for information from the main institutions of the European Union ("EU"), such as the Commission. We will submit that the immunity applicant should be protected in terms of access to evidence. Accordingly, evidence and any corporate statements provided to the European Commission by the immunity recipient shall not be revealed to private plaintiffs for the purpose of private actions. However, documents provided by other leniency applicants should be left open as they do not have the negative effect of disincentivizing leniency applications as long as some mechanisms for guaranteeing the protection of confidential information are assured.

SUMMARY: I. Introduction. II. Regulation (EC) No 1/2003. III. Access by National Courts under the Duty of Loyal Co-operation between the Commission and the Member States. IV. Regulation (EC) No 1049/2001 ("Transparency Regulation"). 1. The Exception 'Undermine the Protection of the Purpose of Inspections, Investigations and Audits'. 2. The Exception 'Undermine the Protection of Commercial Interests'. 3. The Doctrine of Administrative Burden. 4. General Court and Court of Justice: conflicting views? V. Final Remarks.

* Lawyer at "SRS – Sociedade Rebelo de Sousa & Associados". LL.M – Master of Laws, University College London.

I am grateful to Florian Wagner-von-Papp, Assimakis Komninou, Richard Rawlings, Dominik Eisenhut, Gonçalo Anastácio and the Editor for their comments.

All views expressed in this paper are strictly personal and should not be construed as reflecting the opinion of any of the above mentioned persons. Comments are welcome at <alberto.saavedra@srslegal.pt>.

I – INTRODUCTION

‘Well, I frankly do not see how the obligation to compensate the victims of an antitrust infringement could have a chilling effect on the leniency programmes.’

NEELIE KROES, *Enhancing Actions for Damages for Breach of Competition Rules in Europe*, Speech 05/533 at the Harvard Club, New York, 22nd September 2005

One of the main difficulties for a potential plaintiff is the availability of evidence to sustain his action for damages.¹ The particularity of competition law cases is that they are fact-intensive, frequently require complex economic analysis and are characterized by an asymmetric distribution of the information. The information required is often either held by the defendant or by third parties. In a previous article we assessed the relationship between the leniency programme and actions for damages and concluded that the proper balance between both is obtained by restricting the incentives in the framework of private enforcement only to the successful immunity receiver as a reward for his contribution to the uncovering of a cartel and the need to preserve the attractiveness of the leniency programme.² In the present article an analogous conclusion can be drawn from the analysis on the access to the Commission’s file for the purpose of sustaining an action for damages. Even though we focus our analysis at the European Union (“EU”) level, similar issues can also be relevant in national proceedings.³ Lastly, rather than

1 See Waelbroeck, Slater & Even-Shoshan, 2004: 52ff.

2 See further my paper, Saavedra, 2010: 21ff.

3 In a reference to a preliminary ruling from the *Amtsgericht Bonn* (Germany) Case C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, the Court of Justice (‘CoJ’) ruled that ‘the provisions of European Union law on cartels, and in particular Council Regulation (EC) No 1/2003, must be interpreted as not precluding a person who has been adversely affected by an infringement of European Union Law competition law and is seeking to obtain damages from being granted access to documents relating to a leniency procedure involving the perpetrator of that infringement. It is, however, for the courts and tribunals of the Member States, on the basis of their national law, to determine the conditions under which such access must be permitted or refused by weighing the interests protected by European Union law’. In this context it is pertinent to refer to the Draft Directive on rules governing actions for damages for infringements of articles 81 and 82 EC (now articles 101 and 102 TFEU), which provides in its article 8 that: ‘1. Member States shall ensure that national courts at no point in time order the disclosure of corporate statements or settlement submissions. 2. Member States shall ensure that national courts refrain, to the extent necessary, from ordering disclosure upon application by a competition authority that has shown to the court that disclosure would undermine

evaluating the disclosure of evidence *inter partes*,⁴ we will analyse those cases where the information is provided by leniency applicants to the Commission.

In terms of the structure of this paper, we intend to explore some of the main avenues available to national courts and private plaintiffs to accede the Commission's file. After a brief explanation of a private plaintiff's registration as a complainant following the Commission's investigation of an antitrust infringement (Chapter II), we will consider fundamentally two legal alternatives: access to leniency-documents can be carried out either through article 15 (1) of the Regulation (EC) No 1/2003, according to which national courts have legitimacy to ask the Commission for legal and economic information (Chapter III) or directly through Regulation (EC) No 1049/2001 (the so called 'Transparency Regulation') which allows requests for information from the Commission (Chapter IV).

II – REGULATION (EC) NO 1/2003

The procedural framework set out in Regulation (EC) 1/2003 tries to find the balance between the effectiveness of enforcement under articles 101 and 102 Treaty on the Functioning of the European Union ("TFEU"; ex-articles 81 and 82 EC) and the 'legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets'. One of the most important confidentiality obligations imposed upon the Commission as regards information gathered during the investigation proceedings is contained in article 28 (1) of Regulation (EC) No 1/2003, according to which the Commission must use the information obtained during the investigation for the purpose for which it was acquired. Furthermore, there is an obligation of professional secrecy that the Commission and its officials must observe, under article 28 (2) of Regulation (EC) No 1/2003. Notwithstanding these obligations of confidentiality, there are some mitigating disclosure obligations.

an ongoing investigation concerning a suspected infringement of articles 81 or 82 of the Treaty. 3. Member States shall take the necessary measures to give full effect to all legal privileges and other rights not to be compelled to disclose evidence that exist under the law of the European Union.' This provision is at odds with the referred *Pfleiderer* case law and also with the Commission's public agenda of facilitating private enforcement for cartel members. The Draft Directive is not available in the public domain, but is already subject to criticism, see Alfaro & Reher, 2010; Saavedra, 2009.

4 For further developments, see Commission Staff Working Paper to the White Paper ("SWP to the WP"), paras. 65-133, SEC(2008) 404, available at <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>, where the Commission suggests a minimum level of disclosure subject to both reference to evidence in the possession of the other party and to judicial control.

Firstly, article 30 of Regulation (EC) No 1/2003, provides that the Commission's infringement decision

*'shall state the names of the parties and the main content of the decision, including the penalties imposed. It shall have regard to the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets.'*⁵

The Commission usually publishes a summary of the decision adopted in the Official Journal of the EU and on its website it publishes the complete decision.⁶ Publication of these decisions may assist private plaintiffs in actions for damages. In *Bank Austria Creditanstalt AG v. Commission* the Court of First Instance ('CFI') concluded that there is

*'... a public interest in knowing as fully as possible the reasons behind any Commission action, the interest of the economic operators in knowing the sort of behaviour for which they are liable to be penalised and the interest of persons harmed by the infringement in being informed of the details thereof so that they may, where appropriate, assert their rights against the undertakings punished, and in view of the fined undertaking's ability to seek judicial review of such a decision.'*⁷

Secondly, complainants who participated in the public procedure, such as victims of a cartel,⁸ are entitled to a copy of the non-confidential version of the statement of objections, but only for the purposes of judicial or administrative proceedings under articles 101 and 102 TFEU (ex-articles 81 and 82 EC).⁹ In this respect, the CFI has held that the FPO, a political party,

5 Council Regulation No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in articles 81 and 82 of the Treaty [2003] OJ L1/1, as amended by Council Regulation No. 1419/2006 [2006] OJ L269.

6 See <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index.html>.

7 See Case T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt AG v Commission* [2006] European Court Reports - ECR II-1429, para. 78.

8 Case T-213 and T-214/01 *Oesterreichische Postsparkasse AG and Bank fuer Arbeit und Wirtschaft AG v Commission*, [2006] ECR II-1601, para. 119.

9 See article 6(1) of Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April, relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to articles 81 and 82 of the EC Treaty OJ [2004] L 123/18; Notice on the rules for access to the Commission's file, OJ [2005] C325/7; Notice on the handling of complaints by the Commission under articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ [2004] C101/65; DG Comp – Best practices on the conduct of

‘could validly rely on its capacity as a customer of banking services in Austria and the fact that its economic interests were harmed by anti-competitive practices in order to show a legitimate interest in making an application for a declaration by the Commission that those practices constituted an infringement of [articles 101 and 102 TFEU].’¹⁰

However, since Regulation (EC) No 1/2003¹¹ does not offer any other means to access to the Commission’s file and not every victim of an antitrust infringement will register itself as a complainant following the beginning of an investigation, other legal options have to be considered by private plaintiffs.¹²

III – ACCESS BY NATIONAL COURTS UNDER THE DUTY OF LOYAL CO-OPERATION BETWEEN THE COMMISSION AND THE MEMBER STATES

Damages actions must be brought before national courts which apply EU competition law (articles 101 and 102 TFEU – ex-articles 81 and 82 EC) directly.¹³ The principle of supremacy of European law and the duty of loyal cooperation under article 4, §3 Treaty of the European Union (“TEU”; ex-article 10 EC) imply the imposition of certain limits to the national procedural autonomy. National courts must apply national laws in light of European law and disapply provisions of national law that run against EU law.¹⁴ However, national courts are able to request the Commission’s support, since the principle of loyalty enshrined in 4, §3 TEU (ex-article 10 EC) is not one-sided, *id est*, it imposes duties not only on the Member States, but also on the EU institutions.¹⁵ While article 15 (1) of Regulation (EC) No

proceedings concerning articles 101 and 102 TFEU, para. 127, available at http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_articles.pdf.

10 Case T-213 and T-214/01 *Österreichische Postsparkasse AG and Bank für Arbeit und Wirtschaft AG v Commission*, [2006] ECR II-1601, para. 119.

11 As note 5 above.

12 See *infra* Chapters III and IV.

13 See Case 127/73, *Belgische Radio en Televisie v SV SABAM and NV Fonior* [1974] ECR 313, para. 16 and article 6 of Regulation (EC) No 1/2003, as note 5 above.

14 Case C-106/89, *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA* [1990] ECR I-4135 and Case 106/77, *Finanze dello Stato v Simmenthal SpA* [1978] ECR 629.

15 See Cases C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Brau AG* [1991] ECR I-935, para. 53 and C-2/88 *Criminal Proceedings against J J Zwartveld et al* [1990] ECR I-3365, paras. 17-18.

1/2003¹⁶ expressly acknowledges that national courts are entitled to obtain legal and economic information from the Commission, it also authorises requests of opinion on issues concerning the application of EU competition law.¹⁷ This legal provision should be read in conjunction with the ‘*Commission Notice on Co-Operation between the Commission and the Courts of the EU Member States in the Application of articles 101 and 102 TFEU (ex-articles 81 and 82 EC)*’ (‘Co-Operation Notice’).¹⁸ It is important to remember that this kind of soft law document does not bind courts (neither EU nor national) or National Competition Authorities (“NCAs”).¹⁹ Nevertheless, they are highly persuasive and quite often are used at the national level as an interpretative instrument.²⁰

One type of assistance consists in sending documents in the Commission’s possession to the national court. For the purpose of the present paper, it is relevant to know whether leniency-related evidence and corporate statements made in accordance with the Leniency Notice can be indirectly disclosed through the intervention of national courts.²¹

The Co-Operation Notice vehemently negates access to information voluntarily submitted by a leniency applicant, unless the leniency applicant consents (par 26).²²⁻²³ The underlying principle is that a different approach

16 As note 5 above.

17 Wainwright, 2005: 209-216; see Case C-429/07, 11 June 2009, where the CoJ has, for the first time, defined the conditions for the presentation of the Commission’s submissions as an *amicus curiae* to the national courts for the purpose of Regulation (EC) No 1/2003.

18 OJ C101/54 [2004].

19 *V.g.*, para. 42 of the Co-Operation Notice; see also Pampel, 2005: 98-99.

20 Parret, 2005: 347.

21 On corporate statements, see SWP to WP, as note 4 above, paras. 118-120. See below chapter IV for direct disclosure, under Council Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents [2001] OJ L 145.

22 See option 28 of the GP (Green Paper – Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Commission of the European Communities, COM (2005) 672 final and Commission Staff Working Paper, SEC (2005) 1732) and also paras. 287 and 293 of the SWP to the WP, as note 4 above, where it is advocated that the safeguards conferred to leniency applications should be granted to applications submitted both under the EC and national leniency regimes. For general background information concerning the issues of private enforcement of competition law in the EU, see my paper, Saavedra, 2010: 22 ff.

23 As to the leniency applicant’s authorization in the context of information-sharing within the NCA’s, see paras. 37ff and 72 Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities (2004/C 101/03).

would endanger the accomplishment of the Commission's task of enforcing competition law.

In our opinion, however, the Commission's rationale should only apply to the immunity applicant.²⁴ Accordingly, only information provided by the immunity applicant should benefit from the protection of disclosure in order to avoid the undesirable effect of disincentivizing leniency applications. In relation to the other leniency applicants, conversely, the possibility of having access to leniency documents and corporate statements provided in the context of the leniency programme should be left open,²⁵ provided the *Postbank* guidelines on protection of confidential information are respected:

*'[o]nce such documents from the administrative procedure are produced in national legal proceedings, there is a presumption that the national courts will guarantee the protection of confidential information, in particular business secrets, since, in order to ensure the full effectiveness of the provisions of Community law in accordance with the principle of cooperation laid down in article [4, §3, Treaty of the European Union], these authorities are required to uphold the rights which those provisions confer on individuals.'*²⁶

Actions for damages should be an instrument available to most companies. However, private plaintiffs do not have the same investigatory powers as competition authorities and are not always in the position to spend resources in economic studies or expert reports.²⁷ For that reason, access to the Commission's file can constitute a valuable source of information to substantiate potential civil claims, provided the national court offers enough guarantees that it will protect business secrets and confidential information against third parties. Van Gerven asserts that the evidence available in the public authority's file should be available to private plaintiffs for follow-on actions and suggests alternative solutions to make this proposal effective.²⁸

²⁴ Blake & Schnichels, 2004: 7.

²⁵ Temple Lang, 2003: 432-433, apparently shares the same opinion. *Contra*, see Wils, 2009: 19, and Komninos, 2008: 101, which argues that there are '*less onerous ways for these objectives to be pursued than by disclosing [leniency] documents (...)*'.

²⁶ Case T-353/94 R *Postbank NV v Commission* [1996] ECR II-921, para. 69.

²⁷ Jacobs & Deisenhofer, 2003: section 1.4., on the 'alternative of an administrative complaint to the Commission or a national competition authority': 187-227 and 197-198; Böge & Ost, 2006: 205.

²⁸ Van Gerven, 2005: 307-323, at 315f. Several other commentators stressed that access to disclosure of public enforcement files is crucial: see Forwood, 2010; Marcos & Graells, 2008: 485.

Even in the international forum there is a vivid debate, as some competition authorities

‘would in principle favour cooperation with courts, and would under certain circumstances make documents in their files available if a court requested them in connection with a private antitrust action, subject to conflicts with confidentiality rules or the risk that handing over documents might interfere with an ongoing investigation.’²⁹

Actions for damages before national courts are based on the direct effect of Treaty provisions. Therefore, public enforcement and the Leniency Notice should not, as a rule, interfere with civil claims and compensation of victims of antitrust infringements. In relation to corporate statements, following the new Leniency Notice, it is common practice that they are orally transmitted and do not include any business secrets or confidential information.³⁰ This in turn means that the Commission’s duty to protect the guarantees given to natural and legal persons under article 339 TFEU (ex-article 287 EC) is already respected, and for that reason corporate statements can be disclosed in actions for damages. Otherwise, and if the protection applies to all corporate statements submitted by any applicant for leniency in relation to a breach of article 101 TFEU ‘regardless of whether the application for leniency is accepted, is rejected or leads to no decision’,³¹ it will constitute an open invitation for abusive utilization of the leniency programme by cartel members who have no chance of receiving leniency (because they cannot offer additional evidence), but who have the iniquitous intention to avoid disclosure to injured parties in actions for damages.

To conclude, access to information provided by all leniency applicants – except immunity applicants – reconciles the various conflicting interests. The Commission’s duty pursuant to article 339 TFEU (ex-article 287 EC) is respected, whilst there is an integral respect of the obligation of loyal cooperation between the Commission and the Member States (*in casu*, national courts) which request information under article 15 of Regulation

²⁹ OECD Report on Private Remedies, DAF/COMP(2006)34, of January 2008, available at <http://www.oecd.org/competition>, p. 19 (consulted on January 2012).

³⁰ Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, OJ 2006 C298/17, para. 39, para. 32.

³¹ WP, para. 2.9.

(EC) No 1/2003.³² Consequently, and with the exception of the immunity applicant, on request made by a national court hearing proceedings on the infringement of EU competition rules, the Commission must give its ‘active assistance’ to such national proceedings, by delivering documents to the national court and authorizing its officials to give evidence in the national proceedings.³³

Following the analysis of access to leniency-based evidence indirectly through article 15 of Regulation (EC) No 1/2003 (Chapter III), we will now examine access to the referred type of documents through another body of laws, Regulation (EC) No 1049/2001, the so called ‘Transparency Regulation’ (Chapter IV).

IV – REGULATION (EC) NO 1049/2001 (‘TRANSPARENCY REGULATION’)

As already noted, a follow-on action before a national court always implies that there was a previous administrative decision of a competition authority. Hence, one source of information is the Commission’s file. Curiously, the Green Paper on Damages (‘GP’) has opened the debate to determine whether there should be any special rules on access to the authorities’ file,³⁴ yet the White Paper on Damages (‘WP’) and the Draft Directive has only provided solutions as regards the disclosure of evidence by the carteliser.³⁵ Nevertheless, Regulation (EC) No 1049/2001 – enacted after the introduction of article 255 EC³⁶ by the Treaty of Amsterdam – is a piece of legislation that can legitimate requests for information from the main institutions of the EU, such as the Commission.³⁷ The entry into force of the Lisbon Treaty on 1 December 2009 has made it necessary to bring the Regulation into line with the new Treaty provisions, notably to extend public right of access to the documents of all the Union’s institutions, bodies, offices and agencies. Following the Commission’s proposal to amend Regulation (EC) No

³² As note 5 above.

³³ Case 2/88-IMM, order of 13/07/1990, *Zwartfeld*.

³⁴ GP, as note 22 above, options 6 and 7, p. 6.

³⁵ White Paper on Damages, available at COM (2008) 165 final, available at COM (2008) 165 final, available at <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

³⁶ Currently, the equivalent provision is article 15 TFEU.

³⁷ Council Regulation (EC) No 1049/2001, as note 21 above. See Curtin, 2000: 7; Heliskoski & Leino, 2006: 735; Adamski, 2009: 521.

1049/2001,³⁸ there has been an intense debate among EU institutions, the civil society and Member States concerning the review process.³⁹

1. The Exception ‘Undermine the Protection of the Purpose of Inspections, Investigations and Audits’

Under Regulation (EC) No 1049/2001, the EU institutions can deny the disclosure of documents on a number of different grounds.⁴⁰ The Commission’s official position is that applications under the Transparency Regulation are an inappropriate means for litigants to obtain information for use in damages claims in national courts.⁴¹ The Leniency Notice further adds that the disclosure of leniency documents may undermine the protection of ‘the purpose of inspections, investigations and audits’.⁴² The use of this exception was invoked in *Verein für Konsumenteninformation* (‘VFK’) *v* *Commission*.⁴³ VFK was a consumer organization who requested the Commission to have access to its file containing 47.000 pages, which had relevant information about the Lombard Club. The underlying intention was to bring an action for damages before the Austrian courts against the banks on the basis of that evidence. In defence of its view to deny the disclosure, two arguments were offered by the Commission.

Primo, access to leniency-based evidence would discourage the cooperation of cartelists with the Commission and deter the former from blowing the whistle.⁴⁴ *Secundo*, a re-assessment of the case, following an annulment of the

38 30 April 2008, COM (2008) 229 final – COD 2008/0090. See also Council Annual Report on public access to documents in 2008, 15–16

39 Diamandouros, 2008; Peers, 2008; EP Draft Report [COM(2008)]0229 – C6-0184/2008-2008/0090(COD)]; all available at www.statewatch.org/foi/foi.htm (consulted on January 2012).

40 See article 4(1) (2) (3) and (5) of Regulation (EC) No 1049/2001, as note 21 above; Case C-404/10 P, *Commission v Éditions Odile Jacob SAS*, para. 111.

41 SWP to the WP, as note 4 above, fn 50. This position was further reinforced by a rather disappointing decision of the European Ombudsman who referred that ‘*the same public benefit of having a more effective system of private enforcement of EU competition law can be achieved through an alternative channel, namely, through article 15 of Regulation (EC) No 1/2003, and that this channel offers guarantees to protect the legitimate interests of third parties, diminishes significantly the weight of the need to grant public access, in the context of the balancing exercise*’ – see Decision by the Ombudsman of 6 April 2010 (complaint with reference number 3699/2006/ELB).

42 As note 30 above, para. 40.

43 Case T-2/03 *VFK* [2005] ECR II-1121.

44 *Ibid*, para. 81.

Commission's decision, is endangered if there is a disclosure of documents while an appeal against the referred decision is still pending.⁴⁵

In relation to the first argument, it is clear that the leniency programme is a top priority in the context of the Commission's cartel policy and its protection can be seen in the introduction of the oral leniency programme⁴⁶ and in its intervention in private actions as *amicus curiae* to oppose the disclosure of information obtained through the leniency programme.⁴⁷ Yet, even if the legitimacy of the Commission in refusing access to leniency documents is accepted, this institution could at least give partial access to documents obtained in the context of the use of its investigatory powers.⁴⁸ In our opinion, it is possible to be more ambitious in relation to the disclosure of leniency documents by envisaging a measure where only the leniency documents offered by the immunity applicant would be protected from disclosure. By contrast, the documents submitted by the remaining leniency applicants would be available. There is a minor reduction on the legal certainty, as the leniency applicant is not entirely sure as to whether the information released to the authority is protected or not. In other words, the leniency applicant has no knowledge as to whether he will qualify as an immunity applicant, and therefore benefit from the protection against disclosure. However, the same argument could also be raised in opposition to the policy of offering immunity from fines solely to the first applicant. There is also legal uncertainty in relation to subsequent applicants, since they do not know whether they are the first applicants and for that reason will benefit from a total exemption rather than a fine reduction. Nevertheless, that fact alone and the binding nature of the Commission's infringement decision in follow-on actions are insufficient to jeopardize the confidence of companies in the leniency system. In a similar fashion, the fact that the evidence furnished by subsequent applicants is potentially available to private plaintiffs will not unduly damage the working of the leniency programme.⁴⁹ As long as cartel

45 *Ibid*, para. 80.

46 See Berlingen, 2003: 8-10 on the oral leniency procedure.

47 See Norlander, 2004: 646; for an example of *amicus curiae*, see Commission of European Communities Supporting Reversal in *Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.* (SupCt No 02-572).

48 Willis & Chisholm, 2008: 145, at 156.

49 Against, see issue of the ECN Brief (May 2012) and Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012 on the protection of leniency material in the context of civil

members have the certainty that the first applicant will benefit from a total exemption, there is no substantial loss in the trust and predictability of the leniency system.⁵⁰ As the 2002 Organisation for Economic Co-operation and Development (“OECD”) Report has observed

*‘clarity, certainty, and priority are critical, as firms may be more likely to come forward if the conditions and the likely benefits of doing so are clear. To maximise the incentive for detection and encourage cartels to break down more quickly, it is important not only that the first one to confess receive the “best deal”, but also that the terms of the deal be as clear as possible at the outset.’*⁵¹

In the past,⁵² the Commission’s official position was that there was no entitlement to inform the leniency applicants whether they would benefit from immunity or not, as that fact alone would limit the discretion of the *college* of Commissioners. This argument was put forward despite the EU and US antitrust bars’ claims that the undertakings would not file leniency applications without a guarantee of immunity.⁵³ The need to ‘increase ... the transparency and certainty of the conditions on which any reduction of fines will be granted’ explains why the Commission changed its policy in the 2002 Leniency Notice in order to confer automatic and full leniency from fines to the first whistle-blower.⁵⁴

As regards the second concern – the risk of endangering a re-assessment of the case – the Commission fails to acknowledge the CFI’s decision in *Franchet and Byk v Commission*, where two public servants applied for copies of documents pertaining to an investigation conducted by the European

damages actions: ‘as far as possible under the applicable laws in their respective jurisdictions and without unduly restricting the right to civil damages, Competition Authorities take the joint position that leniency materials should be protected against disclosure to the extent necessary to ensure the effectiveness of leniency programmes’.

50 For a similar argument, in the context of the US leniency programme, where there is no application of fines nor criminal prosecution for the immunity applicant, see Riley, 2005: 377, at 379.

51 OECD 2002 Report, Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes, p. 8, available at <http://www.oecd.org/dataoecd/49/16/2474442.pdf> (consulted on January 2012).

52 DG Comp introduced a first Leniency Notice in 1996: Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases, OJ C 207, 18.07.1996, pp. 4-6.

53 Joshua, 2000: 20.

54 See 2002 Leniency Notice, Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, [2002] OJ C45/3, para. 5.

Anti-Fraud Office.⁵⁵ The CFI held that to deny access to the documents relating to inspections, investigations or audits which are covered by the exception until the follow-on action to be taken has been decided, would make access to such documents ‘dependent on an uncertain, future and possibly distant event’.⁵⁶ This judgment may also be applied to the result of appeals against the Commission’s decisions. In a similar vein, the outcome in the EU Courts can take years and the follow-on actions before national courts can be negatively affected by limitation periods. Applying *Franchet and Byk* to a competition law context implies that once the Commission’s decision has been adopted, or more generously even before such a decision, but in any event after the investigatory phase, the Commission must grant access to evidence collected under the leniency programme. The inspections and investigations are only made vulnerable by the documents’ disclosure as long as they are ‘still in progress’.⁵⁷

Nevertheless, even if we accept the Commission’s argument, it is possible to put forward a solution whereby the information is available only after a finding of an infringement by a competition authority becomes legally binding in relation to the leniency applicant. In parallel, the plaintiff would have an additional limitation period both to claim damages and to gain access to leniency documents. Accordingly, the ‘new limitation period’ of two years for follow-on damages, which begins to run once the infringement decision has become final,⁵⁸ should be applied to the disclosure of leniency-based evidence. The idea is to avoid the expiration of the limitation period before public enforcement has finished.⁵⁹

An exception to the discoverability of the leniency application can be made in relation to the immunity applicant in order to ensure the proper functioning of the leniency mechanism, its attractiveness for potential whistle-blowers, and the respect for the principles of legal certainty and

55 See Cases T-391/03 and T-70/04 *Yves Franchet and Daniel Byk v Commission* [1996] ECR II-2023. For a comment on this case see De la Serre, 2006: 82.

56 *Ibid*, Cases T-391/03 and T-70/04, para. 111.

57 *Ibid*, para. 113.

58 SWP to the WP, as note 4 above, paras. 237-240; article 14 of the Draft Directive.

59 SWP to the WP, as note 4 above, para. 237.

legitimate expectations.⁶⁰ These proposals are consistent not only with the Commission's suggestions concerning limitation periods,⁶¹ but also with the principle of complementarity of public and private enforcement.⁶²

As long as there is an on-going investigation,⁶³ it is understandable that the Commission can refuse access to the leniency documents or corporate statements as it would otherwise

*'undermine the effectiveness of the exercise by the authority of its investigatory powers, in particular unannounced inspections.'*⁶⁴

In a similar vein, according to article 15 of Regulation (EC) No 773/2004,⁶⁵ the targets of the investigation only have access to the Commission's file after having received the statement of objections.

However, it is unlikely that after the decision has already been adopted, the protection of the investigation is still needed. Since the exceptions to the principle of access to documents must be construed narrowly⁶⁶ and the Transparency Regulation is based on the principles of openness and transparency,⁶⁷ the Commission cannot expand the scope of the exception to also cover the situation where the infringement decision has been taken.⁶⁸ As already noted, a derogation is admissible solely in relation to the evidence submitted by the immunity applicant.

60 Arguing that the evidence submitted by all leniency applicants should remain confidential, see Wils, 2009: 17-19.

61 SWP to the WP, as note 4 above, para. 237; article 14 of the Draft Directive.

62 For further developments on the question of whether private and public enforcement remain institutionally independent from each other or whether there is a hierarchical relationship between the two referred models, see my paper, Saavedra, 2010: 27 ff.

63 See article 8 (2) of the Draft Directive.

64 See Wils, 2009: 19.

65 Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April, relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to articles 81 and 82 of the EC Treaty OJ [2004] L 123/18; Notice on the rules for access to the Commission's file, OJ [2005] C325/7; Notice on the handling of complaints by the Commission under articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ [2004] C101/65.

66 See Case C-68/94, *Netherlands v Council*, [1996] ECR I-2169; Joined Cases C-174 & 189/98 P, *Netherlands and Van der Wal v Commission*, [2000] ECR I-1, para. 27; and Case C-353/99 P, *Hautala v Council*, [2001] ECR I-9565, para. 25.

67 As note 21 above, 2nd, 3rd and 4th paragraphs of the Preamble.

68 Leniency Notice, as note 30 above, para. 40, *in fine*.

The Commission is not entitled to refuse access to documents in its case file based solely on the general assertion that this would jeopardize the appeal of its leniency programme but has to show that the demanded disclosure is likely to effectively undermine the protection of the purpose of its investigations⁶⁹. The General Court (“GC”) emphasized that

‘the investigation in a given case must be regarded as closed once the final decision is adopted, irrespective of whether that decision might subsequently be annulled by the courts, because it is at that moment that the institution in question itself considers that the procedure has been completed’⁷⁰.

2. The Exception ‘Undermine the Protection of Commercial Interests’

In the context of a legal action before the GC on 6 October 2008⁷¹, CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims (‘CDC Hydrogene Peroxide’) challenged the Commission’s decision to refuse access to the index of the administrative file in the cartel case⁷². In a landmark judgment delivered in 15 December 2011, the GC has annulled the decision of the Commission not to grant access to the case-file, as it was made available to the addressees of the statement of objections in the cartel case. First of all, it should be noted that ‘the purpose of Regulation No 1049/2001 is to give the public the fullest possible right of access to documents held by the institutions’⁷³, and that ‘since they derogate from the principle of the widest possible access to documents, the exceptions laid down in article 4 of Regulation (CE) 1049/2001 must be interpreted and applied strictly’⁷⁴.

Interestingly, the GC analyzed carefully one of the exceptions used by the Commission to deny the disclosure of leniency, in particular ‘the protection of the commercial interests of the undertakings in question’⁷⁵. Although the

69 See, to that effect, Commission Case T-36/04 *API v Commission* [2007] ECR II-3201, para. 127.

70 Case T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide v Commission*, Judgment of the General Court (Fourth Chamber) of 15 December 2011, para. 62.

71 Case *CDC Hydrogene Peroxide*, as note 70 above.

72 Case COMP/F/38.620 – *Hydrogen peroxide and perborate*.

73 Recital 4 of the Regulation.

74 Cases C-266/05 *Sison v. Council* [2007] ECR I-1233, para. 63; Case C-64/05 P *Sweden v. Commission* [2007] ECR I-11389, para. 66; and Case *Sweden and Turco v. Council* [2008] ECR I-4723, para. 36.

75 See first indent of article 4(2) of the Transparency Regulation.

concept of ‘commercial interests’ is not defined in the EU case law, it is not possible to regard all information concerning a company and its business relations as requiring the protection which must be guaranteed to commercial interests under the first indent of article 4(2) of Regulation No 1049/2001 if application of the general principle of giving the public the widest possible access to documents held by the institutions is not to be frustrated⁷⁶.

In the referred decision ‘CDC Hydrogene Peroxide’, the GC specifically held that

(...) even if the fact that actions for damages were brought against a company could undoubtedly cause high costs to be incurred, even if only in terms of legal costs, and even if the actions were subsequently dismissed as unfounded, the fact remains that the interest of a company which took part in a cartel in avoiding such actions cannot be regarded as a commercial interest and, in any event, does not constitute an interest deserving of protection, having regard, in particular, to the fact that any individual has the right to claim damages for loss caused to him by conduct which is liable to restrict or distort competition.’⁷⁷

As a result of this decision, the Commission will have to provide access to the index which lists the documents contained in the cartel case and is part of the administrative procedure.⁷⁸ Apparently, the statement of contents is a mere inventory of documents which, in itself, has only a very relative probative value in the context of an action for damages. However, that inventory could allow the applicant to identify the documents and to request the national judge to issue an order of production of those documents.

We concur with this case law, as it strengthens the right to obtain access to documents contained in the Commission’s file in order to substantiate damage claims against cartels, the most serious offences of competition law.

⁷⁶ Judgment of 30 January 2008 in Case T-380/04 *Terezakis v Commission*, OJ C 64, p. 33, para. 93.

⁷⁷ Case *CDC Hydrogene Peroxide*, as note 70 above, para. 49 and also Case C-453/99 *Courage and Crehan* [2001] ECR I-6297, paras. 24 and 26, and Joined Cases C-295/04 to C-298/04 *Manfredi and Others* [2006] ECR I-6619, paras. 59 and 61.

⁷⁸ Possibly, the protection of the commercial interests is at stake if the disclosed information refers to the business relations of the companies concerned, the prices of their products, their cost structure, market share or similar information.

3. The Doctrine of Administrative Burden

The CFI in *Verein für Konsumenteninformation v Commission* ('VFK') has observed that the Commission was obliged, in principle, to carry out an individual and concrete assessment of the documents to find out whether any of the exceptions established by Regulation (EC) No 1049/2001 would have been applicable or whether partial access should have been given.⁷⁹ Nevertheless, the CFI affirmed the right of administrative burden according to which an institution has the right

*'... in particular cases where concrete, individual examination of the documents would entail an unreasonable amount of administrative work, to balance the interest in public access to the documents against the burden of work so caused, in order to safeguard, in those particular cases, the interests of good administration ...'*⁸⁰

However, as some commentators have pointed out, the CFI erred in law, as Regulation (EC) No 1049/2001 does not contemplate the doctrine of administrative burden.⁸¹ Article 6 (3) of the Transparency Regulation only envisages the option of finding a 'fair solution' through an informal contact between the parties concerned 'in the event of a request relating to a very long document or to a very large number of documents'.

4. General Court and Court of Justice: conflicting views?

As we have seen above, the GC in '*CDC Hydrogene Peroxide*' considered that leniency and cooperation programmes are not ranked higher than private damages actions, since both systems contribute to cartel deterrence⁸². On 22 May 2012 the same GC chamber decided in a similar vein in the case '*EnBW*' after the Commission's refusal in granting access to its entire file from the '*Gas Insulated Switchgear*' cartel case⁸³. The essential question raised was whether the Commission could circumvent the obligation to 'carry out a concrete and individual examination' of all the leniency documents,

⁷⁹ Case T-2/03 *VFK* [2005] ECR II-1121, paras. 76-92.

⁸⁰ *Ibid*, para. 102.

⁸¹ In this sense, see Heliskoski & Leino, 2006: 759.

⁸² Case *CDC Hydrogene Peroxide*, as note 70 above, para. 77.

⁸³ Case T-344/08, *EnBW energie Baden-Wuerttemberg AG v European Commission*, [2012] ECR, not yet reported.

on the basis that those documents were entirely covered by an exception to the right of access. As expected, the GC ruled that the Commission could not rely on a general presumption that access to categories of documents of the same nature can be denied and that cartel cases could not benefit from the ‘Technische Glaswerke Ilmenau’ (‘TGI’) case law⁸⁴. The CoJ in the case of state aid ‘TGI’ accepted ‘the existence of a general presumption that disclosure of documents in the administrative file undermines protection of the objectives of investigation activities’⁸⁵. However, the GC in case ‘EnBW’ departed from the ‘TGI’ case law with the following convincing arguments:

- a) The Commission’s investigation in ‘EnBW’ was closed, contrary to the ‘TGI’ case where a final decision was still pending at the time the Commission received the request for disclosure of its file;
- b) In State aid proceedings (as it was the case in ‘TGI’) third parties have no right to access the file other than the Member State concerned;
- c) By contrast, Regulation (EC) No 1/2003⁸⁶ cannot constitute the basis for a general presumption for automatically covering all the leniency documents by one of the Transparency Regulation exceptions, as the former piece of legislation provides access to both the cartellists and complainants.

It will be interesting to follow whether the CoJ will support the GC’s approach towards an expanded access to the Commission’s file in cartel cases. In the field of State aid, in the referred ‘TGI’ case, the CoJ rejected the GC’s reasoning and conceded leeway to the Commission in refusing access to its case file. The same outcome was reached in both merger cases ‘Odile Jacob’⁸⁷ and ‘Agrofert’⁸⁸, where the applicants unsuccessfully sought access to the Commission’s file in merger proceedings.

Some authors argue that

⁸⁴ Case C-139/07, *European Commission v Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, [2010] ECR I-5885.

⁸⁵ *Ibid*, para 61.

⁸⁶ As note 5 above.

⁸⁷ Case *Odile Jacobs*, as note 40 above.

⁸⁸ Case C-477/10, *Commission v Agrofert Holdings as*, [2012], not yet reported.

'a combined reading of the GC judgment in 'EnBW' and 'CDC Hydrogen Peroxide' with the Court of Justice judgments in 'Odile Jacob' and 'Agrofert' shows that the Court of Justice contradicts the GC on every count' and that 'there is no apparent reason to consider that the Court of Justice would not be equally sympathetic to the Commission's policy aimed at protecting its leniency system in the context of cartel cases'⁸⁹.

We disagree with this position for a number of different reasons. Firstly, merger control concerns *ex ante* proceedings where the parties to the transaction have to file a notification form with information related to their sales, prices, volumes, turnover, etc., whilst the exception concerning the protection of the commercial interests is not so acute in *ex post* cartel proceedings.

In terms of the hierarchy of norms, the Transparency Regulation is superior to the Leniency Notice. The latter merely 'sets out the framework for rewarding cooperation in the Commission investigation by undertakings which are or have been party to secret cartels'⁹⁰ and is without prejudice to the interpretation of the law by the European courts.

Thirdly, public enforcement is not superior to private enforcement and a balancing test between both is possible when a conflict arises. Where one of the exceptions applies (such as 'the purpose of inspections, investigations and audits') disclosure may still be required if 'there is an overriding public interest in disclosure' (article 4 (2), *in fine* of the Transparency Regulation). The CoJ in 'Turco' annulled the CFI's decision⁹¹ by stating, *inter alia*, that the overriding interest in disclosure does not need to be different from the principles of openness and transparency that underlie Regulation (EC) No 1049/2001 and that the burden of proof rests with the institution concerned.⁹² The referred principles apply both to documents drawn up by the EU institutions and to those received by them ('third party documents').⁹³ In our opinion, leniency documents should be qualified as 'third party documents' within the meaning of Regulation (EC) No 1049/2001 and therefore the 'Turco' ruling is relevant for the purpose of disclosing leniency documents. Moreover, it is possible

⁸⁹ Botteman & Hughes, 2012: 5 ff..

⁹⁰ As note 30 above, para. 1.

⁹¹ Case T-84/03, *Turco v Council*, [2004] ECR II-040661.

⁹² Joined Cases C-39/05 P & C-52/05 P, *Sweden and Turco v Council*, [2008], para. 74.

⁹³ Recital 10 of the Transparency Regulation, as note 21 above.

to envisage a quasi-*Pfleiderer* balancing test into play at the level of the EU courts, by considering the apparent conflicting interests of public and private enforcement. Interestingly, in proceedings brought in the Chancery Division of the English High Court, Mr Justice Roth noted that the Commission had accepted in its submissions⁹⁴ that, in the light of the general language used by the CoJ in ‘*Pfleiderer*’, the principles contained in its judgment covered both the Commission’s and the NCA’s leniency programmes⁹⁵. In our opinion, the CoJ will not contradict the GC in this respect and will therefore introduce a balancing test at the EU level that mirrors ‘*Pfleiderer*’ at the national level, since there is no hierarchy between public and private enforcement.

V – FINAL REMARKS

Finally, it is important to underline that the Commission does not approve the use of Regulation (EC) No 1049/2001 for the purpose of obtaining evidence for follow-on actions.⁹⁶ This attitude collides with the Commission’s public agenda of increasing private enforcement, because it represents a significant hurdle to cartel victims in proving the infringement in courts. The Association of European Competition Law Judges in its comment to the WP refers that

*‘the supposed negative effects of private enforcement on leniency applications have not been demonstrated and may have been overestimated’ and that ‘the increase in the prevalence of follow-on damages actions in recent years does not seem to have resulted in there being fewer leniency applications’.*⁹⁷

The Commission’s interpretation has to be firmly rejected as it would otherwise amount to enabling the possibility to avoid the application of Regulation (EC) No 1049/2001, without any limit in time, to any document

⁹⁴ National Grid Amicus Brief of the European Commission, available at: http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2011_national_grid_en.pdf

⁹⁵ See *National Grid Electricity Transmission Plc v ABB Ltd*, Chancery Division, [2012], EWHC, 869 (Ch).

⁹⁶ SWP to the WP, as note 4 above, paras. 90 and 104 and fn 50.

⁹⁷ Association of European Competition Law Judges, *Comments on the Commission’s White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, p. 6, available at http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/judges_en.pdf (consulted on January 2012).

in a competition case merely by reference to a possible future negative effect on its leniency programme.⁹⁸

It is established case law, now recognized in article 2 of the Transparency Regulation, that no reason or justification for a request for access needs to be given.⁹⁹ Hence, the same reasoning should be applied to the victim of an antitrust infringement, seeking access to leniency-related evidence in order to claim damages, who should not be placed in a less favourable position than other applicants.

As a result, the Commission has a duty to provide reasons and cannot automatically reject an application on grounds that the disclosure will jeopardize the functioning of the leniency mechanism.¹⁰⁰ Accordingly, each document should be analysed in a concrete and individual manner to assess whether it falls within the exceptions set out in article 4 of Regulation (EC) No 1049/2001.¹⁰¹

As we have seen above, the Commission's arguments¹⁰² have been tested by the GC in the case 'CDC Hydrogene Peroxide'¹⁰³ and in the case 'EnBW'¹⁰⁴ and their recurring arguments to deny access to its file ('undermining the protection of the purpose of investigations' and 'the commercial interests of the companies') have been dismissed. It will be interesting to closely follow the Commission's pending appeal against the GC's judgment in 'EnBW' which may hopefully continue to lead to greater openness.¹⁰⁵ Contrary to the policy-oriented approach in the field of state aid¹⁰⁶ and merger control¹⁰⁷, the CoJ should not introduce a general presumption to refuse access to leniency documents, but rather bring a quasi-*Pfleiderer* balancing test into play.

98 Case *CDC Hydrogene Peroxide*, as note 70 above, para. 72.

99 *V.g.*, Joined Cases C-174/98 & 189/98 P, *Netherlands and Van der Wal v Commission* [2000] ECR I-0001.

100 Generally, on the duty to give reasons, see Case C-41/00 P, *Interporc v Commission*, [2003] ECR I-2125, para. 55.

101 Joined Cases C-39/05 P and C-52/05 P *Sweden and Turco v Council* [2008] ECR I-0000, para. 35.

102 SWP to the WP, as note 4 above, fn 50.

103 As note 70 above.

104 As note 83 above.

105 Case C-365/12 P, *Commission v EnBW Energie Baden-Wuerttemberg*, application: OJ C 287 from 22.09.2012, p. 29.

106 Case *TGI*, as note 84 above.

107 Cases *Odile Jacobs* and *Agrofert*, as notes 41 and 89 above, respectively.

All in all, the proposed solution advanced in the present paper is a reasonable approach, as it preserves the attraction of the leniency programme by protecting the immunity applicant, on the one hand, and further incentivizes follow-on actions as the victims of anti-competitive agreements have an additional source of information to substantiate their claims, on the other hand.

As pointed out by the GC

‘(...) leniency and co-operation programmes whose effectiveness the Commission is seeking to protect are not the only means of ensuring compliance with EU competition law. Actions for damages before the national courts can make a significant contribution to the maintenance of effective competition in the EU.’¹⁰⁸

108 Case *CDC Hydrogene Peroxide*, as note 71 above, para. 77.

REFERENCES

ADAMSKI, D.

2009 “How Wide is ‘the Widest Possible’? Judicial Interpretation of the Exceptions to the Right of Access to Official Documents Revisited”, in *Common Market Law Review*, vol. 46, pp. 521 ff.

ALFARO, J. & REHER, T.

2010 “Towards the Directive on Private Enforcement of EC Competition Law: Is the Time Ripe?”, in *The European Antitrust Review*, pp. 43 ff., available at www.globalcompetitionreview.com (consulted on January 2012).

BLAKE, S. & SCHNICHELS, D.

2004 “Leniency following Modernisation: Safeguarding Europe’s Leniency Programmes”, in *EC Competition Policy Newsletter*, vol. 2, pp. 7 ff.

BÖGE, U. & OST, K.

2006 “Up and Running, or is it? Private enforcement – the Situation in Germany and Policy Perspectives”, in *European Competition Law Review*, vol. 27, pp. 197 ff.

BOTTEMAN, Y. & HUGHES, P.

2012 “Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools”, in *The European Antitrust Review 2013 - Global Competition Review*, pp. 3 ff.

CURTIN, D.

2000 “Citizens’ Fundamental Right of Access to EU Information: An Evolving Digital Passepartout?”, in *Common Market Law Review*, vol. 37, pp. 7 ff.

DIAMANDOUROS, P.

2008 “Contribution of the European Ombudsman, P. Diamandouros, to the Public Hearing on the Revision of Regulation 1049/2001 on Public Access to Documents”, speech delivered in the European Parliament, available at www.statewatch.org/foi/foi.htm (consulted on January 2012).

FORWOOD, N. Judge

2010 As reported by the subscription news service MLex at the ABA-IBA 2010 International Cartel Workshop, on 11 February 2010.

HELISKOSKI, J. & LEINO, P.

2006 “Darkness at the Break of Noon: The Case Law on Regulation No. 1049/2001 on Access to Documents”, in *Common Market Law Review*, vol. 43, pp. 735 ff.

- JACOBS, F.G. & DEISENHOFER, T.
 2003 “Procedural Aspects of the Effective Private Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective”, in C.D. EHLERMANN & I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing.
- JOSHUA, J.
 2000 “Leniency in US and EU Antitrust Cases”, in *Antitrust*, vol. 14, n. 3, pp. 20 ff.
- KOMNINOS, A.P.
 2008 *EC Private Antitrust Enforcement – Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford/Portland: Hart Publishing.
- MARCOS, F. & GRAELLS, A. SANCHEZ
 2008 “Towards a European Tort Law damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: harmonizing Tort law through the Back Door?”, in *European Review of Private Law*, vol. 3, pp. 469 ff.
- NORDLANDER, K.
 2004 “Discovering Discovery – US Discovery of EC Leniency Statements”, in *European Competition Law Review*, vol. 25, pp. 646 ff.
- PAMPEL, G.
 2005 *Rechtsnatur und Rechtswirkungen Horizontaler und Vertikaler Leitlinien im Reformierten Europaischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden: Nomos Verlag.
- PARRET, L.
 2005 “Judicial Protection after Modernization of Competition Law”, in *Ligue Internationale du Droit de la Concurrence*, vol. 32, pp. 339 ff.
- PEERS, S.
 2008 “Statewatch Analysis of the Proposal on Access to Documents: Article-by-Article”, available at www.statewatch.org/foi/foi.htm (consulted on January 2012).
- RILEY, A.
 2005 “Beyond Leniency: Enhancing Enforcement in EC Antitrust Law”, in *World Competition*, vol. 28, pp. 377 ff.
- SAAVEDRA, A.
 2010 “The Relationship between the Leniency Programme and Private Actions for Damages at the EU Level”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, n.º 4, outubro-dezembro, pp. 21 ff.
 2009 “Non-published Proposal for a Private Antitrust Enforcement Directive”, Newsletter n.º 5, available at www.mlgs.pt (consulted on January 2012).

SERRE, B. DE LA

2006 “Règlement Transparence et Protection des Activités d’Enquête et d’Inspection”, in *Revue Lamy de la Concurrence, Droit-Economie-Régulation*, vol. 9, pp. 82 ff.

TEMPLE LANG, J.

2003 “The Implications of the Commission’s Leniency Policy for National Competition Authorities”, in *European Law Review*, vol. 28, pp. 430 ff.

VAN BERLINGEN, B.

2003 “The European Commission’s 2002 Leniency Notice after One Year of Operation”, in *EC Competition Policy Newsletter*, vol. 2, pp. 6 ff.

VAN GERVEN, W.

2005 “Private Enforcement Legislation: not Starting from Scratch”, Paper Presented at the Joint IBA and European Commission Conference on Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice, Brussels, 9-11 March.

WAELEBROECK, D., SLATER, D., & EVEN-SHOSHAN, G.

2004 “Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules – Comparative Report” Ashurst, accessible at: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/comparative_report_clean_en.pdf.

WAINWRIGHT, R.

2005 “Regulation 1/2003 and Powers of the National Courts in Relation to the Commission”, Paper Presented at the Joint IBA and European Commission Conference on Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice, Brussels, 9-11 March.

WILLIS, P. & CHISHOLM, J.

2008 “Access to Commission Evidence for Follow-On Damages Claims”, in *Competition Law Journal*, vol. 7, pp. 145 ff.

WILS, W.

2009 “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, in *World Competition*, vol. 32, pp. 3 ff.



PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW IN PORTUGAL (I): AN OVERVIEW OF CASE-LAW

*Leonor Rossi**

*Miguel Sousa Ferro***

ABSTRACT: This paper summarizes the results of research carried out into the private enforcement of competition law in Portugal since its inception. Its aim is to provide a more accurate view of judicial precedents and to create an extensive basis for the identification of practical problems and the proposal of adequate solutions. It also aims at providing a source for the quoting of national judicial precedents relating to competition law issues.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Description of case-law. 2.1. Cases where competition law was discussed. 2.2. Cases where the relevance of competition law was excluded. 2.3. Cases where competition law was raised but not discussed. 3. Global analysis of the private enforcement of competition law in Portugal. 3.1. Overview. 3.2. Quotable precedents. 3.3. Thoughts on the future. 4. Conclusion

1. INTRODUCTION

One of the innovations of European competition policy in the new century was an increased attention paid to the issue of private enforcement of

* Professor at Nova School of Business and Economics. E-mail: lrossi@novasbe.pt.

** Doctoral candidate and guest lecturer at the University of Lisbon Law School. External Counsel at Sérvulo & Associados. E-mail: msf@servulo.com.

The authors would like to express their thankfulness for the helpful contributions and/or thoughtful comments to drafts of this paper presented by: Prof. Luís Morais (Paz Ferreira & Associados); Dr. Armando Pinto Ribeiro (Gouveia Pereira, Costa Freitas & Associados); Dr. Miguel Gorjão-Henriques (Sérvulo & Associados); and Dr. João Quintela Cavaleiro. A special word of thank you to the libraries of the Supreme Court, Supreme Administrative Court and Appeal Courts, and to the archives of the Lisbon Judicial Court, whose prompt assistance with the research for this paper was much appreciated. All views expressed herein are strictly personal to the authors.

competition law, in stride with the decentralization of EC Competition Law enforcement carried out by Regulation (EC) 1/2003. This Regulation eliminated the Commission's monopoly on exemptions under (current) Art. 101(3) TFEU and explicitly empowered national judges to apply Arts. 101 and 102 TFEU in their entirety¹.

Having noticed the stark contrast between the number of competition cases arising out of private and public enforcement of competition law on both sides of the Atlantic (in the USA, the vast majority of cases arise from private enforcement, while in the EU this figure is marginal), the Commission set out to get a clearer picture of what exactly was going on in the Member States in this respect, and to find ways to promote private enforcement².

For the purposes of this paper, "private enforcement" of competition law shall be understood to refer to the enforcement by public or private parties of competition rules before national courts, beyond the scope of the powers of the Portuguese Competition Authority (PCA) or of the European Commission (EC), and otherwise regardless of the cause of action or the remedy sought³. Thus, appeals against decisions of the PCA are excluded, but so-called follow-on actions are included (i.e. litigation between economic agents concerning competition damages arising from practices identified by a competition authority). "Competition law", for this purpose", shall refer to rules concerning individual and collective anticompetitive practices, excluding merger control and state aid rules.

When faced with a putative infringement of competition law, a private party may: (i) choose to complain to the PCA, whose subsequent decision may eventually be subject to judicial review by the specialized Competition, Regulation and Supervision Court, and to appeal before the Évora Court of Appeal; (ii) choose to enforce the competition rules before the civil courts, through common declaratory actions, with the possibility of an appeal to the territorially competent Court of Appeal and, ultimately, to the Supreme

1 Woods, Sinclair & Ashton, 2004: 31. Before Reg. (EC) 1/2003, because of the Commission's monopoly on exemption, national judges called to apply (current) Art. 101 TFEU could only verify whether the agreement in question infringed article 101(1) and, if so, whether it benefited from a category exemption or whether it had been notified to the European Commission in order to benefit from an individual exemption, under Art. 101(3). If it had not been notified, the agreement was automatically null and void, even if it did meet the requirements of Art. 101(3).

2 See, e.g.: European Commission, 2005; and European Commission, 2008a.

3 As elsewhere clarified: "*In its simpler version, «private enforcement» frames the litigation and the means of judging it within private civil and procedural law (the civil law approach)*" (Sérvulo Correia, 2010: 89).

Court (STJ); (iii) choose to enforce the competition rules before the civil courts in collective (opt-out) suits, through the representative right of popular action (a right that is also awarded to certain legal persons), with the same possibility of appeal.

An additional possibility is to resort to alternative dispute settlement mechanisms, and specifically to arbitration. Given the difficulty in identifying and collecting data on arbitration proceedings relating to competition law, disputes settled in this manner have not been included in the scope of the present paper. However, the authors have reason to believe that a significant number of disputes concerning, *inter alia*, competition rules in Portugal have been solved through arbitration⁴.

There seems to be a generalized belief among legal practitioners that there is almost no private enforcement of competition law in Portugal. Several factors may account for this. On the one hand, previously published papers have mentioned none at all or only a handful of private enforcement cases⁵. On the other hand, there is no functioning database of court cases relating to competition law (despite the legal obligation arising from Art. 15(2) of Regulation (EC) 1/2003).

It is very difficult to identify cases of private enforcement of competition law in Portugal, and worse still to get an all encompassing view, as our research clearly showed.

Regarding data related to the Appeal Courts and the Supreme Court, searches through keywords and references to legislation in the online database www.dgsi.pt and in the published compilations seem to provide a reasonably broad sample, but not an exhaustive one. A serious flaw in the online database is that it occasionally contains only the summary of the judgments, or omits part of the full text (and, as a rule, the names of the parties), making it difficult

4 As expressed in another paper, there may even be reason to believe that competition law is invoked more frequently before arbitral tribunals than before civil courts (although this assessment was made in the framework of a much more limited understanding of the number of cases before civil courts) – Sousa Ferro, 2007:286. In this regard, see: Cruz Vilaça, Nápoles & Choussy, 2004: 135; and Antunes, 2001: 133. Authors experienced in such arbitrations have noted their empirical perception of an increasing number of occasions when competition law is invoked in arbitration procedures – see Morais, 2007. For an analysis of the legal issues arising in arbitration procedures relating to competition law, see Trabuço & Gouveia, 2010, as well as the 1998 Activity Report of the Portuguese Competition Council.

5 See, e.g.: Ruiz, 1998; Gorjão-Henriques & Vaz, 2004; Cruz Vilaça, Nápoles & Choussy, 2004; Sousa Ferro, 2007; Botelho Moniz & Rosado da Fonseca, 2008; Rosado da Fonseca & Nascimento Ferreira, 2009; Sérvulo Correia, 2010; Vieira Peres & Maia Cadete, 2011 (contrast evolution since Vieira Peres & Maia Cadete, 2009); Coutinho de Abreu, 2011.

or impossible to understand the full extent, or even the context and the result of the discussion of the competition law issues. To remedy this shortcoming, whenever possible, copies of the original judgments were obtained with the extremely helpful and quick assistance of the Courts' libraries and archives, for which we are most grateful.

The greatest difficulty lies in identifying first instance rulings which were not appealed. These are generally only known to the parties involved. While the authors were aware of some such cases directly, we are indebted to legal practitioners who were kind enough to identify others. It has not always been possible to identify or obtain the first instance ruling preceding a case for which appeal judgments have been quoted. There is reason to believe that there may be, throughout the country, a significant number of cases where competition law issues were raised in private litigation and which have not yet been identified.

This being said, we believe that the sample obtained in the underlying research is broad enough to allow for conclusions concerning general tendencies and trends in the approach of Portuguese courts to the private enforcement of competition law, as well as the contexts in which such issues are brought before them.

The first part of this paper will be dedicated to describing the precedents of private enforcement of competition law before Portuguese courts. A second part will identify and discuss general characteristics and trends in the case-law, deriving conclusions and suggestions for the road ahead.

It is not our aim, presently, to discuss the legal and structural background for the private enforcement of competition law. While of great relevance, such a discussion would far exceed the desired length of this paper. It was thought best to leave that for a second paper, to follow, which will focus specifically on analyzing and tackling some legal and practical hurdles.

The research that led to this paper was carried out in the framework of the Portuguese report included in the Study "Comparative Competition Law Private Enforcement and Consumer Redress in the EU 1999-2009", coordinated by Prof. Barry Rodger (University of Strathclyde), and funded by a grant from the UK Arts & Humanities Research Council.

While this partly accounts for why this paper is published in English, this option was taken also in reaction to the European dimension of the concern with the evolution of private enforcement of competition law in the Member States. The situation in Portugal has been of particular interest

to foreign scholars because of the existence of an opt-out collective redress system (popular action).

With this audience in mind, it should be recalled that Portuguese Competition Law began with the adoption of Decree-Law 422/83, of 3 December, in the framework of the preparations for accession to the EU. This was subsequently replaced by Decree-Law 371/93, of 29 October, followed by Law 18/2003, of 11 June. Most recently, this law too has been replaced by a new version of the Portuguese Competition Act – Law 19/2012, of 8 May. From its inception, Portuguese Competition Law closely mirrored EU Competition Law, and every single reform has pushed further towards harmonization.

The only significant difference between EU and Portuguese Competition Law is that the latter also prohibits abuses of economic dependence (relative dominant position). This report also includes private enforcement cases that raised this provision. On the other hand, there are provisions in a separate legislation prohibiting unfair commercial practices – Decree-Law 370/93, of 29 October. As these cases fall outside the scope of what is generally described as Competition Law, private enforcement cases relating to this Decree-Law have not been included in this paper.

2. DESCRIPTION OF CASE-LAW

2.1. Cases where competition law was discussed

2.1.1. *JSS et al. v. Tabaqueira*⁶

The first two known cases of private enforcement of competition law in Portugal⁷ both related to the same practices of Tabaqueira, a company which held a legal national monopoly on tobacco growth and over 90% of the national cigarettes market.

In *JSS et al v Tabaqueira*, the applicants were a group of wholesale distributors of tobacco products who held contracts with Tabaqueira, and who received certain special discounts not granted to other distributors. Although the contracts were entered into after the first Portuguese Competition Act had been adopted, it was only in 1986 that Tabaqueira, a company with 98% of the relevant market, took steps to eliminate these discriminatory clauses from its distribution contracts, allegedly because it considered that those

⁶ SC, 31 October 1991. Appeal from Lisbon AC, 6 March 1990.

⁷ Not counting an earlier case where the competition rules were deemed irrelevant – see below section 2.2.

clauses were forbidden by Portuguese and (after 1986) EC Competition Law. At that time, it stopped granting the respective discounts to the previously favoured distributors. Almost two years later, Tabaqueira was indeed fined by the competition authority for abuse of dominant position, but on different grounds, and it had previously already received (at least) a statement of objections from the European Commission concerning, *inter alia*, discriminatory practices on the Portuguese tobacco markets.

In short, therefore, Tabaqueira had unilaterally removed preferential clauses of certain distributors on the grounds that these were now null and void under Competition Law.

The Lisbon Appeal Court disagreed. It stated that the discounts were connected to objective factors justifying a difference in treatment between the distributors (sales volume, compliance with marketing rules, local prestige, etc.). As a result, Tabaqueira could not claim that the clauses were unlawful, under Competition Law, as a basis for a unilateral amendment of the agreements. However, a different legal basis (specific regulation of pricing of tobacco products) did lead the Court to find that the discounts in question had been unlawfully granted.

It was not entirely clear which legal provisions were being applied.

The Supreme Court confirmed the ruling in relation to the objective justification of the discounts in question. It also affirmed, on a general note, that Portuguese competition law should be interpreted in accordance with the (current) TFEU.

However, while the Lisbon Appeal Court had seemingly recognized the applicability of (current) articles 101 and 102 TFEU (even if only in general terms, limiting its subsequent analysis to national law), the Supreme Court stated that the contracts in question were not governed by EU Competition Law (there was no effect on trade between Member States, despite the fact that the court was confronted with essentially two types of standard form contracts, which were identical for the entire national territory).

2.1.2. JCG *et al.* v. Tabaqueira⁸

Once again, a group of Tabaqueira's wholesalers sued it on the very same grounds as in the previous case, asking to be compensated for the discounts denied to them after the imposed contractual amendments.

⁸ SC, 8 July 1993. Appeal from Lisbon AC, 18 April 1991.

In this case, the first instance court concluded that the clauses in question were indeed prohibited by (current) articles 101 and 102 TFEU and by the national provision equivalent to article 101 (only).

The Lisbon Appeal Court considered that the practices in question were governed by both articles 101 and 102 TFEU (it found that there was an effect on trade between Member States based on the size of the company in question) and their national equivalents. Even though it did not discuss relevant market definition, clearly influenced by the decision of the competition authority, it found that Tabaqueira had a dominant position based on its extremely high market share (98% in cigarettes, 68% in cigars and cigarillos).

Tabaqueira had imposed an exclusivity clause, which the Court saw as an unlawful loyalty mechanism intended to exclude competitors and inextricably linked to the advantage granted through the special discounts. This issue had not been discussed by the Court in the previous ruling.

Returning to the point that had been discussed, however, the Court considered that the refusal of discounts to other distributors (who did not meet the previously deemed objective conditions) was, in fact, an abuse of a dominant position. This time around, looking at what appeared to be the very same facts, the Court considered that the difference in treatment was not justified.

Despite mentioning in passing the provisions of the Treaty, the Court focused its analysis on the Portuguese Competition Act. It concluded by expressly identifying an infringement only of the national provision on abuse of dominant position, even though it had mentioned the provision on unlawful agreements as well. Adding to the doubts about which provisions were indeed infringed, the Court invoked article 101 and its national equivalent as a basis for declaring the agreements null and void.

To conclude, in stark contrast to the previous case, the Court found that Tabaqueira had lawfully invoked an infringement of Competition Law as grounds for amending the contracts and terminating the discounts in question.

The Supreme Court went very much the other way, adhering to the position it had already expressed in the previous case. Even though Tabaqueira had received a statement of objections from the European Commission concerning its practices (which, quite intriguingly), the court described as relating to a violation of the Portuguese Competition Act), the Supreme

Court considered that it found no facts indicating a possible impact on trade between Member States, thus excluding the applicability of EU Competition Law. Consequently, it also refused the request for a referral to the ECJ.

As for Portuguese Competition Law, the Supreme Court dismissed Tabaqueira's defense in very brief and unexpected terms: "*There is no violation of article 13 [equivalent to current Art. 101 TFEU], because the agreements in question have not been shown to have as their object or effect to prevent, distort or restrict competition on the Portuguese market. There is also no violation of article 14 [equivalent to current Art. 102 TFEU], because it has not been shown that the defendant abused its dominant position on the Portuguese market in the sense that the said agreements had as their object or effect to prevent, distort or restrict competition on this market*".

2.1.3. Entrepósito de Vila Nova de Gaia⁹

In a dispute between Butler Nephew & Comp. and the Secretary of State for Foodstuffs, the applicant challenged the latter's decision to forbid it from using its own facilities in Vila Nova de Gaia to store table wines, on the basis of an exclusivity awarded by law to the "Entrepósito de Vila Nova de Gaia" for the storage of such wines in contexts other than export. According to the applicant, *inter alia*, this law was in violation of the EC Treaty, including (current) articles 101, 106 and 108 TFEU¹⁰.

The argument was rejected by the Supreme Administrative Court. It found that article 101 TFEU was not applicable to the decision of the Secretary of State. As for article 106 TFEU, it found that the law in question did not grant special or exclusive rights to any undertakings because the "Entrepósito de Vila Nova de Gaia" was not an undertaking, but merely a "*zone with a special purpose where any company can act, as long as it meets the legal requirements*".

2.1.4. Petrogal v. Correia, Simões & Companhia *et al.*¹¹

In 1993, a dispute before the Lisbon Judicial Court between Petrogal and two of its retailers led to a referral to the ECJ. In essence, Petrogal had concluded

⁹ Supreme Administrative Court, 2 July 1992.

¹⁰ The applicant also alleged an infringement of article 3(b) of Decree-Law 422/83, i.e. a forbidden practice in restriction of trade (outside the scope of competition law), consisting in applying discriminatory conditions to identical situations. This argument was also set aside by the Supreme Administrative Court, which found that the provision was not applicable to the facts of the case.

¹¹ Lisbon JC, 21 November 1994. ECJ, 10 November 1993.

fuel supply contracts with these retailers, in 1982, providing for exclusivity for a period of 15 years. Upon the unilateral termination of these contracts by the retailers in 1990, Petrogal sued for damages and the retailers argued, in their defense, that the excessive duration of the contract's exclusivity clause infringed (current) article 101 TFEU and a block exemption Regulation (they also mentioned, but did not precisely invoke an infringement of, national competition law).

The first instance court submitted a referral to the ECJ (the only example we were able to identify of this procedure being used by the national courts in the context of private enforcement of competition law), asking whether the terms of the contract in question breached the conditions imposed by a block exemption Regulation.

The ECJ replied that it seemed the national court was working under the wrong assumption that the Regulation in question laid “*down the conditions for the validity of service station agreements under Community competition rules*”, when it merely defined conditions to benefit from a category exemption and, “[i]n the event that an agreement does not fulfill all the conditions for exemption laid down by such a Regulation, it does not follow that it is contrary to Article [101(1)] of the Treaty. In such a case, it is for the national court to determine whether the agreement is compatible with that provision”¹².

The ECJ further noted that, due to a grandfather clause, “*an agreement dating from before the date of accession concluded for an indefinite period or for more than 10 years may benefit from the exemption provided for by Regulation No 1984/83 until the date when it expires or, at the latest, until 31 December 1997, provided that as from 1 January 1989 at the latest its terms were made consistent with the requirements of Articles 10 to 13 of that regulation, with the exception of the requirement laid down in Article 12(1)(c) of the regulation relating to the duration of the agreement*”¹³.

While the issue was not raised, this judgment may also be read as implicitly confirming that such contracts between Portuguese undertakings

12 ECJ, 10 November 1993, ¶¶7-8. The proceedings before the Lisbon Judicial Court confirm that the court considered only two possible consequences for not meeting the conditions foreseen in the block exemption: (i) that the exemption is excluded and the agreement is necessarily null and void; (ii) that the exemption is excluded and the agreement will be null and void in its entirety only if the clause in question were deemed essential to the contract, which might allow for the reduction of the duration of the contract to the maximum permitted.

13 ECJ, 10 November 1993, ¶13.

(considering the probable presence of bundles of identical agreements, under the *Delimitis* case-law¹⁴) are capable of affecting trade between Member States, and therefore of being subject to EU competition law.

Also of interest in this case were the submissions to the ECJ on behalf of the Portuguese State, which affirmed as the Government's position, *inter alia*, the following:

- (i) exclusive purchasing agreements (such as the one in question) undeniably restrict competition and may fall under (current) article 101 TFEU (§§19-24);
- (ii) the agreement in question was subject to competition law even though Petrogal was a State-owned company (§25);
- (iii) although preceding the block exemption, the agreement in question could benefit from it, if it met its conditions, which it did not (§§36-38); and
- (iv) as long as such a reduction is, *in concreto*, allowed by national civil law, there is nothing to prevent the exclusivity clause of such a contract from being reduced to the maximum permissible duration (instead of being declared null and void in its entirety) (§§43-56).

The Lisbon Judicial Court never issued a substantive final ruling on this case, as the parties arrived at a settlement (which included a reduction of the amount to be paid by the defendants).

2.1.5. **Júlio Canela Herdeiros v. Refrige**¹⁵

In what appears to be the only private enforcement case to have passed through the Évora Appeal Court, a wholesale distributor sued the representative of Coca-Cola in Portugal for damages arising from a refusal to supply, alleging a violation of the national equivalent to (current) article 101 TFEU, as well of a provision relating to unfair commercial practices. The first instance court rejected the application, and the Appeal Court and the Supreme Court rejected the subsequent appeals.

¹⁴ ECJ, 28 February 1991.

¹⁵ SC, 21 March 1996. Appeal from Évora AC, 23 February 1995. Appeal from the Santarém Judicial Court.

The Évora Appeal Court seemingly rejected the possibility of tort liability arising from an infringement of the Portuguese Competition Act¹⁶, an interpretation that was corrected by the Supreme Court, who confirmed this possibility, referring to article 483 of the Civil Code as the source of the relevant requirements: voluntary fact, unlawfulness, attribution of the fact to the injuring party, damage and causality. Regarding the unlawfulness requirement, the Supreme Court noted its two types: (i) violation of a subjective right of a third party; and (ii) violation of a legal provision protecting the interests of third parties. It then concluded that such a liability suit falls into the second type, stressing that the Portuguese Competition Act (also) aims at protecting the private interests of economic agents, without however granting them a subjective right¹⁷.

The Court which will now handle all appeals from the specialized Competition, Regulation and Supervision Court applied a classic civil law approach and argued that the practice in question did not fall within the scope, and was not relevant for the purposes, of the Portuguese Competition Act, in essence, because it had no effect on consumers, relating merely to a change of distributors by a manufacturer¹⁸.

The remainder of the Supreme Court judgment falls outside the scope of the present report, as it focused exclusively on the alleged unfair commercial practice, without tackling the alleged infringement of the national equivalent to article 101 TFEU. It concluded that the applicant had not met its burden of proof, essentially because it failed to show that the termination of contractual

16 According to the Appeal Court: *“It is here, we believe, that the Applicant’s request fails, as it derives the right to the compensation it believes to be owed to it from a behaviour it considers in violation of the competition rules (...), when, in our opinion, such a right would necessarily require the demonstration that the Defendant failed to comply with the contract it held with the Applicant”* – Évora AC, 23 February 1995.

17 The judgment is unclear on this point and, at the time, one author had a rather different reading of it, stressing that, until 1996, the leading case-law of the Supreme Court denied the admissibility of claims for damages based on infringements of Portuguese competition law, although there were signs that this tendency had reversed itself in 1997 – see Ruiz, 1999:24.

18 *“Going through the preamble of Decree-Law 422/83 and the regime set out in it, one must conclude that the situation at hand is not caught by the provisions of this law, which aimed at defending competition so as to «ensure consumers a diversified choice of goods and services, at the best conditions of quality and price» and «to stimulate undertakings to rationalize, as much as possible, the production and distribution of goods and services and to constantly adapt themselves to technical and scientific progress». That this position is the right one is evidenced by the following question: if one admits that the agreement between the Applicant and the Defendant allowed the latter to end the agreement when it saw fit, where is the infringement of the competition rules if the Defendant informs the other party that it will no longer distribute its products? We confess we see no infringement”* - Évora AC, 23 February 1995. For another ruling that rejected the applicability of competition law to vertical agreements, see below the *Cravo e Serrano v. Jorge Silva* case.

relations was done in a manner that was not usual in the trade in question. In so doing, it clarified the distribution of the burden of proof, applying article 342(1) of the Civil Code¹⁹.

2.1.6. Cravo e Serrano v. Jorge Silva²⁰

The applicant sued an entrepreneur for breach of contract, seeking damages. At stake were two franchising agreements, relating to so-called 1,5 euro shops (“Loja dos Trezentos”), that included exclusive supply and pricing clauses, both of which the franchisee infringed. This led the franchisor to revoke the contracts and activate the penalty clauses.

In court, the franchisee invoked competition law as a defence, arguing that the agreements were null and void for breach of (current) article 101 TFEU and its national equivalent.

The first instance court rejected this argument. The Coimbra Appeal Court, in its first pronouncement on competition law (as far as we were able to determine), upheld its ruling, but in a manner that suggests some fundamental misconceptions circa this branch of the law. It began by stating that such an agreement, between non-competitors, had “*nothing to do with the possibility of preventing, restricting or distorting competition*”. In other words, the court seemed to deny the relevance of the national equivalent of article 101 when analyzing vertical agreements.

Even though it is not clear whether the franchisee had invoked an abuse of dominant position (at least the court does not mention this provision), the court then argued that there could be no dominant position, as the wide range of products sold in these stores could be found in “*any other establishment*”.

It added that, in any case, the franchisee would not be able to invoke competition law in its defence, as that would amount to “*venire contra factum proprium*” (it had entered freely into the contract).

Finally, the applicability of (current) article 101 TFEU was rejected, on the grounds that this type of store could not affect trade between Member States (given their size and the value of the goods traded in them).

¹⁹ Under art. 342(1) of the Civil Code, it “*is for the party invoking a right to prove the facts constituting the alleged right*”. No. 2 of the same article further states that it “*is for the party against whom a right is invoked to prove the facts that impede, modify or extinguish that right*”.

²⁰ Coimbra AC, 5 May 1998.

2.1.7. **Sport Lisboa Benfica v. Olivedesportos**²¹

In a case whose outcome was closely monitored by football fans, the Lisbon Appeal Court overturned a first instance ruling concerning contracts signed between a football club and a sports managing company, awarding the latter exclusive broadcasting rights over the club's football matches. It was concluded that these contracts infringed (current) article 101 TFEU and its national equivalent. Similar agreements had been entered into with other premiere league football clubs.

The Court considered that such an exclusive arrangement restricted competition, as it did not allow other companies to acquire broadcasting rights directly from the football clubs. In essence, a monopoly was created, allowing Olivedesportos to impose on broadcasters whatever price and conditions it wished. As the defendant had not invoked the benefit of the exemption clause, and given the distribution of the burden of proof, the Court concluded that the agreements were null and void.

The appeal to the Supreme Court was never decided, as a subsequent change in the management of the football club led to a settlement. To this day, Olivedesportos still holds exclusive contracts for broadcasting rights with the main Portuguese football clubs.

2.1.8. **Tabou Calzados v. Ramiro da Conceição Maia**²²

A Spanish shoe supplier sued a Portuguese retailer for damages, alleging failure to pay an invoice. The defendant replied that the supplier had infringed a contractual clause granting it exclusive distribution rights in a local radius, as well as a clause setting up a form of selective distribution system, and that it had accordingly rescinded the contract and returned the goods in question. The first instance court not only dismissed the application, but fined the supplier for litigation in bad faith.

The Lisbon Appeal Court affirmed that both clauses restricted competition (but did not define the relevant market or discuss whether such a restriction was significant or should instead be considered *de minimis*) and were forbidden by the national equivalent of article 101 TFEU. It then noted that this would generally be true of any exclusive or selective distribution agreement, which did not mean that they could not be economically justified,

²¹ Lisbon AC, 2 November 2000. Appeal from the Lisbon Judicial Court.

²² Lisbon AC, 9 April 2002.

under the national equivalent of article 101(3). However, in this specific case, it found no justification for the clauses *sub judice* and declared them null and void.

The Court applied only national competition law, affirming (without stating its reasons) an absence of effect on trade between Member States. Nonetheless, it referred to Community law for conceptual clarification of national law and highlighted the parallelism of solutions between the two legal orders.

Several relevant clarifications of general scope were made, including: that the national equivalent to article 101 applies to vertical agreements; that only a potential effect need be demonstrated; that agreements are encompassed regardless of the form they take; and that the nullity of agreements under Competition Law can be raised on the court's own initiative.

2.1.9. Reuters v. Mundiglobo²³

In its defense against a suit for failure to pay invoices, the defendant argued that Reuters had sold the same financial information services to other clients at lower prices, and that this constituted an abuse of a dominant position, under the national equivalent of (current) article 102 TFEU. It produced no evidence regarding the alleged discriminatory practices, the relevant market definition or the alleged dominant position. On the other hand, it requested that the applicant produce several invoices to other clients for the same services (which it did), and the applicant did not challenge the assertion that, at the time, it held 90% of the market as defined by the defendant.

The first instance court considered it had been proven that there were different prices charged for the same services and that, at the time of the facts in question, Reuters held a “*dominant position on the market for the supply, through data terminal, of news and financial information in real time, through a dedicated data line*”. It is not apparent what evidence was at the basis of this judgment or how this precise definition came to be used by the court.

The same court clarified the distribution of the burden of proof thus: it is for the party who invokes the infringement to “*demonstrate beyond any reasonable doubt*” that its conditions are met. It also noted that it is very difficult for the party to meet this burden in such cases. It expressed a preference for evidence of dominance in the form of statistical data, adding that this presented the

23 SC, 24 April 2002. Appeal from Lisbon AC, 24 May 2001. Appeal from Lisbon JC, 1 September 1999.

party with an added difficulty, given the lack of reliable national statistical data.

Surprisingly, the court mentioned only two facts which the party had to prove in this case, and in so doing demonstrated a rather singular (and far more demanding) perception of the concept of dominant position: (i) the market share of the undertaking in question; and (ii) that the position of *“economic dominance is as strong as to make it so that other companies such as the defendant have no real possibility (i.e. economically viable) of acquiring the products supplied by undertakings such as the applicant, or others which it can put to the same use (which have the same value in terms of use), in economic terms, without submitting itself (surrendering) unconditionally and without appeal to the diktat of the applicant”*.

It is worth recalling that the Competition Act applicable at the time (DL 422/83) not only included a legal definition of dominant position, which the Court did not resort to, but also a legal presumption of dominance above a market share of 30%. The court had not included the alleged market share in the list of proven facts, but it did state that, at the time, Reuters *“dominated a very large share of the market”*. Regardless, the legal presumption was not even mentioned, and the court concluded that, because the defendant had other companies on the market it could acquire the same services from, and it acted under the principal of contractual freedom, Reuters could not be found to have infringed competition law.

It is telling that, throughout this entire discussion, the court mentioned only articles of the Civil Code, and not once referred to the Competition Act. Thus, this first instance judgment stands as an example of a purely civil law approach that entirely disregards the content of the Competition Act.

Before the Lisbon Appeal Court, the defendant argued, inter alia, that the court did not apply the Competition Act and that it could not have concluded that there was no dominant position, after it had already accepted the existence of this position as a proven fact. Indeed, it seems relatively clear that the first instance court prematurely included a legal conclusion in the list of proven facts.

This background may account for why the Appeal Court asked whether the contract was null and void due to the applicant being in an *“excessively dominant position”*, a phrasing that proved to be unconnected to the court’s subsequent analysis.

After quoting the relevant provisions of the Competition Act, the Lisbon Appeal Court confirmed the distribution of the burden of proof (referring to article 342(2) of the Civil Code) and noted that, in order to demonstrate the existence of discriminatory practices, the defendant had to show that the other companies in question were its competitors and that the “*commercial positioning*” of Reuters in relation to them was “*objectively equivalent*”.

It further noted that the time at which the different contracts were entered into was also relevant to establish the existence of discrimination. Thus, because the other contracts were older, their lower prices could not, in themselves, be taken as proof of discrimination. In the words of the court, “*there is nothing to prevent a supplier of services, on its own initiative, from increasing the price of its services in relation to contracts entered into at a later date*”. It can be argued that such an understanding, so closely tied to the principle of contractual freedom, almost completely deprived the prohibition of discriminatory practices of its *effet utile*. It also inevitably led to the conclusion that the defendant had not met its burden of proof.

The defendant subsequently challenged this interpretation of the requirements of unlawful discrimination before the Supreme Court, which, in turn, managed to introduce a new level of legal confusion into the case. Although the defendant had claimed an abuse of dominant position, and the Supreme Court itself correctly identified the corresponding provision in its description of those arguments, it ended up discussing only the existence of an “abuse of economic dependence”, which does not seem to have been invoked.

As a result, this case includes a number of important clarifications on the requirements applicable to the identification of a “relative dominant position” (economic dependence), in strict adherence with French doctrine, but did not contribute to understanding the conditions for the existence of an “absolute dominant position”. In this discussion, the Court combined references to the national equivalent of article 102 in the first Portuguese Competition Act, and to the prohibition of abuse of economic dependence in the second Act, then in force, suggesting that the two prohibitions were, for a reason unbeknown to us, not autonomous in the mind of the Court.

The distribution of the burden of proof was also clarified, the Supreme Court reaffirming that it is for the party invoking an abuse to prove the existence of the (relative/absolute) dominant position.

In the end, the Court concluded that, not only had the (relative) dominant position not been proven, but there were also no indications of an unlawful discriminatory pricing practice.

2.1.10. Coffee distribution cases

We identified 4 cases dealing with coffee supply contracts between a manufacturer/distributor and retailers, which included exclusivity clauses in excess of 5 years (e.g. 5,5 years) and minimum purchase obligations, as compensation for certain investments made by the supplier in equipment for the retailer's establishment. In the four cases, the supplier sued the retailers after they had infringed the exclusivity clause and/or the minimum purchase clause, in all four cases competition law was raised as a defense, as rendering the clauses in question null and void, and in all four cases the supplier was successful.

*Nestlé Portugal v. Campo Doce*²⁴

In this case, the competition law arguments were rejected by both the first instance court and the Oporto Appeal Court. The latter considered that the contract in question fell within the *de minimis* category (“*considering the quantities to be acquired – monthly average of 100 kg – it cannot in any way be deemed that the contract jeopardized competition on a substantial part of the coffee market*”), and was therefore not forbidden by the national equivalent to article 101 TFEU. There was no discussion of the borders of the identified market. The Court showed a predisposition to uphold contracts freely entered into, stating that “*it was the defendant itself that had expressed an interest in consuming only the coffee of the applicant and, in sequence to that expression of will, bound itself not to sell competing products*”.

The Court further included brief considerations hinting at the possibility of economic justification of the exclusivity (“*The holder of the concession thus specialized itself in the sale of the applicant's products, which undoubtedly contributes to improving distribution. On the other hand, the exclusive purchase restriction seems to be indispensable or, at least, to promote an effective improvement of the product's distribution*”). A minimum purchase clause was also deemed not to be restrictive of competition, with the following justification: “*this obligation is binding only upon the contracting parties and does not prevent the creation of other distributors*”.

²⁴ Oporto AC, 9 March 2004. Appeal from Oporto JC, 17 June 2003.

*Nestlé Portugal v. Carcafé*²⁵

In the second case, before the first instance court (there was no appeal in this case), the defendant argued that the clauses infringed the national equivalent of Art. 101 TFEU and the prohibition on abuse of economic dependence, still under Decree-Law 371/93. The court considered that the facts in question (having concluded in November 2003) were already governed by the new Competition Act (Law 18/2003). In rather unfortunate phrasing, the court stated that this Act “*transposed Regulation (EC) 1/2003 into the national legal order*”.

Astonishingly, the court denied the applicability of the national equivalent of Art. 101 TFEU to vertical agreements: “*it underlies the scope of this provision that such practices should result from a horizontal concertation between companies with the aim of dominating the market and restricting competition. In other words, the rule in question is not applicable to vertical relations (...) and therefore is not applicable in this specific case*”.

As for the alleged abuse of economic dependence, it considered, once again surprisingly, that Art. 7 of the Competition Act was applicable “*both to horizontal relations (...) and to vertical relations*”. Highlighting that the burden of proof was on the defendant to show the existence of a dominant position or of economic dependence, the court noted that the defendant had failed to put forward any arguments in that respect, and therefore dismissed the argument.

The court further drew a questionable distinction between a restriction of competition and a restriction of trade and, as showed the same predisposition as the Oporto Appeal Court to uphold contracts freely entered into: “*Merely as an additional argument, it is our understanding that such a contractual imposition does not constitute a practice restricting competition (...) but only, at the most, a practice restricting trade. Indeed, before entering into the contract, the defendant had the option to choose between the several companies active on the coffee distribution market and to choose the one it deemed to offer it the best conditions. Thus, being bound to the exclusive purchase of the applicant’s coffee during a certain period of time does not constitute, in itself, a practice that distorts or excludes competition with other companies in the sector, but instead is a practice that restricts the coffee trade during that same period of time*”.

25 Oporto JC, 6 January 2006.

Acting on a complaint, in a decision issued in April 2006, shortly after the previous judgment, the Portuguese Competition Authority fined Nestlé Portugal 1 million euros for an infringement of the national equivalent of article 101 TFEU. It considered that the exclusivity clauses exceeding 5 years (or allowing for unilateral renewal by Nestlé after 5 years if the minimum quantities had not been purchased) in Nestlé's coffee distribution contracts were forbidden and could not be exempted²⁶. In other words, the PCA identified an infringement of competition law in the same contracts that the courts, in private enforcement actions, had rejected the presence of an infringement. The PCA also made it a point to reaffirm that this provision is applicable both to vertical and to horizontal agreements (it was the first PCA decision concerning vertical agreements).

*Nestlé Portugal v. Café da Palha*²⁷

Although initiated prior to the authority's enforcement decision, and therefore not a "follow-on action", the third case was decided by the first instance court after the above mentioned decision of the PCA. This case stands as a precedent for the way the courts react, in private enforcement suits, to: (i) requests for prior assessment of the lawfulness of agreements; and (ii) decisions of the PCA concerning the practices in question (the issue of *res judicata*).

The defendant had invoked an infringement of the national equivalents of articles 101 and 102 TFEU, as well as an abuse of economic dependence. The first instance court dismissed the argument, affirming that only an analysis of the agreement's specific effects on the market could lead to the conclusion that it indeed restricted competition, and whether such a restriction was significant. It also noted that an economic approach was required, implying the following was required: definition of the relevant market and the determination of whether the entry or expansion in the market of other competitors had been foreclosed (restriction of inter-brand competition). It concluded that no facts had been proven to allow for such findings. The Appeal Court described this judgment as an "*exemplary work*", including in

²⁶ See Portuguese Competition Authority, Press Release no. 9/2006.

²⁷ Oporto JC, 15 September 2006 (we were not able to consult the text of this judgment); Oporto AC, 1 March 2007.

this assessment the lower court's analysis of the competition rules, "*which were assessed in depth*".

The first instance court had not been confronted with any PCA decision, merely with the defendant's request to the PCA for an assessment of the lawfulness of the agreement in question. The Oporto Appeal Court affirmed that such a request, submitted after the initiation of the civil suit, "*did not require, nor did it determine, the suspension of the instance (see art. 276 of the Civil Procedural Code) nor was the suspension at any point requested by the parties on those grounds. And it didn't imply a suspension of the instance because such a request (...) was not a prejudicial question in relation to the object of these proceedings, since the PCA's activity could not lead to a declaration of the nullity or inexistence of the contract between the applicant and the defendant, nor the carrying out of an economic assessment that had been alleged by the defendant in its decisive elements, but only «the declaration of the lawfulness or unlawfulness on any agreement (...), as well as the compliance with the requisites for justification foreseen in [the national equivalent to Art. 101(3)]», as is affirmed in Ministerial Order 1097/93. (...) The a quo court was not obliged by any legal provision to wait for the result of the prior assessment of the lawfulness of the contract requested by the defendant before issuing its judgment*".

It was also clarified that, even though the PCA's decision had been adopted before the judgment, "*facts included in decisions by administrative authorities (even in misdemeanor cases) cannot be considered to be notorious facts rendering it possible, under article 514 of the Civil Procedure Code, for the court to know those facts without them having been alleged and proven*". It should be noted that this does not mean that the same rule does not apply if the relevant facts have previously been alleged and the decision can be used to confirm a legal interpretation of those facts.

The defendant submitted the PCA's press release concerning the Nestlé decision²⁸ together with the appeal, and the court deemed it admissible, as it could not have been produced earlier. However, it found that "*the defendant has not alleged facts but merely legal concepts taken directly from the law, failing to indicate for each of those concepts the specific facts which would illustrate them, simply identifying the provisions it deemed to have been infringed. And since the evidentiary documents are not sufficient to substitute the non alleged facts, serving instead to demonstrate facts that have been alleged, when such an allegation is*

28 It should be recalled that such PCA decisions were, at the time, not made public.

lacking it cannot be overcome by the production of any document". It hadn't even been alleged that the PCA's decision was final and that it related to the same contract in question in these proceedings.

As for whether the court was bound by the legal assessment previously carried out by the PCA, it was affirmed that: *"it is settled, under the rules governing res judicata (arts. 671, 674-A and 674-B of the Civil Procedure Code), that a decision of an administrative authority, even in misdemeanor proceedings, does not lead to res judicata in other proceedings"*.

It was also noted that the decision in question had not declared the contracts in themselves null and void, but only the infringing clauses. In this specific case, this meant that only the unilateral renewal clause would be deemed null and void, and this would not affect the outcome of the dispute.

*"C" v. "B"*²⁹

In another civil suit relating to a breach of contract, a coffee distributor sought damages from a retailer who had failed to comply with minimum purchase volumes set in a coffee supply contract, that also included a minimum of six years exclusivity. Alternatively, as the retailer had invoked the nullity of the agreement, the applicant asked that the contract be deemed null and void and that the retailer be required to return the sum advanced as compensation for the exclusivity.

The first instance court deemed the contract to be valid and ordered the retailer to pay the sum corresponding to the respective sanction.

On appeal, the defendant once again raised the nullity of the contract, *inter alia* for breach of EU competition law. Specifically, the exclusivity clause was alleged to be prohibited by (current) article 101 TFEU and by Regulation (EC) 2790/99. While the national competition law had not been invoked, the Appeal Court noted that its analysis should be deemed to be subsumed in the application of the European provisions, highlighting the primacy of article 101 TFEU (by reference to doctrine).

The first instance court had considered that EU rules were inapplicable, for lack of "direct applicability" in the legal internal order (not conferring rights directly to private parties). The Oporto Appeal Court dismissed this interpretation, noting that it ran counter to *"the principle of primacy of Community law included in article 8 of the Constitution of the Portuguese*

²⁹ Oporto AC, 14 April 2010.

Republic". It further quoted national doctrine highlighting the direct effect of this specific provision.

The court concluded that: "*the inclusion in such a contract of an exclusivity clause for a period of six years, automatically renewed if not previously denounced and with the possibility of extending the initial period, if the agreed volume of purchases is not reached within that period, in itself, does not breach Community competition rules, particularly [current article 101(1) TFEU]*". To arrive at this conclusion, it stressed that the mere fact that the conditions of the block exemption were not met did not mean that the contract was *ipso facto* forbidden. It was still necessary to assess whether all the conditions for prohibition under article 101(1) TFEU were met³⁰.

Although, in principle, one should not discuss the applicability of the block exemption without first finding a restriction of competition in violation of article 101(1), this step had initially been skipped by the court. Finally turning to that assessment, it considered that the contract was not forbidden by that provision because, even if there could be a potential effect on trade between Member States, the restriction would not be significant (*de minimis*), even if the analysis were restricted to national competition law. The court showed that it was aware of the *Delimitis* case-law³¹ concerning bundles of identical agreements, but no facts had been alleged that allowed it to make that assessment, and the burden of proof concerning the significant restrictive nature of the agreement had not been met.

The appeal was dismissed in its entirety.

2.1.11. Carrefour v. Orex Dois³²

Carrefour sued one of its suppliers for damages amounting to 7.000 euros, arising from an alleged failure to pay promotional services rendered. The supplier, in turn, asked for compensation (amounting to 49.000 euros) for "opening" charges imposed by Carrefour. Two supply contracts had been executed, the latter in force for one year (1999). In October 1999, Carrefour moved its purchases to a competitor of the defendant. While, in the first

30 As stressed in Vieira Peres & Maia Cadete, 2010: 202, this means that "*an exclusive coffee supply agreement, in force for a period of six years and subject to automatic renewals, does not per se infringe article 101 [TFEU]*".

31 ECJ, 28 February 1991.

32 Lisbon AC, 24 November 2005.

instance, the applicant obtained only 85 euros compensation, the defendant was entirely successful in its claim.

The Lisbon Appeal Court considered that Carrefour's conduct implied an unlawful (unjustified) unilateral revocation of the contract. It found that the promotional services were invoiced to the defendant at the same time as that revocation (when only the products of a competitor would be sold at these supermarkets), constituting a clear abuse of contractual good faith.

As for the defendant's claim, it had argued that Carrefour had unlawfully imposed "referencing" and "opening rappel" charges (relating to the opening of new stores). It was deemed proven that such charges were imposed in exchange for the initiation of the contractual relation, that they were not justified by benefits or services rendered, and that they were not objectively linked to the supplies in question, according to usual commercial practices.

On these grounds, the Lisbon Appeal Court found, *inter alia*, an infringement of the national equivalent of Art. 101(1) TFEU, noted that Carrefour had failed to demonstrate that the requirements for exemption were met, and, as a result, declared the contracts in question null and void. Given the retroactive effect of this declaration, Carrefour was ordered to return the payments made by the defendant under those contracts (e.g. 49.000 euros).

Thus, this case stands out as the only example we were able to identify of a successful damages claim based on competition law in Portugal. That being said, it can also be argued that this is essentially an unjust enrichment type of claim, and thus not entirely satisfactory as a precedent for a successful damages claim under competition law.

2.1.12. Beer cases

In *Central de Cervejas v. B*³³, a beer manufacturer/distributor sued a retailer for breach of exclusivity and minimum purchase contractual clauses. The retailer invoked, as a defense, an infringement of article 101 TFEU and a block exemption regulation. The first instance court considered the contract null and void, not under EU competition rules, but under Portuguese competition law, even though that law had not been invoked by the defendant. The Lisbon Appeal Court upheld the ruling, but the SC considered that several arguments raised by the appellant had not been addressed by the court, including that

³³ SC, 13 January 2005; Lisbon AC, 9 July 2003.

the contracts fell in the *de minimis* category and that it would in any case benefit from individual exemption under the national equivalent of article 101(3). The case was returned to the Lisbon Appeal Court for revision, but we are not familiar with the outcome of the case.

In *Sociedade Central de Cervejas v. Carmo Nascimento*³⁴ and in *Sociedade Central de Cervejas v. Factorfina*³⁵, retailers were sued by a beer manufacturer/distributor seeking damages for breach of contract and raised competition law as a defense. The contracts included exclusive and minimum purchase obligations.

In an approach that qualitatively distinguished itself, the court rejected the argument on the grounds of *de minimis*. It first applied (current) article 101 TFEU, relying on an *amicus curiae* brief (i.e. an opinion rendered upon request) submitted by the Portuguese Competition Authority, and on the case-law of the ECJ, together with the Commission's *De Minimis* Communication, to exclude the presence of a significant restriction of competition, correctly following the *Delimitis*³⁶ test that takes account of the cumulative effects of an ensemble of identical agreements.

Although it is possible that this step was included in the *amicus curiae* brief, and very likely not to have been challenged by the party, it is worth noting that the court did not discuss the definition of the relevant market upon which this conclusion rested, merely following the definition found in previous decisions of the Portuguese Competition Authority.

In relation to the Portuguese Competition Act, it arrived at the same solution, affirming the parallelism with European Competition Law and stating (in accordance with the position expressed by the Competition Authority) that, although the letter of the law itself did not include a requirement for a significant impact on competition, that was nonetheless the interpretation most fitting with its aims (teleological approach). Thus, while explicitly stating that the court was not bound by the case-law of the ECJ when interpreting national competition law, the court argued that: "*the rules in question, of internal and community law, are very similar, both in their text and, in what really matters, in their intentions, and, accordingly, nothing*

34 Lisbon JC, 14 March 2005. See Botelho Moniz & Rosado da Fonseca, 2008: 769-770.

35 Lisbon JC, 2 November 2005. See Botelho Moniz & Rosado da Fonseca, 2008: 770.

36 ECJ, 28 February 1991.

prevents us from resorting to the same hermeneutic processes, which are all the more logical within the more limited context of the internal market”.

It should be noted that both cases were handled by the same judge, who ordered that the judgments be forwarded to the European Commission, in accordance with article 15(2) of Regulation (EC) 1/2003. This accounts for why these two cases (and no others) have been included in the Commission’s database on private enforcement of competition law in Portugal, as this practice has not been adopted by other judges.

A later case, dealing with the same company and the same market, led to the very same result. In *Sociedade Central de Cervejas v. O Dificil da Alameda*³⁷, a retailer was sued for damages arising from a breach of a contract that included minimum purchase and exclusivity obligations. The first instance court found in favour of the applicant without a single reference to competition law. The Lisbon Appeal Court and the Supreme Court also found for the applicant, rejecting the retailer’s defense based on the nullity of the contract, for violation of competition law, finding that the agreement in question fell within the *de minimis* category.

The Supreme Court phrased this finding rather unfortunately, noting that this meant that the Portuguese Competition Act was “*not applicable to the contract in question, since, in order for that contract to be subject to that law, it would have to have as its object or effect to prevent, distort or restrict competition, in whole or in part, on the national beer market. And this potential effect on competition would have to be relevant, or significant, as has been uniformly affirmed and settled in Community competition law and national competition law*” (the Court quoted an early ECJ Judgment concerning *de minimis*³⁸). While useful for the reaffirmation of the *de minimis* principle, we would argue that it should be understood that the Court meant to say that *de minimis* renders the prohibition inapplicable (in this case, Art. 4 of Law 18/2003), paraphrasing the quoted ECJ case-law, and not that it renders the Portuguese Competition Act itself inapplicable. The applicability of the Competition Act does not depend on the presence of a (potential) significant impact on competition, but merely on the contract or practices in question falling within its scope, as defined in its Art. 1.

³⁷ Lisbon JC, 28 April 2010. Lisbon AC, 7 June 2011. SC, 17 May 2012.

³⁸ ECJ, 9 July 1969.

It should be noted that the Supreme Court affirmed the *de minimis* nature of the agreements, even when viewed together with “*the other contracts of the same type entered into by the [supplier]*”, adding that they held “*little weight in the national market*”, but failed to refer to any data that could confirm this perception. Just as had already been stressed by the Lisbon Appeal Court (while rejecting the relevance of statements of one of the parties in other court proceedings), the SC highlighted that the burden of proof in this regard fell on the person alleging an infringement and that no evidence (or even claim) had been put forward, “*inter alia, concerning the relevance of the total volume of sales indirectly made by the [supplier] under these contracts, compared to the total volume of the market, both internal and European*”. On the other hand, it deemed that the supplier had “*succeeded in demonstrating that, given its small market share [which is not mentioned], the business in question is insignificant in the relevant market*”.

Incidentally, the Lisbon Appeal Court reaffirmed that competition rules may be invoked on the court’s own initiative, as well as the direct effect of (current) articles 101 and 102 TFEU (confirmed by the Supreme Court).

The defendant had misguidedly argued that the contract was forbidden by an EU block exemption regulation, as the exclusivity clause exceeded the maximum duration of 5 years. Just as the Oporto Appeal Court had decided in “*C*” *v.* “*B*” (see above, *Coffee distribution* cases), the Lisbon Appeal Court excluded the applicability of the block exemption before determining if the contract was prohibited by article 101(1) and its national equivalent. The Supreme Court also declared the block exemption inapplicable, but its view on such regulations may have been ill-expressed, as it seemed to suggest that, if one of the conditions for a block exemption is not met, this means that the applicability of article 101(3) TFEU is excluded³⁹.

The Supreme Court further argued that the contract placed before it could not affect trade between Member States (in the sense of article 101 TFEU), given the retailer’s small size and because the agreements had only produced legal effects within Portugal (nothing indicates that the Court was aware of the ECJ’s *Delimitis* case-law concerning bundles of agreements⁴⁰).

39 A precedent to this misunderstanding of the role of block exemptions in competition law can be found in case *Petrogal v. Correia, Simões & Companhia et al.*, described above.

40 And this, despite having noted that the contract was identical to many others of the same type by the company in question.

Nonetheless, the SC did add, to be comprehensive, that the agreement wouldn't be forbidden by EU Competition Law, for the same reasons explained in the analysis of national competition law (i.e. *de minimis*).

2.1.13. Slaughterhouse⁴¹

This case concerned a dispute between shareholders of a slaughterhouse and a meat processing company. The shareholders were companies that resorted to the services of the co-owned slaughterhouse. The applicants asked, *inter alia*, that clauses included in a shareholders agreement concerning price fixing be deemed null and void on the grounds that it included a breach of competition law. An injunction was also sought to ensure that the conduct foreseen in those clauses would not be followed in practice even after their annulment. The applicants were successful both before the first instance court and the Appeal Court.

In short, the shareholders' agreement determined maximum price gaps to be set for the services of the slaughterhouse between the different shareholders and established a preferential treatment in relation to other clients, including reserving certain areas for the exclusive use of shareholders. The Lisbon Appeal Court noted that this scheme meant that different prices would potentially be charged to shareholders and non-shareholders for the same services (i.e. different prices for identical services). It considered this to be a discriminatory practice, in breach of the national provision equivalent to article 101 TFEU, rendering the clauses in question null and void.

This judgment is particularly noteworthy for its confirmation of the applicability of competition law to shareholders' agreements. Also noteworthy is the fact that, in essence, the court denied the owners of a company the right to preferential treatment (at least in what concerns pricing) when acquiring that company's services.

2.1.14. Milk distribution⁴²

This case involved a milk farmer and a milk distributor. The first had committed to sell all its production to the latter for as long as it was still indebted to it as result of a loan agreement (with a duration of 20 months), and to pay an additional amount as compensation if it breached the exclusivity obligation.

41 Lisbon AC, 5 March 2009.

42 Oporto AC, 3 November 2009.

In the context of litigation concerning breach of contract and damages, the milk farmer argued that such an exclusivity clause was prohibited by (current) articles 101 and 102 TFEU, by the national provision equivalent to article 101 TFEU and by the national provision concerning abuse of economic dependence. As a result, it argued, the penalty clause associated to the breach of that obligation also had to be considered null and void.

The Oporto Appeal Court did not dwell on the references to EU Law, limiting its analysis to the Portuguese Competition Act, and without requiring discussion of a possible abuse of economic dependence. It considered that the clause clearly restricted competition – the farmer could not obtain better prices for its milk, and other milk purchasers could not compete to acquire milk from this farmer. Furthermore, it deemed it a supplementary obligation that is not, by its nature or usual commercial practice, connected to a loan agreement. Thus, it deemed such a clause to be in breach of the national provision equivalent to article 101 TFEU, rendering the associated penalty clause also null and void.

Particularly relevant in this case was the fact that the applicant had not raised the competition law argument before the first instance court. Nonetheless, the Appeal Court considered the plea admissible, as it fell under one of the exceptions to the rule that no new arguments may be submitted on appeal. Specifically, the rules of competition law may be invoked on the courts' own initiative, and therefore the fact that the applicant had not raised them in the first instance was not relevant.

2.1.15. VSC & FPF v. RTP⁴³

Once again (as in *Sport Lisboa Benfca v. Olivedesportos*), a dispute concerning football broadcasting rights led to litigation involving arguments based, *inter alia*, on competition law. Radiotevisão Portuguesa (RTP), the public broadcaster, was ordered by a first instance court to pay compensation to a football club (Vitória Sport Club) for damages arising from the broadcasting of a football game without the authorization of the Portuguese Football Federation, as was required by UEFA Regulations.

The Lisbon Appeal Court reversed the ruling, finding, *inter alia*, that third parties were not bound by the UEFA Regulations and that, in any case, those Regulations were null and void under EU Competition Law. The version

⁴³ SC, 29 April 2010. Appeal from Lisbon AC, 10 November 2009.

of the UEFA Regulations in question had been notified to the European Commission, which had considered that they restricted competition under (current) article 101(1) TFEU, and could not be exempted under article 101(3).

The court stressed this and abundantly quoted European Commission decisions and judgments of the European Court of Justice relating to these Regulations. It considered that UEFA was an “undertaking”, for the purposes of applying competition law, and that the broadcasting of international football games affected trade between Member States. It defined the relevant market as that for the broadcasting of sports events, by reference to the practice of the European Commission (via doctrine). Adhering to the Commission’s conclusion, the Court declared the UEFA Regulation in question to be null and void to the extent that it required an authorization of a third party for the broadcasting of football matches. It also stressed that the fact that a new version of the UEFA Regulation had subsequently been approved by the European Commission could not alter the lawfulness of the clause included in the previous version.

The appeal to the Supreme Court did not tackle competition law issues.

It is worth noting that only EU Competition Law was applied in this case. Portuguese Competition Law was neither invoked nor mentioned at any stage.

2.1.16. Automobile insurance⁴⁴

In this case, an automobile repair shop sued an insurance company for damages and sought an injunction against what it deemed to be an unlawful boycott of its services. In essence, the applicant alleged that the insurance company began demanding that it repair cars insured by it with used parts or non-authentic parts, so as to drive down costs, and that, upon its refusal, it eventually refused to pay for repairs of the vehicles of insured parties at this establishment, diverting the cars to other repair shops. The applicant deemed this to be, *inter alia*, an infringement of the national equivalent to article 101 TFEU.

The argument was dismissed by the Guimarães Appeal Court on the grounds that no agreement had been shown to exist between the repair shop and the insurance company (or between the latter and other repair shops)

⁴⁴ Guimarães AC, 4 January 2011.

that could be found to be prohibited by that provision. It had merely been shown that the insurance company had insurance agreements with its clients and that it informed them that it refused to have commercial relations with the repair shop in question.

2.1.17. Goodyear v. Eurovidal⁴⁵

In a dispute between a tire distributor and a retailer, where the latter sought damages arising, *inter alia*, from an alleged abuse of economic dependence, prohibited by national competition law, the Lisbon Appeal Court confirmed the 1st instance judgment to the extent that the retailer had not met the burden of proof concerning the existence of economic dependence.

As in previous cases where this provision was invoked, the court quoted and drew inspiration from French and national doctrine, reaffirming clarifications on its purpose, scope and requisites. The depth of the analysis, as shown in the judgment, was significantly more profound than in previous cases. The court seems to have given special relevance to the following facts, in finding an absence of economic dependence: despite the notoriety of the brand and its exclusive supply of certain types of vehicles, the products in question accounted for only a third of the retailer's turnover, and it derived significant profit margins from trading in these goods; crucially, it was concluded that the retailer could and indeed did obtain supplies in competing products from other brands, and that a change in supplier would not imply significant structural changes to the company.

An appeal is pending before the Supreme Court.

2.1.18. Pending cases

TVTEL v. Portugal Telecom

In March 2004, TV TEL Grande Porto sued Portugal Telecom for damages of 15 million euros resulting from an alleged abuse of dominant position⁴⁶. The practices in question – refusal of access to ducts for the installation of electronic communications networks – were the object of a Decision of the PCA, which was annulled by the Lisbon Commercial Court

⁴⁵ Lisbon AC, 4 October 2011.

⁴⁶ See Portugal Telecom Annual Report 2011, available at: http://www.telecom.pt/NR/rdonlyres/805C6FA3-FD5C-4A1D-848E-DB34B5942901/1459993/CONTAS_PORT.pdf, p. 49.

on 2 March 2010. This judgment was confirmed by the Lisbon Appeal Court on 22 December 2010. To our knowledge, the final ruling in the civil suit has not yet been issued.

Optimus & Oni v. Portugal Telecom

In March 2011, Optimus initiated a follow-on action, suing Portugal Telecom before the Lisbon Judicial Court for alleged damages arising from an infringement previously identified by the Portuguese Competition Authority. As one of the companies active on the downstream markets, victim of the alleged abuse, Optimus sued Portugal Telecom for damages amounting to 11 million euros. Oni joined the suit in October 2011, asking for 1,5 million euros in damages⁴⁷. To the best of our knowledge, the case is still pending.

The practices in question were the subject of a PCA decision in September 2009 (case no. 05/03), which imposed on Portugal Telecom a fine of 45 million euros for abuse of dominant position in 2002–2003. The decision was appealed to the Lisbon Judicial Court, but the case was closed in 2011 due to being time-barred. This may raise interesting issues concerning the extent to which the PCA's decision may influence the decision in the civil suit.

Interlog v. Apple

In February 2012, the former sole distributor of Apple products in Portugal, filed a 40 million Euro suit before the Judicial Court of Funchal against the Ireland-based company for damages arising from alleged abuses of dominant position (prohibited by article 102 TFEU and its national equivalent) and of economic dependence (prohibited by article 7 of the Portuguese Competition Act in force at the time)⁴⁸.

The applicant alleges several exclusionary and exploitative practices, including: fixing of prices and discounts; imposition of orders and delivery delays; definition of quantities to be supplied to clients; refusal to sell goods and abuses in repair and maintenance services; prohibition of exports to other Member States of the EU; application of discriminatory conditions; imposition of an unfavourable agreement and illegal termination of the commercial relationship; etc. This case is still pending.

⁴⁷ See, e.g.: http://mobile.economico.pt/noticias/pt-reserva-24-mil-milhoes-para-eventuais-perdas-de-processos-judiciais_143064.html.

⁴⁸ Funchal JC, 2012.

2.2. Cases where the relevance of competition law was excluded

In a dispute before the Lisbon Labour Court, to avoid paying compensation to a worker, an employer invoked in its defense that the clause of the collective bargaining agreement which prohibited that worker from being fired, in that case, was in violation of the principle and rules of free competition on the market, specifically the national provision equivalent to article 101 TFEU. The employer had not signed this agreement, but it had been rendered binding onto it by Ministerial decree. The Constitutional Court dismissed the argument, in essence on the grounds that the legislation in question protected constitutional rights and principles which, in this case, had to be considered to rise above that of the protection of competition⁴⁹.

Two other cases also focused on collective bargaining agreements, relating to workers in the cleaning services sector, and involving the workers, the Association of Companies Supplying Cleaning Services and Similar Activities, the Union of Workers in Reception, Security, Cleaning and Similar Activities, a Chamber of Commerce and Industry, a company and a private person. Competition law was raised as a defense, not by the workers or their Union.

In *Maria da Conceição et al. v. Climex et al.*⁵⁰, the appellant invoked the invalidity of the collective bargaining agreement, under competition law. The Lisbon Appeal Court pointed out that the agreement in question, and the legal framework on which it rested, implemented a constitutional right to job security and that, not only was the protection of competition a relative goal that could be set aside by higher constitutional principles, but also it did not find any infringement of rules aimed at protecting competition on the market, as the agreement in question merely extended to another sector a provision included in legislation. It based this finding on the Constitutional Court's ruling in the previously described case.

While it was not possible to consult the full version of the judgment, the Supreme Court concluded that a specific clause of the collective bargaining agreement did not infringe the national provision equivalent to article 101 TFEU (or that the latter was not applicable).

49 CC, 12 July 1990.

50 SC, 30 June 1993. Appeal from Lisbon AC, 30 September 1992.

In *Cleaning services association II*⁵¹, the applicants asked for an injunction (to get their jobs back) and for back and future pay, based on an infringement of the respective collective bargaining agreement. They argued, *inter alia*, that, by giving one company access to the workforce under more favourable terms, the collective bargaining agreement was in breach of (current) article 101 TFEU and its national equivalent. The first instance court dismissed the applicability of national and EU competition law to the matter at hand on the (surprising) grounds that these rules only apply to undertakings and “*not to unions, political parties, legal persons of public utility [charities], [or] associations*”. The Appeal Court and the Supreme Court did not have to discuss the issue, as they restricted their conclusions to the issue of inadmissibility.

In *Ilídio Monteiro & Graciete Monteiro v. Banco de Fomento & Exterior*⁵², the applicants, partners of a construction company, reacted to enforcement proceedings by a bank whose activities were subject to special legislation. They invoked, *inter alia*, a breach of EU Competition Law (the legislation in question allegedly infringed [current] article 106, read in conjunction with article 101 TFEU) and of the Portuguese Competition Act.

The first instance Court rejected the application, as did the Lisbon Appeal Court. The applicability of the Treaty provisions was rejected, on the grounds the activity in question was not economic in nature and that there was no effect on trade between Member States. As for national competition law, the Court affirmed that the non-commercial banking activities in question were governed by specific legislation and were not encompassed by the Portuguese Competition Act.

In *Camilo Fernandes Lda v. Ford*⁵³, *Viaturas e Máquinas da Beira*⁵⁴, and *AA v. Renault*⁵⁵, the block exemption regulation for motor vehicle distribution agreements (Regulation EC 1475/95) was invoked by car manufacturers in support of an argument unrelated to competition law, seeking to limit compensation available to the former dealers under general civil law, following the termination of their contracts. The Supreme Court rightfully dismissed

51 SC, 6 June 2007. Appeal from the Labour Court of Ponta Delgada.

52 Lisbon AC, 3 October 2002.

53 SC, 21 April 2005. Appeal from Oporto AC, 3 April 2004.

54 SC, 5 March 2009.

55 SC, 24 January 2012. Appeal from Lisbon AC, 12 May 2011.

the relevance of the Regulation for the point the parties were attempting to make. Less fortunately, the Supreme Court added that such a Regulation could not be applicable because at stake were relations between Portuguese companies, with no “*cross-border objective connection*”. Arguably, the Court seemed to believe that a case has to involve trade between companies established in different Member States in order for there to be an effect on trade between Member States and, therefore, for EU Law to be applicable.

In *Camilo Fernandes Lda v. Ford*, the first instance court⁵⁶ had summed up as follows (in a footnote) the reasons behind the irrelevance of EU Competition law for the determination of the civil law rules applicable to concession agreements: “*the Community rules and principles [of competition law] invoked by the defendant have neither the purpose nor the effect of defining the substantive regime applicable to a concession agreement – since they relate exclusively to the Community regulation of competition, indicating the clauses that are admissible and inadmissible in light of article [101 TFEU] (...). In short, these regulations are only aimed at defining the conditions for exemption and notification of certain categories of agreements to the European Commission, implying nothing concerning the substantive regime to which those agreements are subject in each Member State*”. These conclusions were backed up by references to a judgment of the Supreme Court, as well as to case-law of the ECJ, and to Portuguese and foreign doctrine. The competition law issue was not discussed before the Oporto Appeal Court.

In “*G*” *v.* “*N*”⁵⁷, a textile retailer sued a manufacturer for damages resulting from the cancellation of an order. The Lisbon Appeal Court agreed with the first instance court in dismissing the suit. One of the legal basis invoked by the retailer was an abuse of economic dependence and the fact that a clause in the agreement was prohibited by national competition law. Surprisingly, the Lisbon Appeal Court dismissed the relevance of the national provision equivalent to article 101 TFEU on the argument that, since the clause in question was an essential condition of the agreement, if it were to be deemed null and void, then the entire agreement would be null and void and, as a result, the (contractual) justification for the compensation sought would disappear, rendering the issue *moot*. It added that the appellant had not met its burden of proof in what concerned the existence of economic dependence.

⁵⁶ Judgment of the Vila Real Judicial Court, reproduced in Oporto AC, 3 April 2004.

⁵⁷ Lisbon AC, 12 September 2006.

In “*B*” *v.* “*C*” (*Gym user*), an individual asked for provisional measures against a gym of which she was a member, for unlawfully refusing her access to the facilities⁵⁸. It was alleged that this was the only nearby gym with the type of classes sought by this individual. Amongst other legal basis, it was argued that the behavior of the gym owners constituted an infringement of the Portuguese Competition Act. While the first instance court apparently addressed this issue (in terms we are unaware of), the Oporto Appeal Court merely stated that any argument relating to that law was misplaced, as it found in this case no “*economic activities revealing practices in restriction of competition or concentrations between companies*”, referring to article 1 of the PCA. No further justification or explanation was given.

2.3. Cases where competition law was raised but not discussed

The *DECO v. Portugal Telecom*⁵⁹ case stands alone as the only example of the national legislation on popular action being used in an attempt to enforce competition law. Essentially, Portugal Telecom had imposed, in 1999, an “activation charge”, for all its clients and for all phone calls (a similar practice had occurred in 1998).

Acting under Law 83/95, of 31 August, which grants, *inter alia*, consumer protection associations the right to initiate court proceedings to protect diffuse interests, such as public health, the environment, etc, the Portuguese Consumer Protection Association sued the company, asking that it be ordered to return the unlawful charge to all clients. One of the legal bases invoked was an abuse of dominant position, but the courts declared the application successful on other grounds, without discussing competition law.

According to Portugal Telecom’s financial report of 2004, the case ended in a settlement between DECO and Portugal Telecom, on 15 March 2004, to the estimated value of 120 million Euro. No direct payment was made. Instead, “*PT did not charge its customers for their national, regional and local calls on March 15, 2004 [National Consumers’ Day], and on 13 consecutive Sundays between March 21, 2004 and June 13, 2004*”. “*PT also agreed to reimburse any customer who makes a claim for his portion of the 1998 call set-up charges*”⁶⁰. The two complaints that had in the meantime been made by DECO were

58 Oporto AC, 9 May 2007.

59 SC, 7 October 2003. Appeal from Lisbon AC, 12 November 2002.

60 See Mulheron, 2008: 77-78.

withdrawn in June 2004. A total of approximately two million Portugal Telecom customers were represented, and only five persons opted out.

Competition law is not specifically mentioned in the non-exhaustive enumeration of the type of interests encompassed by Law 83/95, of 31 August, and so, to this day, there may be doubts as to whether and to what extent *actio popularis* is available for private enforcement of competition law. In the very least, what can be said is that, in this case, right up to the Supreme Court, the admissibility of the part of the application dealing with competition law was not rejected. We shall deal with this issue in further detail in the upcoming second part of this paper.

Another issue discussed in this case was that of the admissibility of two separate *actio popularis* running simultaneously and autonomously. The Lisbon Appeal Court considered that these proceedings could be decided independently from another popular action introduced by DECO against Portugal Telecom because they were based on different facts (*maxime*, they related to different time periods) and because different remedies were sought (the first action was not aimed at obtaining compensation for damages).

This judgment may also be referred to as an example of cases being admitted, relating essentially to the same facts, but in subsequent years. Indeed, DECO initiated two separate proceedings regarding the same practices in 1998 and in 1999, and the Lisbon Appeal Court confirmed that both were admissible.

In “B” v. “C” & “D”⁶¹, a case concerning the sale of an establishment (gym) allegedly subject to a non-compete clause, the court noted that such situations may be governed by national competition law, as well as by (current) Article 101 TFEU, but its findings on the facts of the case made it unnecessary to discuss the issue.

In “B” & “C” v. “D”⁶², a case concerning alleged exclusionary practices associated to an entertainment machines distribution agreement, competition law was invoked among other legal basis, but the court did not get to discuss it, as it found that the claim was time-barred.

61 Oporto AC, 15 October 2004.

62 Oporto AC, 10 July 2006.

3. GLOBAL ANALYSIS OF THE PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW IN PORTUGAL

3.1. Overview

While it is certainly true that there is a limited number of cases of private enforcement of Competition Law in Portugal, since its inception, almost 30 years ago, such cases are, by far, not as rare as is generally assumed.

All in all, between December 1983 and May 2012, we have identified: (i) 25 cases where competition law was discussed⁶³; (ii) 10 cases where the relevance of competition law was excluded; and (iii) 3 cases where competition law issues were raised but not discussed. The following comments rest on this sample and should therefore all be understood to be preceded by the safeguard “as far as we were able to determine”.

Contrary to what is widely believed⁶⁴, there has been at least one judgment in Portugal which awarded damages to a private party on the basis of an infringement of competition law⁶⁵. There has, however, never been judicial consideration of the passing-on defence (e.g. the argument that a client cannot claim damages from its supplier on the grounds that it has already passed on those damages to its own clients) or of indirect damages (e.g. damages suffered by clients further along the distribution chain, who were not the direct victims of the competitive infringements).

With the exception of the *DECO v. Portugal Telecom* case (where the issue was resolved without applying competition law), there has never been a collective redress or consumer protection case. There has also never been a judgment in a proper follow-on case (i.e. a case initiated by undertakings or clients that suffered damages as a result of infringements of competition law identified by the competition authorities before the initiation of the proceedings), despite the clear advantages of such cases in terms of ease of proof⁶⁶.

63 Including 1 case of which we know only through an ECJ judgment and 3 cases that are still pending (where it may be assumed that competition law will indeed be discussed).

64 European Commission, 2008b: 1; Cruz Vilaça, Nápoles & Choussy, 2004; Sousa Ferro, 2007: 285.

65 See, above, the description of the *Carrefour v. Orex Dois* case.

66 The *TV TEL v. Portugal Telecom* case is not strictly speaking a follow-on action, as it seems to have been initiated before the adoption of the PCA decision addressing the same practices, but it may nonetheless be included in this category, as it will raise the issues typical of such actions. The *Optimus & Oni v. Portugal Telecom* case, now pending, seems to be the first follow-on case, *stricto sensu*, to come before national courts.

In the majority of cases, competition rules were invoked as a defence. On the other hand, competition law has been successfully invoked (i.e. the court accepted the legal argument of the party raising the competition issue) in a few cases, although clearly in the minority⁶⁷. This should not be understood as implying a general reluctance of national courts in identifying infringements of competition law. The truth is that, in the majority of cases, in particular in defensive contexts, the alleged infringement was raised with little or no hope of success. It may also be argued that the case-law suggests a tendency to protect the “little guy” from perceived abuses by large companies.

There is a clear dominance of a particular type of case in the private enforcement of competition law field in Portugal. Of the 25 cases where competition law was discussed and applied by the courts, 18 dealt with relations between a manufacturer and its distributors or retailers (vertical relations). 5 cases related to the supply of services and 2 others to sports broadcasting rights. Recently, there has been a visible increase in the average amount of damages being sought in court, taking into account those cases still pending.

Judges in first instance generalist courts cannot be expected to master all the complexities of competition law, and so it is not surprising that first instance rulings tend to reveal an approach to the enforcement of the Competition Act that is insufficiently nuanced. That being said, there are excellent examples of courts which, particularly by resorting to *amicus curiae* briefs from the Competition Authority and to national and European precedents, have produced insightful judgments in intricate cases⁶⁸. On the other hand, some first instance judges have shown such a degree of unwillingness to apply competition law, adopting a traditional formalistic, civil law approach to competition law based disputes, such as to put into question the very right of access to justice⁶⁹.

For a discussion of PCA decisions that could have led to follow-on actions, see Coutinho de Abreu, 2011: 111-113.

67 See, above, the description of the following cases: *Sport Lisboa Benfica v. Olivedesportos*; *Tabou Calzados v. Ramiro da Conceição Maia*; *Slaughterhouse*; *Milk distribution*; *VSC & FPF v. RTP*; and *Carrefour v. Orex Dois*.

68 See, above, the description of the *Sociedade Central de Cervejas v. Carmo Nascimento* and the *Sociedade Central de Cervejas v. Factorfina* cases, as well as the *Nestlé Portugal v. Café da Palha* case.

69 See, above the description of the *Reuters v. Mundiglobo* case.

At the other end of the spectrum, the Supreme Court has displayed resistance in embracing the private enforcement of competition law. While no judgment clearly stands out as groundbreaking, there are several examples of rather blunt rulings.

For one thing, we were unable to identify a single example of the Supreme Court applying EU competition rules in this context. This Court has repeatedly refused to acknowledge the applicability of the Treaty to internal situations, even when the first and second instance court had done so or when the European Commission itself had deemed EU Law applicable to similar practices of that undertaking⁷⁰. As a result, it has also refused to refer questions to the European Court of Justice. It has stated that EU competition law is only applicable to cases involving trade between companies established in different Member States (applying a classic formal understanding of undertaking in this assessment, rather than the competition law concept of undertaking) or with some other kind of objective cross-border link⁷¹.

As for the Supreme Court's discussions of Portuguese competition law, its conclusions have either been rendered after a mere cursory reference to the topic or they have been completely off the mark, as when it discussed the requirements for abuse of economic dependence in a case where an abuse of dominant position had been invoked⁷².

Within this sample, the Lisbon Appeal Court stands out as the most active in this domain, having been most often confronted with competition law issues. It is also the court that has shown the greatest qualitative evolution in its approach to competition cases.

One conclusion that seems inevitable is that there is a wide gap between the theory of competition law and its enforcement in practice, particularly in what concerns the expectable depth of analysis and the standard of proof. There has, for example, never been a proper discussion of how to identify a dominant position, or a discussion of the definition of the relevant market, or a "by the book" application of article 101(3) (or its national equivalent).

70 See, above, the description of the *JSS et al v. Tabaqueira* and *JCG et al v. Tabaqueira* cases.

71 See, above, the description of the *Camilo Fernandes Lda v. Ford* case.

72 See, above, the description of the *Reuters v. Mundiglobo* case.

3.2. Quotable precedents

Given the perceived uncertainty among legal practitioners concerning the attitude of national courts towards suits for damages based on infringements of competition law, it seems useful to highlight some of the general principles and issues that have already been affirmed in the case-law, and which may be invoked as (naturally, non-binding) precedents:

- Admissibility of tort suits based on infringement of competition law:
 - all the cases discussed in section 2.1 implicitly recognize the admissibility of such suits, but some have done so explicitly and clarified the applicable requisites⁷³;
- EU competition law and its relation to national competition law:
 - national competition law should be interpreted in light of EU competition law⁷⁴;
 - primacy of article 101 TFEU, when also applying the national equivalent (article 8 of the Portuguese Constitution)⁷⁵;
 - articles 101 and 102 TFEU have direct effect in the internal legal order⁷⁶;
 - even when EU law is not applicable, it may be referred to for conceptual clarification of national law, given the parallelism of solutions⁷⁷;
 - recognition of prior Commission decisions declaring a contested agreement to be null and void under the TFEU⁷⁸;
- Distribution of the burden of proof:
 - applicability of article 342 of the Civil Code⁷⁹;
 - it is for the claimant to demonstrate the significantly restrictive nature of the agreement⁸⁰;

73 SC, 21 March 1996.

74 SC, 31 October 1991. See also: Lisbon JC, 14 March 2005; Lisbon JC, 2 November 2005.

75 Oporto AC, 14 April 2010.

76 Oporto AC, 14 April 2010; Lisbon AC, 7 June 2011; SC, 17 May 2012.

77 Lisbon AC, 9 April 2002.

78 Lisbon AC, 10 November 2009.

79 Lisbon AC, 24 May 2001.

80 Lisbon AC, 7 June 2011; SC, 17 May 2012.

- it is for the undertaking wishing to benefit from an individual exemption to prove that the requisites of article 101(3) TFEU, or its national equivalent, are met⁸¹;
- it is for the party invoking an abuse to prove the existence of the (relative/absolute) dominant position⁸²;
- to prove abusive discriminatory practices, the claimant must demonstrate, *inter alia*, that different conditions were offered to other companies who were its competitors and that the “*commercial positioning*” of the supplier in relation to them was “*objectively equivalent*”⁸³;
- Objectively justified differences in pricing are not unlawfully discriminatory⁸⁴;
- Broad concept of “undertaking” in competition law⁸⁵;
- Interpretation of article 101:
 - agreements are encompassed by this provision regardless of the form they take (including shareholder agreements)⁸⁶;
 - agreements that do not significantly restrict competition are not forbidden by article 101 or its national equivalent (*de minimis*)⁸⁷;
 - exclusive or selective distribution agreements are generally forbidden by article 101(1) TFEU and/or its national equivalent, but may be economically justified under article 101(3) and/or its national equivalent⁸⁸;
 - the national equivalent to article 101 TFEU applies to vertical agreements⁸⁹;

81 Lisbon AC, 24 November 2005.

82 SC, 24 April 2002; Oporto JC, 6 January 2006.

83 Appeal from Lisbon AC, 24 May 2001.

84 SC, 31 October 1991. Appeal from Lisbon AC, 6 March 1990. See, however: Lisbon AC, 18 April 1991.

85 Lisbon AC, 10 November 2009.

86 Lisbon AC, 9 April 2002; Lisbon AC, 5 March 2009.

87 Oporto AC, 9 March 2004; Oporto AC, 14 April 2010; Lisbon AC, 7 June 2011; Lisbon JC, 14 March 2005; Lisbon JC, 2 November 2005; SC, 17 May 2012.

88 Lisbon AC, 9 April 2002. See also: Oporto AC, 9 March 2004.

89 Lisbon AC, 9 April 2002.

- it is sufficient to demonstrate a potential restrictive effect of the collective practices⁹⁰;
- the collective effects of bundles of identical agreements should be taken into account when assessing an individual agreement, in accordance with the *Delimitis* case-law⁹¹;
- Clarification of the requisites of economic dependence⁹²;
- Justification of market definition on the basis of prior decisions of the European Commission and the PCA⁹³;
- Courts are not obliged to suspend proceedings to await a decision of the PCA, if a request has been submitted by a party (following the initiation of the proceedings) for prior assessment of the lawfulness of the agreement in question⁹⁴;
- It is not enough for a party to produce a PCA decision concerning the unlawfulness of the practices in question, if it has not alleged the facts that allow for that legal conclusion⁹⁵;
- A decision of the PCA concerning the practices in question does not lead to *res judicata* – courts are not legally bound by it in private enforcement cases⁹⁶.
- If the PCA adopts a decision concerning the practices in question after the end of the trial phase in the first instance, it may still be produced as evidence before the Appeal Court⁹⁷;
- Infringements of competition law may be raised on the court's own initiative (and, as a result, it is admissible for a party to raise this legal issue on appeal, even when it failed to do so before the first instance

90 Lisbon AC, 9 April 2002.

91 Oporto AC, 14 April 2010.

92 SC, 24 April 2002; Lisbon AC, 4 October 2011.

93 Lisbon AC, 10 November 2009. See also the two *Tabaqueira* cases.

94 Oporto AC, 1 March 2007.

95 Oporto AC, 1 March 2007.

96 Oporto AC, 1 March 2007.

97 Oporto AC, 1 March 2007.

court; a court may also apply national competition law, even exclusively, when only EU competition law was invoked)⁹⁸.

3.3. Thoughts on the future

The possible ways to address the shortcomings of private enforcement in Portugal are well known, not only because they do not differ from the solutions discussed at the broader European level, but also because some Portuguese authors have already repeatedly stressed them. This paper aims at providing a solid working basis for these assessments, rather than at being innovative in the presentation of possible solutions. Furthermore, only the second (upcoming) part of this analysis will allow for a more accurate basis from which to derive duly justified recommendations.

That being said, we would like to recall some of the main solutions already put forward by such notable scholars as Prof. Sérvulo Correia⁹⁹ and Prof. Luís Morais¹⁰⁰, to which we fully subscribe:

- (i) centralization of the private enforcement of competition law in a specialized court (specifically, the same court that centralizes all appeals relating to decisions of the Portuguese Competition Authority)¹⁰¹;
- (ii) promotion of training actions for judges¹⁰²;
- (iii) promotion of training actions for lawyers;
- (iv) legal clarification of cooperation mechanisms between the courts and the Competition Authority (and European Commission, giving effect to article 15 of Regulation (EC) 1/2003), explicitly providing

98 Lisbon AC, 9 April 2002; Oporto AC, 3 November 2009; Oporto AC, 14 April 2010; Lisbon AC, 7 June 2011; SC, 13 January 2005. In the latter, after the first instance court had applied the national competition act exclusively, when only EU competition law had been invoked, the SC noted that it may be debated whether such an initiative of the court, without the parties having been given the chance to comment on it, may be deemed to infringe the adversarial principle, but did not need to resolve this issue in the specific case, as the nullity had not been invoked).

99 Sérvulo Correia, 2010: 114-117.

100 Morais, 2011: 31.

101 Making the argument for the need for a specialized court in what concerns appeals of decisions of the PCA (extendable to private enforcement): Mendes Pereira, 2009: 439; e Martinho, 2010: 264.

102 For a few years now, there have been several training actions for judges in competition law, including those promoted annually by the European Institute and the Institute for Economic, Financial and Fiscal Law, both of the Lisbon Law School.

for the possibility of *amicus curiae* briefs by the PCA, at the request of the courts or on its own initiative¹⁰³;

- (v) mandatory communication by the courts of cases where the application of competition law is raised, and management and online publication by the PCA of a database;
- (vi) explicitly providing for the possibility of staying court cases while awaiting relevant decisions of the competition authorities (or their appeals in court)¹⁰⁴; and
- (vii) adoption of measures concerning arbitration in competition law disputes.

A very specific problem that has surfaced in our analysis of the case-law is the occasional difficulty in fully assimilating the ECJ's case-law relating to the criterion of effect on trade between Member States, and in applying the *de minimis* criterion¹⁰⁵. While both issues have already been the subject of Communications of the European Commission, it would probably prove useful to have national general guidance on these issues, adopted by the Portuguese Competition Authority, ideally based on hypothetical specific scenarios that are most likely to be faced by the courts.

With the hope of making a small contribution along the lines of these possible solutions, the authors shall contribute the judgments mentioned throughout this paper for a database to be created and managed by the European Institute of the Lisbon Law School.

4. CONCLUSION

Our research has shown that there are far more examples of private enforcement of competition law in Portugal than has so far been generally thought, and that there has even been a successful claim for damages. While this collection is hopefully far more than a “tip of the iceberg”, we are convinced that there must still be a significant number of cases that have not yet been collected or identified.

103 Highlighting the importance of *amicus curiae* briefs in such cases: Cruz Vilaça, Nápoles & Choussy, 2004: 121.

104 This seems to already be the practice of the courts – see, above, the description of the *TV TEL v. Portugal Telecom* and *Optimus & Oni v. Portugal Telecom* cases.

105 See, in this regard, e.g.: Sousa Ferro, 2010.

Generally, with the notable exception of the Supreme Court, the precedents of private enforcement of competition law in Portugal paint a picture of a national judicial system that is receptive to tackling competition law issues, albeit rightfully demanding in what concerns the burden of proof. A willingness to seek guidance in *amicus curiae* briefs and to follow precedents set by European case-law or by decisions of the PCA or the European Commission also broadly emerges.

Recent cases show that there is a growing awareness among medium and large companies of the possibility to sue for damages arising from infringements of competition law, but there are also signs of significant reluctance in initiating such suits, as evidenced by the (almost complete) absence of follow-on suits in Portugal. On the other hand, consumer cases continue to be entirely inexistent, despite the opt out system under the popular action Act.

Given the geographically disperse pattern of first instance cases allied with the lack of “space to think” for these judges (certainly overburdened with intellectual multi-topic tasking) we cannot expect the Appeal Courts to “save the day”, time and again, nor have all the Appeal Courts shown the same depth in the analysis of competition law cases. One should also not expect the Appeal Courts to repeatedly and successfully overturn first instance rulings that require complete legal restructuring, while at the same time laying foundations that are attractive enough for the (conservative) Supreme Court to embrace. Everyone would benefit from the concentration of know-how and from the availability of centralized data if the private enforcement of competition law were to be centralized in a single court, such as the recently created Competition, Regulation and Supervision Court.

REFERENCES

CASE-LAW

COIMBRA APPEAL COURT (COIMBRA AC)

1998 Judgment of 1998/05/05, *Cravo e Serrano v. Jorge Silva* (case no. 84/97)

CONSTITUTIONAL COURT (CC)

1990 Judgment of 1990/07/12, “A” v. “B” (case no. 102/89)

ÉVORA APPEAL COURT (ÉVORA AC)

1995 Judgment of 1995/02/23, *Júlio Canela Herdeiros v. Refrige* (case no. 452/94)

EUROPEAN COURT OF JUSTICE (ECJ)

1969 Judgment of 1969/07/09, *Völk* (5/69), ECR (1969) 295

1991 Judgment of 1991/02/28, *Stergio Delimitis* (C-234/89), ECR (1991) I-935

1993 Judgment of 1993/11/10, *Petrogal* (C-39/92), ECR (1993) I-5659

GUIMARÃES APPEAL COURT (GUIMARÃES AC)

2011 Judgment of 2011/01/04, “A” v. “B” (case no. 3164/08.1TBVCT.G1)

FUNCHAL JUDICIAL COURT (FUNCHAL JC)

2012 “Varas de Competência Mista, 1ª Secção”, *Interlog v. Apple Sales International* (case no. 135/12.7TCFUN, application in February 2012, pending)

LISBON APPEAL COURT (LISBON AC)

1990 Judgment of 1990/03/06, *JSS et al v. Tabaqueira* (case no. 2426)

1991 Judgment of 1991/04/18, *JCG et al v. Tabaqueira* (case no. 4202)

1992 Judgment of 1992/09/30, *Maria da Conceição et al v. Climex et al* (case no. 7709-4)

2000 Judgment of 2000/11/02, *Sport Lisboa Benfica v. Olivledesportos* (case no. 60506)

2001 Judgment of 2001/05/24, *Reuters v. Mundiglobo* (case no. 3801/2001)

2002 Judgment of 2002/04/09, *Tabou Calzados v. Ramiro da Conceição Maia* (case no. 494/02)

2002 Judgment of 2002/10/03, *Banco de Fomento & Exterior* (case no. 5223/02-8)

12 November 2002 Judgment of 2002/11/12, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 3724/02-7)

2003 Judgment of 2003/07/09, *Central de Cervejas v. B*

2005 Judgment of 2005/11/24, *Carrefour v. Orex Dois* (case no. 6882/2005-8)

2006 Judgment of 2006/09/12, “G” v. “N” (case no. 2721/2006-7)

2009 Judgment of 2009/03/05, “D” & “G” v. “C”, “AF”, “I” & “M” (case no. 686/2009-6)

2009 Judgment of 2009/11/10, *VSC & FPF v. RTP* (case no. 4292/1999.L1-S1)

- 2011 Judgment of 2011/05/12, *AA Sociedade de Automóveis da Maia v. Renault Portuguesa* (case no. 39/2000.L1.S1)
- 2011 Judgment of 2011/06/07, *Sociedade Central de Cervejas v. O Difícil da Alameda* (case no. 3855/05.9TVLSB.L1-7)
- 2011 Judgment of 2011/10/04, *Goodyear v. Eurovidal* (case no. 107/2001.L1)
- LISBON JUDICIAL COURT (LISBON JC)
- 1994 Judgment of 1994/11/21 (“7.º Juízo Cível”), *Petrogal c. Correia, Simões & Cª et al* (case no. 550/1990)
- 1999 Judgment of 1999/09/01 (“1.º Juízo Cível”), *Reuters v. Mundiglobo* (case no. 299/95)
- 2005 Judgment of 2005/03/14, *Sociedade Central de Cervejas v. Carmo Nascimento* (case no. 8942/03)
- 2005 Judgment of 2005/11/02, *Sociedade Central de Cervejas v. Factorfina* (case no. 67/02)
- 2010 Judgment of 2010/04/28, *Sociedade Central de Cervejas v. O Difícil da Alameda* (case no. 3855/05.9TVLSB)
- Oporto APPEAL COURT (Oporto AC)
- 2004 Judgment of 2004/03/09, *Nestlé Portugal v. Campo Doce* (case no. 6904/03)
- 2004 Judgment of 2004/04/03, *Camilo Fernandes Lda v. Ford* (case no. 841/04)
- 2004 Judgment of 2004/10/15, “B” v. “C” & “D” (case no. 0434478)
- 2006 Judgment of 2006/07/10, “B” & “C” v. “D” (case no. 0653357)
- 2007 Judgment of 2007/03/01, *Nestlé Portugal v. Café de Palha* (case no. 529/07-3)
- 2007 Judgment of 2007/05/09, “B” v. “C” (case no. 0731258)
- 2009 Judgment of 2009/11/03, “B” v. “C” (case no. 572/07.9 TBVLC.P1)
- 2010 Judgment of 2010/04/14, “C” v. “B” (case no. 8615/08.2TMBTS.P1)
- Oporto JUDICIAL COURT (Oporto JC)
- 2003 Judgment (“5ª Vara Cível, 2ª Secção”) of 2003/06/17, *Nestlé Portugal v. Campo Doce* (179/02; archive no. 721637)
- 2006 Oporto Judicial Court judgment (“8ª Vara Cível, 2ª Secção”) of 2006/01/06, *Nestlé Portugal v. Carcafé* (2034/04.7TVPRT; archive no. 805835)
- 2006 Oporto Judicial Court judgment (“8ª Vara Cível, 1ª Secção”) of 2006/09/15, *Nestlé Portugal v. Café de Palha* (4374/04; archive no. 812596)
- SUPREME ADMINISTRATIVE COURT
- 1992 Judgment of 1992/07/02, *Entrepoto de Vila Nova de Gaia* (case no. 028316)
- SUPREME COURT (SC)
- 1991 Judgment of 1991/10/31, *JSS et al v. Tabaqueira* (case no. 079744)

- 1993 Judgment of 1993/06/30, *Maria da Conceição et al v. Climex et al* (case no. 3639)
- 1993 Judgment of 1993/07/08, *JCG et al v. Tabaqueira* (case no. 081441)
- 1996 Judgment of 1996/03/21, *Júlio Canela Herdeiros v. Refrige* (case no. 087823)
- 2002 Judgment of 2002/04/24, *Reuters v. Mundiglobo* (case no. 01B4170)
- 2003 Judgment of 2003/10/07, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 03A1243)
- 2005 Judgment of 2005/01/13, *Central de Cervejas v. B* (case no. 04B4031)
- 2005 Judgment of 2005/04/21, *Camilo Fernandes Lda v. Ford* (case no. 04B3868)
- 2007 Judgment of 2007/06/06, *Trabalhadores de Serviços de Portaria, Vigilância, Limpeza, Domésticas e Actividades Diversas v. Câmara de Comércio e Indústria de Ponta Delgada et al* (case no. 06S4608)
- 2009 Judgment of 2009/03/05, *Viaturas e Máquinas da Beira v. BB* (case no. 09B0297)
- 2010 Judgment of 2010/04/29, *VSC & FPF v. RTP* (case no. 4292/1999.L1-S1)
- 2012 Judgment of 2012/01/24, *AA Sociedade de Automóveis da Maia v. Renault Portuguesa* (case no. 39/2000.L1.S1)
- 2012 Judgment of 2012/05/17, *Sociedade Central de Cervejas v. O Difícil da Alameda* (case no. 3855/05.9TVLSB.L1.S1)

BOOKS AND ARTICLES

ANTUNES, L. P.

- 2001 Intervenção em Conselho Económico e Social, *Mesa Redonda: a Concorrência e os Consumidores*, Lisboa, p. 133.

BOTELHO MONIZ, C. & ROSADO DA FONSECA, M.

- 2008 “Portuguese Report to FIDE Congress XXIII – The modernization of European competition law – first experiences with Regulation 1/2003”, in APDE, *Estudos de Direito Europeu: Congressos da FIDE – Relatórios Portugueses 1990-2008*, Principia, 2009, p. 736.

COUTINHO DE ABREU, J.

- 2011 “Private enforcement of competition law in Portugal”, in Velasco San Pedro, L. A. et al. (eds.), *Private enforcement of competition law*, Lex Nova, p. 101.

CRUZ VILAÇA, J. L., NÁPOLES, P. M. & CHOussy, D.

- 2004 Information on Portugal quoted in D. Waelbroeck, d. Slater & g. Even-Shoshan (eds.), *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition rules – Comparative Report*, Ashurst, Brussels, 31 August 2004, available at: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf.

EUROPEAN COMMISSION

- 2005 “Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules”, COM(2005)672, 19 December 2005, available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0672:EN:NOT>.
- 2008a “White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules”, COM(2008)165, 2 April 2008, available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:EN:NOT>.
- 2008b “Executive summary and overview of the national report for Portugal”, available at: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/executive_summaries/portugal_en.pdf.

GORJÃO-HENRIQUES, M. & VAZ, I.

- 2004 “Portuguese Report to FIDE Congress XXI – Competition law and competition policy in the European Union: the reorganization of the competition law application system, may it prosper?“, in APDE, *Estudos de Direito Europeu: Congressos da FIDE – Relatórios Portugueses 1990-2008*, Principia, 2009, p. 621.

MARTINHO, H. G.

- 2010 “Tribunais especializados, concentração de competências e o futuro tribunal da concorrência, regulação e supervisão”, (2010) 1(3) *Revista de Concorrência e Regulação*, p. 253.

MENDES PEREIRA, M.

- 2009 *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.

MORAIS, L. S.

- 2007 “Aplicação do Direito da Concorrência, nacional e comunitário, por Tribunais Arbitrais: o possível papel da Comissão Europeia e das Autoridades Nacionais de Concorrência nesses processos“, Presentation at the Portuguese Competition Authority, 15 October 2007, available at: http://www.pazferreira.pt/xms/files/Trabalhos_Cientificos/Acessiveis_para_Consulta/LM-confADC-15-10-07.pdf.
- 2011 “Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law - Legal and Jurisdictional Issues”, paper presented at the 16th Annual Competition Law and Policy Workshop (European University Institute, Florence), 17/18 June 2011, available at: http://www.institutoeuropeu.eu/images/stories/16th_Annual_Competition_Law-LMORAIS-DRAFT-14-6-2011-v-2.pdf.

MULHERON, R.

2008 “Competition law cases under the opt-out regimes of Australia, Canada and Portugal”, Research Paper, available at: <http://www.bis.gov.uk/files/file49008.pdf>.

ROSADO DA FONSECA, M. & NASCIMENTO FERREIRA, L.

2009 “Portugal”, in *The International Comparative Legal Guide to: Enforcement of Competition Law 2009*, Global Legal Group, available at: <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3010.pdf>, p. 118.

RUIZ, N.

1998 “Portuguese Report to FIDE Congress XVIII – National application of Community competition law in Portugal”, in APDE, *Estudos de Direito Europeu: Congressos da FIDE – Relatórios Portugueses 1990-2008*, Principia, 2009, p. 351.

1999 “A aplicação do direito comunitário da concorrência em Portugal”, *Documentação e Direito Comparado*, no. 77-78, available at: <http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/7778-a.pdf>, p. 6.

SÉRVULO CORREIA, J. M.

2010 “The effectiveness and limitations of the Portuguese system of competition law enforcement by administrative and civil procedural means”, in MATEUS, A., MOREIRA, T. (eds.), *Competition law and economics: advances in competition policy enforcement in the EU and North America*, Edward Elgar, p. 85.

SOUSA FERRO, M.

2007 “A obrigatoriedade de aplicação do Direito Comunitário da Concorrência pelas autoridades nacionais”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, pp. 271-351.

2010 “Práticas restritivas da concorrência: súmula orientada para a prática judicial”, E-book of the Training Course for National Judges on Competition Law, European Institute of the Lisbon Law School, available at: <http://www.institutoeuropeu.eu/images/stories/E-book.pdf>.

TRABUCO, C. & GOUVEIA, M. F.

2010 “A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts”, available at: http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/miscellaneous/A_arbitrabilidade_das_questoes_de_concorrenca_C_Trabuco_e_M_Gouveia.pdf.

VIEIRA PERES, J. & MAIA CADETE, E.

2009 “Portugal”, in I. K. Gotts (ed.), *The Private Competition Enforcement Review*, 2nd ed., Law Business Research, available at: <http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/573.pdf>, p. 138.

2010 “Portugal”, in I. K. Gotts (ed.), *The Private Competition Enforcement Review*, 3rd ed., Law Business Research, available at: http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2010/Private_Competition_Enforcement_Review.pdf, p. 202.

2011 “Portugal”, in I. K. Gotts (ed.), *The Private Competition Enforcement Review*, 4th ed., Law Business Research, p. 260.

WOODS, D., SINCLAIR, A. & ASHTON, D.

2004 “Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead”, in *Competition Policy Newsletter*, number 2, 2004 (summer), p. 31.



DESAFIOS DA REGULAÇÃO DA SAÚDE EM PORTUGAL NOS TEMPOS DE CRISE

*Olívio Mota Amador**

ABSTRACT: The Portuguese Health Regulation Authority (Entidade Reguladora da Saúde) aims at delivering independent assurance about (i) the compliance with legal requirements for health care services and establishments; (ii) the protection of health care service users rights, including access and freedom of choice; (iii) the legality and transparency in the economic relations between providers, funders and users; (iii) fair competition in health care markets. In this article, the Author provides a brief summary of the Portuguese health regulatory process, considering the current constraints and looking to the future perspectives.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A criação da Entidade Reguladora da Saúde 3. Linhas de evolução da regulação da saúde em Portugal 4. Regulação da saúde em tempos de crise: aspetos nucleares 4.1. Garantia de acesso aos cuidados de saúde. 4.2. Defesa dos direitos dos utentes. 4.3. Legalidade e transparência nas relações económicas entre os operadores 4.4. Promoção da concorrência 5. Perspetivas de futuro.

1. INTRODUÇÃO

A regulação da saúde surge concomitantemente com a aproximação, por alegadas questões de eficiência, dos serviços públicos à atividade económica privada e com a promoção de formas diversificadas de prestação de cuidados de saúde¹.

Revela-se, deste modo, que a regulação da saúde não se reconduz à regulação económica típica, ligada à correção de falhas de mercado, mas faz emer-

* Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Económicas) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Docente do Instituto Europeu e do IDEFF da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

1 Para uma análise da moderna regulação jurídica da economia e das suas modalidades, cf. Paz Ferreira & Morais, 2009: 23.

gir aspetos ético-sociais e motivações político-ideológicas, conduzindo a um sistema regulador multipolar específico e complexo¹.

Em Portugal a criação, em 2003, da Entidade Reguladora da Saúde (ERS) foi a expressão de um movimento apostado na generalização do fenómeno regulatório mesmo a setores, como é caso da saúde, tradicionalmente entregues a serviços da Administração Pública².

Em 2009 o regime jurídico da ERS foi objeto de revisão, porque o novo ciclo de regulação da saúde pressupunha a adequação do sistema de saúde às alterações do próprio arquétipo da administração pública originada pela conversão do Estado Social prestador em Estado Social garantidor³

Em maio de 2011 Portugal celebrou um acordo de assistência financeira internacional, financiado por verbas da União Europeia (Mecanismo Europeu de Estabilidade Financeira), do Fundo Europeu de Estabilidade Financeira e do Fundo Monetário Internacional. Devido a este acordo de assistência financeira internacional Portugal ficou adstrito ao cumprimento de um exigente programa de reforma no setor da saúde orientado para o controlo da despesa e a procura da eficiência⁴. Note-se que as implicações para a regulação deste novo contexto justificam análise detalhada. É o que começaremos a fazer de seguida.

2. A CRIAÇÃO DA ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE

O Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de dezembro criou a ERS⁵. Em 2009 o regime jurídico da ERS foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio.

A referência a uma entidade reguladora no setor da saúde já existia antes da publicação do diploma de 2003. Efetivamente, o Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto, que define o regime das parcerias público-privadas na saúde, referia, no artigo 37.º, que as atividades desenvolvidas no âmbito das parcerias em saúde podem ser objeto de regulação económica, sendo o financiamento

1 Cf. Cunha Rodrigues, 2009: 629.

2 Cf. Paz Ferreira, 2005: 235.

3 Cf. Canotilho, 2009: 14.

4 Cf. Comissão Europeia, Banco Central Europeu & Fundo Monetário Internacional, 2011: 15.

5 Sobre os traços fundamentais do regime jurídico da ERS, cf. Estorninho, 2008: 132.

da entidade reguladora assegurado pelas entidades reguladas, nos termos a definir em diploma próprio.

Depois, o Decreto-Lei n.º 60/2003, de 1 de abril, que cria a rede de cuidados de saúde primários, no artigo 31.º, fazia depender a sua entrada em vigor do diploma que aprobe a criação de uma entidade reguladora que enquadre a participação e atuação dos operadores privados e sociais no âmbito da prestação de serviços públicos de saúde, assegurando o acompanhamento dos respetivos níveis de desempenho ⁶.

A criação da ERS foi enquadrada numa reforma ampla do setor da saúde que implicava várias transformações.

Em primeiro lugar, o Serviço Nacional de Saúde (SNS) passaria a contar com uma participação acrescida e diversificada de operadores sociais e privados integrados nas redes nacionais de cuidados primários, hospitalares e continuados.

Em segundo lugar, a generalidade dos estabelecimentos do SNS estariam sujeitos a uma lógica empresarial e a depender da quantidade e qualidade dos serviços que conseguissem produzir.

Por último, o organismo regulador era dotado de um estatuto de independência para ficarem separadas a função do Estado como regulador e supervisor em relação às suas funções de operador e de financiador⁷.

O modelo de regulação escolhido abrange todas as entidades que prestam cuidados de saúde e toda a atividade de prestação de cuidados de saúde. Exceção fazem-se os profissionais de saúde, no que respeita à autorregulação desenvolvida pelas ordens profissionais, e o setor do medicamento sujeito a regulação específica pelo INFARMED.

A ERS é uma pessoa coletiva de direito público com autonomia administrativa e financeira e património próprio que tem por objeto a regulação e a supervisão da atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde⁸.

6 Exceto o sistema de financiamento por capitação que entraria vigor a partir do ano económico de 2004.

7 Quanto à organização do setor público da saúde em Portugal vd. Amador, 2010: 21-40.

8 Cf. artigos 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, em vigor, e artigos 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 dezembro, revogados.

A ERS é independente no exercício das suas funções no quadro da lei, sem prejuízo dos princípios orientadores da política de saúde fixada pelo Governo⁹.

As atribuições da ERS compreendem a regulação e a supervisão da atividade e funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde no respeitante ao cumprimento dos requisitos de exercício da atividade e de funcionamento, à garantia dos direitos relativos ao acesso aos cuidados de saúde e dos demais direitos dos utentes, à legalidade e transparência das relações económicas entre os diversos operadores, entidades financiadoras e utentes¹⁰.

Como assinala Paz Ferreira, a criação da ERS em Portugal confirma a força expansiva do fenómeno regulatório embora a apreciação do seu estatuto possa levar a defender que nos encontramos algures a meio caminho entre uma entidade reguladora e um provedor de justiça do setor¹¹.

3. LINHAS DE EVOLUÇÃO DA REGULAÇÃO DA SAÚDE EM PORTUGAL

O tempo que decorreu entre a publicação do diploma que criou a ERS (10 de dezembro de 2003), a nomeação dos membros do Conselho Diretivo (24 março de 2004) e a posse destes (19 de abril de 2004) atrasou o início de atividade da ERS¹².

A ERS começou a desenvolver uma atividade de regulação centrada essencialmente na defesa dos direitos e legítimos interesses dos utentes dos serviços de saúde¹³. Foi entendido como objetivo nuclear a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Direitos, tais como a equidade no acesso ao sistema público, a obtenção de informação, a implementação de mecanismos eficazes de reclamação, ou mesmo a proteção da privacidade individual¹⁴.

Os três vetores fundamentais de atuação da ERS foram:

9 Cf. artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, em vigor, e artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 dezembro, revogado.

10 Cf. artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, em vigor, e artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 dezembro, revogado.

11 Cf. Paz Ferreira, 2010: 49.

12 Cf. Entidade Reguladora da Saúde, 2005: 5.

13 Cf. Almeida, 2010: 330 e Entidade Reguladora da Saúde, 2004: 12.

14 Para uma descrição das questões da igualdade a nível do regulador da saúde, cf. Care Quality Commission, 2012: 5.

- i) Desenvolver uma atividade de supervisão independente centrada na defesa dos direitos e interesses dos utentes, e que oriente a conduta dos prestadores em favor desses direitos e interesses;
- ii) Prestar aos utentes informação que reforce a sua capacidade de efetuar escolhas sobre os cuidados de saúde que mais se adequam às suas necessidades;
- iii) Dar aos cidadãos instrumentos de defesa dos seus direitos.

Em termos operacionais a ERS dedicou grande esforço, em termos de recursos humanos, materiais e financeiros, ao processo de registo obrigatório das entidades prestadores de cuidados de saúde. O conhecimento do universo dos regulados foi considerado uma condição imprescindível para que a ERS pudesse exercer devidamente as suas funções de regulação. Adicionalmente, este processo de registo permitiu à ERS obter uma fonte suplementar de receitas próprias, constituída pelo montante das taxas que as entidades pagam no ato de inscrição¹⁵.

Ao longo dos anos tem-se verificado um crescimento do número de reclamações, queixas e outras participações por parte dos utentes, profissionais de saúde, responsáveis por estabelecimentos e instituições. Estes dados, que constam dos Relatórios de Atividades da ERS, revelam o incremento da notoriedade da ERS¹⁶.

Em 2008 a ERS iniciou a execução do Sistema Nacional de Avaliação em Saúde – SINAS, projeto de cariz plurianual que pretende fomentar uma cultura de exigência e responsabilização perante os prestadores de cuidados de saúde e de transparência perante os utentes, tendo já em 2010 sido publicados os primeiros *ratings* de qualidade do setor hospitalar em Portugal (público, privado e social)¹⁷.

Durante o ano de 2009, as atribuições, organização e funcionamento da ERS foram reestruturados, com a entrada em vigor, em 26 de junho, do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio. Apesar de se manterem, no essencial, os objetivos de regulação e a natureza de entidade reguladora independente, o novo regime jurídico da ERS introduziu algumas alterações importantes.

15 Cf. Entidade Reguladora da Saúde, 2007: 27.

16 Por exemplo, no ano de 2008 o número de reclamações e outras participações feitas à ERS aumentou 98% face ao ano de 2007, Cf. Entidade Reguladora da Saúde, 2008:56 e Entidade Reguladora da Saúde, 2009: 56.

17 Cf. Entidade Reguladora da Saúde, 2009: 66 e Entidade Reguladora da Saúde, 2011a: 60.

Desde logo, definiu como atribuição da ERS a regulação económica do setor. Depois, criou um conselho consultivo, como instância de participação institucionalizada dos setores interessados¹⁸. Por fim, definiu com mais precisão os poderes sancionatórios da ERS, quanto à definição das contraordenações e quanto às coimas.

Em 2010 entrou em vigor o novo regime jurídico do licenciamento das unidades privadas de saúde, constante do Decreto-Lei n.º 279/2009, de 6 de outubro. Neste regime a ERS tem a incumbência de criar e gerir um sistema de informação de apoio ao licenciamento¹⁹.

4. REGULAÇÃO DA SAÚDE EM TEMPOS DE CRISE: ASPETOS NUCLEARES

A partir do início dos anos oitenta diversos Estados-membros da OCDE iniciaram processos de reforma dos sistemas de saúde. Paralelamente, o crescimento das despesas com a saúde obrigou os Governos a adotarem políticas de contenção orçamental visando influenciar a procura e a oferta de serviços de saúde integradas ou não em estratégias mais amplas de reforma²⁰.

A nível global os Estados têm desenvolvido estratégias de saúde orientadas para a equidade e para a diminuição das desigualdades sociais. Existe já uma vasta experiência de processos reformistas centrados na busca de maior eficiência na gestão dos recursos no setor da saúde²¹.

Em maio de 2011 Portugal celebrou um acordo de assistência financeira internacional, e ficou adstrito ao cumprimento de um programa de reforma no setor da saúde fundado na contenção da despesa e na procura da eficiência²². Tendo em conta as atribuições da ERS, importa analisar os aspetos nucleares deste novo contexto.

4.1. Garantia de acesso aos cuidados de saúde

Um dos objetivos centrais da atividade da ERS consiste em assegurar o cumprimento, por parte das entidades reguladas, dos critérios de acesso aos cuida-

18 A inexistência de um Conselho Consultivo foi desde logo objeto de crítica, cf. Cunha Rodrigues, 2009: 633.

19 Cf. Entidade Reguladora da Saúde, 2010: 48.

20 Cf. Simões, 2005: 66.

21 Cf. Fernandes, 2012: 111.

22 Cf. Sakellarides, 2011: 29.

dos de saúde, nos termos da constituição e da lei (artigo 33.º, alínea *b*) e artigo 35.º, alínea *a*) do Decreto-Lei n.º 27/2009, de 27 de maio).

O direito de acesso universal e equitativo aos serviços públicos de saúde ou publicamente financiados num contexto de crise e de generalizada contenção orçamental assume especial relevância.

Nesse sentido a ERS deverá estar particularmente atenta aos casos de restrições ou de desigualdades infundadas de acesso de doentes aos cuidados de saúde, ou de incumprimento de regras de acesso aos serviços públicos ou publicamente financiados. Neste âmbito assume particular importância a fiscalização, por parte da ERS, do cumprimento da Lei n.º 41/2007, de 24 de agosto, que aprovou a Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos utentes do Serviço Nacional de Saúde²³.

Quanto à garantia do acesso aos cuidados de saúde a ERS deverá prevenir e punir as práticas de rejeição discriminatória ou infundada de pacientes nos estabelecimentos públicos de saúde ou publicamente financiados (artigo 35.º alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio). Além da investigação suscitada por participações, queixas e reclamações de utentes ou profissionais, a ERS deve realizar também ações de fiscalização temáticas dos prestadores de cuidados de saúde para identificar eventuais práticas de discriminação ou rejeição infundada de doentes. Igualmente muito relevante no âmbito da garantia do acesso aos cuidados de saúde é a prevenção e punição por parte da ERS das práticas de indução artificial da procura de cuidados de saúde (artigo 35.º, alínea *c*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio).

Finalmente, uma última incumbência da ERS ao nível da garantia do acesso aos cuidados de saúde consiste em zelar pelo respeito da liberdade de escolha nos estabelecimentos de saúde privados (artigo 35.º, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio).

4.2. Defesa dos direitos dos utentes

A garantia dos direitos e interesses legítimos dos utentes constitui um dos objetivos da atividade reguladora da ERS (artigo 33.º, alínea *c*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio).

23 A ERS também fiscaliza o cumprimento da Portaria n.º 615/2008, de 11 de julho, que aprovou o programa Consulta a Tempo e Horas (CTH), e da Portaria n.º 1529/2008, de 26 de dezembro, que aprovou os Tempos Máximos de Resposta Garantidos (TMRC).

Para esse efeito, incumbe à ERS monitorizar as queixas e reclamações dos utentes bem como o seguimento dado pelos operadores às mesmas (artigo 36.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio). Assume particular destaque o objetivo de redução do prazo médio de tratamento no processamento de reclamações e exposições/denúncias.

Uma outra importante atribuição da ERS ao nível da defesa dos direitos dos utentes é a promoção de um sistema de classificação dos estabelecimentos de saúde quanto à sua qualidade global (artigo 36.º, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio). Por isso, a ERS criou o Sistema Nacional de Avaliação em Saúde (SINAS) já referido anteriormente.

Incumbe ainda à ERS, a título de defesa dos direitos dos utentes, zelar pelo cumprimento da “Carta dos Direitos dos Utentes” dos Serviços de Saúde. A “Carta dos Direitos dos Utentes” dos Serviços de Saúde e respetivo relatório foi aprovada em 2011, pelo Conselho Diretivo da ERS.

Por fim, compete à ERS verificar o não cumprimento das obrigações legais e regulamentares relativas à acreditação e certificação dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde (artigo 36.º, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio). Neste âmbito, a ERS deverá lançar as bases necessárias para a implementação de um sistema de acreditação e certificação dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, independentemente da sua tipologia ou natureza jurídica.

4.3. Legalidade e transparência nas relações económicas entre os operadores

Na sequência da reforma de 2009 foram atribuídos à ERS objetivos de regulação económica, designadamente o de velar pela legalidade e transparência das relações económicas entre todos os agentes do sistema.

Para efeitos daquele objetivo, incumbe à ERS, em primeiro lugar, elaborar estudos e emitir recomendações sobre as relações económicas nos vários segmentos da economia da saúde, incluindo no que respeita ao acesso à atividade e às relações entre o SNS e os operadores privados, tendo em vista o fomento da transparência, da eficiência e da equidade do setor, bem como a defesa do interesse público e dos interesses dos utentes, (artigo 37.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio)²⁴.

24 Está previsto em 2012 a ERS concluir o estudo sobre os eventuais efeitos da adesão/subscrição dos “cartões de saúde” na procura de cuidados de saúde, designadamente no aparecimento de fenómenos de indução artificial da procura motivada pelos prestadores e de excesso de consumo motivado pelos utentes (risco moral). Cf. Entidade Reguladora da Saúde, 2011b: 13.

Incumbe também à ERS pronunciar-se e emitir recomendações sobre os acordos subjacentes ao regime das convenções, bem como sobre os contratos de concessão, de gestão e outros que envolvam atividades de conceção, construção, financiamento, conservação ou exploração de estabelecimentos ou serviços de saúde (artigo 37.º, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio). Para dar cumprimento a esta atribuição, a ERS deverá: *i*) Acompanhar o regime de celebração de convenções pelo SNS; *ii*) Proceder ao acompanhamento dos hospitais do SNS geridos em parceria público-privada (PPP); *iii*) Proceder à mediação e arbitragem de conflitos que surjam entre as contrapartes contratuais em PPP, convenções ou outros contratos de concessão e de gestão.

À ERS compete elaborar estudos e emitir recomendações sobre a organização e o desempenho dos serviços de saúde do SNS (artigo 37.º, alínea *c*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio)²⁵.

Uma área pouco estudada é a da identificação, junto dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, de questões potencialmente lesivas dos direitos e interesses dos utentes decorrentes de regras de seguros de saúde. Também no âmbito da regulação económica, compete à ERS pronunciar-se e emitir recomendações sobre os requisitos e as regras relativos aos seguros de saúde e cooperar com o Instituto de Seguros de Portugal na sua supervisão (artigo 37.º, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio).

Num contexto de crise onde é necessário ter presente que as receitas dos tributos não podem aumentar sem limites, sob pena de provocarem efeitos perversos, assume particular relevo a ERS pronunciar-se sobre o montante das taxas e preços de cuidados de saúde administrativamente fixados, ou estabelecidos por convenção entre o SNS e entidades externas, e velar pelo seu cumprimento (artigo 37.º, alínea *e*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio).

25 Está previsto também em 2012 a ERS concluir os estudos de avaliação da organização e desempenho das Unidades de Saúde Familiar (USF), monitorizar e avaliar a oportunidade de elaborar o relatório final da organização e desempenho das Unidades Locais de Saúde (ULS) na perspetiva do acesso dos utentes aos cuidados de saúde e da eficiência dos modelos de gestão e definir os parâmetros a considerar no modelo de avaliação de desempenho dos estabelecimentos hospitalares do SNS. Cf. Entidade Reguladora da Saúde, 2011b: 14.

4.4. Promoção da concorrência

Um dos objetivos de regulação da ERS consiste em defender a concorrência nos segmentos abertos ao mercado e colaborar com a Autoridade da Concorrência na prossecução das suas atribuições relativas a este setor (artigo 33.º, alínea *f*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio)²⁶.

A ERS deverá identificar os mercados relevantes que apresentam características específicas sectoriais, designadamente definir os mercados geográficos, em conformidade com os princípios do direito da concorrência (artigo 38.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio).

O processo de levantamento e definição dos mercados relevantes no setor de prestação de cuidados de saúde, com vista à análise da possibilidade de concorrência em cada mercado ainda não se encontra realizado.

Por outro lado, compete à ERS velar pelo respeito da concorrência nas atividades abertas ao mercado sujeitas à sua jurisdição (artigo 38.º, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio). Nesse sentido, a ERS deve identificar eventuais práticas, públicas ou privadas, lesivas da sã concorrência e promover, sempre que necessário, a sua cessação.

Incumbe à ERS colaborar com a Autoridade da Concorrência no desempenho das suas atribuições (artigo 38.º, alínea *c*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio). Assim, a ERS deverá colaborar nos processos conduzidos pela Autoridade da Concorrência que respeitem a entidades sujeitas à regulação da ERS, designadamente no âmbito dos pedidos de parecer deste organismo em processos de concentração de empresas e de práticas restritivas da concorrência.

Quanto aos poderes de regulamentação, a ERS pode emitir os regulamentos e recomendações necessários para cumprimento das suas atribuições (artigo 39.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio). A ERS espera emitir este ano os regulamentos sobre discriminação, indução artificial da procura e obrigações de informação aos utentes em momento prévio à decisão de contratação de prestação de cuidados de saúde²⁷.

5. PERSPETIVAS DE FUTURO

Chegados a este ponto, importa agora sublinhar alguns aspetos que, tudo indica, irão condicionar a regulação da saúde no futuro.

26 Quanto às dificuldades da promoção da concorrência no setor da saúde, cf. D`Intignano, 2001: 386-393.

27 Cf. Entidade Reguladora da Saúde, 2011b: 15.

A curto prazo as medidas de contenção orçamental e de procura de maior eficiência impostas ao SNS, decorrentes do programa de assistência financeira, continuarão a produzir efeitos. Neste âmbito, existem quatro situações que devem suscitar particular atenção ao regulador:

- i)* Os efeitos das reduções impostas à despesa dos hospitais do SNS;
- ii)* Os processos de reorganização da oferta de cuidados hospitalares com a extinção e fusão de serviços públicos de saúde;
- iii)* A diminuição de alguns benefícios aos utentes do SNS;
- iv)* O aumento de taxas e preços de cuidados de saúde prestados pelo SNS ou por entidades convencionadas com o SNS.

Todas as situações elencadas devem ser objeto de acompanhamento sistemático por parte do regulador, porque são suscetíveis de restringirem significativamente o acesso a cuidados de saúde e de produzirem efeitos discriminatórios.

Mesmo depois de terminar em Portugal o período de assistência financeira, a busca de eficiência e a contenção da despesa no setor da saúde permanecerá. Aliás, um dos maiores desafios que as sociedades defrontam no seu processo de desenvolvimento consiste em saber como compatibilizar a garantia de acesso a cuidados de saúde de qualidade com a sustentabilidade económica e financeira do sistema de saúde²⁸.

Nos próximos anos, é previsível que aumente a importância do setor privado na prestação de cuidados de saúde. Aliás, este setor tem realizado em Portugal investimentos significativos em unidades de grande dimensão. Perante este cenário, torna-se necessário um maior acompanhamento, por parte do regulador, junto do setor privado, nomeadamente para evitar e sancionar casos de seleção adversa (escolha dos melhores casos) e de indução da procura pela oferta.

As parcerias público-privadas na saúde em Portugal adotaram um modelo integral, que abrange a contratação a um operador privado da prestação de serviços de infraestruturas e da prestação de cuidados de saúde especializados com incidência orçamental plurianual ao longo do período do contrato²⁹. As parcerias existentes são uma área fundamental para aferir a qualidade da ges-

28 Cf. Haute Autorité de Santé, 2009: 5.

29 Cf. Azevedo, 2009: 294.

tão pública dos contratos e a resposta dos operadores privados às exigências contratuais. Daí que torna-se desnecessário justificar a relevância do acompanhamento das parcerias público-privadas por parte do regulador³⁰.

Outra questão importante na evolução futura do setor da saúde é a sua globalização. O princípio da responsabilidade exclusiva do Estado pela organização da prestação de cuidados de saúde é posto em causa pela globalização do mercado da saúde³¹.

A União Europeia, em 1998, iniciou o debate sobre o melhor quadro legal para os chamados cuidados de saúde transfronteiriços. A prestação de cuidados de saúde transfronteiriços designa, em termos gerais, a situação em que o destinatário do serviço (doente) desloca-se ao Estado do prestador para aí receber cuidados de saúde³².

Só em 2011 foi aprovada a Diretiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços. Torna-se imperioso o acompanhamento por parte da ERS do processo de transposição desta Diretiva para o ordenamento jurídico português, face às consequências que essa legislação terá no sistema de saúde nacional.

Não se poderá deixar de reconhecer que a ERS constitui um garante de direitos fundamentais dos cidadãos e até de valores nucleares de um Estado de Direito Democrático³³. Sem prejuízo da importância de salvaguardar os direitos dos utentes dos serviços de saúde, em especial o acesso, a qualidade e a segurança nos cuidados de saúde, o regulador não deverá limitar-se a ser um provedor de justiça na área da saúde³⁴.

O regulador terá de identificar e agir nas situações de deficiente funcionamento económico do sistema. A afirmação do regulador neste domínio depende da sua credibilidade, resultante da independência e da capacidade técnica que demonstrar. Em função da credibilidade e da disponibilização à

30 Cf. Entidade Reguladora da Saúde, 2011b: 13.

31 Cf. Pellet, 2009: 353-355.

32 Além disso, podem verificar-se outras duas situações. Primeira, o prestador desloca-se ao Estado do destinatário do serviço (doente) para prestar o serviço. Segunda, o prestador e o destinatário (doente) permanecem nos seus Estados de origem, havendo apenas uma deslocação do serviço ou troca de informações (saúde eletrónica), cf. Jardim, 2010: 620.

33 Cf. Nunes, 2009: 218.

34 Sobre regulação social cf. Sakellarides, 2009: 89.

opinião pública de informação bem fundamentada tecnicamente, o regulador poderá controlar de forma indireta os comportamentos dos agentes económicos no setor.

O futuro da regulação da saúde resultará também da reflexão, decorrente do Memorando de Entendimento de 2011, sobre as estruturas de regulação portuguesas. Não existindo em Portugal uma lei-quadro das autoridades reguladoras, seria útil para a ERS estar sujeita a um conjunto de orientações gerais de enquadramento dos reguladores sectoriais portugueses.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Álvaro Santos

2010 “Regulação independente da saúde”, in Nazaré da Costa Cabral, Olívio Mota Amador & Guilherme W. d’Oliveira Martins, *A Reforma do sector da saúde. Uma realidade iminente?*, Cadernos do IDEFF n.º 11, Coimbra: Almedina, pp. 321-339.

AMADOR, Olívio Mota

2010 “A organização do setor público da saúde em Portugal”, in Nazaré da Costa Cabral, Olívio Mota Amador & Guilherme W. d’Oliveira Martins, *A Reforma do sector da saúde. Uma realidade iminente?*, Cadernos do IDEFF n.º 11, Coimbra: Almedina, pp. 21- 40.

AZEVEDO, Maria Eduarda

2009 *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública*, Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, Joaquim Gomes

2009 “Prefácio: Entre os humores de Hipócrates e a Governance da saúde”, in Rui Nunes, *Regulação da Saúde*, Porto: Vida Económica, pp. 9-18.

CARE QUALITY COMMISSION

2012 *Our Equality Objectives*, disponível em <http://cq.c.org.uk>.

COMISSÃO EUROPEIA, BANCO CENTRAL EUROPEU, FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL

2011 *Portugal: Memorandum of understanding on specific economic policy conditionality*, disponível em <http://www.portugal.gov.pt>.

CUNHA RODRIGUES, Nuno

2009 “Regulação da saúde”, in Eduardo Paz Ferreira, Luís Morais & Gonçalo Anastácio, *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 613-649.

D’INTIGNANO, Béatrice Majnoni

2001 *Économie de la santé*, Paris: Presses Universitaires de France.

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE

2004 *Plano de Atividades 2004-2005*, disponível em <http://www.ers.pt>.

2005 *Relatório de Atividades 2004*, disponível em <http://www.ers.pt>.

2007 *Relatório da Atividade Reguladora de 2006*, disponível em <http://www.ers.pt>.

2008 *Relatório da Atividade Reguladora de 2007*, disponível em <http://www.ers.pt>.

2009 *Relatório da Atividade Regulatória de 2008*, disponível em <http://www.ers.pt>.

2010 *Relatório da Atividade Regulatória de 2009*, disponível em <http://www.ers.pt>.

- 2011a *Relatório de Atividades de 2010*, disponível em <http://www.ers.pt>.
- 2011b *Plano de Atividades para 2012*, disponível em <http://www.ers.pt>.
- ESTRONINHO, Maria João
- 2008 *Organização Administrativa da Saúde*, Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, Adalberto Campos
- 2012 “Saúde, desenvolvimento e coesão social”, in Isabel Carmo (org.), *Serviço Nacional de Saúde em Portugal. As ameaças, a crise e os desafios*, Coimbra: Almedina, pp. 109-118.
- HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ
- 2009 *Project 2009-2011*, disponível em <http://www.has-sante.fr>.
- JARDIM, Sara Vera
- 2010 “A Europa dos consumidores de cuidados de saúde”, in Jorge Simões (org.), *30 anos do Serviço Nacional de Saúde*, Coimbra: Almedina, pp.601-658.
- NUNES, Rui
- 2009 *Regulação da Saúde*, Porto: Vida Económica.
- PAZ FERREIRA, Eduardo
- 2005 *Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito*, Lisboa: Almedina.
- 2010 “Em torno da regulação económica em tempos de mudança”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 1, n.º 1, pp. 31-54.
- PAZ FERREIRA, Eduardo & MORAIS, Luís Silva
- 2009 “A regulação sectorial da economia. Introdução e perspectiva geral”, in Eduardo Paz Ferreira, Luís Morais & Gonçalo Anastácio, *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 7-38.
- PELLET, Rémi
- 2009 “L’Europe et la concurrence en matière de santé”, in Pierre Louis Bras, Géard Pouvourville, de & Didier Tabuteau, *Traité d’Économie et de Gestion de la Santé*, Paris: Presses de Sciences Po – Éditions de santé, pp. 353-360.
- SAKELLARIDES, Constantino
- 2009 *Novo Contrato Social da Saúde. Incluir as pessoas*, Lisboa: Diário de Bordo.
- 2011 “Saúde nos países intervencionados: gregos, irlandeses e portugueses”, in *Saúde e Sociedade*, Julho-Setembro 2011, pp. 24-29.
- SIMÕES, Jorge
- 2005 *Retrato Político da Saúde*, Coimbra: Almedina.



AS BUSCAS E APREENSÕES NOS ESCRITÓRIOS DE ADVOGADOS DE EMPRESAS

*Márcio Schlee Gomes**

ABSTRACT: The present paper aims to analyse the limits for searches and seizures in offices of in-house lawyers, discussing the doctrine adopted by the Court of Justice of the European Union (ECJ) according to which they are not covered by the confidentiality regime in the same way as the external lawyers are. This doctrine is applicable to the dawn raids conducted by the European Commission against the companies, in the province of the Competition Law. However, in the province of Criminal Procedure Law, in many countries, like Portugal, Spain, Brazil, among others, where the statutory laws do not distinguish between external and in-house lawyers, there is no possibility of being adopted the doctrine of the ECJ. In fact, that would hurt the privilege of confidentiality, which is granted by the Constitution, insofar it has a direct connection with the principle of full defence. At the end of the day searches and seizures in independent law firms and in-house lawyers must obey the same rules.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Posição do Tribunal de Justiça da União Europeia. 1.1. Caso AM&S. 1.2. Caso AKZO. 2. As buscas e apreensões nos escritórios de advogados internos (*in-house lawyers*). 2.1. Advogados externos e internos. 2.2. A problemática da extensão do sigilo profissional aos advogados internos. 2.2.1. O sigilo profissional do advogado: importância e aspectos gerais. 2.2.2. A situação específica dos advogados internos. 2.2.3 Posição nos países europeus, Brasil e Estados Unidos da América. 2.3. A busca e apreensão como meio de obtenção de prova em escritórios de advogados internos. 2.3.1. Requisitos do regime legal das buscas e apreensões em escritórios de advocacia. 2.3.2. Análise da questão à luz do princípio da ampla defesa. 2.3.3. Reflexos da possível violação de direitos do advogado interno no campo do processo penal. Conclusão.

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil) e Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar o regime das buscas e apreensões em escritórios de advogados de empresas, chamados de advogados “internos” ou *in-house lawyers*. Diante de um quadro de avanço da criminalidade organizada¹, a utilização de empresas para práticas delitivas, principalmente na área econômica-financeira, ambiental e em questões ligadas à Administração Pública, a busca e apreensão constitui um importante meio de obtenção de prova na fase investigatória, sendo relevante o estudo da posição dos advogados nesse contexto, pois, como ocorre atualmente, exercem, cada vez mais, sua atividade profissional dentro dessas empresas, em relação de emprego, o que torna essencial a análise de todas as implicações possíveis e seus reflexos no processo penal, a partir de algumas prerrogativas que a legislação garante aos advogados e, conseqüentemente, faz-se necessário investigar se há extensão aos advogados de empresas.

O advogado é o responsável pela defesa, sendo esta, em seu sentido mais amplo, um princípio basilar do processo penal em um Estado democrático. Na relação com o cliente, de confiança, vigora o direito-dever de sigilo profissional. Por outro lado, o Estado, na busca da verdade, a partir da notícia da prática de um delito, dispõe de inúmeros meios de obtenção de prova para averiguar e confirmar que determinada pessoa praticou um crime e, assim, a partir da afirmação dos fatos imputados, sujeitá-la à responsabilidade penal. Entretanto, necessário ressaltar que uma série de garantias devem ser observadas para que o Estado possa adotar suas medidas punitivas².

Nesse contexto, no decorrer de uma investigação criminal e diante da necessidade de uma busca e apreensão em escritórios de advogados, a legislação processual penal portuguesa prevê algumas medidas de garantia, com vista a respeitar-se a situação especial de um profissional que é responsável

1 Sobre a questão da “criminalidade organizada”, Albrecht (2009: 91) pondera que, “enquanto que no caso da ‘criminalidade normal’, que se resume à criminalidade individual, se aborda o grau de envolvimento do indivíduo ou a sua posição nas estruturas sociais, no caso da criminalidade organizada a questão é haver condições para a formação de uma organização duradoura e estável e de que forma tal capacidade se relaciona com as estruturas sociais. A constituição de organização e de estruturas similares a estruturas empresariais não surge naturalmente, dependendo de toda uma série de características do meio envolvente, do tipo dos mercados, do contexto étnico, econômico e político”. Nesse quadro, diante da “profissionalização” na questão da criminalidade, a atuação de advogados faz-se necessária para, muitas vezes, fazer a filtragem do que é possível de manter-se na fachada de licitude, em casos de crimes cometidos no contexto empresarial.

2 Nesse aspecto, Tiedemann (2007: 154), ao lembrar que “uma vez que a verdade não pode ser investigada a qualquer preço, mas somente mediante preservação da dignidade humana e dos direitos fundamentais do acusado, fica evidente mais uma vez a estreita ligação do Direito Processual Penal com o Direito Constitucional”.

pela defesa e tem que ser detentor de prerrogativas para o melhor desempenho possível de sua atividade, que, acima de tudo, é essencial para a realização de justiça. O Estatuto dos Advogados também traz algumas prerrogativas dos advogados, de modo garantir o sigilo profissional e a atuação livre e independente do advogado.

Porém, uma questão acaba passando sem receber maior atenção: como fica a situação dos advogados “internos” ou *in-house lawyers*, que são aqueles que possuem uma vinculação trabalhista junto a uma empresa? Estão ao abrigo das mesmas garantias previstas para os advogados “externos”, liberais e independentes, sobretudo, a prerrogativa do sigilo profissional? É possível uma busca e apreensão em um escritório ou gabinete de um advogado interno, sem que seja necessário observar as garantias elencadas na legislação processual penal vigente e no Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA)?

A importância do estudo surge diante do aumento da criminalidade econômica, que muitas vezes envolve empresas, as quais estão implicadas, pela ação de seus dirigentes, em delitos contra a Administração Pública, como corrupção, concussão, tráfico de influência, além de outros crimes, tais como tráfico de drogas, contra a ordem tributária e contra o sistema econômico-financeiro. Nessas empresas, funcionam advogados, às vezes em setores jurídicos definidos, às vezes trabalhando de um modo mais informal, mas atuando como “funcionários” dessas empresas, existindo uma relação de hierarquia.

Havendo indícios suficientes de crimes envolvendo essas empresas e seus responsáveis, para a realização de uma busca e apreensão de documentos, correspondências, materiais de informática, no gabinete do “advogado da empresa”, impõe-se a necessidade de observância das regras de garantia reconhecidas aos advogados? Essa é a questão a ser desvelada no presente estudo, com a pesquisa de posições doutrinárias e da jurisprudência, de maneira a possibilitar uma conclusão que esteja de acordo com todos os princípios de um processo penal lido em consonância com a Constituição, justo e adequado a uma democracia³.

3 Como observa Sousa Mendes (2004: 137), ao abordar a questão das proibições de prova no processo penal, “[a] velha máxima de que o processo penal é direito constitucional aplicado tem toda a razão de ser no campo da obtenção de meios de prova. Ou então não é verdade que a Constituição elevou à categoria dos direitos fundamentais a conciliação das provas com a dignidade da pessoa humana. Nas múltiplas garantias constitucionais do processo criminal cabem as proibições de prova subentendidas na cominação de nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Para atingir esse objetivo, principiaremos pela análise de dois casos julgados pelo Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE), “Caso AM&S” e “Caso AKZO”, que tratam, especificamente, desta matéria no âmbito do Direito de Concorrência. A partir desses dois casos, será realizado um estudo das prerrogativas e garantias dos advogados, externos e internos, sobretudo, observando a questão do sigilo profissional e seus desdobramentos, inclusive com a abordagem deste tema no campo do Direito Comparado. Em seguida, a verificação das regras específicas relativas à busca e apreensão, para posterior análise da questão do princípio da ampla defesa e os reflexos dos entendimentos possíveis no processo penal⁴, principalmente, na questão da valoração da prova, observando a quebra ou não de garantias essenciais asseguradas na legislação. Por fim, diante do quadro analisado, o estudo das posições na legislação, doutrina e jurisprudência sobre o tema e suas consequências no processo criminal, será possível tecer algumas conclusões.

1. POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: CASO AM&S E CASO AKZO

A questão dos advogados “internos” ou *in-house lawyers* e seu direito ao sigilo profissional, em casos de buscas e apreensões em seus gabinetes pela Comissão Europeia ou por uma autoridade nacional da concorrência, já foi objeto de apreciação pelo TJUE, cabendo destacar dois julgamentos que espelham o entendimento da mencionada Corte, os quais servirão de base para a discussão no presente estudo, porém no campo do processo penal. Observa-se que, embora os casos tratem de matéria de Direito de Concorrência, as ações desenvolvidas pelas autoridades na investigação e em procedimentos sancionatórios podem, diretamente, lidar com a ocorrência de crimes, o que se verifica na prática e, inclusive, já houve discussão e decisão no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Além da aplicação subsidiária das regras do processo penal, como se verá adiante, as buscas e apreensões, por exemplo, podem identificar atos criminosos, o que faz incidir a discussão sobre a

4 Figueiredo Dias (2004: 74) explica a conformação jurídico-constitucional do Direito Processual Penal, observando que “o direito processual penal é, como exprime H. Henkel, verdadeiro direito constitucional aplicado. Numa dupla dimensão, aliás: naquela, já caracterizada, derivada de os fundamentos do direito processual penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente”. Nesse caminho, vale lembrar a lição de Beleza & Pinto (2010: 5), os quais ressaltam que “[n]ão existe um processo penal válido sem prova que o sustente, nem um processo penal legítimo sem respeito pelas garantias de defesa”.

necessidade de proteção dos direitos individuais e aplicação das garantias do processo penal.

Cabe, então, analisar a posição do TJUE sobre os advogados de empresas.

1.1. Caso AM&S

No ano de 1979, no Reino Unido, agentes da Comissão Europeia, ao procederem uma investigação por infração às regras de concorrência, apreenderam documentos no interior da empresa AM&S (Australian Mining and Smelting Europe Ltd.), os quais estavam na posse de seus advogados.

A empresa alegou que os documentos estavam cobertos pelo sigilo profissional, pois os advogados, embora fossem empregados, desempenhavam a sua função jurídica em seu interior. Em primeira instância, essa alegação não prosperou, a partir do entendimento de que advogados “internos” não são independentes, ao exercerem sua atividade em uma relação empregatícia que desvirtua as finalidades da profissão de advogado, pelo que lhes restaria afastada a prerrogativa do sigilo profissional. Inconformada, a AM&S recorreu ao TJUE, que, em 18 de maio de 1982, julgou a demanda, mantendo a posição de que os advogados internos não são detentores da garantia do sigilo profissional.

Os fundamentos do acórdão são os seguintes: os advogados de empresas, que atuam com vínculo jurídico-laboral, não exerceriam sua atividade de forma autônoma e independente, não estando vinculados a mesma ética e deontologia dos advogados que atuam de forma liberal e sem vínculo empregatício⁵.

A atuação do advogado “empregado” não poderia ser comparada àquela desempenhada por um advogado independente, característica que seria essencial para o exercício da advocacia.

A posição do Tribunal, assim, formou um precedente no sentido de que a busca e apreensão nos gabinetes de advogados internos não precisaria obedecer a um regramento mais rigoroso e específico como ocorre nos mais diversos ordenamentos jurídicos com a finalidade de preservar a atividade profissional dos advogados, sendo que isso só seria exigível para escritórios de advogados independentes (externos).

5 Acórdão do TJUE, de 14 de Setembro de 2010, *Akzo VS .European Commission*, processo C-550/07, disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>.

1.2. Caso AKZO

No ano de 2003, foi realizada uma diligência de instrução por funcionários da Comissão Europeia, no interior da empresa AKZO Nobel Chemicals e sua filial, Akros Chemicals, no Reino Unido, para investigação de prática anti-concorrencial. Durante a operação, os agentes apreenderam documentos e mensagens eletrônicas de um advogado da empresa em comunicação com um diretor-geral desta. A Comissão, ao analisar a questão, entendeu, na esteira da posição do TJUE, que o advogado da empresa, por exercer sua atividade profissional em situação de vínculo laboral, não estaria protegido pela confidencialidade de suas comunicações. A empresa interpôs recurso, em primeira instância, ao qual foi negado provimento em 17 de setembro de 2007.

A AKZO, então, recorreu ao TJUE, buscando a decretação da ilegalidade da prova que estaria, segundo a tese defendida na inconformidade, protegida pelo sigilo profissional. Porém, o TJUE, apreciando a matéria em 14 de setembro de 2010, embora havendo toda a pressão da classe dos advogados de empresa que chegou, após a decisão do Caso AM&S em 1982, a fundar uma associação e passou a defender suas questões e prerrogativas, acabou por manter a mesma posição, no sentido de não entender que os advogados de empresas, os advogados “internos”, sejam detentores de sigilo profissional na relação com seus clientes, no caso, a própria empresa⁶.

Na decisão, foi novamente realçado que o TJUE entende que um advogado, mesmo que esteja inscrito na ordem profissional e até possa estar sujeito aos deveres deontológicos, não tem independência em relação ao seu empregador, não é “independente” como aqueles advogados que têm atuação externa. Na condição de “assalariados”, não teriam condições de se afastarem das estratégias comerciais de suas empresas empregadoras, o que lhes retiraria a capacidade de agir com independência. Assim, por haver dependência econômica do advogado “interno” ao seu empregador, decorreria um desvirtuamento da própria natureza da atividade profissional de um advogado (externo), o que tornaria impossível a equiparação no campo da garantia de confidencialidade das informações.

O TJUE ressaltou, ainda, na decisão, que não haveria uma quebra do princípio da igualdade, tendo em conta que o advogado interno estaria numa situação diferente daquela de um advogado “externo” e, por fim, que as legis-

⁶ Acórdão do TJUE, de 18 de Maio de 1982, *AM&S VS. European Commission*, processo C-155/79, disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>.

lações dos Estados-membros não permitiriam uma alteração da jurisprudência sobre o assunto, por não haver qualquer unanimidade quanto à questão de o sigilo profissional ser estendido aos advogados de empresas.

Como se observa, embora a decisão do TJUE de 1982, no Caso AM&S, tenha inaugurado a polêmica e gerado forte reação dos advogados que atuam em empresas⁷, a jurisprudência manteve-se no mesmo sentido, em que pese em alguns casos específicos tenha se vislumbrando uma possível modificação dessa tendência⁸. Porém, com a decisão do “Caso AKZO”, em 2010, não se pode deixar de observar a consolidação da posição do TJUE em relação aos advogados “internos”.

Apesar de ser a presente questão objeto de demanda no Direito da Concorrência, deve ser considerado que, realizadas tais buscas e apreensões, o resultado destas ações pode gerar reflexos no processo penal, no momento em que algumas práticas poderão corresponder a condutas criminosas.

E, nesse aspecto, surgem questões obrigatórias que dizem respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e da própria atividade profissional da advocacia, que podem estar relacionadas ao Direito da Concorrência, mas, igualmente, ao Direito Processual Penal⁹.

7 Em 1983 foi criada a *European Company Lawyer Association* (ECLA) e, em 1988, o “Código de Conduta para Advogados da União Europeia”, adotado pela *Council of the Bars on Law Societies of the European Community* (C.C.B.E.)

8 Neves (2011: 303) afirma que nos Casos “Carsen” e “Interpoc”, relativos à prerrogativa do sigilo profissional de advogados internos da própria Comissão, a decisão do TJUE seria no sentido de estendê-la aos advogados de empresa, citando, como base, o Parecer do Conselho-Geral da Ordem dos Advogados de Portugal n.º E-07/07. Entretanto, apesar de não se extrair da leitura destes acórdãos essa mesma conclusão da autora e da própria Ordem dos Advogados, a jurisprudência do TJUE, em sentido oposto ao apontado por estes, manteve-se no mesmo sentido, ao julgar, em 2010, o Caso AKZO, e não reconhecendo o sigilo profissional aos advogados internos, ao considerar legal a ação da Comissão Europeia em apreender documentos do advogado da empresa sem observar o possível sigilo profissional.

9 A questão pode remeter à discussão que trata do chamado “Direito de Intervenção”, proposto por Hassemer (1993: 22), um meio-termo entre Direito Penal e Direito Administrativo, com sanções menos rígidas que aquelas do Direito Penal, para casos da denominada criminalidade moderna, relativa a bens jurídicos supraindividuais. Sousa Mendes (2009: 224), inclusive, faz essa menção, ao abordar a relação dos procedimentos sancionatórios promovidos em razão da prática de infrações a regras de concorrência, vislumbrando o enlace da questão com o Direito Penal e Direito Processual Penal. Nesse mesmo caminho, vale citar Albrecht (2010: 593 ss.), que faz contundente alerta sobre essa questão, que, embora não caiba aprofundar no presente estudo, merece ser destacada: “*Deste Direito Penal da legalidade penal precisa ser nitidamente delimitado o contemporâneo Direito sancionador europeu, praticado atualmente sem grande fundamento teórico, que foi projetado como instrumento de coação e de controle para os interesses econômicos da União Europeia [...]. Infelizmente, na atualidade é de se observar o contrário. A atual política trabalha precisamente na nivelação desta linha divisória entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal da legalidade Penal. A este processo de produção de um europeu Direito Penal de Administração falta legitimação não somente material, mas formal, isto, é falta legitimação democrática. Não existe*

Assim, será importante a análise das questões referentes ao sigilo profissional dos advogados e o regime de buscas e apreensões no processo penal, à luz da leitura da Constituição e seus princípios aplicáveis ao caso específico, sobretudo, repita-se, no que se refere à ampla defesa e o exercício da advocacia como atividade com a finalidade de garantir a realização da justiça.

Então, passa-se a abordagem dos pontos acima referidos para confrontação da posição adotada pelo TJUE e verificação de sua aplicação no processo penal e seus possíveis reflexos.

2. AS BUSCAS E APREENSÕES NOS ESCRITÓRIOS DE ADVOGADOS INTERNOS (*IN-HOUSE LAWYERS*)

2.1. Advogados externos e internos

Conforme aponta Costa (2009), em razão do interesse público que envolve o exercício da atividade profissional de advogado, o modelo adotado consiste em um sistema de advocacia colegiada, em que os licenciados em Direito deverão estar inscritos em uma Ordem, que disciplina regras para a atuação profissional, de maneira a garantir um equilíbrio entre a independência e esse interesse público que há na advocacia¹⁰.

Em Portugal, o sistema é colegiado e a matéria está regulada no EOA. Para exercer a profissão de advogado deve haver a inscrição obrigatória na Ordem.

Na legislação portuguesa, não há qualquer distinção entre advogados externos e internos. Na realidade, trata-se de uma distinção conceitual, de acordo com a forma com que a advocacia é desempenhada pelo profissional.

nenhum fundamento de autorização de instituições europeias para criação de Direito Penal. Mas existe, infelizmente, a tentativa muito bem sucedida, de criar a legitimação jurídico-penal, que não se tem, através de outras bases de autorização, que estão em relação com a realização do mercado interno europeu, portanto, uma base de autorização de pura referência econômica. Até agora, um legislador parlamentar legitimado pelo povo não criou nenhuma competência para legislação penal da UE”.

10 Quanto a este relevante ponto sobre o interesse público da advocacia, Costa (2009: 53) ressalta: “A coexistência do interesse público da profissão com a sua independência na caracterização da advocacia colegiada está referida no próprio preâmbulo do anterior Estatuto da ordem dos Advogados Portugueses, que começa por salientar a natureza jurídica de associação pública da Ordem, a qual, por devolução normativa dos poderes públicos, integra a administração estadual autónoma, e que acentua, depois, a clara opção pelo princípio da independência do Advogado no exercício da profissão”. Ainda, como observa o referido autor, “para o exercício da advocacia, isto é, para a prática de actos próprios dos Advogados, designadamente para o exercício do mandato forense e da consulta jurídica, é obrigatória a inscrição na Ordem dos Advogados” (2009: 81), o que deixa claro que para a prática de atos de advocacia é imperativa a inscrição na Ordem profissional.

O advogado “externo” é aquele que desenvolve suas atividades no sentido clássico de aceção da advocacia. Trata-se de um exemplo claro de profissional liberal, com plena independência em sua atividade. Exerce sua profissão totalmente livre e em seu escritório privado.

Já o advogado “interno” ou *in-house lawyer*, em sentido oposto, é o advogado que atua no interior de empresas, vinculado a estas como empregado, com vínculo jurídico-laboral, estando sua atividade limitada aos interesses da empresa, ou seja, não age com a mesma independência em razão do vínculo contratual que possui.

Sem dúvida, a advocacia “interna”, desenvolvida no interior de empresas, é uma atividade mais recente, que passou a ocorrer em razão da própria dinâmica das relações jurídicas e sócio-econômicas, em que as empresas passaram a contar com um setor jurídico ou consultor jurídico em suas próprias dependências para agilizar as suas ações.

De acordo com pesquisa realizada em 2003 pela Ordem dos Advogados de Portugal e publicada na *Revista da Ordem dos Advogados*, verifica-se que quase 15% dos advogados entrevistados exercem suas atividades vinculados, direta ou indiretamente, a empresas, ou seja, como prestadores de serviços numa empresa ou como trabalhador por conta de outrem numa empresa, numa instituição ou organismo público ou associação ou fundação de direito privado¹¹. Isso demonstra a mudança de rumos da atividade, que por fatores relacionados às necessidades do mercado, começaram a exigir a vinculação de advogados às empresas como uma forma de melhor atender à demanda de serviços.

Entretanto, em que pese essa diversificação da atividade tradicional de exercício da advocacia, essa tomada de novos rumos, com uma atuação vinculada a empresas, de acordo com a legislação portuguesa, não se vê qualquer ressalva quanto à forma de desempenho da advocacia, se externa, de modo independente e no sentido clássico, ou interna, com seu exercício no interior de empresas.

Inclusive, no artigo 68.º do EOA há previsão expressa de garantia de prerrogativas aos advogados que atuam em regime de subordinação (embora não

11 Na pesquisa realizada verificou-se que 9,3% responderam que exercem a advocacia como prestador de serviços numa empresa, numa instituição/organismo público ou associação ou fundação de direito privado; 5,3% responderam que atuam como trabalhadores por conta de outrem nessa mesma situação acima mencionada, o que totaliza 14,6%. Há, ainda, mais 4,3% em funções distintas da advocacia em empresas e instituições. No outro plano, na advocacia externa, o número é de 59,3%, sendo a pesquisa complementada com a porcentagem de advogados que atuam em sociedade e, por fim, em situações gerais (docência, formador, autarca). Esses dados, efetivamente, demonstram o crescimento da advocacia em empresas e a mudança no perfil clássico da profissão (Caetano, 2003: 157 ss.).

seja referido se em empresas ou entre advogados), porém, a questão pode ser lida por um lado conceitual e prático, inclusive, sendo essa a posição do TJUE, como se pode observar nos Casos AM&S e AKZO, ao distinguir advogados externos de internos.

Todavia, diante dessa posição do TJUE, que se refere diretamente à questão da busca e apreensão e que pode ter reflexos no campo do processo penal, o principal tema que surge é a possibilidade ou não de tratamento diferenciado dos advogados, por sua atuação como advogado externo ou interno, no que diz respeito a suas prerrogativas, onde o ponto nevrálgico, com certeza, vem a ser a questão do sigilo profissional e sua correspondência, em última análise, ao direito de defesa.

2.2. A problemática da extensão do sigilo profissional aos advogados internos

2.2.1. O sigilo profissional do advogado: importância e aspectos gerais

A advocacia, segundo previsão expressa do artigo 208.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), é atividade fundamental para a administração da justiça. O exercício da profissão de advogado impõe o postular direitos, aconselhar, demonstrar caminhos, em casos que podem dizer respeito aos mais importantes bens jurídicos admitidos em uma comunidade.

Para seu exercício pleno e independente são necessárias certas garantias e prerrogativas, as quais possibilitam o advogado trabalhar com todas as vertentes possíveis para fazer valer os direitos de seu cliente.

Entre as principais prerrogativas dos advogados está o sigilo profissional.

Como referia o clássico Robert (2002: 6), “*os advogados são as testemunhas profissionais dos maus dias, os confidentes obrigatórios a quem o cliente é forçado a confessar os seus segredos*”. Recebem as informações de seus clientes e, a partir deste momento, poderão esboçar um caminho que possa melhor ajudar a um pleito de seus possíveis direitos. Para isso, certamente, as confidências de seus mandatários são essenciais, de modo que, para que possam exercer sua atividade profissional, tudo o que lhe foi repassado deve estar salvaguardado pelo segredo profissional.

Arnaut (2005) refere que “*o segredo profissional foi sempre considerado honra e timbre da advocacia, condição sine qua non da sua plena dignidade*”¹². Cardoso

12 Sobre o segredo profissional, observa, ainda, o Autor que “*o cliente ou simples consulente deve ter absoluta confiança no advogado para lhe poder contar toda a verdade, numa verdadeira confissão, e saber*

(2003: 28) aponta que “*a essência do segredo profissional está no cerne e também na essência da advocacia: sem aquele, esta não existe*”. Certo é que o segredo profissional revela-se como a “alma” da advocacia e, assim, é a essência para o exercício livre e independente da atividade profissional.

E essa garantia é de interesse público, ao ser reconhecido, no artigo 208.º da CRP, que o advogado faz parte da administração da justiça.

Não por acaso, o ordenamento jurídico português contempla o sigilo profissional dos advogados em vários estatutos. A questão está regulada no EOA, no artigo 81.º e seguintes; no Código de Processo Penal (CPP), no artigo 177.º e seguintes e, ainda, no campo da tutela penal, constitui crime a quebra do sigilo profissional, conforme disposição do artigo 195.º do Código Penal (CP).

Além disso, há interpretação de que tal prerrogativa constitui um direito de cunho constitucional e que deve ser entendida, nesse compasso, como um direito fundamental. Sendo a atividade da advocacia essencial à realização da justiça, por expressa disposição constitucional, e seu efetivo exercício ocorre com a garantia do sigilo, que possibilita a liberdade e plenitude do desempenho da função e, em última análise, preserva a intimidade e a privacidade do cliente, pode ser entendido o segredo profissional no patamar de um direito afirmado no plano constitucional. É a posição defendida, por exemplo, por Cardoso (2003), Canas (2005) e Costa (2009)¹³.

que ele é um Sésamo que nunca se abre. Outras profissões (médicos, jornalistas, sacerdotes ou bancários) estão vinculados ao segredo, mas em nenhuma, como na nossa, é tão forte o vínculo de confiança. O segredo profissional abrange não apenas os fatos revelados pelos clientes e pela outra parte, mas também pelos próprios colegas, verbalmente ou por escrito, e em tudo que se relacione, direta ou indirectamente, aos empregados e aos colaboradores do advogado” (Arnaut, 2005: 93).

13 Cardoso (2003: 29), nesse caminho, observa: “*Com efeito, entendemos que a violação da reserva sigilosa representa uma abusiva intromissão na vida privada – como aliás foi reforçado no novo Código Penal quando incluiu os referidos crimes no capítulo ‘Dos crimes contra a reserva privada’ (Cap. VIII do Tít. I ‘Dos crimes contra as pessoas’), na medida em que representa a defraudação da justa esperança e confiança em que determinado profissional (no caso o advogado) partilhe de maneira privilegiada da privacidade necessária à respetiva relação profissional. Por isso, qualquer norma – ainda que oriunda de Diretiva Comunitária, como está neste momento em causa – que ponha em causa este primacial princípio constitucional terá de vir a ser considerada inconstitucional*”. É a mesma posição de Canas (2005: 793), ao afirmar que “*embora a Constituição não dê ao segredo profissional dos advogados relevo semelhante ao que confere ao segredo de justiça, o qual recolheu dignidade de garantia fundamental (art. 20.º), há motivos que aconselham a conferir ao primeiro idêntica consideração constitucional*”. Costa (2009: 347), por sua vez, também entende que o sigilo profissional, a partir da interpretação do art. 208.º da CRP e dos interesses que visa proteger, mais precisamente, a intimidade e privacidade, deve ser alçado à categoria de um direito fundamental.

Como o artigo 32.º, n.º 8, da CRP garante a nulidade das provas obtidas por meio ilícitos e, inclusive, mediante abusiva intromissão na esfera da intimidade e da privacidade e o artigo 208.º da CRP garante aos advogados todas as imunidades no exercício de seu mandato, nos mesmos moldes do segredo de justiça, o qual, no artigo 20.º da CRP, é reconhecido como garantia fundamental, o segredo profissional do advogado pode ser entendido nesse mesmo sentido e sua violação constituiria, além de tudo, uma inconstitucionalidade.

Há, na realidade, um direito-dever, como aponta Canas (2005: 791 ss.) com razão, pois se de um lado o advogado tem o dever de manter o sigilo das informações que lhe foram repassadas por seu cliente (podendo se desincumbir disto somente nos casos expressos previstos em lei – art. 135.º do CPP e previsões do EOA), de outro tem o direito de ver respeitado esse sigilo para que possa desempenhar sua atividade com a maior abrangência possível, de modo pleno e independente, o que contribui para a realização da justiça no caso concreto. E este direito-dever serve como garantia oponível em todas as frentes, quais sejam, perante as autoridades judiciárias e públicas de modo geral, demais cidadãos, a própria Ordem dos Advogados, advogados que atuam a favor da parte contrária, colegas, partes do processo e, inclusive, até perante o cliente, pois este não pode obrigar o advogado a quebrar o sigilo perante terceiros.

Entretanto, esse sigilo, por óbvio, não é absoluto, ilimitado, cedendo, então, em algumas situações específicas previstas expressamente em lei e, sobretudo, quanto ao próprio cliente devem vigorar também os princípios da lealdade e informação.

Da análise do ordenamento jurídico português, portanto, observa-se que o sigilo profissional é reconhecido aos advogados de modo geral, inexistindo qualquer distinção entre advogados externos ou internos.

2.2.2. A situação específica dos advogados internos

Embora a legislação portuguesa, em diversos ordenamentos que tratam do assunto, não trace qualquer diferenciação para advogados externos ou internos, não se pode perder de vista, por outro lado, que não há norma expressa que estenda o sigilo profissional aos advogados de empresas. A questão entra, assim, na esfera da interpretação.

E a posição do TJUE é de que os advogados internos, com atuação subordinada, não estão ao abrigo do sigilo profissional, o que foi, inclusive, objeto de recente decisão, em 2010 (Caso AKZO), como foi analisado no primeiro capítulo.

Portanto, torna-se necessária a análise da questão, para posterior estudo sob a ótica do processo penal nos casos de buscas e apreensões como meio de obtenção de prova.

Inicialmente, como já referido, a distinção seria conceitual, diria respeito à própria essência da advocacia, para separação daqueles que a exercem de modo livre e independente (sentido clássico), daqueles que atuam de forma subordinada como empregados de empresas.

As decisões oriundas do TJUE, nos casos AM&S e AKZO, afirmam que os advogados internos não estão ao abrigo do sigilo profissional, por não atuarem com independência e estarem subordinados, algo que desvirtuaria o exercício da profissão. O advogado seria mais um “funcionário”, exercendo suas atividades dentro da empresa, em um setor jurídico ou algo semelhante, o que o vincularia aos interesses da empresa, de suas estratégias, podendo levá-lo a desempenhar cargos de chefia e direção nestas, ou seja, tudo o que foge do conceito de advogado como um profissional liberal e independente.

Em Portugal, porém, o artigo 68.º do EOA¹⁴ prevê que as prerrogativas reconhecidas aos advogados abrangem aqueles que atuam em relação de subordinação, mas não há menção expressa sobre os advogados de empresa.

Entretanto, algumas considerações precisam ser feitas. Em primeiro lugar, em que pese a nomenclatura de “advogado de empresa”, deve ser entendido como “advogado” aquele que está escrito na Ordem dos Advogados, pressuposto básico para o exercício da atividade profissional. Se atua de outra forma, em termos de consultoria, após a licenciatura em curso de Direito, não pode ser respaldado pelas regras de deontologia profissional, pois não é “advogado”.

Como se verá a seguir, em alguns países há os chamados “juristas de empresa”, como na França, com atividade específica nas empresas e que não têm o reconhecimento como advogado, além de terem suas ações especificadas em lei¹⁵.

Por outro lado, em Portugal há considerável posição doutrinária no caminho de reconhecer o sigilo profissional aos advogados de empresas.

Cardoso (1997: 51) observa que os advogados de empresas, embora atuando com um vínculo laboral, não podem perder a consciência de que

14 Artigo 68.º, n.º 1: “Cabe exclusivamente à Ordem dos Advogados a apreciação da conformidade com os princípios deontológicos das cláusulas do contrato celebrado com o advogado, por via do qual o seu exercício profissional se encontre sujeito a subordinação jurídica”.

15 Nesse sentido, Silva, 2006: 33 ss.; Favreau, 2008.

a sua função de advogado impõe o respeito ao sigilo profissional, o que não pode ser diminuído por haver uma situação jurídica de obediência funcional. Neves (2001: 301), igualmente, aponta que *“os advogados de empresa devem merecer a mesma salvaguarda conferida, em geral, pelo legislador ao exercício da advocacia, o que inclui, naturalmente, o âmbito do segredo profissional, até porque o dever de manter sigilo sobre as matérias com que lida lhe é exigido”*. Essa é mesma posição de Canas (2005: 791 ss.), Campos (1988: 471 ss.), Santiago (1997: 229 ss.) e Almeida (2006), os quais apontam que o advogado vinculado por contrato de trabalho, atuando em empresas, está sujeito, no que se refere ao sigilo profissional, às mesmas regras dos advogados externos.

Porém, as dificuldades da questão e algumas resistências são evidentes, as quais já se vislumbram pela própria posição do TJUE.

Costa (2009: 60), mesmo ressaltando a existência de previsão sobre a questão nos artigos 68.º e 76.º, n.º 3, do EOA, observa a dificuldade de aplicação desses dispositivos aos advogados de empresa, ao questionar se a autonomia do advogado assalariado poderia permitir a se falar em “independência”, o que, certamente, em caso negativo, tem-se como desvirtuada a atividade profissional de advogado, no sentido, liberal e independente (posição do TJUE). Citando Luis, em assertiva contundente, observa que *“não passam de afirmações de dever ser, de visões utópicas da liberdade do assalariado”*, arrematando que *“tenhamos coragem de reconhecer que a única liberdade de quem trabalha em regime de emprego é deixá-lo”*.

Isso demonstra a descrença na atividade de advogado de empresa nos mesmos moldes desenvolvidos no sistema clássico dos chamados advogados “externos”. Essa questão, inclusive, é apontada por Silva (2006: 34), observando a existência de *“muitas reticências por parte da comunidade dos advogados que amiúde se alimenta de algumas ideias falsas acerca das razões e do exercício da atividade do advogado de empresa”*.

Nessa esteira, observa-se que diante do quadro que se vai desvelar no cenário europeu, resta devidamente delineada a fundamentação da resistência que vem a justificar a posição adotada pelo TJUE em seus acórdãos de 1982 e 2010. Todavia, cabe observar, ainda, que, em 2007, a própria Ordem dos Advogados de Portugal, em Parecer do Conselho-Geral sobre uma apreensão de documentos pertencentes a um advogado interno em uma empresa, reali-

zada pela Autoridade da Concorrência (AdC), entendeu ser ilegal tal apreensão por violar o sigilo profissional, o qual deveria ser estendido aos advogados internos¹⁶. Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL), em 2008, contrariando o entendimento do TJUE, ao analisar uma questão nacional, uma apreensão de documentos de advogado de empresa por autoridade nacional de concorrência, entendeu, igualmente, pela ilegalidade da ação, e adotou a posição de que, em Portugal, o segredo profissional deve ser assegurado aos advogados internos nos mesmos moldes que aos advogados externos¹⁷.

Assim, como alguns doutrinadores reclamam, seria importante uma regulamentação expressa sobre essa situação, de modo que a questão conceitual não possa se sobrepor ao que está afirmado na legislação em relação aos advogados de empresas e é fato gerador de uma complexa celeuma no processo penal¹⁸.

2.2.3. Posições nos países europeus, Brasil e Estados Unidos

Como se pode observar, em Portugal, a posição na doutrina é sólida no sentido de haver a extensão da prerrogativa do sigilo profissional aos advogados de empresas, com algumas exceções apontando as dificuldades reconhecidas nos casos julgados pelo TJUE. E, tendo em vista os fundamentos dessa posição, a questão é bastante controversa no cenário europeu.

Na Espanha, a atividade profissional da advocacia é regulada no *Estatuto General de la Abogacia Española*, conforme *Real Decreto* 658/2001, havendo previsão de extensão das prerrogativas profissionais aos advogados de empresa, pelo que deveria ser incluído o sigilo profissional. Embora haja alguma dou-

16 No Parecer n.º E-07/07, a conclusão é a seguinte: a questão fundamental em causa é o segredo profissional do advogado, consagrado no artigo 87.º do EOA, com incidência instrumental nos artigos 70.º e seguintes do mesmo diploma; não há em Portugal qualquer discriminação legal e estatutária negativa dos advogados de empresas; o artigo 68.º do EOA compatibiliza o exercício da advocacia com o vínculo jurídico-laboral e com a previsão de sujeição aos mesmos princípios, de modo que a atuação da AdC teria violado os artigos 68.º, 87.º, 70.º e 71.º do EOA, artigo 177.º, n.º 3, e 180.º, n.ºs 1 e 3, ambos do CPP, com consequente nulidade da diligência, podendo tal atuação considerar-se subsumível no artigo 195.º do CP. Decisão disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Pareceres/detalhe_parecer.aspx?idc=5&idsc=158&ida=59027>.

17 Decisão no processo n.º 572/07.9TYLSB, do TCL, disponível em: <http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/eng/Newsletter_Concorrenca_Competition_1Trim_2009_1stQuarter_2009.pdf>.

18 Antônio Marinho e Pinho, bastonário da Ordem dos Advogados de Portugal, em entrevista ao site Conjur, revela a controvérsia existente na questão dos mandados de buscas em escritórios de advocacia, fazendo contundente crítica ao Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mar-07/entrevista-antonio-marinho-pinto-presidente-ordem-portugal>.

trina que também aponte as dificuldades práticas para essa extensão, a posição dominante é no sentido de ser assegurado o sigilo aos advogados internos¹⁹.

Essa é a mesma posição que se verifica na Alemanha²⁰ e Bélgica, com o reconhecimento do sigilo a todos os advogados, excluindo-se os “consultores jurídicos” não inscritos na Ordem dos Advogados.

Entretanto, há situações peculiares, como na França, em que há legislação específica para os “juristas de empresas”, os quais não contam com as mesmas prerrogativas dos advogados. A Lei n.º 71-1130 de 1971, alterada pela Lei n.º 90-1259 de 1990, menciona expressamente que os “juristas de empresas” podem vir a ascender à condição de advogado com dispensa de estágio após um período de oito anos de atividades em empresas, o que os coloca numa categoria inferior, uma profissão distinta, não lhes sendo reconhecido o sigilo profissional.

Na Suíça e na Suécia, da mesma forma, como aponta Nolen (2011) em estudo realizado após a decisão do TJUE no Caso AKZO, o sigilo profissional não é estendido aos advogados internos, prerrogativa reconhecida apenas aos advogados externos. Os advogados internos são considerados consultores jurídicos, não havendo o reconhecimento da confidencialidade das comunicações com o cliente (empresa)²¹.

19 Veja-se a posição dos Advogados de Empresas da Espanha no Parecer da *Comisión de Abogados de Empresas del Colegio de Abogados de Madrid, España*, no qual é tratada a questão e há forte defesa das prerrogativas dos advogados de empresas em contraponto à decisão do TJUE no Caso AKZO. Disponível em <http://www.icam.es/docs/web3/doc/AE_SecretoProfesionalComision>. Acesso em 14 dez. 2011. Igualmente, a doutrina, por Gonzales Cueto (2011), Rodríguez Ramos (2011) e Cortés Bachiarelli (1998) segue nessa linha, com posições contrárias como em Portugal, no campo interpretativo sobre a aceção da advocacia, como Córdoba Roda. Interessante, por sinal, a posição de García Alonso (2011) ao afirmar que: “*Ahora bien, si en el Derecho de la Unión la protección del secreto profesional tiene el rango de un principio general del Derecho con carácter de derecho fundamental, quizá quepa preguntarse, si es suficiente un argumento, en el fondo, únicamente utilitarista, para negar de plano y sin excepciones este derecho respecto del intercambio de información entre los administradores de una empresa y el abogado interno. Y más si cabe cuando existen suficientes medios alternativos en el procedimiento (que ya aplican eficazmente al abogado externo y que podrían perfectamente aplicar al interno) para evitar un uso fraudulento del secreto profesional*”.

20 Rogall (2009: 134) aponta a diferença de tratamento entre advogados e consultores jurídicos, de acordo com a previsão do § 160a StPO: “*O §160a StPO só é aplicável às pessoas abrangidas por segredo profissional e respetivos colaboradores (não vale, portanto, para familiares); a norma diferencia dois grupos de pessoas abrangidas pelo segredo profissional: os ministros religiosos, os defensores e os deputados por um lado, e os restantes profissionais referidos no § 53 StPO (consultores jurídicos e profissões médicas, farmacêuticos, conselheiros de planeamento familiar e de toxicodependentes e equiparados, bem como dos trabalhadores dos media), por outro lado. Enquanto no que se refere ao primeiro grupo, a proteção é praticamente absoluta, já quanto ao segundo ela revela-se relativa*”.

21 Importante, também, sobre o panorama da questão no continente europeu, consultar o Parecer e estudo do Presidente da C.C.B.E.: *Representing Europe’s Lawyers: Regulated legal professionals and professional*

No Brasil, porém, a situação assemelha-se à de Portugal. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, regulado pela Lei n.º 8.096/94, prevê que o “*local de trabalho do advogado é inviolável*”²², devendo ser respeitado o sigilo profissional, não havendo distinção se advogados de empresas ou externos. Da mesma forma, conforme Gomes (2011)²³, Castro (2011)²⁴, Silva (2011)²⁵ e Mamede (2003)²⁶, observa-se que a doutrina defende a inviolabilidade dos escritórios de advogados internos, estendendo-lhes o sigilo profissional, pela leitura sistemática da legislação.

Porém, mesmo havendo essa firme posição doutrinária, há resistência a essa extensão da prerrogativa na jurisprudência, tanto que representantes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) buscam no Poder Legislativo a pre-

privilege within the European Union, the European Economic Area and Switzerland, and certain other European jurisdictions. Disponível em: <http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf>.

22 Estatuto da OAB (Lei n.º 8906/94), alterado pela Lei n.º 11767/08, restando o artigo 7.º, II, com a seguinte redação: “*a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia*”. Lembre-se, ainda, que o artigo 150.º, § 4.º, do Código Penal Brasileiro equipara o local de trabalho a domicílio, obrigando às restrições necessárias para efeitos de buscas e apreensões.

23 Gomes (2011) sustenta que “*a inviolabilidade existe porque o advogado, sem sobre de dúvida, cumpre o salutar (e imprescindível) papel de lutar pelos direitos e garantias, sobretudo constitucionais e internacionais, contra o arbítrio, principalmente, do Estado [...]. Também está protegido pela inviolabilidade e sigilo o local onde se localiza o departamento jurídico dentro de uma empresa. Departamento jurídico é local de trabalho do advogado, logo, faz parte da inviolabilidade prevista*”.

24 Para Castro (2011), “[*a*] inviolabilidade do escritório do advogado e, por forçosa extensão, das dependências ocupadas pelos departamentos e gerências jurídicas das empresas, acha-se duplamente protegida no plano constitucional”, referindo a advocacia como função essencial à justiça e à questão dos princípios da intimidade e privacidade, citando, ainda, a previsão expressa do EOA e artigo 150.º, § 4.º, III, do CP.

25 Silva (2011), referindo-se diretamente aos departamentos jurídicos, afirma: “*Em face dessas ocorrências houve uma mobilização da OAB, sendo editada a Lei n.º 11.767/08, que alterou o artigo 7.º do Estatuto da Advocacia, com o intuito de fazer se respeitar a inviolabilidade do local e dos instrumentos de trabalho do advogado, não importando se em escritório próprio e ou em departamento jurídico interno de empresa, já que a lei não fez qualquer distinção*”.

26 Mamede (2003: 193) faz uma análise específica sobre a situação dos advogados de empresas, com interessante ponderação: “*Quando o legislador fala em escritório ou local de trabalho, cria uma referência ampla: não interessa qual seja o local onde o advogado trabalhe, ele é considerado inviolável. Pode ser todo um prédio, um andar, uma sala ou um conjunto de salas, um ambiente em sua casa ou em casa alheia ou, até, ambientes ou locais que estejam localizados em prédios de empresas ou outros clientes. Dessa maneira, se o advogado tem uma sala na empresa para a qual trabalhe (como autônomo ou como empregado), essa sala é inviolável, se o advogado tem uma única e singela mesa, disposta no escritório ou em qualquer outro lugar pertencente a outrem, seja ou não seu cliente, essa mesa é inviolável*”.

visão expressa dessa questão na legislação, para a inserção do reconhecimento do sigilo profissional aos advogados de empresas²⁷.

Nos Estados Unidos da América, a situação é mais complexa, pois em cada Estado da Federação há uma regulamentação específica, porém, Nolen (2011) aponta que, em alguns Estados, não é estendido o sigilo profissional aos advogados, como ocorre na Califórnia, embora a Suprema Corte já tenha se manifestado e afirmado a necessidade de proteção das relações entre advogados de empresas e seus clientes, inclinando-se pelo reconhecimento da prerrogativa aos *in-house lawyers*.

Portanto, observa-se que tanto no cenário europeu como nos Estados Unidos da América, e até mesmo em países em que há previsão legal sobre a matéria, como Brasil, Portugal e Espanha, a questão da extensão do sigilo profissional aos advogados de empresas (*in-house lawyers*) mostra-se por vezes frágil, diante do entendimento conceitual sobre a profissão de advogado, que sempre leva a uma ideia de atividade liberal e independente, jamais assalariada e subordinada, o que estaria por desvirtuar a profissão.

O tema é, por isso, muito atual, discutindo-se a necessidade de ser instituído um regramento específico para os advogados de empresas, sobretudo, diante da posição assumida pelo TJUE, o qual traz a sua argumentação, a própria falta de unidade de posição entre os Estados-membros²⁸.

Cabe, então, a análise da celeuma na esfera do processo penal, onde a discussão aflora nos casos de buscas e apreensões em empresas, nas quais advogados internos exercem suas atividades.

27 Conforme informação disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-12/advogados-garantia-inviolabilidade-departamentos-juridicos>>. Ainda, cabe salientar a informação disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-30/pf-ignorou-lei-busca-departamento-juridico-mariz>>, acesso em 18 fev. 2012, em que há notícia de decisão judicial lançada na “Operação Castelo de Areia”, no Brasil, em que foi autorizada a busca e apreensão em departamento jurídico de empresa, com grande repercussão na classe dos advogados e contestada com veemência.

28 Murphy (2004: 453), antes do julgamento definitivo pelo TJUE no Caso AKZO, em 2010, apontava a possibilidade de reversão da jurisprudência do TJUE, porém, o que não se confirmou com a decisão que não reconheceu o sigilo profissional aos advogados internos, porém, pondera que há essa falta de uniformidade nas legislações internas sobre a questão, o que enfraquece a resistência à posição do TJUE. Refere, então, que “*the fact remains that legal communications between clients and in-house lawyers are currently not considered privileged. This situation is the price to pay for consensus among the 15 members of the EU where legal traditions have historically varied from one Member State to another and where the law has sometimes developed quite independently over time*”.

2.3. A busca e apreensão como meio de obtenção de prova em escritórios de advogados internos

2.3.1. Requisitos do regime legal das buscas e apreensões em escritórios de advocacia

No processo penal português as buscas e apreensões estão reguladas a partir do artigo 174.º do CPP. Trata-se de um meio de obtenção de prova importante, sobretudo, por muitas vezes, oportunizar a realização de uma prova direta da prática de um crime, como a apreensão, por exemplo, de documentos que afirmem a autoria ou a própria materialidade de um delito.

Porém, como a busca representa uma invasão da esfera de privacidade do indivíduo, para que haja a limitação de um tão relevante direito fundamental, necessário que exista um arcabouço indiciário que aponte a ocorrência de um ilícito penal e de sua autoria, de maneira que se possa permitir e deferir essa medida restritiva.

O artigo 177.º do CPP, que trata das buscas domiciliárias, traz requisitos específicos quando a medida de busca e apreensão for executada em escritórios de advocacia, regra que visa assegurar o exercício profissional do advogado em sua plenitude, salvaguardando o sigilo profissional.

Esses requisitos preveem que a busca deve ser, obrigatoriamente, presidida por um juiz, sob pena de nulidade, havendo a obrigação de ser avisado, antes da ação, o presidente local da Ordem dos Advogados, para que este ou um representante possa acompanhar a diligência. A presença de um juiz e do contato prévio com um representante da Ordem dos Advogados é condição essencial para a validade da medida de busca e apreensão.

Entretanto, uma questão que surge na doutrina, é se a busca em escritório deve ser inserida nos mesmos pressupostos de uma busca domiciliária ou estaria sujeitas às regras gerais das buscas não domiciliárias. Neste ponto, Pinto (2007: 23 ss.) entende que as buscas em escritórios de advogados não são classificadas como domiciliárias, razão pela qual, além dos requisitos obrigatórios e expressos do artigo 177.º do CPP, aplicar-se-ia as disposições do artigo 174.º do CPP, possibilitando a sua realização em qualquer horário.

Em outro sentido, e a nosso ver com razão, Neves (2011) observa que o legislador inseriu as buscas nos escritórios de advogados no artigo 177.º do CPP, que trata das “buscas domiciliárias”, ou seja, todas as regras que estão no referido dispositivo legal aplicam-se em tais buscas, portanto, devem ser observados os horários previstos na legislação processual penal e demais requisitos. Ora, se o art. 177.º do CPP traz diversos requisitos para a busca

e apreensão e aquela que é realizada em escritórios de advocacia está inserida no mesmo dispositivo, com certeza, por uma interpretação sistemática, impõem-se as mesmas limitações das buscas domiciliárias aos gabinetes de advogados (somadas às garantias específicas acima mencionadas).

Diante desse quadro, perde maior relevância debater se as pessoas coletivas devem estar inseridas nas buscas domiciliárias ou não, questão controversa na doutrina e na jurisprudência²⁹, pois como a questão das buscas em escritórios de advogados estão reguladas no capítulo referente às “buscas domiciliárias”, há necessidade de observância de todos os pressupostos legais destas, como condição essencial para a validade da diligência de busca e apreensão.

Em relação à apreensão de documentos em escritórios de advocacia, a legislação processual penal, em seu artigo 180.º, prevê que se aplica o disposto no art. 177.º do CPP, e que não podem ser objeto de apreensão os documentos abrangidos pelo “segredo profissional”, salvo se constituírem objeto ou elemento de um crime.

Assim, toda a documentação presente em um escritório de advocacia, que tenha relação com a atividade profissional, está salvaguardada pelo sigilo profissional, não poderá ser apreendida, a não ser que haja relação com um fato delituoso, constituindo objeto ou elemento deste. Ademais, cabe observar que se o advogado for diretamente investigado, poderão ser apreendidos todos os documentos que guardem relação com o suposto delito, mesma situação em que se admite, pelo artigo 187.º, n.º 5, do CPP, a interceptação das conversas

29 Sobre o assunto, interessante o artigo de Pinto (2005: 415 ss.), em que aponta a divergência na doutrina e na jurisprudência sobre o assunto, demonstrando que J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, Costa Andrade e Paulo Mota Pinto são favoráveis à extensão do conceito de domicílio às pessoas coletivas, enquanto J. Martins da Fonseca, João Conde Correia e Paulo Pinto de Albuquerque são contrários. No Tribunal Constitucional já houve o enfrentamento da matéria, conforme acórdãos n.º 198/95, 67/97 e 539/97, sendo que no acórdão n.º 593/2008 verifica-se a posição de não admitir a extensão do conceito de domicílio às pessoas coletivas, com a aceitação de uma busca e apreensão deferida pelo Ministério Público, ou seja, busca “não domiciliária”. Entretanto, não se perde de vista que o problema aqui enfrentado vai além, pois a busca em escritórios de advocacia está inserida dentre as “buscas domiciliárias” no CPP. De outro lado, Bachmaier Winter (2009: 176) afirma que o TEDH, ao interpretar o art. 8.º da CEDH, vem estendendo o conceito de domicílio aos escritórios de advogados e às pessoas coletivas: “*El art. 8 CEDH confiere protección frente a la medida de entrada y registro en domicilios. A los efectos de la aplicación de este precepto, sin embargo, el concepto de domicilio (‘home’, em la versión inglesa del Convenio Europeo) se há interpretado de manera amplia. La inviolabilidad del domicilio, según reiterada doctrina del TEDH, se extiende a todos los espacios cerrados em los cuales el ser humano desarrolla su via no solo privada, sino también de relación com el exterior. Así, tienen cabida dentro de ese concepto el despacho profesional de un abogado (caso Niemietz) o las dependencias de una empresa (caso Veeber)*”.

telefônicas entre o arguido e seu defensor, o qual, então, estará também sendo investigado formalmente, mas somente nesta hipótese³⁰.

Cabe ressaltar, ainda, que a legislação processual penal, em Portugal, não faz qualquer ressalva ou “discriminação negativa”³¹ acerca dos escritórios de advogados, em nenhum momento referindo se advogados externos ou internos, se o local é empresa ou não. A previsão é no sentido de preservar o escritório do advogado, resguardando sua atividade e o segredo profissional.

2.3.2. Análise da questão específica do advogado interno à luz do princípio da ampla defesa

Como pudemos observar acima, o sigilo profissional do advogado não é apenas um dever do advogado, mas, igualmente, um direito que possibilita o livre exercício da profissão para sua plena colaboração na administração da justiça, conforme norma expressa no artigo 208.º da CRP. E esse direito, no campo do processo penal, é ainda mais relevante.

Em um Estado de Direito democrático, a preservação do princípio da ampla defesa é uma máxima absoluta, sendo inadmissível que alguém seja sujeito a um processo criminal ou a uma condenação penal sem poder exercer sua defesa, contrapor a acusação estatal.

A atuação do advogado, nesse aspecto, está intrinsecamente ligada a esse princípio, pois ao sustentar a defesa, terá acesso a informações, documentos, dados confidenciais pelo cliente de maneira a fazer valer a mais ampla defesa ao adotar as melhores estratégias possíveis no desempenho de sua atividade. O segredo profissional, assim, garante a realização da atividade do advogado e, em última análise, é fundamental para o exercício da ampla defesa.

30 Interessantes as decisões do TEDH no caso “ERDEM vs. Alemanha”, de 05.07.2001, e “FOXLEY vs. Reino Unido”, de 20.06.2000, que tratam da apreensão de correspondência de advogado com o cliente, sendo que, no último caso, advogado de uma empresa que faliu e houve a apreensão de documentos. O TEDH apontou a ilegalidade das apreensões, cabendo observar que na decisão do caso “ERDEM”, há expressa menção à repercussão da apreensão no direito de defesa do indivíduo. Tais casos não envolvem o advogado, situação que, pacificamente, se ocorrer, de acordo com a lei e a jurisprudência, não há mais confidencialidade, já que o advogado é também investigado.

31 Parecer do Conselho-Geral da Ordem dos Advogados n.º E-07/07, no qual é defendida essa tese, no sentido de ausência de “discriminação negativa” em relação aos advogados de empresas. No corpo do referido parecer há exaustiva análise da legislação portuguesa, não havendo qualquer diferenciação entre os advogados inscritos na Ordem dos Advogados.

Como observa Gössel (1985), a defesa penal deve ser ampla e efetiva e tais prerrogativas, por consequência, são indispensáveis para a realização desse fim³².

Portanto, na legislação processual penal portuguesa e no EOA não há qualquer distinção entre advogados que atuem de forma independente ou em empresas, subordinados. Ora, uma interpretação não poderia se sobrepor à lei, mesmo que seja de um órgão como o TJUE. Embora a posição desta Corte refira-se ao Direito de Concorrência, não se pode perder de vista que há possibilidade de ser utilizado seu entendimento para a realização de buscas e apreensões em escritórios de advogados de empresas sem observância dos preceitos legais específicos³³.

Tanto é verdade que, conforme o Parecer n.º E-07/07 da Ordem dos Advogados de Portugal, observa-se que houve a realização de uma busca e apreensão pela AdC, realmente, na linha desenvolvida pela posição do TJUE, bem como o TCL, em 2010, julgou fato similar, embora, em sentido contrário à posição do TJUE, mas, observa-se que houve ação da AdC.

Embora o processo penal obrigue a um maior rigor em termos de garantias por estar sujeitando alguém, mediante um processo, à sempre possível perda da liberdade, ou seja, a medidas drásticas pela prática de um crime, o regime do Direito de Concorrência e até mesmo a prática de fatos contemplados no Regime Geral das Contra-Ordenações acabam por ter caráter sancionatório, em que vigoram, por uma leitura constitucional, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Assim, a realização de uma busca pela AdC ou por policiais em uma investigação, deverão observar os pressupostos específicos para a legalidade dessa ação.

Nesse ponto, deve ser ponderado o seguinte: a legislação faz alguma ressalva negativa em relação aos advogados internos? Pela análise do CPP e do EOA verifica-se que a resposta é negativa. O advogado de empresa (interno ou *in-house-lawyer*) é “advogado” para a legislação portuguesa, a qual exige,

32 Gössel, 1985. Nesse mesmo sentido, o entendimento de Figueiredo Dias (2004: 471) ao observar que “os direitos do defensor não têm a sua origem e fundamento na ‘procuração’ concedida pelo arguido, esta apenas uma das fontes de onde pode derivar a assunção da função de defensor; aqueles direitos são, na verdade, mais amplos do que poderiam ser se tivessem fundamento apenas contratual e têm a sua origem na própria lei processual penal. Isto significa, por força, que o defensor exerce uma função pública de administração da justiça e é, por consequente, um órgão desta administração”.

33 Veja-se o Caso Saunders vs. Reino Unido, julgado no TEDH, relativo à utilização de prova obtida em processo de investigação administrativo em processo criminal, em que houve decisão que reconheceu a violação do art. 6.º, n.º 1, CEDH, tema analisado por Sousa Mendes (2010: 121 ss.).

para isso, a necessária inscrição na Ordem dos Advogados. A partir disso, como afastar os requisitos específicos do artigo 177.º, n.º 5, do CPP, para a realização de uma busca e apreensão em uma empresa e que haja o interesse da autoridade em proceder a análise no gabinete do advogado?

Não se perde de vista a problemática que decorre disso, por questões práticas de difícil solução. Como se sabe, em alguns casos, poderão ser destacados documentos, arquivos de informática, muitas possíveis provas de práticas criminosas para o gabinete do advogado, com o fim de ocultação. Ora, mas não se podem confundir requisitos legais específicos com uma “imunidade absoluta”. Longe disso. Se houve essa conduta de ocultação, os responsáveis pela investigação deverão ter a cautela de solicitar a medida de busca com dados suficientes que apontem a prática criminosa e que no local há o escritório de advogado, o que, para ser efetivada a busca, deverá, então, contar com a presença de um juiz e contato prévio ao representante da Ordem dos Advogados. Além disso, se houver indícios da participação do advogado na prática dos crimes, há a perda desta “proteção”, o que é pacífico.

Certo é que esses requisitos trazem maiores garantias para a execução da busca, por dizerem respeito diretamente à atividade de um advogado, mas, na prática, podem gerar uma diferença discriminatória: a empresa que conta com setor jurídico, com advogados internos, teria esse “privilegio”. Ora, é outro argumento que não serve, pois embora haja a necessidade de um cuidado maior pela entidade policial ou autoridade nacional da concorrência, não se pode perder de vista que a situação é retrato do mercado e da própria evolução da atividade da advocacia, que merece crítica de alguns e aplauso de outros³⁴. Esses argumentos, entretanto, de nada servem diante do acervo legal existente em Portugal, não se vendo outra situação que não a de respeitar os advogados internos como “advogados” para efeitos legais (e não no campo da discussão interpretativa).

A posição adotada pelo TJUE, mesmo no campo do Direito de Concorrência (quando na área interna), ou no processo penal, não pode prevalecer em Portugal e nos países em que não há distinção entre a atividade profissional como advogados “externos” ou “internos”. Se não há essa diferença na lei, embora possam ser entendidos alguns entraves que surjam para a inves-

34 Crítica de Luís (1988: 591 ss) e Costa (2009), por exemplo, em Portugal; Auburn (2000) na Inglaterra. Veja-se, ainda, a posição adotada em países como a França, Suíça, Suécia, em que não há o mesmo tratamento para os advogados de empresas.

tigação, não se podem colocar garantias de lado, sobretudo, como vimos, em questão diretamente relacionada ao princípio da ampla defesa, o qual é o princípio mais básico para um processo justo e democrático.

O interesse público da investigação de fatos delituosos acaba por ceder diante de direitos individuais fundamentais resguardados na própria legislação como forma de garantia, de maneira a não ser possível qualquer ação do Estado contra o indivíduo, mas, sim, apenas aquelas ações que guardam a devida proporcionalidade e estão diretamente de acordo com os requisitos previstos em lei e em consonância com a Constituição³⁵.

Se a legislação processual penal menciona “escritórios de advogados”; se o EOA garante aos advogados que trabalham em regime de subordinação, em seu art. 68.º, as prerrogativas dos demais advogados, mesmo que se vislumbrem os problemas conceituais e práticos já analisados, não há possibilidade de um tratamento diferenciado e, pior, discriminatório para os advogados de empresas em Portugal. São “advogados” da mesma forma e merecem a mesma proteção jurídica, sendo-lhes garantido o sigilo profissional. Ainda mais que, na esfera do processo penal, não se poderia admitir o afastamento de uma norma de garantia, que diz respeito à ampla defesa, por mera interpretação. É o exemplo do “espartilho” mencionado por Albrecht (2010: 188), no sentido de que o Estado só poderá agir no campo da persecução penal devidamente ajustado às regras predeterminadas na legislação e somente poderá atuar nesse campo de atuação limitado³⁶.

35 Como menciona Gössel (1991: 675), “[e]l problema de la prohibición de la prueba viene a encuadrarse en la encrucijada entre los intereses del Estado a un efectivo procedimiento penal, en cuanto comunidad jurídica, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales”. Também Bachmaier Winter (2009: 173) faz interessante observação sobre o assunto, ponderando que “se exige que en la adopción de cualquier medida restrictiva de un derecho fundamental se cumpla el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Ello implica que, aunque la medida sumarial idónea y necesaria por no existir una medida alternativa menos lesiva, su adopción resultará en una vulneración contraria al art. 8 CEDH si no supera el requisito de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad, por conseguinte, actúa como un importante factor de corrección y limitación de la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales”.

36 Albrecht (2010: 188) faz a comparação com um “espartilho”, referindo: “*Diante da lei penal todos os cidadãos devem ser iguais, a aplicação da lei precisa ser previsível, a lei penal protege o cidadão contra o arbítrio estatal. O princípio da legalidade processual segue estes axiomas. Cultiva o axioma do tratamento igual, na medida em que deve garantir que iguais violações da lei também são tratadas de modo igual. Exclui a arbitrariedade estatal e cuida da segurança pública. Observando-se o princípio, satisfaz-se a exigência de um emprego controlado e previsível da violência estatal. O princípio da legalidade processual impõe ao Estado persecuidor penal um espartilho apertado. Em caso de lesões do Direito, o Estado precisa se mexer, mas é limitado, por meio do espartilho, em seu espaço de movimento. Um espartilho pode ser desconfortável. Consegue-se maior conforto quando não se precisa movimentar o espartilho, ou quando se pode tirá-lo, em caso de movimento*”. No caso em debate, embora a busca e apreensão em um gabinete de advogado de empresa possua alguns entraves na sua forma de execução, no momento em que a legislação

2.3.3. Reflexos da possível violação de direitos do advogado interno no campo do processo penal

Diante desse quadro, se considerado o advogado de empresa como “advogado” para efeitos da legislação vigente em Portugal, este deve gozar das mesmas prerrogativas dos advogados externos e, da mesma forma, devem ser respeitadas as mesmas normas de garantia previstas, por exemplo, no artigo 177.º e artigo 180.º do CPP, obrigando a adoção de requisitos especiais para o cumprimento de uma medida de busca e apreensão.

Por sinal, essa é a posição de Neves (2011: 301) ao defender que *“as diligências de prova que ocorram nas empresas nas quais há advogados a exercer têm que convocar, na parte da busca ao concreto gabinete do advogado, as mencionadas disposições de proteção do segredo profissional, nomeadamente as exigências legais das buscas em escritórios de advogados”*.

Se houver uma investigação e decorrer a necessidade de busca e apreensão no ambiente de uma empresa, caberá o estudo da situação pela autoridade competente e verificação da necessidade de serem adotadas as cautelas impostas na legislação por haver interesse de busca no gabinete ou local de trabalho ocupado pelo advogado da empresa.

Em que pese as já nominadas posições que contestam a figura do “advogado de empresa”, por questões conceituais e até práticas, a maioria da doutrina defende a inviolabilidade do escritório do advogado de empresa, nos mesmos termos do “advogado externo”, sendo-lhe garantido o sigilo profissional. Assim, se há sigilo profissional, o local de trabalho, seja fora ou dentro de uma empresa, deve ser respeitado³⁷.

processual penal prevê medidas de proteção específica aos advogados (e faz isso sem qualquer distinção), essas garantias devem ser respeitadas de modo a evitar qualquer ação arbitrária e ilegal.

37 Batista (2011), em artigo escrito em reação a ações realizadas pela Polícia Federal em escritórios de advogados de empresas, durante investigações de crimes relacionados à área econômico-financeira, no Brasil, observa: *“A proteção legal do escritório de advocacia poderia reportar-se ao direito à privacidade ou à inviolabilidade do domicílio; no último caso, porque a lei equipara expressamente a domicílio todo ‘compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade’. Contudo, as linhas argumentativas que daí derivam apenas suplementariam aquelas que residem no núcleo da questão: a proteção legal do escritório de advocacia vincula-se diretamente ao princípio fundamental do direito de ampla defesa e ao sigilo profissional que lhe é inerente. Suas raízes estão, portanto, naquilo que costuma designar-se por ‘velho e bom direito penal liberal’. Em passagem célebre, observava o grande jurista liberal Carrara, na segunda metade do século XIX, que ‘de todas as ideias tirânicas, a mais tirânica (la più tirannica) é aquela que pretendesse que o advogado defensor comunicasse ao Ministério Público ou ao juiz as coisas que o cliente lhe confidenciou (le cose a lui confidate dal cliente)’. Buscar nos papéis de trabalho do advogado qualquer espécie de prova contra seu cliente é, portanto – foi o venerando Carrara quem não-lo ensinou – realizar objetivamente a mais tirânica de todas as ideias tirânicas”*.

Na área do Direito de Concorrência, em que há um regramento específico, com a previsão de um procedimento sancionatório não tão rigoroso em termos de critérios e garantias como no processo penal, devem ser tomadas as medidas necessárias para a preservação do advogado interno, por ser também detentor do sigilo profissional, em Portugal e nos países onde há legislação expressa sobre o assunto ou, no mínimo, a interpretação sistemática extraída da lei (como ocorre na Espanha e no Brasil, por exemplo). No campo do processo penal, além disso, devem ser observadas as mesmas garantias previstas no artigo 177.º do CPP, que exige a presença de um juiz e a comunicação prévia do representante da Ordem dos Advogados.

Cabe ponderar, igualmente, que a AdC, durante uma busca, pode vir a produzir provas que serão utilizadas em processo penal, a partir da constatação da ocorrência de um crime, o que demonstra, sobretudo, a delicadeza da questão aqui em debate. Se não respeitado o sigilo profissional e as garantias dispostas na legislação, poder-se-á falar, futuramente, em uma fatal ilicitude da prova.

Conforme previsão da nova Lei de Concorrência, Lei n.º 19/2012, em seu artigo 18.º, n.º 1, alínea *c*), a AdC poderá realizar buscas nas empresas, porém, mediante a observância dos requisitos previstos no n.º 2 do mesmo artigo 18.º, quais sejam, a existência de um pedido à autoridade judiciária (Ministério Público), que deverá, em 48 horas, despachar o requerimento de forma fundamentada, autorizando as buscas. Porém, se houver advogado interno, mesmo que a matéria seja restrita ao Direito da Concorrência, verifica-se que a nova legislação trouxe em seus artigos 19.º e 20.º, praticamente, as mesmas regras previstas para as buscas e apreensões na esfera do processo penal, pois é exigida a presença do juiz de instrução e a comunicação prévia ao representante da Ordem dos Advogados.

Embora a Lei n.º 19/2012 não trate, também, especificamente, dos advogados internos, há as mesmas prerrogativas garantidas aos advogados³⁸, sendo que a única interpretação possível é que deverá ser respeitado o sigilo profissional dos *in-house lawyers*, assegurando-lhes essas mesmas exigências legais, conforme exposto acima, com base no sistema legal português e em sentido

38 Segundo previsão do artigo 19.º, n.º 7 e n.º 8, e artigo 20.º, n.º 4, ambos da Lei n.º 19/2012, publicada em 8 de maio de 2012. Cabe, ainda, ressaltar, que se está a falar de buscas e apreensões como meio de obtenção de prova (no campo do processo penal e também do Direito de Concorrência), com o que não se confunde as inspeções ou solicitações de informações. Porém, obviamente, se determinados documentos estiverem resguardados por sigilo profissional, este deverá ser respeitado, mas, nesse momento (repita-se, não relativo à busca e apreensão), com vinculação à causa, ao cliente, não se justificando uma imunidade absoluta, sobretudo, por não haver ainda qualquer ação destinada a coleta de prova.

contrário ao defendido no TJUE. Porém, se houve a constatação de prática de crime, não haverá outro caminho que se buscar a autorização de um juiz e o contato com o representante da Ordem dos Advogados, solução para evitar riscos.

Em outra partida, poderia ser sugerida a apreensão e posterior validação da prova pela autoridade judiciária, como ocorre nas situações do artigo 179.º do CPP. Todavia, essa situação não deixa de impedir a presença do representante da Ordem dos Advogados para acompanhar a diligência, fato que demonstra a especialidade da questão da busca e apreensão quando envolve advogados.

Certo, porém, que, se a investigação for realizada pela polícia criminal, essa diligência em um escritório de advocacia, mesmo “interno”, pressupõe um fato concreto, a necessária fundamentação e um despacho de um juiz, que deverá estar presente no cumprimento da busca, devendo haver o contato prévio ao representante da Ordem dos Advogados. Caso isso não seja observado, verifica-se a existência de uma violação a uma norma de garantia, decorrendo a ilegalidade do ato.

Com a consideração de que o advogado interno conta com a prerrogativa do sigilo profissional, diferentemente do entendimento do TJUE nos Casos AM&S e AKZO, a busca e apreensão realizada na esfera do processo penal, sem observar os requisitos do artigo 177.º, n.º 5, e artigo 180.º, ambos do CPP, estará no campo da ilicitude da prova.

Nesse aspecto, a busca e apreensão em escritórios de advogados (mesmo que advogados de empresas) tem uma maior restrição por todas as implicações analisadas no presente estudo, principalmente, pela vinculação do tema ao direito de defesa³⁹ e sua relação direta com o sigilo profissional, sendo que a obtenção de provas pelo Estado, em procedimento investigatório, deve, obrigatoriamente, ceder a exigências mais severas, sob pena de incidir em prova proibida⁴⁰.

39 Como afirma Gössel (1985: 38), em total consonância com o que vem aqui sendo defendido, “sendo a atividade do defensor estendida, no campo dos direitos fundamentais do arguido, como defesa de sua dignidade humana, cabe-lhe uma função de controlo integrante face ao poder de exercer a acção penal que incumbe ao Estado. Em suma: o controlo de todas as medidas de prossecução penal contra o réu, realizado através do defensor, constitui o conteúdo da posição subjectiva do réu”.

40 Sousa Mendes (2004: 142), sobre esse assunto, salienta que a questão das proibições de utilização ou valoração de provas proibidas é uma maneira de impedir a tentativa de o Estado obter provas a qualquer custo, o que, repita-se, mesmo com todas as dificuldades práticas que o presente assunto acaba por evidenciar, não há como sobrepor uma interpretação sobre requisitos legais expressos em matéria de processo penal. O Autor ressalta, nesse caminho, que: “é como se o legislador anunciasse aos virtuais prevaricadores: - Não sucumbam ao canto de sereia da obtenção das provas a qualquer preço, porquanto isso

Desse modo, em sentido oposto ao adotado pelo TJUE no campo do Direito da Concorrência, embora pelo estudo no Direito Comparado observe-se a falta de consenso sobre a extensão do sigilo profissional aos advogados de empresas, verifica-se que pela legislação portuguesa não há espaço para entendimento que afaste essa extensão, devendo o advogado “interno” ser detentor das mesmas prerrogativas e garantias reconhecidas aos advogados “externos”.

Assim, colhida a prova em uma diligência de busca e apreensão, sem a observância dos requisitos legais que protegem e salvaguardam o sigilo profissional e atividade do advogado, haverá prova ilícita, a qual não poderá ser utilizada no processo penal, sendo possível, inclusive, ser analisada a prática do crime do artigo 195.º do CP, pela prática de violação do sigilo profissional⁴¹.

CONCLUSÕES

A posição do TJUE no âmbito do Direito de Concorrência na União Europeia não estende a prerrogativa do sigilo profissional aos advogados internos, com o entendimento que esse sigilo é restrito aos advogados externos, os quais atuam de forma independente, sem qualquer vinculação jurídico-laboral com seus clientes. De acordo com esse posicionamento da referida Corte, o advogado interno ou *in-house lawyer* não é considerado um “advogado” no sentido clássico e tradicional da profissão.

Essa posição abre a possibilidade de que sejam efetuadas buscas e apreensões em empresas sem que haja a tomada das cautelas decorrentes do reconhecimento do sigilo profissional como garantia do exercício da advocacia. Entretanto, se isso é certo em alguns países, que não consideram *in-house lawyers* como advogados e, sim, meros consultores jurídicos, como ocorre na França, Suécia, Suíça, em alguns dos estados Federados dos Estados Unidos da América, a situação não pode ser compreendida dessa forma em países em que o advogado de empresa, o advogado interno, tem o mesmo tratamento legal dos advogados externos ou, até mesmo, inexistindo qualquer distinção na legislação entre possíveis formas de advocacia, como ocorre em Portugal, Espanha e Brasil, por exemplo.

vos custaria a inutilização absoluta dos meios de prova ilicitamente obtidos, nem sequer se podendo repetir essas provas por outros meios. Por exemplo, se invadistes o domicílio do suspeito sem a devida autorização judicial e nesse local encontrastes a arma do crime, então, é como se tivésseis destruído essa prova material”.

41 Posição adotada e defendida no Parecer n.º E-07/07 do Conselho-Geral da Ordem dos Advogados de Portugal.

A jurisprudência do TJUE, firmada nos casos AM&S e AKZO, em matéria de busca e apreensão como meio de obtenção de prova, não pode ser aplicada nesses países no campo do processo penal e, com grande risco de ilegalidade, no próprio campo do Direito de Concorrência.

Se a legislação não faz distinção entre advogados externos e internos e no CPP, em seu artigo 177.º, há expressa previsão de requisitos específicos para a busca e apreensão em escritórios de advocacia (que podem ser externos ou dentro de empresa, repita-se, não há qualquer diferenciação nesse sentido), mesmo que se admita a problemática decorrente da discussão conceitual, em se tratando de norma de processo penal e que garante certos pressupostos para que a ação estatal seja desenvolvida no campo da persecução penal, não se pode chegar a outra conclusão de que mesmo os advogados de empresas são detentores do sigilo profissional e gozam do status de “advogado” em sentido amplo e merecem os mesmo resguardos previstos em lei.

Como se pode verificar ao longo deste estudo, os advogados internos, em Portugal e em alguns outros países, ostentam as mesmas garantias dos advogados externos. Mesmo que se possam verificar diversas dificuldades para uma ação investigatória por parte dos órgãos de polícia criminal ao efetuarem uma diligência de busca e apreensão no interior de uma empresa que conte com um setor jurídico, com a atuação de advogados em seu âmbito, a legislação processual penal traz requisitos mais rigorosos no que diz respeito à essa espécie de ação investigatória em que sejam alvo advogados. Como não há distinção legal, não se vislumbra possibilidade de sobrepor uma interpretação conceitual a uma regra expressa de garantia, ainda mais que, como foi analisado, as garantias concedidas aos advogados, em última análise, buscam respeitar, também, o direito à ampla defesa, princípio basilar do processo penal.

Em um Estado de Direito democrático não há margem para que uma regra de processo penal, relativa a questões que possuem tamanha profundidade em termos de defesa e, até mesmo, a direitos fundamentais (interpretação sobre a extensão do conceito de sigilo profissional e os direitos à intimidade e privacidade) sejam obstaculizadas por uma interpretação que discrimina os advogados de empresas sem que exista qualquer distinção na legislação interna do país, como ocorre em Portugal⁴².

42 Costa Andrade (2006: 38), citando Jürgen Wolter, nesse ponto, destaca: “em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana nem um processo penal vocacionado para a proteção dos direitos fundamentais [...] a procura da verdade material

Portanto, mesmo que haja a posição do TJUE no campo do Direito de Concorrência e essa posição possa ser seguida em alguns países que, efetivamente, tratam de modo distinto os advogados externos dos internos, sendo a matéria afeta ao processo penal, em casos de prática de ilícitos criminais e de modo em geral, em Portugal (e nos países que seguem essa mesma linha com previsão na legislação, como, por exemplo, na Espanha e Brasil), deve ser reconhecida a prerrogativa do sigilo profissional aos advogados internos e devem ser obedecidos os requisitos legais previstos no artigo 177.º do CPP, sob pena de incorrer-se em proibição de prova, com violação de princípios que se encontram afirmados na Constituição, como aquele que garante a advocacia como essencial para a administração da justiça e, sobretudo, o princípio da ampla defesa.

e de uma decisão justa, os esforços pela punição e reparação dos danos não são apenas relativizados pela garantia da dignidade humana, mas por ela inteiramente bloqueados”.

BIBLIOGRAFIA

ALBRECHT, Hans-Jörg.

2009 “Criminalidade organizada na Europa: perspetivas teórica e empírica”, in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (coord.), 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra: Almedina, pp. 73-99.

ALBRECHT, Peter-Alexis.

2010 *Criminologia: Uma fundamentação para o Direito Penal*, Rio de Janeiro: ICPC e Lumen Juris.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

2009 *Comentários do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de

2006 *Medidas cautelares e de polícia do processo penal, em direito comparado*, Coimbra: Almedina.

ANDRADE, Manuel da Costa

2006 *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1.ª ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora.

ARNAUT, António

2005 *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado*, 9.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

AUBURN, Jonathan

2000 *Legal Professional Privilege: Law and Theory*, Oxford: Hart Publishing.

BACHMAIER WINTER, Lorena

2009 “Investigación criminal y protección de la privacidad em la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (coord.), 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra: Almedina, pp. 161-185.

BATISTA, Nilo

2011 *A criminalização da advocacia*, disponível em: <http://www.idtl.com.br/artigos/128.pdf> [consultado em: 01.12.11].

BELEZA, Teresa Pizarro & PINTO, Frederico de Lacerda da Costa

2010 *Prova criminal e direito de defesa: Estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra: Almedina.

CAETANO, António

2003 “Inquérito aos advogados portugueses. Uma profissão em mudança: Caracterização das condições de exercício da advocacia”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 63, dezembro, pp. 157-177.

CAMPOS, Carlos da Silva

1988 “O sigilo profissional do advogado e seus limites”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, setembro, pp. 471-510.

CANAS, Vitalino

2005 “O segredo profissional dos advogados”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. II, Coimbra, Almedina, pp. 791-803.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital

2007 *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.

CARDOSO, Augusto Lopes

1997 *Do segredo profissional do advogado*, Lisboa: Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados.

2003 “A Diretiva sobre o branqueamento de capitais e o segredo profissional da advocacia”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 27, julho/agosto, pp. 28-36.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira

2011 *A inviolabilidade de escritórios de advocacia e departamentos jurídicos de empresas: Sigilo profissional e prerrogativas da profissão de advogado*, disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/artigo.pdf> [consultado em 08.12.11].

CÓRDOBA RODA, Juan

2005 *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons.

CORREIA, João Conde

1999 “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2.^a parte, da C.R.P.)”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 79, julho/setembro, pp. 45-67.

CORTÉS BACHIARELLI, Emílio

1998 *El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal*, Madrid: Marcial Pons.

COSTA, Orlando Guedes

2009 *Direito Profissional do Advogado*, Coimbra: Coimbra Editora.

- FAVREAU, Bertrand
2008 *L'Avocat dans Le Droit Européen*, Bruxelas: Institut des Droits de L'Homme des Avocats Européens.
- FIDALGO, Ana Rita
2011 “Autorização judicial e legalidade nas buscas domiciliares”, in Beleza, Teresa Pizarro & Pinto, Frederico de Lacerda da Costa (coord.), *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra: Almedina. pp. 161-183.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de
2004 *Direito Processual Penal*, 1.^a ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora.
- FONSECA, J. Martins
1999 “Conceito de domicílio face ao art. 34.º da Constituição da República”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 45, ano 12, janeiro/março, pp. 45-64.
- GARCÍA ALONSO, Juan Andrés
2011 *El abogado de empresa y el secreto profesional*, disponível em: http://www.cinco-dias.com/articulo/opinion/abogado-empresa-secreto-profesional/20100810cdscdiopi_5/ [consultado em 19.11.11].
- GOMES, Luiz Flávio
2011 *Limites da inviolabilidade do advogado*, disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25359> [consultado em 12.12.11].
- GONZALES CUÉTO, Tomás
2011 *Estamos ante el final de los “abogados” de empresas?*, disponível em: <http://www.abogados.es> [consultado em 18.12.11].
- GÖSSEL, Karl-Heinz
1985 “A posição do defensor no processo penal de um Estado de Direito”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 59, Coimbra.
1991 “La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y políticos-criminales”, in *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 45, pp. 673-693.
- HASSEMER, Winfried
1993 *Três temas de Direito Penal*, Porto Alegre: FESMP.
- LUIS, Alberto
1988 “As funções e o posicionamento do jurista na empresa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 2, setembro, pp. 591-600.
- MAMEDE, Gladston
2003 *A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*, 2.^a ed., São Paulo: Atlas.

MENDES, Paulo de Sousa

- 2004 “As proibições de prova no processo penal”, in Palma, Maria Fernanda (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 133-154.
- 2010 “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontada com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, janeiro/março, pp. 121-144.
- 2004 “O procedimento sancionatório especial por infrações às regras de concorrência”, in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 209-224.

MURPHY, Gavin

- 2004 “CFI signals possible extension of professional privilege to in house lawyers”, in *Europe Competition Law Review*, vol.25, n.º 7, pp. 447-454.

NEVES, Rita Castanheira

- 2011 *As ingerências nas comunicações eletrônicas em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

NOLEN, Samuel

- 2011 *In-House Counsel and the Attorney-Client Privilege*, disponível em: <<http://www.lexmundi.com>> [consultado em: 20.12.11].

PINTO, Ana Luísa

- 2005 “Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliárias”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, julho/setembro, pp. 415-456.
- 2007 “As buscas não domiciliárias no Direito Processual Penal português”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 109, janeiro/março, pp. 23-56.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota

- 2000 “A proteção da vida privada e a Constituição”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVI, pp. 153-204.

ROBERT, Henri

- 2002 *O advogado*, São Paulo: Martins Fontes.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis

- 2011 *La independencia, el secreto profesional y el abogado de empresa*, disponível em: <<http://www.cgae.es/portalCGAE/archivos>> [consultado em 14.12.11].

ROGALL, Klaus

2009 “A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha” in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa (coord.), 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra: Almedina, pp. 117-144.

SANTIAGO, Rodrigo

1997 “Considerações acerca do regime estatutário do segredo profissional dos advogados” in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1, janeiro, pp. 229-247.

SILVA, Fernando Castro

2006 “Advogado de empresa: uma nova carreira na advocacia”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 41, março/abril, pp. 33-36.

SILVA, Marco Antônio Marques da

2011 *A inviolabilidade do advogado e as buscas em escritórios de advocacia*, disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/mostranoticiaarticuladas.aspx?cod=108109>> [consultado em 12.12.11].

TIEDEMANN, Klaus, ROXIN, Claus & ARZT, Günther

2007 *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, Belo Horizonte: Del Rey.



BRIBERY ACT 2010: UM NOVO PARADIGMA NO ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO

*André Mauro Lacerda Azevedo**

ABSTRACT: *This paper aims to draw the changes brought by the UK Bribery Act 2010 and the difficulties faced by companies around the world, especially regarding to the 'reverse burden of proof' and the 'adequate procedures defence' under the Bribery Act. Furthermore, this paper deals with the expansion of the jurisdiction of the United Kingdom's courts. Therefore, the Bribery Act changed the international commercial practices, so that the commercial organisations must be prepared to face this new anti-bribery policy.*

SUMÁRIO: Introdução. I. O crime de falha da empresa na prevenção do *bribery* e suas implicações. 1. O significado de *associated person* e a problemática na sua interpretação. 2. O critério legal do *adequate procedures* e suas consequências práticas. II. O problema da inversão do ônus da prova no crime de falha da empresa na prevenção do *bribery*. 1. Análise crítica da inversão do ônus da prova no direito penal anglo-saxônico e sua repercussão no *bribery act*. 2. A inversão do ônus da prova nas construções penais que seguem o modelo de *strict liability* e a interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. III. A ampliação da jurisdição do reino unido e sua repercussão no combate internacional da corrupção.

INTRODUÇÃO

O *Bribery Act* entrou em vigor no dia 1 de julho do ano de 2011, sendo, desde então, a nova legislação britânica voltada ao combate da corrupção, cunhada através do modelo de *Statutory Law* e revogando todas as disposições anteriores que disciplinavam o tratamento penal da corrupção no Reino Unido¹. O *Act* trouxe profundas mudanças na política britânica *anti-bribery* ao intro-

* Promotor de Justiça do Ministério Público brasileiro e Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ O'Shea, 2011: 1.

duzir novos crimes, intensificar o rigor das sanções penais aplicáveis, ampliar a autonomia dos órgãos de *prosecution* e, finalmente, por estender a jurisdição do Reino Unido para além do seu território.

Esta posição do Reino Unido, ao conferir uma nova disciplina contra a corrupção, acabou por imprimir um maior rigor no enfrentamento ao *bribery*, por reconhecer nessa prática criminoso sua flagrante nocividade à democracia, aos direitos humanos e ao próprio Estado de Direito. Através do *Act*, o Reino Unido assumiu a posição de protagonista no combate à corrupção no cenário internacional, reforçando, assim, a sua imagem de Estado preocupado com a elevação do nível ético nas relações comerciais².

Apesar de todo este esforço, uma das principais críticas ao *Act* ainda gravita em torno da própria necessidade de sua inserção na política contra a corrupção no Reino Unido. Há quem defenda, inclusive, que o enfrentamento da corrupção já era bastante eficaz e que a excelente colocação do Reino Unido no *ranking* da Transparência Internacional³, quanto à percepção da corrupção, não justificaria uma mudança tão significativa através da implementação de um maior rigor punitivo⁴, inclusive em questões que contavam com pouca importância na política britânica *anti-bribery*, como era o caso da corrupção praticada no exterior⁵.

O *Act* disciplina quatro infrações penais, sendo que duas delas – corrupção ativa e passiva – praticamente não sofreram nenhuma mudança se comparadas com o tratamento penal dispensado pelo regime anterior. Além dessas duas incriminações, há também o *bribery* de agente público estrangeiro, uma nova infração no Reino Unido, que segue parcialmente o modelo da legislação norte-americana sobre o tema, e, finalmente, o crime de falha da empresa em prevenir a prática do *bribery*⁶.

2 O'Shea, 2011: 7; Monty, 2010: 22-29; conferir as recomendações da *Organisation for Economic Co-operation and Development*, de 1997 e 2008, disponíveis em: <http://www.oecd.org/dataoecd/43/13/38962457.pdf> e <http://www.oecd.org/dataoecd/23/20/41515077.pdf> [consultado em: 19.06.2012].

3 Em linha: http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2009/cpi_2009_table [consultado em: 19.06.2012].

4 O'Shea, 2011: 2-3.

5 O *Bribery Act* não foi a primeira legislação europeia a tratar da corrupção cometida no exterior, tendo como precedente a lei italiana de 2001 (DLgs. 231/2001).

6 Podemos perceber bastante semelhança desta disposição legal com o projeto de reforma do Código Penal espanhol de 2009 (LO 5/2010), em cuja exposição de motivos deixa claro o dever corporativo de prevenir a corrupção no setor privado e em transações comerciais internacionais.

É em relação a esta última infração penal que concentraremos nossos estudos neste trabalho, seja pelo rompimento com o paradigma anterior, seja pelos importantes reflexos nas relações comerciais internacionais, o que acabou trazendo um cenário de incerteza quanto a esta nova política criminal britânica, tornando, por isso, necessária a análise detalhada dos seus aspectos mais importantes.

I. O CRIME DE FALHA DA EMPRESA NA PREVENÇÃO DO *BRIBERY* E SUAS IMPLICAÇÕES

O crime tratado na seção 7 do *Act*, sob a denominação de *failure commercial organisations to prevent bribery*, consiste numa nova incriminação voltada à responsabilidade criminal da pessoa jurídica, em razão da sua falha na prevenção da prática de *bribery* por algum de seus associados⁷, desde que a conduta criminoso se destinasse a trazer alguma vantagem nos negócios desenvolvidos pela empresa ou, ainda, em relação àqueles que pretendesse desenvolver.

O *bribery* cometido pela pessoa associada à empresa deve se enquadrar nas hipóteses das seções 1 ou 6 do *Act*, que tratam dos crimes de *bribing another person* e *bribery* de servidor público estrangeiro. Para a empresa responder por este crime não é exigido, porém, que o empregado pagador de *bribery* seja condenado ou, sequer, processado criminalmente; tampouco que tenha o empregado alguma conexão⁸ com o Reino Unido, nos termos exigidos pela seção 12(2)(c) e (4)⁹ para as demais infrações.

A análise deste crime revela, além de uma série de questões penais e processuais penais importantes, a noção da existência de uma “dimensão normativa do risco empresarial”¹⁰, que obriga as empresas a atuarem na prevenção do risco da responsabilidade penal por descumprimento do seu dever legal, dentre os quais se encontram o controle e prevenção de práticas corruptas por empregados e outras pessoas associadas à sociedade comercial.

O novo cenário trazido pelo *Act* mostra-se ainda mais relevante, em razão da sua repercussão nas empresas de todo o mundo que mantêm alguma rela-

7 Pessoa associada à sociedade comercial é aquela que presta serviços para ou em favor empresa, podendo ser, por exemplo, um empregado, agente, subsidiária, empreiteiro, fornecedor, etc.

8 O’Shea, 2011: 134.

9 Estabelece as condições desta conexão: ser cidadão britânico, cidadão naturalizado, estrangeiro residente legalmente no Reino Unido e empresa incorporada sob a lei de qualquer parte do Reino Unido.

10 Bacigalupo, 2011: 18-23.

ção comercial com empresas britânicas. Além disso, o próprio texto legal, ao definir essa postura preventiva através da exigência do emprego de *adequate procedures*, criou sérias dificuldades às empresas em se adaptarem a esta nova realidade. Não obstante, a utilização de uma expressão tão ambígua, somada à ausência de uma definição concreta das posturas a serem adotadas pelas empresas, revela uma clara imprecisão desse tipo penal, gerando, assim, uma dificuldade ainda maior nesta adaptação às novas exigências trazidas pelo *Act*.

A falha preventiva da empresa não foi uma novidade no direito penal anglo-saxônico, pois nos Estados Unidos já havia previsão semelhante, em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica quanto aos atos de seus agentes e empregados¹¹. Observamos, ainda, a existência de legislação com alguma semelhança na Suíça¹² e Itália¹³. O cenário trazido pelo *Act*, todavia, diferencia-se daquele existente no sistema norte-americano, uma vez que as empresas serão responsabilizadas criminalmente pelo *bribery* de um agente ou empregado, mesmo quando não for comprovado que a prática da corrupção era conhecida por algum de seus diretores ou funcionários do escalão superior.

É importante alertarmos, entretanto, que tal entendimento não se aplica aos crimes das seções 1, 2 e 6 do *Act*, quando, nestas hipóteses, somente será a empresa responsabilizada caso um diretor ou gerente tenha conhecimento do ato, sendo, por isso, conivente com a prática do *bribery*.

Ao desvincular a necessidade da conivência dos órgãos de direção da empresa para que esta pudesse responder criminalmente, amparou-se no fato de que nem sempre os atos ilegais são praticados pelos agentes do alto escalão da empresa, de modo que uma exigência dessa envergadura poderia fazer com que o crime da seção 7 contasse com pouca ou nenhuma aplicabilidade, resultado claramente oposto àquele desejado pelo legislador¹⁴.

11 *United States vs. Bank of New England*; *R. vs. Duke of Leinster* 1924; *State vs. Beaudry*, 123, Wis. 2d 40, 365, N.W.2d 593 (1985); *Regina vs. Prince*, L.R. 2 Cr. Cas. Res. 154 (1875); Kadish & Schulhofer, 2001: 246; Fletcher, 2000: 647; Stewart, 1969: 61; posição contrária ao *Prince case*: Fletcher, 2000: 723-730; em Clarkson (2001: 144) podemos ver a relação entre *strict liability* e *vicarious liability*.

12 Código Penal suíço, art. 102.2, disponível em: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/3/311.0.en.pdf> [consultado em: 07.07.2012].

13 Decreto legislativo italiano n.º 231/2001.

14 Em *Tesco Supermarkets Ltd. vs. Nattrass* reconheceu-se que apenas a ação dos diretores, gerentes ou outros administradores superiores de uma empresa poderia gerar sua responsabilidade criminal.

A primeira grande dúvida que emerge deste crime refere-se ao alcance da expressão *carries on a business, or part of a business*¹⁵ em qualquer parte do Reino Unido. Tomando-se por base uma interpretação mais elástica, praticamente todas as organizações comerciais relevantes do planeta estariam submetidas ao *Act* e à jurisdição penal do Reino Unido. Isso porque, como não foi restringido o significado de “cuidar de parte ou totalidade de negócios no Reino Unido”, uma multidão de conexões entre uma empresa e aquele país podem vir a ocorrer, como no caso de uma empresa listada na bolsa de valores britânica ou que possua escritório ou filial no território britânico, bem como em relação a uma companhia que incorpore uma empresa britânica, que venda seus produtos no Reino Unido, ou, até mesmo, que no território britânico realize reuniões do seu conselho de diretores¹⁶.

Se, por outro lado, quisermos conferir uma interpretação mais restritiva, diremos que *carries on* conduz-nos a um sentido de continuidade e permanência, de modo que um só negócio ou algumas reuniões realizadas no Reino Unido, de caráter eventual e sem que da atuação corporativa se possa deduzir uma prática contínua, estariam fora do alcance do *Act*. Isso não significa dizer, entretanto, que um grande negócio, ainda que eventual, não possa ser submetido ao crivo do *Act*, pois tanto a frequência, quanto a relevância do negócio, constituem requisitos para afirmar a jurisdição penal do Reino Unido.

Entendemos ser esta última interpretação a mais adequada, parecendo-nos que foi esse o sentido pretendido pelo Governo britânico¹⁷. Contudo, há que se aguardar o pronunciamento dos tribunais sobre o tema¹⁸, a fim de que se firme um *case-law* em relação à extensão do significado da seção 7(5)(b) do *Act*.

Para a compreensão do crime da seção 7, há, ainda, que se identificar, também com precisão, o significado da expressão *relevant commercial orga-*

15 Seção 7(5)(b), do *Act*.

16 O’Shea, 2011: 137-144.

17 *Guidance* do Ministério da Justiça do Reino Unido, 2011: 15-16; sobre a interpretação do *Act*, conferir entrevista do *Serious Fraud Office Chief*, Richard Alderman, concedida ao *Daily Telegraph*, em 20 de janeiro de 2011, disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/finance/yourbusiness/bribery-act/8269766/Bribery-Act-SFO-chief-Richard-Alderman-sees-UK-courts-as-a-stumbling-block.html> [consultado em: 19.04.2012].

18 A primeira condenação sob a égide do *UK Bribery Act 2010* ocorreu em novembro de 2011, disponível em: <http://www.judiciary.gov.uk/media/judgements/2011/munir-patel-sentencing-remarks-18112011> [consultado em: 31.01.2012]; em maio de 2012, em sede de apelação, a sentença de seis anos de prisão foi reduzida para quatro anos.

*nisation*¹⁹. Primeiramente, *commercial organisation* é uma sociedade comercial com fins lucrativos, de natureza pública ou privada, estando de fora, portanto, todas as entidades que não atuem com o fim de lucro. Além disso, estão também de fora todos aqueles negócios realizados por firma individual e também aqueles desempenhados pela própria pessoa física na gestão de suas atividades comerciais. Assim, uma *relevant commercial organisation* é aquela sociedade comercial incorporada sob o modelo de sociedade anônima ou sociedade limitada²⁰, cuja incorporação seja efetivada em território britânico ou que nele executem, total ou parcialmente, seus negócios.

1. O significado de *associated person* e a problemática na sua interpretação

O *Act* estabeleceu na seção 7(1) a conexão que deveria existir, entre o pagador de *bribery* e a empresa, para que esta pudesse ser responsabilizada pelo cometimento do delito de falha quanto à prevenção da corrupção. Nessa conexão, o legislador exigiu que o ato de corrupção fosse praticado por alguma pessoa associada à empresa, estabelecendo, ainda, alguns requisitos não muito claros sobre a forma dessa associação.

Pessoa associada, em primeiro lugar, é aquela que desempenha uma atividade por ou em favor da empresa²¹. Em princípio, qualquer pessoa física ou jurídica que mantém alguma conexão com a sociedade comercial pode se enquadrar neste conceito. Não obstante, o *Act* também estabelece que não importa a capacidade da pessoa associada em relação à gestão da empresa, quer seja um simples empregado, quer seja um alto executivo. Assim, diretores, empregados, agentes, empresas parceiras, *joint-venture*, fornecedores e contratados²² poderão ser enquadrados como pessoa associada²³ para fins do *Act*.

Em linhas gerais, portanto, a lei exige dois requisitos básicos para enquadrar alguém como pessoa associada à empresa: a existência de alguma rela-

19 Seção 7 do *Act*.

20 O'Shea, 2011: 136; seção 7(5)(a)(b) do *Act*.

21 A expressão utilizada pela lei é *for or on behalf*, conforme seção 8(1) do *Act*.

22 Os subcontratados poderão ficar de fora da categoria de pessoa associada, conforme *Guidance* do Ministro da Justiça do Reino Unido, 2011: 16.

23 Os acionistas que não possuam algum outro vínculo com a empresa estariam de fora do enquadramento legal.

ção entre a pessoa, física ou jurídica, e a companhia; e que esta pessoa esteja atuando por ou em favor da sociedade comercial²⁴.

Mesmo após termos definido o significado de pessoa associada, resta-nos, ainda, analisar em detalhes o elemento mental dessa conexão entre o pagador de *bribery* e a empresa, desvendando, assim, o real sentido da expressão *obtain or retain business or business advantage* em favor da empresa.

Primeiramente, parece-nos indubitável que tal consiste numa atitude do agente em satisfazer ou pretender satisfazer interesses da sociedade comercial, não tendo sido exigido, à empresa, nenhuma *mens rea*²⁵ neste sentido. Em seguida, a responsabilidade da empresa em relação ao crime da seção 7 depende da prática de corrupção ativa (seção 1) ou do *bribery* de servidor público estrangeiro (seção 6), por algum associado da empresa, o que já não ocorrerá em relação ao crime de recebimento de *bribery*²⁶ (seção 2).

Importa, agora, alertarmos para o fato de que essa lei não exige que a pessoa pagadora de *bribery* associada à empresa seja condenada ou acusada pela prática desse crime. Em tese, bastaria a existência de elementos mínimos, que evidenciassem a prática de corrupção por algum empregado ou agente da empresa, para já ser possível supor a configuração desse crime da seção 7. Para chegarmos a essa conclusão, basta direcionarmos nosso olhar à expressão legal *would be guilty*, que significa suposição ou possibilidade²⁷ de ser o pagador do *bribery* culpado, para que possa a sociedade comercial responder pelo crime de falha na sua prevenção.

Melhor seria que o *Act* tivesse estabelecido a previsão de condenação ou, no mínimo, de acusação formal do empregado ou agente pagador de *bribery*, para que se imputasse à empresa a responsabilidade pela falha na prevenção da corrupção. Porém, o propósito do legislador foi exatamente o contrário, ou seja, pretendeu que a responsabilidade empresarial fosse a mais ampla possível, de modo a absorver as inúmeras situações de *bribery* ocorridas em terri-

24 Sobre este assunto, O'Shea (2011: 146), que assinala haver uma questão de fato e outra substantiva, relacionando-se a primeira à simples conexão entre o pagador de *bribery* e a empresa, e a segunda ao fato de a pessoa associada estar ou não representando os interesses da empresa quando da prática da corrupção.

25 Sobre a necessidade do *actus reus* e *mens rea*, cf. Stewart, 1969: 43; sobre *strict liability*, veja-se o *leading case US vs. Dotterweich*, 320 U.S. 277, 284 (1943); Fletcher, 2000: 718; Clarkson, 2001:135; Herring, 2011: 67.

26 O'Shea, 2011: 157; Raphael, 2010: 59.

27 O *modal verb* "would" possui vários significados, dentre os quais, destacamos: "*consequence of an imagined event or situation*", "*desire or inclination*", "*conjecture, opinion or hope*", de acordo com Oxford Dictionaries, disponível em: <http://www.oxforddictionaries.com/definition/would?q=would> [consultado em: 20.04.2012].

tório estrangeiro, onde a impunidade em relação à pessoa associada acabaria se convertendo na inviabilidade de punição da sociedade comercial.

Por último, não foi exigida, a essa infração, nenhuma conexão entre a pessoa associada e o Reino Unido para que a sociedade comercial pudesse responder pelo crime da seção 7. Diferentemente do que ocorre em relação aos crimes das seções 1, 2 e 6, que quando realizado o *bribery*, fora do território britânico, este somente seria submetido à jurisdição do Reino Unido, caso houvesse alguma conexão entre o agente pagador ou recebedor de *bribery* e o Reino Unido, em relação ao delito da seção 7 foi excluída esta exigência.

2. O critério legal do *adequate procedures* e suas consequências práticas

No tópico anterior, aprofundamos a análise das questões interpretativas que reputamos de maior complexidade e, por isso, também de grande repercussão na responsabilidade criminal da empresa. Agora, enfrentaremos outro problema, ainda mais complexo, que é a análise da *defence* estabelecida pela seção 7(2) do *Act*.

Primeiramente, uma *defence*, em linhas gerais, consiste no instrumento empregado pelo arguido para negar ou refutar os elementos do crime²⁸. Até aqui, não vislumbramos nenhum problema que mereça maior atenção. É, contudo, a questão que vem a seguir que nos interessa, quando o *Act* acaba limitando a possibilidade de defesa da empresa, ao estabelecer como *defence* a demonstração de que a sociedade comercial empregou procedimentos adequados à prevenção da prática de *bribery* por seus associados.

A primeira grande dificuldade que enfrentaremos reside no próprio significado da expressão *adequate procedures*, que, pelo seu alto grau de subjetividade, somado à inexistência de regras objetivas claras quanto à sua interpretação, produzem, talvez, o maior desafio à adaptação das empresas ao *Act*²⁹. A palavra *adequate*, que significa suficiente, adequado, satisfatório ou aceitável³⁰, não exige da empresa uma eficácia na prevenção do *bribery*, de modo que somente lhe é exigida a prática de procedimentos *anti-bribery* que se mostrem satisfatórios ou adequados, ainda que não evitem a sua ocorrência.

28 Herring, 2011: 255.

29 Crítica acerca das expressões duvidosas em Griew (1978: 57); também neste sentido: Coffee, 1999: 18.

30 *Oxford Dictionaries*, disponível em: <http://www.oxforddictionaries.com/definition/adequate?q=adequate> [consultado em: 20.04.2012]; O'Shea, 2011: 160.

Além da dificuldade de se aferir o real significado da palavra *adequate*, outro problema que surge é o de se saber como deverá proceder a empresa para colocar em prática procedimentos preventivos que se mostrem adequados a esta exigência legal. Como falámos anteriormente, não foram estabelecidas regras gerais ou alguma espécie de *check list*, mas apenas uma orientação explicativa, não vinculante, apresentada pelo Ministro da Justiça do Reino Unido³¹.

O que se percebe da seção 7(2) do *Act* é que o legislador britânico exigiu um comportamento ativo da companhia na prevenção da corrupção pelos seus associados, devendo, portanto, a partir dessa política corporativa de prevenção, colocar em prática todos os procedimentos que se revelem adequados a evitar a ocorrência do *bribery*. Portanto, exige-se não apenas que a empresa execute políticas de prevenção, pois, se assim o fizesse, o mero emprego de qualquer procedimento preventivo levaria à ausência do crime. O que de fato exige o *Act* é que estas políticas preventivas mostrem-se adequadas, ou seja, que sejam potencialmente capazes de evitar o *bribery*.

Mais uma vez voltamos ao mesmo problema com que nos deparámos no início desta análise, que é o da duvidosa expressão *adequate procedures*, que não traz qualquer confiabilidade às empresas na decisão quanto aos procedimentos preventivos que deverão seguir, a fim de evitar a responsabilidade pelo cometimento do delito da seção 7. Assim, muito embora possa a empresa, agindo de boa-fé, empregar os procedimentos que repete necessários à prevenção do *bribery*, pode ser que tais procedimentos não sejam compreendidos como adequados pelo *Serious Fraud Office* (SFO) ou pelo Poder Judiciário, gerando sua punição, mesmo na hipótese em que se pensou estar agindo de acordo com a lei.

A polêmica em torno da expressão *adequate procedure* já era prevista pelo Parlamento britânico, tanto que no próprio *Act* já continha a necessidade da expedição de uma orientação pelo Ministro da Justiça³². Este *guidance* governamental, ao ser editado, estabeleceu seis princípios a serem levados em consideração pelas empresas na definição dos procedimentos internos de prevenção ao *bribery*. O primeiro e mais importante princípio é o da proporcionalidade (*proportionate procedures*), seguido dos princípios do *top level*

31 Para O'Shea (2011: 168), o *guidance* do Ministro da Justiça não passou de um trabalho de relações públicas destinado a acalmar o mercado, que temia pelas perdas financeiras suportadas pelas empresas.

32 Seção 9, do *Act*.

commitment, risk assessment, due diligence, communication e, finalmente, *monitoring and review*. Centralizaremos nossa análise no *proportionate procedures*, pela sua implicação direta na compreensão do termo *adequate*, que é o foco do nosso estudo neste momento.

A sociedade comercial deve empregar, na sua política preventiva, procedimentos que sejam proporcionais ao risco de *bribery* enfrentado³³, tendo em vista a natureza, escala e complexidade das atividades desenvolvidas. Exige-se, também, que essas políticas preventivas sejam claras, práticas, acessíveis e efetivamente implementadas³⁴. Assim, a primeira providência a ser seguida pela empresa seria a de analisar a atividade empresarial que desempenha, e, a partir daí, delinear as políticas internas que mais se ajustem aos riscos envolvidos. Após essa primeira etapa, devem pôr em prática essas políticas, inclusive com a participação dos diretores e ampla divulgação entre os seus empregados, agentes, contratados e demais pessoas, físicas ou jurídicas, com quem a empresa possua alguma relação.

Apesar desta tentativa do governo britânico de esclarecer algumas questões duvidosas que pendem sobre o *Act*, pensamos que essa orientação não teve o êxito de superar tais dúvidas, pois não tornou possível, objetivamente, a identificação precisa do que seria uma atividade de grande ou pequena escala, tampouco a identificação da complexidade ou natureza da atividade pode ser deduzida dentro de padrões objetivos e claros. Além disso, o somatório das duas perspectivas do princípio da proporcionalidade, ou seja, a referente aos riscos enfrentados pela empresa e aquela dirigida à natureza, complexidade e escala da atividade desempenhada, criam ainda mais problemas à interpretação do que seriam estes procedimentos adequados.

Diante disso, quais seriam, então, aqueles procedimentos adequados que deveriam ser adotados por uma pequena empresa que suporta grandes riscos e, ao contrário, por uma grande empresa que enfrentaria pequenos riscos? Leva-se em consideração os riscos ou a complexidade da atividade?

Além da proporcionalidade, as empresas deverão fazer com que seus proprietários e diretores estejam comprometidos com a política de prevenção, inclusive no tocante à punição daqueles associados que se envolvam com atos de corrupção³⁵. Cabe à sociedade comercial, ainda, o dever de avaliar

33 Por exemplo, uma empresa que atue num país em que a percepção da corrupção seja bastante elevada.

34 *Guidance*, 2011: 20.

35 *Top level commitment*.

periodicamente os riscos³⁶, registrar todas as práticas preventivas, rever com frequência as suas políticas de prevenção, permitindo, assim, uma atualização constante dos procedimentos destinados a evitar o *bribery*³⁷. Tais exigências constituem um verdadeiro dever de diligência diante das novas atividades ou novos negócios que extrapolem aquelas atividades rotineiras e para as quais já foi estabelecida a política *anti-bribery*.

A sociedade comercial há de conceder, ainda, ampla publicidade a estes procedimentos, interna e externamente, inclusive com as subsidiárias e os agentes sediados no exterior³⁸, fornecendo um adequado treinamento³⁹ aos seus empregados e agentes, incentivando as empresas parceiras a adotarem políticas preventivas semelhantes⁴⁰ e promovendo a revisão desses procedimentos sempre que se mostre necessário⁴¹.

Percebemos, neste novo cenário, a importância de uma reorganização corporativa, no sentido de incrementar os programas de *compliance* das empresas, criando um rígido e exaustivo código de condutas⁴², em que estejam claras as medidas preventivas destinadas a impedir o cometimento de *bribery*, exercendo, nesta tarefa, um controle sério dos atos dos parceiros, subordinados e colaboradores, a fim de evitar a prática de *bribery*⁴³.

II. O PROBLEMA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CRIME DE FALHA DA EMPRESA NA PREVENÇÃO DO *BRIBERY*

1. Análise crítica da inversão do ônus da prova no direito penal anglo-saxônico e sua repercussão no *Bribery Act*

O direito penal anglo-saxônico utiliza-se, com certa frequência, de uma construção criminal puramente formal, em que a subjetividade que dirige qualquer ação criminoso é absolutamente ignorada, consistindo este modelo de

³⁶ *Risk assessment*.

³⁷ *Due diligence*.

³⁸ *Communication*.

³⁹ *Training*.

⁴⁰ Aqui estamos falando de uma empresa contratada, que poderá ser encorajada pela contratante a também desenvolver políticas de prevenção à corrupção.

⁴¹ *Monitoring and review*.

⁴² Sobre o conteúdo dos códigos de conduta, Bacigalupo, 2011: 115.

⁴³ Bacigalupo, 2011: 95-110.

incriminação numa espécie de responsabilidade penal objetiva, em que se exige, em sede processual penal, a inversão do ônus da prova. Esses tipos penais são denominados de *strict liability*⁴⁴, como é o caso do crime de falha da empresa na prevenção do *bribery* (seção 7).

Este crime tem por base a presunção de uma situação de fato que não precisa ser demonstrada pela acusação, mas, ao contrário, necessita ser refutada, de maneira eficaz, pela defesa, sob pena de prosperar o argumento acusatório da configuração do crime de falha da empresa em prevenir o *bribery*, constituindo tal hipótese numa flagrante inversão do ônus da prova.

Não obstante, o ônus da prova no sistema anglo-saxônico possui uma configuração bastante peculiar, sendo, portanto, imprescindível, à compreensão de nossos argumentos, estabelecermos algumas breves notas conceituais ao seu respeito.

Em primeiro lugar, o ônus da prova (*burden of proof*) subdivide-se em *persuasive burden* (*burden of persuasion*) e *evidential burden* (*burden of production*), sendo que somente o *burden of persuasion* é considerado como verdadeiro ônus da prova (ônus da prova em sentido estrito)⁴⁵.

O *persuasive burden* (ônus de persuasão) consiste no ônus que recai sobre as partes em demonstrarem a veracidade dos seus argumentos, atingindo o nível de exigência necessário para tentar persuadir o julgador acerca das afirmações, fatos e teses desenvolvidas em juízo⁴⁶. Consiste este, portanto, num ônus de provar sua tese durante o processo, o que, caso não seja suficientemente satisfeito, torna possível à parte que se desincumbiu deste ônus sair vitoriosa na demanda⁴⁷. Podemos citar como exemplo do *persuasive burden* aquele ônus

44 Posição intermediária enxergamos em Basel (1999: 117), ao admitir a possibilidade de incriminações do tipo *strict liability* somente quando for possível atribuir à empresa, em razão de má-administração (*mismanagement*), a ocorrência de um crime cometido por algum de seus empregados ou agentes; em Clarkson (2001: 135) constatamos que mais da metade das 8000 infrações penais existentes na Inglaterra seguem o modelo de *strict liability*; para Glanville Williams (1961: 257), o argumento de justificação das incriminações do tipo *strict liability* em razão da dificuldade de demonstração do elemento mental e da probabilidade de que o arguido seja culpado, não seriam argumentos convincentes; sentido crítico em: Simester, Sullivan, Spencer & Virgo, 2010: 62-63.

45 Tapper & Cross, 2010: 120.

46 Tapper & Cross, 2010: 121; Prakken & Sartor, 2008: 4.

47 Macagno & Walton, 2010: 6.

que recai sobre a acusação de provar a culpa do arguido sob o *standard* de prova “para além de qualquer dúvida razoável”⁴⁸.

Já o *evidential burden* (ônus de produção), ao contrário, consiste no ônus das partes de apresentarem prova(s) que tenha(m) relação com o(s) fato(s) que se desejam provar. No caso da acusação, recai sobre ela, por exemplo, o ônus de produção de prova suficiente para justificar o encaminhamento do caso ao Júri⁴⁹. Já em relação à defesa, sobre ela recai o ônus de produção consistente no ônus de apresentar provas capazes de sustentarem seus argumentos defensivos, tentando, com isso, refutar alguma prova apresentada pela acusação ou, até mesmo, demonstrar algum argumento de defesa, na tentativa de enfraquecer o(s) argumento(s) da acusação⁵⁰ ou de fortalecer seus próprios argumentos.

Há, ainda, o *tactical burden*, que consiste numa verdadeira percepção tática da necessidade ou não de se apresentar uma *counter-evidence*, a fim de evitar o sucesso da parte adversária ou, ainda, tentar garantir a própria vitória na causa. Há autores, entretanto, que optam por fundir o *evidential burden* com o *tactical burden*, enquanto outros, ao contrário, traçam uma linha divisória entre ambos os institutos⁵¹.

Superada esta fase introdutória, faz-se necessário ingressarmos no cerne da questão, a fim de sabermos se, de fato, o crime da seção 7 representaria ou não uma hipótese de inversão do ônus da prova e quais seriam as consequências desta constatação.

Começaremos por dizer que a regra geral das incriminações no sistema anglo-saxônico é a da exigência do elemento típico subjetivo denominado *mens rea*⁵². Contudo, não é isso que constatamos no crime da seção 7, quando não se exige *mens rea* (*mental element*) para a configuração do crime de falha

48 Conferir o caso *Winship*, 397 U.S. 358, 364 (1970); em Kadish & Schulhofer (2001: 36), podemos verificar uma posição crítica ao *reasonable doubt standard*.

49 Herring, 2011: 29.

50 Este *standard* de prova da defesa (*on the balance of probabilities*) é menos rigoroso do que o da acusação.

51 Tapper & Cross, 2010: 120; sobre o *tactical burden*, entendem Prakken & Sartor (2008: 4) que este consiste numa avaliação tática da parte quanto aos riscos de perder uma determinada causa, caso não apresentem nenhuma outra nova prova sobre o fato.

52 Smith, 1978: 103-106; em Stewart (1969: 46), podemos constatar uma posição crítica sobre a perda de importância do *mens rea* nos *statutes-created offences*, ou seja, nos crimes criados por leis penais escritas; sobre a definição de *mens rea*, Kadish & Schulhofer, 2001: 203.

da empresa na prevenção do *bribery*, exigindo-se, tão-somente, que uma pessoa associada à sociedade comercial venha a praticar, em seu favor, o ato de corrupção, sendo, assim, absolutamente irrelevante a participação, direta ou indireta, da empresa na tomada da decisão criminosa⁵³, quer incentivando, quer concordando⁵⁴ com a prática do *bribery*.

Não obstante, em que pese não ser exigida a participação direta ou indireta da empresa no *bribery*, exige-se da sociedade comercial a tomada de medidas destinadas a evitar o cometimento de atos de corrupção por funcionários e empresas que com ela possuam algum vínculo. Este dever de prevenção acaba por gerar, à empresa, o ônus de afastar a presunção de não ter posto em prática os procedimentos adequados à prevenção da corrupção, restando à acusação, por outro lado, apenas o ônus de demonstrar a ocorrência do *bribery* cometido por alguma pessoa associada à empresa e em seu favor.

O que interessa sabermos, portanto, é se ao presumir a falha da empresa quanto à prevenção do *bribery*, em razão da sua prática por algum de seus empregados ou agentes, estaremos diante de uma hipótese de verdadeira inversão do ônus da prova (*burden of persuasion*)⁵⁵ ou, ao contrário, tratar-se-ia de um mero ônus de produção, em que não haveria, de fato, inversão do ônus da prova.

Neste crime de falha preventiva da empresa, constatamos, assim, que o fato provado pela acusação é a prática de *bribery* em favor da empresa realizado por algum de seus associados. Já o fato presumido, por outro lado, implica numa presunção de falha da empresa quanto ao seu dever de diligência, por não ter empregado os procedimentos adequados à prevenção do *bribery*⁵⁶. A moldura penal do crime da seção 7, portanto, traz nos seus elementos típicos a presunção de um fato – a empresa não empregou procedimentos ade-

53 Para O'Shea (2011: 131), ao proceder dessa maneira, o legislador britânico acabou por não aplicar na construção do delito da seção 7 o *identification principle*, através do qual se permitiria identificar, dentro dos quadros da empresa, quais os funcionários e diretores que, em vista da importância de suas decisões, reputar-se-iam como decisões da própria companhia, trazendo à tona o elemento intelectual necessário à configuração da *mens rea* e, a partir dele, a responsabilização criminal da empresa por tais decisões;

54 Stewart, 1969: 61. Sobre o assunto, Fletcher (2000: 722-733) entende que o modelo de *strict liability* deve ser utilizado com muito cuidado.

55 Em Tapper & Cross (2010: 129-130), podemos extrair que a imposição de um *evidential burden* que venha a recair sobre a defesa numa ação penal é considerada compatível com o art. 6.º da CEDH, desde que não se trate mesmo de ônus da prova, mas tão somente de ônus de produzir prova.

56 Sobre o assunto, Kadish & Schulhofer (2001: 51) defendem que há um fato atualmente provado (*the basic fact*) e algum outro presumido (*critical fact*).

quados à prevenção do *bribery* –, presunção esta que gera para a sociedade comercial, em consequência, o ônus de demonstrar a não ocorrência deste fato presumido.

Ocorre, todavia, que não se trata, apenas, de um mero ônus de produção. Trata-se, ao contrário, de verdadeiro ônus de persuasão, através da utilização, pela empresa, em sua defesa, de uma apropriada prova em contrário⁵⁷, ao ser obrigada a demonstrar que empregou os procedimentos adequados de prevenção ao *bribery*.

Não basta, portanto, a produção de *counter-evidence* em relação à presunção decorrente da prova do *bribery* fornecida pela acusação, como ocorreria, por exemplo, caso fosse suficiente à empresa comprovar que empregou algum procedimento preventivo e, por isso, não se manteve omissa quanto a seu dever normativo de diligência. Ao contrário, é preciso ir além deste *burden of production*, exigindo-se à defesa o ônus de provar, não apenas que empregou um ou vários procedimentos de prevenção ao *bribery*, mas sim, e, sobretudo, que tais procedimentos foram adequados, ou seja, proporcionais aos riscos, à complexidade das suas atividades e ao próprio tamanho da empresa, para atingir, assim, o nível de exigência compatível com os princípios a que nos referimos no capítulo anterior. A partir daí, a defesa irá construir uma argumentação persuasiva para convencer o julgador acerca do emprego de adequados procedimentos *anti-bribery*, única prova suficientemente capaz de afastar a presunção da sua falha em dar cumprimento a este dever de prevenção.

O *Act*, portanto, ao onerar a defesa com essa carga probatória, acaba por promover uma inadmissível inversão do ônus da prova, o que não apenas se mostra ilegítimo diante do sistema processual penal anglo-saxônico, como também agride as próprias garantias processuais do sistema europeu-continental.

No crime de falha na prevenção do *bribery* é suficiente, portanto, que o órgão de *prosecution* demonstre que o *bribery* foi praticado por alguma pessoa associada à *relevant commercial organisation* para que possa a empresa ser responsável pela falha no seu dever de prevenção, e, assim, ser acusada pelo cometimento do crime da seção 7⁵⁸. Cabe, todavia, à sociedade comercial, somente a possibilidade de apresentar a defesa nos moldes da seção 7(2), demonstrando que havia empregado os procedimentos adequados à preven-

57 Tapper & Cross, 2010: 134.

58 Seção 7(1) do *Act*.

ção do *bribery*, para tornar possível, assim, o afastamento da sua responsabilidade penal.

A lógica que deduzimos desse dispositivo é a de que, primeiramente, caberá à acusação demonstrar apenas a ocorrência do ato de corrupção, que este ato fora praticado por alguém vinculado à empresa e que o *bribery* foi realizado com o fim de gerar algum benefício à empresa, presumindo-se, em consequência, a omissão da sociedade comercial quanto a este dever adequado de prevenção. Em segundo lugar, a empresa assume o ônus de demonstrar sua diligência, provando que mesmo empregando os procedimentos adequados à prevenção da corrupção, o *bribery* veio a ocorrer. Portanto, somente a demonstração, pela empresa, de que agiu dessa maneira, poderá constituir argumento suficientemente capaz de refutar a presunção de ter falhado no seu dever de prevenção⁵⁹.

Somado a isso, a empresa ainda tem, contra si, sua clara situação de impotência quanto ao controle dos atos de seus associados, os quais, movidos por interesses puramente individuais ou, até mesmo, conflitantes com aqueles da empresa, podem cometer *bribery* e, com isso, acabarem por punir injustamente a sociedade comercial, que se submeterá a sanções penais extremamente graves⁶⁰, caso não consiga demonstrar que utilizou as práticas preventivas adequadas, constituindo-se, portanto, numa inadmissível exigência legal de inversão do ônus da prova que haverá de ser suportada, pela empresa, na sua defesa.

2. A inversão do ônus da prova nas construções penais que seguem o modelo de *strict liability* e a interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Seguindo nossa crítica ao crime da seção 7, por se tratar de uma hipótese de *strict liability*, há o rompimento da unidade objetivo-subjetiva do delito e, em que pese à ausência de um comportamento intencional culpável da empresa, contenta-se o legislador com a mera ocorrência de uma determinada situação concreta – o *bribery* – que, pela sua importância para o interesse público, acaba servindo de argumento de legitimação da intervenção penal, punindo-se a empresa, simplesmente, pelo descumprimento do seu dever de

59 Em Glanville Williams (1961: 896-897), interessante sentido crítico acerca da inversão do ônus da prova estabelecido por incriminações construídas através de *statutory law*.

60 Como o pagamento de multas de valor máximo ilimitado.

prevenção da corrupção praticada por alguma pessoa ou empresa que com ela mantenha conexão.

Assim, apesar de o direito penal anglo-saxônico exigir, em regra, a conjugação dos dois elementos constitutivos do delito – *actus reus* e *mens rea* –, nas incriminações do tipo *strict liability*, conforme já nos referimos, tal exigência não se faz necessária. Em que pese, todavia, serem os delitos do tipo *strict liability*⁶¹ já de longa tradição do direito penal anglo-saxônico, permitindo-se, através deles, a previsão de uma espécie de responsabilidade penal sem culpa, a problemática envolvendo estas incriminações, sobretudo no que tange à inversão do ônus da prova, conforme delineámos acima, assume contornos ainda mais complexos quando nos debruçamos sobre o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) acerca do tema.

Primeiramente, o TEDH reconhece a legitimidade de incriminações do tipo *strict liability*, em que há presunções de fato, desde que se limite ao campo meramente processual, isto é, quando somente se refira à inversão do ônus da prova e que sejam assegurados ao arguido o contraditório e ampla defesa, não resultando tal presunção, portanto, numa violação ao princípio da presunção de inocência, gerando, assim, uma compatibilidade destas incriminações com o art. 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)⁶².

O que se pode deduzir desta posição do TEDH é a sua inclinação em aceitar a criação de tipos penais meramente formais, desde que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, condições suficientes e necessárias ao afastamento da violação da presunção de inocência. Não obstante, não podemos crer que a inversão do ônus da prova que verificamos no crime da seção 7 do *Act* deixe incólume a presunção de inocência, sendo exatamente esta objeção que procuraremos agora desenvolver.

No crime de falha da empresa na prevenção do *bribery*, conforme já dissemos, há uma verdadeira presunção de culpa, tendo como consequência a inversão do ônus da prova, quando, mesmo sem ter a acusação o ônus de demonstrar a falha da empresa quanto ao seu dever de empregar procedi-

61 Bernal del Castillo, 2011: 99-100.

62 Sobre a ausência de violação do art. 6.º da CEDH, conferir o caso *Salabiaku vs. France*, julgado pelo TEDH, em que ficou decidido que a presunção contida no art. 392, 1 do *Customs Code* francês, de que o detentor da mercadoria produto de contrabando é responsável pelo contrabando, não fere o princípio da presunção de inocência; para análise detalhada sobre o caso *Salabiaku vs. France*, conferir Simester, Simester, Sullivan, Spencer & Virgo, 2010: 60.

mentos adequados de prevenção, já se presume a sua responsabilidade penal pela suposta falta no cumprimento deste dever.

A prova em contrário, todavia, ainda que seja admitida na seção 7(2), consiste na abertura de oportunidade à empresa de demonstrar ter colocado em prática procedimentos preventivos adequados. Como vimos, consistiria tal hipótese numa verdadeira inversão do ônus da prova, a partir do qual a empresa deverá apresentar elementos e argumentos capazes de demonstrar a sua inocência, ou seja, que não apenas não falhou, mas, sobretudo, que os procedimentos preventivos empregados foram adequados, segundo as exigências do *Act*.

A despeito da posição do TEDH ao legitimar a inversão do ônus da prova que envolve as incriminações do tipo *strict liability*, a nós não nos parece ser esta a solução mais adequada, pois se olharmos atentamente para o crime de falha da empresa em prevenir o *bribery*, veremos que a exigência defensiva que recai sobre a sociedade comercial constitui uma verdadeira medida de violação da presunção de inocência⁶³.

Dizer que a presença do contraditório e ampla defesa consistiria num *fair trial* e, portanto, não haveria contradição entre os tipos penais construídos nos moldes de *strict liability* e o artigo 6.º, n.º 2, da CEDH é descartar, em absoluto, o princípio da presunção de inocência, um dos mais importantes fundamentos do direito processual penal.

Nas incriminações que seguem o modelo de *strict liability*, muito embora o agente tenha realizado os elementos componentes do *actus reus*⁶⁴, dispensa-se a presença de *mens rea*. Por esta razão, a doutrina chega mesmo a defender que não se poderia dizer, com firmeza, que esta forma de incriminação consistiria propriamente em delito⁶⁵, mas sim que configuraria simples ação ou omissão proibida em razão do interesse público⁶⁶.

63 Sobre o assunto, Simester, Sullivan, Spencer & Virgo (2010: 60) apresentam sérias críticas à posição do TEDH no caso *Lingers vs. Austria*, em que foi reconhecido que a inversão do ônus da prova e presunções de fato não violariam o art. 6.º, n.º 2, da CEDH, o que somente ocorreria em situações extremas.

64 Sobre *actus reus*, Stewart (1969: 44) define ação ou omissão dirigida a um resultado prejudicial à sociedade e, por isso, proibido pelo direito penal.

65 Card, Jones & Cross, 1980: 123 ss..

66 Card, Jones & Cross, 1980: 133.

É importante salientarmos, neste momento, que o Reino Unido, desde o ano de 1998, através do *Human Rights Act*⁶⁷, incorporou a CEDH, sendo, portanto, obrigado a submeter-se aos princípios gerais nela consagrados, sobretudo àqueles que se relacionam com a intervenção penal, como o são os princípios da culpa e da presunção de inocência, os quais, diga-se, mais uma vez, constituem fundamentos de legitimação do direito penal e processual penal, estabelecidos pela CEDH⁶⁸.

A análise da compatibilidade ou não do crime da seção 7 com as garantias estabelecidas pela CEDH, passa, necessariamente, pela própria absorção interna destes princípios. Para isso, reputamos de grande interesse trazer a lume os requisitos necessários à verificação dessa compatibilidade, tomando-se, como base neste nosso estudo, o *leading case R vs. DPP*⁶⁹.

Neste precedente, além da própria discussão acerca da necessidade de verificação da compatibilidade entre a lei penal inglesa e a CEDH, o que mais nos interessa são os requisitos apresentados no voto do *Lord Hope of Craighead*, que definiram em quais hipóteses essa inversão do ônus da prova é ou não compatível com a CEDH. A partir da análise dos requisitos estabelecidos pelo precedente *R vs. DPP*, percebemos que, apesar da absorção pelo Reino Unido da CEDH, manteve-se o entendimento de que a inversão do ônus da prova não violaria a presunção de inocência, desde que essa inversão se mostrasse razoável e necessária.

O que de fato nos interessa, com esta análise, é verificar se o crime de falha da empresa na prevenção do *bribery* é efetivamente compatível com o art. 6.º, n.º 2, da CEDH, mesmo levando-se em consideração os requisitos apresentados no *leading case* a que nos referimos, quais sejam: o que tem a acusação de provar para transferir o ônus para a defesa; a dificuldade da acusação em provar um determinado fato; e, finalmente, a natureza da ameaça encarada pela sociedade, através de um determinado delito e que, por esta razão, justificaria a inversão do ônus da prova⁷⁰.

67 Em 1998, o Reino Unido incorporou a CEDH, reconhecendo os princípios estabelecidos na referida convenção, inclusive os de natureza penal.

68 O artigo 6.º, n.º 2, da CEDH estabelece que: "qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada".

69 *R vs. DPP, ex p. Kebilene* [2000] 2 AC 326, disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/43.html> [consultado em: 07.06. 2012]; Tapper & Cross, 2010: 137; Herring, 2011: 31.

70 Trecho extraído do voto do Lord Hope of Craighead, proferido no *leading case R vs. DPP, ex p. Kebilene* [2000] 2 AC 326.

Em primeiro lugar, não constatamos no crime de corrupção a gravidade que deveria ser exigida para ensejar um tratamento processual e penal mais rigoroso. O argumento para esta conclusão decorre do próprio confronto entre este *leading case* e o *Bribery Act*, uma vez que naquele precedente discutia-se a prevenção do terrorismo, enquanto que no *Act* estamos diante da prevenção da corrupção. Assim, mesmo reconhecendo a gravidade dos atos de corrupção, este crime está longe de poder ser comparável com o terrorismo, tornando, portanto, injustificável, o maior rigor conferido ao *bribery*.

Em segundo lugar, não haveria uma dificuldade além do normal, para a acusação, em demonstrar a falha da empresa em não empregar os procedimentos adequados à prevenção do *bribery*. A acusação, portanto, dispõe de muitos meios para demonstrar que a empresa manteve-se omissa ou que seus procedimentos de prevenção, efetivamente praticados, não se ajustaram aos riscos enfrentados na atividade empresarial. A inversão do ônus da prova, então, não constituiria na única forma possível de superar alguma dificuldade probatória que poderia recair sobre a acusação, o que deveria ter sido levado em consideração pelo legislador, quando decidiu exigir da empresa o ônus de demonstrar que não falhou no exercício do seu dever de colocar em prática os procedimentos preventivos adequados⁷¹.

Percebemos, portanto, que neste crime de falha da empresa quanto ao seu dever de prevenção, ao exigir-se uma inadmissível inversão do ônus da prova, carregando demasiadamente a defesa com a obrigação de demonstrar que empregou procedimentos adequados de prevenção ao *bribery*, mesmo em se tratando de um *standard* de prova menos rigoroso que o da acusação, ainda assim nos parece indiscutível, ao contrário do que entende o TEDH, que tal inversão violaria a presunção de inocência estabelecida no art. 6.º, n.º 2, da CEDH.

71 Sobre este assunto, recomendamos a leitura do precedente *R. vs. Lambert* [2001] 3 WLR 206, disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/id200102/idjudgmt/jd010705/regina-2.htm> [consultado em: 07.06.2012]; sobre esta questão, Tapper & Cross (2010: 146) afirmam a necessidade de se constatar qual o nível de extensão do *persuasive burden* que pode ser imposto à defesa, defendendo que não se trata, esta análise, puramente de uma matéria de natureza linguística, já que envolveria também considerações a respeito da proporcionalidade.

III. A AMPLIAÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL DO REINO UNIDO E SUA REPERCUSSÃO NO COMBATE INTERNACIONAL DA CORRUPÇÃO

A seção 12 do *Act* trouxe uma séria e importante mudança relacionada à jurisdição penal do Reino Unido, em relação ao julgamento dos crimes de *bribery* ocorridos no exterior. Em primeiro lugar, consta do *Act* a previsão da jurisdição territorial, regra geral que abrange todos os crimes, cuja ação ou omissão ocorreu dentro do seu território⁷². Em seguida, estabelece a regra da jurisdição nacional, em que independentemente do lugar em que foi praticado o ato, quer dizer, mesmo que a ação ou omissão vier a ser realizada fora do território britânico, ainda assim será o crime submetido à jurisdição do Reino Unido, desde que seja demonstrada a existência de alguma conexão entre o agente que cometeu o *bribery* e o Reino Unido.

Em relação a esta segunda hipótese, reputamos importante destacarmos alguns aspectos. O primeiro deles consiste nas regras da nacionalidade dispostas na seção 12 do *Act*, através das quais todos os cidadãos britânicos, os cidadãos dos territórios britânicos, o residente no Reino Unido, o estrangeiro vinculado à Grã-Bretanha através do *British Nationality Act* 1981 e qualquer empresa incorporada sob a lei britânica, independentemente do país em que vierem a cometer o *bribery*, estarão sujeitos ao *Act* e serão julgados no Reino Unido⁷³.

A despeito desta ampliação da jurisdição penal do Reino Unido, há uma outra situação ainda mais extrema, quando sequer se exige esta conexão com o Reino Unido, para que o crime seja julgado pela lei britânica. Este é o caso do crime da seção 7⁷⁴, onde não é preciso que a sociedade comercial tenha sido incorporada no Reino Unido, nem que a pessoa associada que cometeu o *bribery* tenha alguma conexão com a Grã-Bretanha ou Irlanda do Norte⁷⁵. Ao contrário, faz-se necessário, tão-somente, que a empresa realize negócios ou parte de negócios em território britânico.

Assim, após a vigência do *Act*, ficou clara a absorção pela jurisdição penal do Reino Unido de todos os crimes referidos nas suas seções 1, 2, 6 e 7,

72 Seção 12(1) do *Act*.

73 Constatamos em O'Shea (2011: 254) que, ao se estender a jurisdição britânica para alcançar os fatos ocorridos fora do seu território, o *Act* acabou por instituir algo incomum no tocante à jurisdição penal do Reino Unido.

74 Seção 12(5) do *Act*.

75 Raphael, 2010: 59.

quer dizer, o *bribery* comum (ativo e passivo), o *bribery* de servidor público estrangeiro e o crime de falha da empresa em estabelecer os procedimentos adequados à prevenção da corrupção, mesmo quando o ato de corrupção seja cometido fora do seu território. É bem verdade que há restrições à aplicação desta extensão da jurisdição britânica, exigindo-se a conexão a que nos referimos. Porém, essas restrições, ao que parece, não são capazes de impedir a aplicação em massa do *Act* às mais distintas sociedades comerciais estrangeiras, algo absolutamente sem precedentes dentro das relações comerciais internacionais.

Talvez seja por isso que tenha sido deixado de fora o servidor público estrangeiro recebedor de *bribery*, em que pese ter cometido o crime de corrupção passiva previsto na seção 2 do *Act*⁷⁶. Pois, ao excluir o agente público estrangeiro do horizonte punitivo, certamente acabou-se por evitar maiores problemas no cenário internacional, além de desestimular outros países a fazerem o mesmo a partir da aplicação do princípio da reciprocidade.

A maneira empregada pelo Reino Unido, no enfrentamento ao *bribery* cometido no exterior, acabou acarretando sérios transtornos às empresas, sobretudo às grandes corporações multinacionais, que normalmente atuam em diversos países e, por isso, possuem parcerias multilaterais com outras empresas ou grupos de empresas, também de nacionalidades diversas.

Essa postura britânica, claramente unilateral, acaba se distanciando da posição que reputamos mais adequada no combate da corrupção, a qual consistiria, justamente, no aumento da aproximação entre os Estados⁷⁷, buscando, desse modo, traçar uma política criminal *anti-bribery* transnacional e uma maior harmonização entre sistemas penais e processuais penais divergentes⁷⁸, tornando-se, então, uma forma mais eficiente no combate não apenas da corrupção, como também do branqueamento de capitais e outros crimes com contornos transnacionais.

Este novo paradigma no enfrentamento da corrupção, como já enfatizá-mos, acabou por trazer sérios problemas às sociedades comerciais, além de muitas dúvidas quanto à própria definição legal de certas práticas e atividades empresariais. Esse quadro desafiador parece assumir contornos ainda

76 Seção 2 do *Act*.

77 Basel, 1999: 113 ss..

78 Para melhor compreensão das perspectivas de aproximação do direito penal e processual penal dos dois sistemas: Tiedmann, 1999: 76; Bernal del Castillo, 2011: 30-31.

mais complexos quando verificamos os seus reflexos no cenário internacional, onde as empresas estrangeiras encontram-se obrigadas, até mesmo quando estiverem atuando nos seus próprios países, a se ajustar a esta nova política *anti-bribery* do Reino Unido.

Ao lado disso, ampliou-se demasiadamente um quadro de incertezas também entre as empresas britânicas que operam em todo o mundo, sobretudo quando estiverem atuando em parceria com outras sociedades comerciais ou quando participarem de *joint-venture*. Esta preocupação justifica-se, uma vez que a prática de corrupção por um simples fornecedor ou empregado, ainda que não exerça função de chefia ou direção, poderá fazer com que a empresa britânica venha a ser processada, criminalmente, pela falha na prevenção ao *bribery*.

Os problemas, contudo, não se restringem ao *bribery* propriamente dito, mas sim à própria essência das relações comerciais internacionais, como nos casos da vedação às *facilitation payments* e *corporate hospitality*, cuja disciplina trazida pelo *Act* merece uma análise mais detalhada.

Começaremos, por ora, tratando dos *facilitation payments*, que constituem uma espécie de prática corporativa bastante comum mundo afora, principalmente nos países subdesenvolvidos e emergentes, cujo objetivo é o de acelerar ou simplificar rotinas governamentais. Esta nova política britânica é o resultado de um alinhamento à política anticorrupção delineada pela *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), que é absolutamente contrária às práticas comerciais sob os moldes de *facilitation payments*. Como o *Act* não estabeleceu exceção a esses pagamentos facilitadores, à luz da nova legislação, tais pagamentos, independentemente do seu valor, podem ser enquadrados como *bribery*.

A questão apresenta-se de maneira tão complexa que o *guidance* do Ministério da Justiça do Reino Unido, o qual, inclusive, faz referência à recomendação da OECD, firmou posição no sentido de que o *Act* não fez nenhuma exceção aos *facilitation payments*, os quais seriam, desta forma, ilegais. A justificativa para manter-se tal política de “tolerância zero” quanto a esta espécie de pagamentos, a despeito da sua permissão por países tradicionalmente parceiros do Reino Unido, como é o caso dos Estados Unidos⁷⁹, foi a sua

79 O *US Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), contrariamente à atual política britânica *anti-bribery*, permite os *facilitation payments*, conforme transcrevemos: “There is an exception to the anti-bribery prohibition for payments to facilitate or expedite performance of a ‘routine governmental action’. The statute lists the following examples: obtaining permits, licenses, or other official documents; processing governmental papers,

nocividade ao próprio desenvolvimento econômico e à democracia, além do fato destas exceções poderem trazer dúvidas quanto à compreensão precisa do significado de *bribery*, atrapalhando, assim, a eficácia das políticas *anti-bribery* desenvolvidas pelas empresas.

Não obstante, a orientação do Ministério da Justiça foi no sentido de que as questões relacionadas aos pagamentos facilitadores seriam de competência dos diretores do *Serious Fraud Office* e do *Public Prosecutions*, os quais deveriam publicar, conjuntamente, um guia de orientação sobre o tema. O *Joint Prosecution Guidance*, então, foi publicado em 30 de março de 2011, estabelecendo, dentre outros fatores, a interpretação dos órgãos acusadores quanto aos *facilitation payments*.

Nessa orientação conjunta⁸⁰, os chefes desses órgãos reconheceram que, apesar de terem tais pagamentos a finalidade de agilizar determinadas rotinas governamentais, cuja natureza, em tese, não configuraria um indevido exercício de funções pelo funcionário público receptor do pagamento, por não ter sido feita nenhuma exceção pelo *Act*, seriam, a princípio, ilegais. Não obstante, entendem também que alguns fatores podem ser considerados, tanto a favor, como contrários à instauração da persecução criminal, descrevendo, assim, uma lista desses fatores e de sua repercussão⁸¹.

Muito embora a orientação dos órgãos de acusação tenha vindo em boa hora, não reputamos que o *Joint Prosecution Guidance* auxilie muito às empresas em suas práticas corporativas. Isso porque a interpretação do *Serious Fraud Office* (SFO) e do *Crown Prosecution Service* (CPS) não chegou bem a estabelecer uma permissão quanto aos *facilitation payments*, mas sim que a atuação desses órgãos seria fundada na análise do interesse público e da existência ou não de má-fé por parte das empresas e indivíduos que utilizem tais práticas.

A situação fica ainda mais complexa ao analisarmos as empresas que se veem praticamente obrigadas a ceder a pressões de autoridades estrangeiras para fazerem uso desses pagamentos facilitadores, como, por exemplo, o

such as visas and work orders; providing police protection, mail pick-up and delivery; providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products; and scheduling inspections associated with contract performance or transit of goods across country”.

80 *Joint guidance*, do *Serious Fraud Office* e *Public Prosecutions*, 2011: 9.

81 Um desses fatores contrários à acusação por *bribery* é o pequeno valor do pagamento, o que provavelmente implicará tão-somente numa *nominal penalty*. Já aqueles pagamentos de grande valor, bem como os pagamentos frequentes e repetitivos, estes sim devem ser interpretados como *bribery*. É esta a interpretação que deduzimos do *joint guidance* do *Serious Fraud Office* e *Public Prosecutions*, disponível em: http://www.sfo.gov.uk/media/167348/bribery_act_joint_prosecution_guidance.pdf. [consultado em: 10.03.2012].

pagamento para conseguir liberação mais rápida de uma carga, que esteja em algum porto estrangeiro, a aguardar autorização dos fiscais aduaneiros. Assim, diante de tal situação concreta, como deverá então comportar-se a empresa? Caso venha a ceder e faça o pagamento poderá sujeitar-se a um processo por *bribery*, caso não ceda ao apelo do servidor público estrangeiro, por outro lado, poderá ter sérios prejuízos, materiais e contratuais, com o atraso na liberação da carga. Esse dilema não foi efetivamente esclarecido através do *guidance* do SFO e CPS, recaindo, mais uma vez, às empresas, o ônus de suportarem os riscos e os prejuízos do exercício da atividade empresarial, mesmo quando não haja má-fé no uso dos *facilitation payments*.

No que tange à denominada *corporate hospitality*, que é também uma prática bastante comum nas relações comerciais, através da qual os vendedores procuram fornecer alguns benefícios aos seus reais ou potenciais consumidores, tem por objetivo assegurar uma maior aproximação com seus clientes e, ainda, a manutenção ou ampliação das vendas. Um bom exemplo de *corporate hospitality* é o fornecimento de *tickets* para eventos desportivos e espetáculos aos consumidores ou possíveis consumidores. Como o *Act* não faz nenhuma exceção, isso se torna um grande problema, que a depender da interpretação que seja feita pela acusação, poderá implicar, inclusive, um processo por *bribery*.

A cautela das organizações comerciais, em relação ao *corporate hospitality*, deve ser redobrada, sobretudo quando o destinatário do benefício for um funcionário público, pois no caso do servidor público britânico este tem a obrigação legal de declarar todo e qualquer valor que receber no exercício de suas funções, podendo sua conduta configurar, inclusive, prática do crime da seção 2, eis que o próprio recebimento de qualquer vantagem por este servidor já é presumido pelo *Act* como hipótese de desempenho ilegal da função⁸². Em se tratando de servidor público estrangeiro, por outro lado, o cuidado deve ser ainda maior, pois para a existência desse crime, basta comprovar-se a intenção de influenciar o servidor público estrangeiro, sem que seja necessário pretender que o servidor público estrangeiro venha a praticar algum ato ilegal ou indevido.

Não obstante, a orientação do Ministério da Justiça foi no sentido de flexibilizar a ilegalidade da *corporate hospitality*, de modo que não deveria ser considerado *bribery* aqueles benefícios que se encontrassem dentro de cer-

82 Seções 1(3)(b) e 2(3)(b) do *Act*.

tos padrões de normalidade⁸³. Nesse mesmo sentido é a orientação conjunta do *SFO* e do *Crown Prosecution Service*, ao entenderem que o *Act* não procurou punir as condutas corporativas denominadas de *hospitality* ou *promotional expenditure*, desde que sejam feitas de boa-fé, bem como dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Porém, advertem, sempre que tais promoções ou hospitalidades corporativas destinarem-se a provocar ou recompensar a atividade indevida do recebedor, constituirão nesses casos, sem dúvida, uma hipótese de *bribery*⁸⁴.

Assim, tanto os pagamentos facilitadores, como as hospitalidades corporativas não foram excepcionados pelo *Act*, cabendo, assim, aos órgãos de *prosecution*, analisarem cada caso concreto, a fim de verificar, em primeiro lugar, se está ou não presente o interesse público necessário à persecução penal, e, em seguida, se tais atos foram ou não praticados de má-fé.

Desse modo, segundo o que podemos perceber, os problemas gerados pelo *Act* às empresas mundo afora transcendem a própria órbita penal e processual penal, atingindo, diretamente, a essência das relações comerciais internacionais, que certamente deverão passar por uma profunda mudança a fim de se promover uma adaptação efetiva ao novo cenário trazido pelo *Bribery Act*, na tentativa de minimizar os prováveis prejuízos suportados pelas empresas, diante deste novo paradigma no enfrentamento da corrupção.

CONCLUSÃO

A análise a que nos propusemos fazer neste estudo teve por objetivo esmiuçar os aspectos que reputamos mais controversos do *Act*, e sobre os quais identificamos as questões mais problemáticas. Procurámos centralizar nossa análise na responsabilidade penal da sociedade comercial, que se transformou na grande prejudicada com a nova política criminal de combate à corrupção instituído pelo *Bribery Act*, a partir do ano de 2011. Procurámos desenvolver, em detalhes, o delito da seção 7, sem perder de vista, logicamente, os demais dispositivos legais que com essa incriminação possuíam alguma relação.

No decorrer desta análise, procurámos delinear nossa impressão sobre o *Act*, tomando por base os princípios, precedentes e a construção doutrinária do sistema penal anglo-saxônico. Tentámos, todavia, não nos distanciarmos

83 *Guidance* do Ministério da Justiça do Reino Unido, 2011: 13-14.

84 *Joint guidance* do *Serious Fraud Office* e *Public Prosecutions*, 2011: 10.

dos fundamentos do sistema europeu-continental, sempre fazendo, quando possível, uma aproximação integrativa entre ambos.

O estudo do *Act* levantou-nos, ainda, uma importante reflexão acerca dos limites da intervenção penal, fazendo-nos questionar até que ponto a construção de incriminações caracterizadas pelas restrições de garantias processuais pode ser utilizada no sentido de alcançar fins louváveis, como o que ocorreu no caso do *bribery*.

Diante desta constatação, dois aspectos ficaram bastante claros. O primeiro deles é o de que mesmo em se tratando do enfrentamento da corrupção, é preciso fazê-lo com limites, respeitando-se os direitos e garantias fundamentais, numa lógica de que os fins nem sempre justificam os meios. O segundo é o de que o combate internacional da corrupção não há que ser desenvolvido unilateralmente, mas sim envolver uma participação mundial no sentido de unir esforços na produção de um enfrentamento coerente e eficaz.

Finalmente, em que pese a louvável tentativa britânica de chamar, para si, a responsabilidade de elevar o nível ético das relações comerciais ao enfrentar com maior rigor o *bribery*, o emprego de medidas processuais intolerantes, a construção de tipos penais puramente objetivos e a tentativa de consolidação de uma jurisdição penal planetária não constituem uma certeza de trazer os resultados esperados, sendo certos, entretanto, os custos dessa intolerante investida na autonomia das empresas e no pleno exercício de suas garantias processuais.

BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO, Enrique

2011 *Compliance y derecho penal*, Pamplona: Aranzadi.

BASEL, Mark Pieth

1999 “Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: international developments”, in *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Freiburg: Max-Planck-Institut, pp. 113-117.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús

2011 *Derecho penal comparado – la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona: Atelier libros jurídicos.

BIEGELMANN, Marty & BIEGELMANN, Daniel R.

2010 *Foreign Corrupt Practices Act – compliance guidebook*, Hoboken: John Willey & Sons.

CARD, Richard, JONES, Philip A. & CROSS, Rupert

1980 *Introduction in Criminal Law*, London: Butterworths.

CLARKSON, C. M. V

2001 *Understanding Criminal Law*, London: Sweet & Maxwell.

COFFEE, John C

1999 “Corporate Criminal Liability – An introduction and comparative survey”, in *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Freiburg: Max-Planck-Institut, pp. 9-36.

FLETCHER, George P.

2000 *Rethinking Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.

GLANVILLE, Williams

1961 *Criminal Law – the general part*, London: Stevens & Sons Limited.

GRIEW, Edward

1978 “Consistency, Communication and Codification: reflections on two mens rea words”, in *Reshaping the Criminal Law*, London: Stevens & Sons, pp. 57-76.

HALL, Livingston & KAMISAR, Yale

1969 *Modern Criminal Procedure: cases, comments and questions*, St. Paul: West Publishing Co.

HERRING, Jonathan

2011 *Criminal Law*, Basingstoke: Palgrave Macmillan.

- KADISH, Sanford H. & SCHULHOFER, Stephen J
2001 *Criminal Law and its Processes: cases and materials*, New York: Aspen Law & Business.
- MACAGNO, Fabrizio & WALTON, Douglas
2010 “Burdens of Persuasion and Proof in Everyday Argumentation”, in *7th Conference on Argumentation of the International Society for the Study of Argumentation*, Amsterdam, disponível em: http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751682 [consultado em: 15.06.2012].
- MIR PUIG, Santiago
1995 “El sistema del derecho penal en la Europa actual”, in AA. VV., Jesús-María Silva Sánchez, Bernd Schünemann & Jorge de Figueiredo Dias (org.), *Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: Bosch, pp. 25-35.
- O’SHEA, Eoin
2011 *The Bribery Act 2010: a practical guide*, Bristol: Jordans.
- PADFIELD, Nicola
2011 “Actualités du droit de l’Angleterre et du Pays de Galles en 2010”, trad. de Amanda Cabrejo e Sabrina Deltre, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 4, pp. 951-961.
- PRAKKEN, Henry & SARTOR, Giovanni
2008 “More on Presumptions and Burdens of Proof”, in *EUI Working Papers LAW*, n. 30, San Domenico di Fiesole, pp. 1-11.
- RAPHAEL, Monty
2010 *The Bribery Act 2010*, Oxford: Oxford University Press.
- ROBINSON, Paul H.
2002 *The Modern General Part: principles of criminal law*, Oxford: Oxford University Press.
- SIMESTER, Andrew P., SULLIVAN, George R., SPENCER, John R. & VIRGO, Graham J.
2010 *Simester and Sullivan’s Criminal Law – theory and doctrine*, Portland: Hart Publishing.
- SMITH, John C. & HOGAN, Brian
1988 *Criminal Law*, London: Butterworth & Co.
- SMITH, A. T. H.
1978 “On Actus Reus and Mens Rea”, in *Reshaping the Criminal Law*, London: Stevens & Sons, pp. 95-107.
- STEWART, S. W.
1969 *A Modern View of the Criminal Law*, Oxford: Pergamon Press.

TAPPER, Colin & CROSS, Rupert

2010 *Evidence*, Oxford: Oxford University Press.

TIEDEMANN, Klaus

1999 *Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo*, trad. de Adán Nieto Martín, in *Revista Penal*, n.º 3, pp. 76-86.

WILKINSON, Peter

2010 *The 2010 UK Bribery Act: adequate procedures*, London: Transparency International, disponível em: <http://www.transparency.org.uk/component/content/article/10-publications/95-adequate-procedures-guidance-to-the-uk-bribery-act-2010> [consultado em: 11.02.2012].

DOSSIER TEMÁTICO

Primeiras reflexões sobre o novo Regime Jurídico da Concorrência



A APLICAÇÃO NO TEMPO DO NOVO REGIME JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA

*João Espírito Santo Noronha**

ABSTRACT: *This article discusses the submission to the new Portuguese Competition Act (Law n.º 19/2012) of the procedures on anti-trust and merger control that were initiated by the Portuguese Competition Authority before it came into force.*

SUMÁRIO: 1. Conspecto geral. 2. Direito contraordenacional. 3. Direito da supervisão.

1. CONSPECTO GERAL

O vigente regime jurídico da concorrência foi aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante, LdC), revogando a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho.

O art. 100, n.º 1, da LdC¹ determina, sob a epígrafe de *aplicação da lei no tempo*, que o *novo regime jurídico da concorrência*, por ela aprovado², se aplica: (a.) aos processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a entrada em vigor da presente lei; (b.) às operações de concentração que sejam notificadas à Autoridade da Concorrência (doravante, AdC) após a entrada em vigor da lei; (c.) aos estudos, inspeções e auditorias cuja realização seja deliberada pela AdC após a entrada em vigor da lei, e (d.) aos pedidos apresentados à AdC após a entrada em vigor da lei.

* Vogal do Conselho da Autoridade da Concorrência.

1 Na numeração de artigos de diplomas legais utiliza-se o ordinal até nove e o cardinal de dez em diante, por tal corresponder ao modo gramaticalmente correto de o fazer (cfr. Celso Cunha/Luís F. Lindley Cintra, *Nova gramática do português contemporâneo*, 19.ª ed., Edições João Sá da Costa, 2010, p. 374), pelo que nos afastamos da tradição legislativa portuguesa, que não temos por justificada.

2 A utilização, nesta norma, do vocábulo *novo* é inapropriada, uma vez que o mesmo não faz parte da designação oficial do regime jurídico aprovado pela LdC, como resulta do art. 2.º.

As regras das diversas alíneas do n.º 1 do art. 100 da LdC constituem direito transitório. É *direito transitório*, em sentido técnico, aquele que soluciona as hipóteses que se colocam na *fronteira temporal* entre o início de vigência de uma lei nova e o termo da vigência de uma lei antiga¹. Para o que aqui interessa, é *lei nova* a LdC e *lei antiga* a Lei n.º 18/2003; a *fronteira temporal* entre ambas coloca-se na transição entre os dias 6 e 7 de julho de 2012, sendo o indicado em primeiro lugar o último dia de vigência da lei antiga e o indicado em segundo lugar o primeiro dia de vigência da lei nova: a LdC foi publicada em 8 de maio de 2012 e fixa a sua *vacatio legis* em 60 dias (art. 101).

Porque as disposições do n.º 1 do art. 100 da LdC constituem direito transitório é incompreensível que às regras do n.º 1 se tenha acrescentado a do n.º 2, que tem por objeto o Regulamento da AdC n.º 214/2006 (Procedimento administrativo relativo à tramitação necessária para a obtenção de dispensa ou atenuação especial da coima nos termos da Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto). Na verdade, o objecto da regra do n.º 2 não é determinar a aplicação no tempo da LdC, mas impedir a caducidade do referido regulamento, por mero efeito da revogação da Lei n.º 18/2003, pelo que a sua inserção sistemática lógica seria numa disposição final autónoma.

A terminar esta visão geral sobre o disposto no art. 101, reportar-se-á que a regra da alínea *d*) é *estranhamente inespecífica*: passe o facto de o termo técnico-jurídico *requerimentos* ter sido preterido a favor da comum locução *pedidos*, banalizando-se a linguagem legislativa, não é claro quais sejam esses *pedidos*.

2. Direito contraordenacional

Determina-se na alínea *a*) do n.º 1 do art. 100 da LdC que o regime jurídico da concorrência, pela mesma aprovado, se aplica *aos processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a entrada em vigor da presente lei*. Há, pois, que determinar o sentido e alcance da lei, tendo sempre em mente que, para o efeito, não pode o intérprete cingir-se à sua expressão escrita [art. 9.º, n.º 1, do Código Civil (doravante, CC)].

Crê-se que o sentido implícito da norma da alínea *a*) do n.º 1 do art. 100 da LdC é o de que os processos contraordenacionais abertos durante a vigência da lei antiga (Lei n.º 18/2003), mas que, à data do início de vigência da lei nova, ainda não tenham sido objecto de decisão que lhes ponha fim, nos

¹ Ascensão, 2005: 547; Sousa, 2012: 283.

termos dessa mesma lei – no que respeita às *práticas proibidas*, decisão de arquivamento, nos termos do art. 25, n.º 1, *a*), tratando-se de inquérito, ou, decorrendo a instrução, decisão, nos termos do art. 28, n.º 1; no que respeita ao *sancionamento da realização de operações de concentração de empresas suspensas*, nos termos da lei, decisão de arquivamento ou de aplicação de sanção [art. 43, n.º 1, *b*)] –, continuam a ser pela mesma regulados, ainda que em termos total ou parcialmente remetidos para outros conjuntos normativos, num fenómeno que a doutrina qualifica como *ultra atividade ou sobrevigência da lei antiga*². A não ser essa a boa interpretação, a regra não se justificaria, uma vez que não é dubitativo que a um inquérito aberto depois do início de vigência da lei nova só esta é aplicável... porque não esteve em contacto com nenhuma outra.

O enunciado linguístico do proémio do n.º 1 do art. 100 da LdC deve ser objeto de interpretação restritiva, que o faça coincidir com o seu sentido, que é limitado ao direito contraordenacional adjetivo contido na lei nova. É manifesto que o legislador não pode com essa formulação ter pretendido significar que o direito contraordenacional substantivo concretamente aplicável – o da lei antiga ou o da lei nova, que, aliás, não sofreu modificação relevante na transição entre uma e outra – depende da data da abertura do inquérito, o que, em abstrato, constituiria violação do art. 29, n.º 4, da Constituição. Crê-se, assim, que o direito contraordenacional de carácter substantivo contido na LdC se submete, em matéria de aplicação no tempo, ao princípio geral relativo ao direito sancionatório, de aplicação, com *ultra atividade* ou *retroatividade*, da lei – antiga ou nova, respetivamente – que concretamente se mostrar mais favorável ao arguido e que se manifesta no Regime Geral das Contraordenações no art. 3.º, n.ºs 1 e 2, do DL n.º 433/82, de 27 de outubro.

Não obstante o que se deixa referido, merece ser destacado que, tendo sido afastado no art. 100, n.º 1, *a*), o princípio geral sobre aplicação no tempo de leis adjetivas, de que a lei nova se aplica aos processos pendentes à data do início de vigência da lei nova, por ser presumida mais perfeita, não se nos afigura que a aplicação do direito adjetivo da Lei n.º 18/2003 aos processos contraordenacionais pendentes à data do início de vigência da LdC corresponda a um direito indisponível do arguido, razão pela qual se sustenta que os institutos processuais da lei nova que não tenham correspondência na antiga podem aplicar-se a tais processos, a requerimento do arguido, se forem

2 Cfr., por exemplo, Sousa, 2012: 287.

compatíveis com a fase em que o processo se encontre, no momento em que forem requeridas.

Refira-se, por último, que à contagem de prazos que estiverem em curso à data do início de vigência da LdC se aplica o disposto no art. 279, *ex vi* art. 296, ambos do CC.

3. Direito da supervisão

O reparo que atrás se efetuou à regra da alínea *a*) do n.º 1 do art. 100 é repliável relativamente à da sua alínea *b*): o sentido implícito da mesma é o de que as operações de concentração notificadas durante a vigência da lei antiga, mas cuja tramitação decorra ainda à data do início de vigência da lei nova, continuam a ser reguladas por essa lei (*sobrevigência da lei antiga*). A não ser essa a boa interpretação da regra, a mesma não se justificaria, uma vez que não é dubitativo, por um lado, que a uma operação de concentração notificada depois do início de vigência da lei nova só esta é aplicável... porque não esteve em contacto com nenhuma outra. A linha de raciocínio exposta só tem em conta, porém, o direito adjetivo, sendo que a letra da alínea *b*) do n.º 1 é suficiente genérica para abranger quer os aspetos substantivo do controlo de operações de concentração de empresas – como o dever de notificar a operação projetada (art. 37, n.º 1, da LdC) à AdC –, quer os adjetivos, relativos à tramitação procedimental. Cremos, porém, que o sentido da lei só alcança o direito adjetivo novo relativo ao controlo de operações de concentração de empresas, num resultado de interpretação restritiva. Para tanto militam dois argumentos: (i) por um lado, a conexão próxima com a regra da alínea *a*); (ii) por outro lado, a imanência, no procedimento administrativo, de um princípio geral de direito adjetivo, em matéria de sucessão de leis, de aplicação imediata da lei nova às tramitações pendentes à data do seu início de vigência, que a doutrina administrativista costuma reconduzir a uma particular manifestação do princípio *tempus regit actum*³, que, interpretada a regra da alínea *b*) do n.º 1 do art. 100 da LdC como determinativa da aplicação à lei nova aos procedimentos iniciados após a sua vigência, constituiria a mesma mera duplicação do princípio e, por ser assim, em rigor desnecessária.

Isto dito, não parece questionável que o sentido da norma do art. 100, n.º 1, *b*), é o de que a lei nova em matéria de operações de concentração *apenas* é aplicável às que sejam notificadas após o seu início de vigência, continuando

3 Nesse sentido, entre outros, Queiró, 1976: 525 e ss.; Almeida, 2002: 706 e ss.; Casetta, 2000: 390.

a aplicar-se a Lei n.º 18/2003 aos procedimentos cuja tramitação esteja em curso à data do seu início de vigência.

A norma do art. 100, n.º 1, *b)*, não abrange, assim, questões de direito substantivo, como a do dever de notificação prévia da operação de concentração à AdC, por verificação das condições que o determinam, que, por isso, se submete ao princípio da aplicação imediata da lei nova (art. 12, n.º 1, do CC). O dever de notificação prévia de uma operação de concentração estabelece-se na Lei n.º 18/2003 no seu art. 9.º, n.º 1, e, na LdC, no seu art. 37, n.º 1, determinando ambos os preceitos para tal efeito, mas em moldes não inteiramente coincidentes e em termos alternativos, um critério de *quota de mercado pura* de um bem ou serviço no mercado nacional ou numa parte substancial do mesmo, como consequência da operação projetada, e um critério de *volume de negócios puro* das empresas participantes na operação de concentração; no art. 37, n.º 1, *b)*, da LdC estabelece-se ainda, para tal efeito, um critério misto de quota de mercado (entendida nos termos anteriormente referidos) e de volume de negócios. Do cruzamento dos critérios presentes em ambas as leis resulta que, por um lado, estimando-se a quota de mercado do produto ou do serviço no mercado nacional ou numa parte substancial deste, na *pós-concentração*, entre 30,1% e 49,9%, e se, por outro lado, na operação projetada não participarem pelo menos duas empresas com volume de negócios igual ou superior a 5 milhões de euros, não há dever de notificação prévia da operação à AdC nos termos da LdC, mas também que tal dever existiria relativamente a uma operação de concentração que devesse ser notificada por aplicação da regra do n.º 2 do art. 9.º da Lei n.º 18/2003, com referência à da alínea *b)* do n.º 1 do mesmo artigo.

A questão relevante que pode suscitar-se a este propósito é, pois, a de saber qual é a solução a dar a uma operação de concentração que tenha sido notificada à AdC nos termos do n.º 2 da Lei n.º 18/2003, com referência à norma da alínea *b)* do n.º 1, e cujo procedimento não tenha ainda sido objeto de decisão final à data do início de vigência da LdC. A uma primeira análise, não pareceria existirem causas de extinção do procedimento administrativo do controlo que pudessem fundar-se diretamente na superveniência da LdC, pelo que, sem a presença de vicissitudes que justificassem a extinção não fundada numa decisão de mérito, deveria o mesmo prosseguir a sua tramitação até que, nos termos da LdC, aplicada a título de lei *temporalmente competente*, fosse proferida a decisão. Tenha-se, porém, na devida conta que, nas circunstâncias identificadas de quota de mercado e de volume de negócios de duas,

pelo menos, das empresas participantes na operação, a apreciação jus-concorrencial de mérito não poderia senão redundar na não oposição da AdC à operação, porque a lei nova (LdC) é *lei confirmativa*⁴ quanto à licitude, sem notificação prévia, da operação de concentração em causa. Crê-se, por essa razão, que as operações de concentração de empresas em que, por um lado, se estima uma quota de mercado do produto ou do serviço no mercado nacional ou numa parte substancial deste, na *pós-concentração*, entre 30,1% e 49,9%, e, por outro lado, na operação projetada não participem pelo menos duas empresas com volume de negócios igual ou superior a 5 milhões de euros, com procedimento administrativo de controlo pela AdC em tramitação à data do início de vigência da LdC, se extinguirão por inutilidade superveniente (art. 112, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo), o que deve ser formalmente verificado pela AdC. Mais do que isso, o carácter *confirmativo* da LdC em relação a tais operações de concentração impede a AdC de desenvolver em relação às mesmas procedimento oficioso de controlo (art. 56, n.º 1, da LdC), se lhe não tiverem sido notificadas.

O que se acaba de referir sobre o procedimento administrativo típico de controlo de operações de concentração de empresas é aplicável, *mutatis mutandis*, ao procedimento administrativo disposto no Capítulo IV da LdC (*Estudos, inspeções e auditorias*), sem que, todavia, se deixe de recordar que a Lei n.º 18/2003 não continha disciplina procedimental especialmente pre-disposta para a realização de estudos, inspeções e auditorias, não obstante a referência do art. 17, n.º 1, *d*), dos Estatutos da AdC (aprovados pelo DL n.º 10/83, de 18 de janeiro), à competência do Conselho da AdC para ordenar a realização de *inspeções ou auditorias*.

Uma última palavra para referir que a norma do art. 100, n.º 1, *b*), da LdC se tem por analogicamente aplicável (art. 10, n.º 1, do CC) aos procedimentos administrativos oficiosos de controlo de operações de concentração de empresas, nos termos do art. 56, n.º 1, da LdC, que se iniciam, não com a notificação da iniciativa das empresas, mas antes com a comunicação da AdC para cumprimento do dever de notificação.

4 Sobre a noção de *lei confirmativa*, cfr., entre outros, Machado: 1997, 248 e ss.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Mário Aroso de
2002 *Anulação de atos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, Oliveira
2005 *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Coimbra: Almedina.
- CASSETTA, Elio
2000 *Manuale di diritto amministrativo*, 2.^a ed., Milão: Giuffrè.
- MACHADO, João Baptista
1997 *Introdução ao Direito e ao Discurso legitimador*, 12.^a reimp., Coimbra: Almedina.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues
1976 *Lições de Direito Administrativo*, I, (ed. offset), Coimbra.
- SOUSA, Miguel Teixeira de
2012 *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina.



O CONTENCIOSO DA CONCORRÊNCIA: BALANÇO E PERSPETIVAS EM FUNÇÃO DA REFORMA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA PORTUGUÊS*

*Paulo de Sousa Mendes***

ABSTRACT: This article addresses the litigation on competition, analysing the cases decided by the Portuguese courts, concerning the previous Competition Act (“Lei n.º 18/2003, de 11 de junho”). It also forecasts the probable developments of the case law, on the basis of the new Competition Act (“Lei n.º 19/2012, de 8 de maio”), currently in force from the 7 July. The main topics dealt with by this article are the object/effect distinction in agreements, concerted practices and decisions by associations of undertakings and the burden of proof of objective justification on abuse of a dominant position.

SUMÁRIO: Introdução. I. Duas questões de direito material. 1. A distinção entre infrações por objeto e pelos efeitos no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003. A. Decisões judiciais condenatórias em infração por objeto. a) Sentença do TCL, de 9 de dezembro de 2005, Proc. n.º 1307/05.6TYLSB. b) Sentença do TCL, de 12 de janeiro de 2006, Proc. n.º 1302/05.5TYLSB. c) Sentença do TCL, de 18 de janeiro de 2007, Proc. n.º 851/06.2TYLSB. B. Uma decisão judicial importante. a) Sentença do TCL, de 15 de fevereiro de 2007, Proc. n.º 766/06.4TYLSB. C. Decisão judicial condenatória em infração por objeto e por efeitos. a) Acórdão do TRL, de 7 de novembro de 2007, Proc. n.º 7251/07. 2. O ónus de produção de prova quanto à justificação objetiva. II. Uma questão de direito processual – O recurso judicial de jurisdição plena.

* Texto revisto e acrescentado das apresentações realizadas na Conferência Perspetivas sobre a Reforma do Regime de Defesa da Concorrência, em 11 de maio de 2012, na Fundação Calouste Gulbenkian (Lisboa), organizada pelo Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (IDEFF – FDUL), e na Conferência Internacional sobre Concorrência e Regulação Económica – Reformas em Curso nos Dois Lados do Atlântico (Brasil e Portugal), em 31 de maio de 2012, no Auditório da Universidade S. Judas Tadeu – Butantã (S. Paulo), por ocasião do Lançamento do N.º duplo 7/8 da *Revista de Concorrência e Regulação (C&R)* com dossiê temático especial dedicado ao Brasil.

** Professor da FDUL e Diretor do Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da inteira responsabilidade do A. e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência. Agradeço ao Dr. Fernando Pereira Ricardo, à Dr.ª Helena Martinho e à Dr.ª Inês Nascimento os comentários, críticas e sugestões que fizeram a uma versão preliminar deste artigo.

INTRODUÇÃO

É minha intenção falar-vos sobre o contencioso da concorrência, fazendo um balanço da jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa (doravante, “TCL”) e do Tribunal da Relação de Lisboa (doravante, “TRL”), no âmbito da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (doravante, “Lei n.º 18/2003”), e traçando perspectivas em função da recentíssima reforma do direito da concorrência português, através da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante, “Lei n.º 19/2012”), que, como todos sabem, entrará em vigor no dia 7 de julho próximo¹.

Obviamente, as questões de que eu me poderia ocupar neste contexto são muitas. No tempo disponível, selecionei apenas três para tratamento *ex professo*: duas de direito material e uma de direito processual.

Quanto às questões de direito material, tratarei, em primeiro lugar, da receção na jurisprudência portuguesa da distinção legal entre infrações pelo objeto e pelos efeitos, no âmbito do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, e assinalarei se são, ou não, de esperar evoluções nesta matéria ao abrigo da Lei n.º 19/2012. Em seguida, tratarei da questão do ónus da prova da justificação objetiva no abuso de posição dominante, previsto no artigo 6.º da Lei n.º 18/2003, tal como tem sido até agora considerada pela jurisprudência portuguesa, e, também aqui, formularei o meu juízo e traçarei perspectivas de evolução.

Quanto à questão adjetiva, escolhi tratar da consagração na Lei n.º 19/2012 da jurisdição plena do tribunal para julgar o recurso da decisão final condenatória da Autoridade da Concorrência (doravante, “AdC”) em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência, podendo o tribunal reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória. Escolhi esta questão processual por ter notado que é uma das alterações ao regime jurídico da concorrência que tem suscitado mais celeuma na comunidade jurídica e que, por isso mesmo, merece consideração atenta do ponto de vista das garantias de defesa.

1 Publicação no *Diário da República* em 8 de maio de 2012 e entrada em vigor 60 dias após a sua publicação, nos termos do artigo 101.º da Lei n.º 19/2012.

I. DUAS QUESTÕES DE DIREITO MATERIAL

1. A distinção entre infrações por objeto e pelos efeitos no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003

No artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 (artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012), na linha do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (doravante, “TFUE”), são proibidos os acordos, as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas que tenham “por objeto” ou “como efeito” restringir a concorrência.

Na maioria dos casos decididos pela nossa jurisprudência, as empresas foram condenadas apenas em infração por objeto.

Só num caso as empresas foram condenadas por objeto e pelos efeitos.

Não conheço casos de qualquer empresa que tenha sido condenada, entre nós, apenas pelos efeitos (mas na União Europeia já houve condenações baseadas tão-somente numa análise dos efeitos, em acordos de distribuição com cláusulas de exclusividade cujos efeitos cumulativos dificultavam o acesso de outros fornecedores ao mercado)².

A possibilidade de haver uma infração cujo tipo legal pode ser preenchido por objeto ou pelos efeitos é uma singularidade do direito da concorrência, quando este é considerado na ótica de um penalista, como é o meu caso, uma vez que a prática da infração pelo objeto configura, diria eu, uma antecipação da tutela jurídica que é característica dos chamados delitos de perigo e que, por isso mesmo, dispensaria a análise dos efeitos restritivos da concorrência, que mais parecem um elemento característico dos chamados delitos de lesão ou de dano³.

Não obstante, compreende-se a lógica subjacente a estas infrações, se considerarmos que o legislador atendeu primacialmente à potencialidade lesiva dos acordos entre empresas, que, por sua natureza, são especialmente aptos a produzir efeitos restritivos da concorrência.

Nesta perspetiva, a possibilidade de preenchimento do tipo da infração também pelos efeitos parece desempenhar uma função ancilar da infração pelo objeto, diria mesmo uma função sobretudo enfática, na medida em que a prova de concretos efeitos restritivos da concorrência surge como argumento contra a eventual invocação da falta de aptidão de um concreto acordo por

2 Cf. Waelbroek, 2005: 160.

3 Cf. Morais, 2009: 63 ss.

alegada impossibilidade de verificação de quaisquer efeitos, que é um argumento recorrente quando se ataca a imputação de um delito de perigo, seja de perigo abstrato, seja de perigo abstrato-concreto (*i.e.*, de aptidão)⁴.

Seja como for, a prova dos efeitos é geralmente muito difícil de produzir, considerando que, para além de exigir uma demonstração econométrica, nem sempre existe prova testemunhal ou documental de suporte, tal como, por exemplo, a descoberta de esquemas de compensação entre as empresas no quadro de um acordo de repartição de mercados.

As infrações por objeto são consideradas pela jurisprudência da União Europeia as mais nocivas para o estabelecimento de uma concorrência não falseada⁵, além de que acabam geralmente proporcionando lucros muito significativos às empresas infratoras⁶.

Nos casos já transitados em julgado, o TCL e o TRL têm seguido uma orientação uniforme, aliás de acordo com a jurisprudência da União Europeia.

Designadamente, a nossa jurisprudência tem considerado que basta a prova da infração pelo objeto para a condenação por facto consumado e tem considerado que a infração pelo objeto é grave, notando-se inclusive uma tendência para considerar que é necessariamente dolosa (o que pode resultar de alguma confusão entre aptidão e intenção)⁷.

A. DECISÕES JUDICIAIS CONDENATÓRIAS EM INFRAÇÃO POR OBJETO

Passarei de imediato a citar alguns casos de condenação em infração por objeto, escolhidos por conterem as referências mais relevantes à questão em apreço:

a) Sentença do TCL, de 9 de dezembro de 2005, Proc. n.º 1307/05.6TYLSB

Num caso referente a uma ordem profissional, vejamos os seguintes trechos:

“Para que uma decisão seja proibida nos termos do artigo 4.º, ela não tem que ter como efeito restringir, falsear ou impedir a concorrência. Basta que tenha por objeto restringir,

4 Por todos, cf. Figueiredo Dias, 2007: 310-311.

5 Sendo a fixação de preços uma das espécies mais graves de infrações.

6 Veja-se o Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de junho de 1983, *Musique diffusion française* e o. c. Comissão Europeia, 100/80 a 103/80, Recueil 1983, p. 1906.

7 Cf. Acórdão do TRL, de 7 de novembro de 2007, Proc. n.º 7251/07, p. 33 (em *obiter dictum*).

*falsear ou impedir a concorrência, conforme resulta expressamente do próprio artigo em que é empregue a conjunção 'ou'*⁸.

*“Significa isto que não está em causa um ilícito de dano mas de perigo: basta que o bem jurídico seja posto em perigo, ou seja, basta a possibilidade de lesão para que a infração se considere cometida”*⁹.

*“[F]ixar preços através de tabelas de honorários é uma prática que tem como efeito impedir a concorrência. E prever a existência dessas mesmas tabelas de honorários? Afigura-se-nos claro que se trata de uma prática que tem como objeto impedir a concorrência. A simples previsão no Código Deontológico da existência de tabelas de honorários a elaborar pela ordem bem como a referência expressa a que tal tabela tem de ser respeitada, tem por objeto interferir na livre fixação de preços, ou seja, tem por objeto interferir na livre concorrência, tem por objeto impedir a concorrência”*¹⁰.

Esta Sentença desenvolve os conceitos de objeto e efeito restritivos da concorrência e a relação entre ambos, que caracteriza como sendo de concurso de normas (ou aparente). Não creio que sejam pertinentes os desenvolvimentos do aresto sobre o concurso de normas, mas aqui só importa ressaltar que a condenação se baseou simplesmente na previsão no Código Deontológico da existência de tabelas de honorários a elaborar pela ordem, ou seja, uma decisão de associação de empresas que tinha um objeto restritivo da concorrência.

b) Sentença do TCL, de 12 de janeiro de 2006, Proc. n.º 1302/05.5TYLSB
Noutro caso referente a outra ordem profissional, destacamos os seguintes excertos:

*“O bem jurídico protegido [pelo artigo 4.º da Lei n.º 18/2003] é [...] o livre jogo do mercado”*¹¹.

“Há ainda que prevenir tratar-se de uma infração de perigo concreto – não se exige a verificação do resultado (impedir, falsear ou restringir a concorrência), patente na

8 Sentença do TCL, de 9 de dezembro de 2005, Proc. n.º 1307/05.6TYLSB, p. 24.

9 *Ibidem*.

10 *Idem*, p. 25.

11 Sentença do TCL, de 12 de janeiro de 2006, Proc. n.º 1302/05.5TYLSB, p. 16.

*expressão legal ‘que tenha por objeto **ou** por efeito’, mas é exigível a adequação a produzir tal resultado”¹².*

Tecnicamente, a Sentença confunde o perigo concreto com o perigo abstrato-concreto (ou aptidão), mas percebe-se bem que é a este último que se quer referir, ao falar em “adequação a produzir tal resultado”. Se fosse uma infração de perigo concreto, exigir-se-ia, de facto, a verificação de um resultado de perigo. Mas é um detalhe de pura dogmática jurídica, pois o que importa aqui ressaltar é que o tribunal se bastou com a demonstração da aptidão da decisão de associação em análise para produzir efeitos restritivos da concorrência para, em função disso, condenar a ordem profissional por decisão de associação de empresas.

c) Sentença do TCL, de 18 de janeiro de 2007, Proc. n.º 851/06.2TYLSB

Em mais outro caso referente a outra ordem profissional, consideremos agora os seguintes fragmentos:

“A fixação de forma direta ou indireta de preços é, desde logo, uma das práticas proibidas pelas legislação nacional e comunitária [...]”¹³.

“E compreende-se porquê. A fixação de preços constitui desde logo uma limitação ao funcionamento do mercado, vinculando os agentes económicos a praticar preços pré-determinados, não vinculando a discussão entre os intervenientes negociais e não permitindo o livre jogo da oferta e da procura, tendo em atenção que desde logo o mercado tem agentes de dimensões, poderes económicos e atividades comerciais de estruturas bem diversas”¹⁴.

“Tratando-se de preços máximos, a fixação dos mesmos permite ao concorrente saber qual o ‘teto’ de preços fixados pelos concorrentes, aproximando os preços praticados ao mesmo, independentemente do jogo de mercado”¹⁵.

“Tratando-se de preços mínimos, a fixação dos mesmos permite ao concorrente saber ‘o mínimo’ que o concorrente fixará, limitando a autonomia entre os agentes económicos e

12 *Idem*, p. 17.

13 Sentença do TCL, de 18 de janeiro de 2007, Proc. n.º 851/06.2TYLSB, p. 37.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*.

*impedindo que os mesmos fixem preços mais baixos. Essa fixação permite igualmente que se reforcem obstáculos aos novos concorrentes no mercado, e à entrada dos mesmos, uma vez que, podendo concorrer no mercado, através do fator 'diminuição do preço', relativamente aos seus concorrentes, de forma a conquistarem clientela inicial, estão impedidos de o fazer*¹⁶.

A Sentença vincula assim a proibição da fixação de preços, quer máximos quer mínimos, à aptidão dessa fixação para distorcer a livre concorrência e impor obstáculos à entrada de novos concorrentes no mercado. Por isso apontamos esta Sentença como mais um exemplo das decisões judiciais condenatórias focadas exclusivamente numa análise ao objeto restritivo da concorrência inerente à prática em causa, que neste caso era uma decisão de associação de empresas.

B. UMA DECISÃO JUDICIAL IMPORTANTE

Nem só de condenações se faz a jurisprudência relevante.

a) Sentença do TCL, de 15 de fevereiro de 2007, Proc. n.º 766/06.4TYLSB

Trata-se de um caso referente a uma empresa, do qual destacamos os seguintes excertos:

*“Face à forma como o tipo é descrito afigura-se-nos claro que estamos perante uma infração de perigo uma vez que não se exige a verificação do resultado. Considerados os interesses relevantes, a lei não exige a sua lesão efetiva, basta-se com o colocar desses interesses em perigo, ou seja, o criar-se uma situação tal que seja possível a sua lesão”*¹⁷.

*“Se estiver em causa um acordo que tenha por objeto restringir a concorrência, não há que ir analisar os seus efeitos (efetivos ou potenciais). Porém, para se concluir que um acordo tem por objeto restringir de forma sensível a concorrência temos sempre de dar por assente que se trata de uma empresa e de um acordo para efeitos do artigo 4.º, bem como delimitar o mercado relevante – mercado de produto, mercado geográfico e quota de mercado. Temos ainda de concluir que o acordo afeta de modo significativo a concorrência”*¹⁸.

16 *Idem*, pp. 37-38.

17 Sentença do TCL, de 15 de fevereiro de 2007, Proc. n.º 766/06.4TYLSB, p. 61.

18 *Ibidem*.

Esta Sentença é importante para a discussão dos conceitos, não obstante ter sido o processo remetido para a AdC por preterição de direitos de defesa. Com efeito, o TCL acabou por julgar procedente a nulidade suscitada nas alegações de recurso, de violação do direito de defesa da arguida, resultante de parte da acusação se fundamentar em elementos confidenciais a que a arguida não teve acesso, declarando a nulidade de todo o processado a partir da audição oral dos representantes da arguida e determinando a remessa dos autos à AdC¹⁹.

Não acompanhamos a contraposição que a Sentença estabelece entre perigo e resultado, uma vez que são classificações que não se opõem necessariamente. Seja como for, a Sentença assinala corretamente que a infração em causa é de perigo, embora não entre em pormenores quanto à qualificação do perigo, se abstrato, abstrato-concreto ou concreto. No segundo parágrafo acima citado, a Sentença explica que a análise de qualquer acordo que tenha por objeto restringir a concorrência dispensa a consideração dos seus efeitos, mas não prescinde de uma análise cuidadosa dos mercados, de produto e geográfico, e da quota de mercado da empresa em causa, assim como dos termos em que o acordo é suscetível de afetar significativamente a concorrência, o que, por outras palavras, significa que o perigo tipicamente relevante é abstrato-concreto. Ou seja, trata-se aqui da aptidão genérica de um acordo com tais características para falsear a concorrência.

C. DECISÃO JUDICIAL CONDENATÓRIA EM INFRAÇÃO POR OBJETO E POR EFEITOS

Tanto quanto tenho conhecimento, só houve uma decisão judicial condenatória por objeto e efeito restritivos da concorrência.

a) Acórdão do TRL, de 7 de novembro de 2007, Proc. n.º 7251/07

No chamado processo do cartel do sal, que era um cartel que tinha por objeto a repartição de mercados através da fixação de quotas, foram considerados alguns efeitos na motivação da matéria de facto.

Nos arestos do TCL e do TRL, a tomada em consideração dos efeitos serviu apenas para complementar o preenchimento da mesma infração pelo objeto.

¹⁹ *Idem*, p. 73.

Repare-se que os efeitos considerados não foram diretamente os efeitos restritivos da concorrência, mas foram os relativos à vantagem económica para as empresas decorrente da infração. A AdC tinha conseguido apurar o valor mínimo do benefício económico com base num documento que fora apreendido durante as buscas e que descrevia o esquema de compensação entre as empresas participantes. Deste documento foi possível extrapolar que, no final de cada ano, as empresas em causa teriam retirado um benefício económico que tinha de ser pelo menos igual ao valor da compensação paga pelas outras empresas. Quanto às empresas que venderam acima da sua quota, retiraram um benefício que tinha de ser pelo menos igual ao montante recebido pelas vendas acima da quota, descontado o montante a título de compensação aos restantes membros do cartel²⁰.

Tratou-se, portanto, de uma demonstração indireta de alguns efeitos restritivos da concorrência, mas, mesmo assim, útil para a prova da infração, nem que seja porque a potencialidade lesiva do acordo se torna, intuitivamente, mais clara e tangível a partir dos efeitos. Enfim, é uma conclusão discutível do ponto de vista do juízo de probabilidade em que assenta a análise da aptidão da prática, mas não deixa de ser importante para a motivação da matéria de facto dada como provada.

Neste tocante, acredita-se que a jurisprudência portuguesa já está suficientemente consolidada e que, em face da nova lei, não é de esperar grandes diferenças de abordagem, tanto mais que o tipo legal de infração não sofreu alterações significativas, mas só de forma.

Contudo, vão ser novos tribunais a julgar, agora que já está instalado o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, em Santarém. Esperemos que esta jurisprudência uniforme se mantenha.

2. O ónus de produção de prova quanto à justificação objetiva

As decisões da AdC de condenação por abuso de posição dominante não têm, até à data, sido confirmadas pelo TCL, nem pelo TRL.

É certo que há processos pendentes e outro prescrito, mas limitar-me-ei a referir genericamente aquele que me parece ter sido o principal motivo para a diferença de juízos entre a AdC e os tribunais nesta matéria, a saber: a questão do ónus de produção de prova quanto à existência de uma justificação

20 Cf. Camacho & Rodrigues, 2011: 299.

objetiva para o comportamento com efeitos restritivos da concorrência em causa.

Segundo a jurisprudência da União Europeia e a prática da Comissão Europeia, cabe à acusação apresentar prova dos factos constitutivos da infração, nomeadamente o mercado relevante, a posição dominante da empresa e o tipo de abuso em causa, mas já cabe à empresa apresentar prova dos factos impeditivos, excludentes ou extintivos.

A AdC tem seguido esta linha nas suas decisões finais condenatórias, em tema de abuso de posição dominante.

No entanto, o TCL e o TRL parecem exigir antes que a acusação produza prova não só dos factos constitutivos, mas também dos extintivos.

Caso contrário, os tribunais aplicam o princípio *in dubio pro reo*, enquanto decorrência da presunção de inocência.

Nunca os tribunais consideraram que cabia à empresa em posição dominante a produção de prova da justificação objetiva para a sua conduta.

Parece que neste ponto a jurisprudência portuguesa se fez eco de uma tendência maioritária na doutrina penal portuguesa que, ao contrário da doutrina alemã, nega a vigência do próprio ónus da prova objetivo em direito penal, mas a verdade é que AA. mais modernos têm vindo a demonstrar que se pode falar de um *onus probandi* da acusação e que não se pode simplesmente dizer que o ónus da prova em direito penal é substituído pelo *in dubio pro reo*²¹.

Não pode, pois, invocar-se simplesmente o *in dubio pro reo* para dizer que a AdC não produziu prova da falta de justificação objetiva da prática anti-concorrencial. Mas é preciso acrescentar que, sendo legítima a utilização do conceito de ónus da prova objetivo em direito penal, isso não significa que ele não onere por inteiro à acusação. Sendo assim, nada se avançou, se considerarmos que o direito sancionatório da concorrência é penal, em sentido muito amplo, segundo a jurisprudência do TEDH, atendendo às sanções pecuniárias aplicáveis.

Só que, por outra parte, esta jurisprudência não deixa de reconhecer que não se trata de um direito em tudo equiparável às garantias do direito penal e processual penal, o que já foi reconhecido em vários domínios do direito administrativo sancionatório e valerá também para o direito contraordenacional da concorrência português.

21 Cf. Múrias, 2000: 26.

Creio, pois, que nesta matéria a jurisprudência portuguesa terá uma larga margem para acompanhar esta discussão, sobretudo considerando que uma empresa em posição dominante tem especiais responsabilidades por causa da sua posição e estará em condições, melhor do que a acusação, de produzir prova para justificar objetivamente o seu comportamento, com base na assimetria informativa que sempre se verificará em qualquer investigação.

Considerando a legislação da União Europeia, nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003, cabe à empresa ou associação de empresas que invoque o benefício de um meio de defesa produzir prova de que se encontram reunidas as condições de tal defesa.

Na jurisprudência da União Europeia, veja-se a seguinte passagem:

“[I]mporta referir, a título preliminar, que, embora o ónus da prova quanto à existência das circunstâncias constitutivas de uma violação do artigo 82.º CE [atual 102.º do TFUE] impenda sobre a Comissão, é, todavia, à empresa dominante em causa, e não à Comissão, que incumbe, se for o caso, antes do fim do procedimento administrativo, invocar uma eventual justificação objetiva e apresentar argumentos e elementos de prova a esse respeito. Compete, em seguida, à Comissão, se pretender concluir pela existência de um abuso de posição dominante, demonstrar que os argumentos e os elementos de prova invocados pela referida empresa não procedem e que, por conseguinte, a justificação apresentada não pode ser acolhida” (considerando 688)²².

Relativamente a este ónus da prova, a Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE [atual artigo 102.º do TFUE] a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante²³, sintetizando a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, refere o seguinte:

“Na aplicação do artigo 82.º, a Comissão pretende analisar igualmente as alegações apresentadas pela empresa em posição dominante de que o seu comportamento é justificado. Uma empresa em posição dominante pode fazê-lo, quer demonstrando que o seu comportamento é objetivamente necessário, quer demonstrando que o seu comportamento produz ganhos de eficiência substanciais, que compensam qualquer efeito anticoncorren-

²² Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (atual Tribunal Geral da União Europeia), de 17 de setembro de 2007, Proc. T 201/04, *Microsoft c. Comissão*.

²³ JO C 45, de 24 de fevereiro de 2009.

cial a nível dos consumidores. Neste contexto, a Comissão irá avaliar se o comportamento em questão é indispensável e proporcionado ao objetivo alegadamente pretendido pela empresa em posição dominante” (ponto 28).

“É da responsabilidade da empresa em posição dominante apresentar todas as provas necessárias para demonstrar que o comportamento em causa é objetivamente justificado. Compete depois à Comissão fazer a avaliação final sobre se o comportamento em questão é ou não objetivamente necessário e se, com base na análise dos efeitos anticoncorrenciais aparentes e dos ganhos de eficiência alegados ou demonstrados, é provável que resulte num prejuízo para os consumidores” (ponto 31).

II. UMA QUESTÃO DE DIREITO PROCESSUAL – O RECURSO JUDICIAL DE JURISDIÇÃO PLENA

Nos termos do artigo 88.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, o tribunal passa a conhecer com plena jurisdição dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela AdC uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória, podendo reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória.

Não obstante ser uma solução que tem paralelo noutras áreas, tais como o Código de Valores Mobiliários, esta alteração já começou a suscitar viva celeuma, havendo quem a considere contrária a um suposto princípio de proibição da *reformatio in peius*. Esclareça-se, desde logo, que este princípio não existe no nosso ordenamento jurídico processual penal, pois a regra em processo penal é que o tribunal de recurso conhece de jurisdição plena. A proibição da *reformatio* é uma norma excecional, para os casos em que o recurso é interposto no interesse exclusivo do arguido, pelo próprio ou até pelo Ministério Público (doravante, “MP”) no interesse do arguido.

Acontece que, no domínio da Lei n.º 18/2003, não podendo a AdC, nem o MP recorrer das decisões finais condenatórias da AdC, acabava o recurso só podendo ser interposto pelo arguido, parecendo assim vigorar um princípio de proibição da *reformatio*. Que não existia tal princípio, via-se logo pela possibilidade de a coima ser agravada em 2.º instância, se porventura a AdC ou o MP recorressem contra o arguido.

A lei nova veio, pois, introduzir coerência neste sistema, aliás aproximando-o do direito da União Europeia. Em particular, o artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2004 permite que o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, “TJUE”) conheça com plena jurisdição dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela Comissão uma coima ou uma sanção pecuniária-

ria compulsória, podendo suprimir, reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória aplicada.

Que esta solução não é contrária às garantias de defesa é algo que até se pode retirar por interpretação do recente acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, “TEDH”), no caso *Menarini c. Itália*²⁴ e, mais claramente ainda, do voto de vencido do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, especialmente bem fundamentado, na parte em que diz que o essencial do *due process* é a garantia de recurso judicial das decisões da Comissão Europeia, desde que o tribunal de recurso conheça de jurisdição plena. Aliás, neste voto de vencido, o juiz Paulo Pinto de Albuquerque convoca o artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2004 como exemplo, pela positiva, de um recurso de jurisdição plena²⁵. O que é tanto mais significativo num momento em que, pelo artigo 6.º do Tratado da União Europeia (doravante, “TUE”), a União Europeia e, segundo certas interpretações, os Estados-membros (doravante, “EM”) ficam obrigados pela CEDH e pela jurisprudência do TEDH. Aliás, os EM já eram todos signatários da CEDH, no âmbito do Conselho da Europa.

24 Acórdão do TEDH, de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, *A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália*.

25 Para um comentário ao Acórdão do TEDH, cf. Martinho, 2012: 335 ss.

BIBLIOGRAFIA

- CAMACHO, Cristina & RODRIGUES, Jorge
“Using Economic Evidence in Cartel Cases: A Portuguese Case Study”, in *Revista de Concorrência & Regulação*, n.º 6 (abril – junho 2011), pp. 297-314.
- DIAS, Jorge de Figueiredo
Direito Penal – Parte Geral, Tomo I (Questões fundamentais – A doutrina geral do crime), 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (1.ª ed., 2004).
- MARTINHO, Helena Gaspar
“Comentário de jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália”, in *Revista de Concorrência & Regulação*, n.º 9 (janeiro – março 2012), pp. 335-351.
- MORAIS, Luís D. S.
Os conceitos de objeto e efeito restritivos da concorrência e a prescrição de infrações de concorrência, Coimbra: Almedina, 2009.
- MÚRIAS, Pedro Ferreira
Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova, Lisboa: LEX, 2000.
- WÆLBROEK, Denis
“Michelin II: A Per Se Rule Against Rebates by Dominant Companies?”, in: *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 1, n.º 1 (março 2005), pp. 149-171.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, *A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália*.

União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de junho de 1983, *Musique diffusion française* e o. c. Comissão, 100/80 a 103/80, p. 1906, n.º m. 107.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 17 de setembro de 2007, Proc. T 201/04, *Microsoft* c. Comissão Europeia.

Nacional

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de novembro de 2007, Proc. n.º 7251/07.

Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 9 de dezembro de 2005, Proc. n.º 1307/05.6TYLSB.

Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 12 de janeiro de 2006, Proc. n.º 1302/05.5TYLSB.

Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 18 de janeiro de 2007, Proc. n.º 851/06.2TYLSB.

Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 15 de fevereiro de 2007, Proc. n.º 766/06.4TYLSB.



O REGIME JURÍDICO DA CLEMÊNCIA NA NOVA LEI DA CONCORRÊNCIA: NOVAS VALÊNCIAS, NOVOS DESAFIOS

*Fernando Xarepe Silveiro**

ABSTRACT: The new legal framework for competition foreseen in Law No. 19/2012 substantially changed the Portuguese leniency program for competition law infringements dating from 2006. This paper aims at understanding the evolution of leniency programs that inspired the various solutions approved in 2012, which are more attractive and transparent. At the same time, the paper identifies some of the challenges faced by the legal and business community to make it a useful and successful tool for an effective competition policy based on public enforcement.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Considerandos gerais. 2. Conceito e génese dos regimes de clemência. 3. Os objetivos dos programas de clemência. 4. Evolução dos programas de clemência. 5. Os regimes jurídicos de clemência no direito da concorrência em Portugal. 6. Âmbito de aplicação. 7. Modalidades de clemência. 7.1. Dispensa da coima. 7.2. Redução da coima. 8. Documentação confidencial. 9. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante também designado “LdC”), revogou o “regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contraordenação por infração às normas nacionais de concorrência” aprovado pela Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto. Fê-lo, também, através de uma alteração sistemática, importando para o conjunto de regras que constituem o regime jurídico

* Diretor-Adjunto do Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da inteira responsabilidade do autor e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência.

da concorrência o subconjunto das que compõem o instituto da dispensa e da redução da coima no ordenamento jusconcorrencial português. À comparação entre o “regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contraordenação por infração às normas nacionais de concorrência”, que vinha da Lei n.º 39/2006 (doravante também referido como *primeiro regime de clemência*), e o regime dos artigos 75.º a 82.º da LdC (*novo regime de clemência*) dedicaremos a segunda parte deste nosso texto.

Antes, porém, teceremos algumas considerações sobre os regimes de clemência, sua origem e a evolução que sofreram nos enquadramentos jusconcorrenciais de ordenamentos jurídicos de outros países (europeus, essencialmente), que permitirão antever e justificar as soluções consagradas em Portugal em 2006 e, depois, em 2012.

Os programas de clemência fazem parte do nosso direito positivo¹ (nacional e da União Europeia) a par de outros instrumentos utilizados, como o procedimento de transação e a possibilidade de se finalizarem processos através de compromissos propostos pelas empresas e aceites pelas autoridades de concorrência. Isto, por si só, basta-nos para, nesta sede, deixar de lado o debate sobre a moralidade de um sistema que beneficia o delator, discussão muito acesa nos países latinos².

1. CONSIDERANDOS GERAIS

O novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, dedica o capítulo VIII à *dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência*, repartindo, entre os artigos 75.º e 82.º, o núcleo da regulamentação dos contornos do novo regime de clemência no Direito da Concorrência e das figuras nele ínsitas: (i) a dispensa de coima; e (ii) as reduções de coimas, em ambos os casos por processos de contraordenação que tenham por objeto acordos ou práticas concertadas entre duas ou mais empresas concorrentes proibidos pelo artigo 9.º e, se aplicável, pelo artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Este capítulo corresponde, em parte, ao conjunto normativo da Lei n.º 39/2006, que estabelecera o aí denominado “regime jurídico da dispensa e da

1 Apesar de pouco estudados doutrinariamente entre nós, em parte também pela juventude destes instrumentos e pela sua pouca aplicação prática. São exceção, entre poucos, Silva, 2011: 41-42, e Serzedelo, 2007: 83 ss.

2 O próprio regime de clemência da União Europeia não esteve, no seu início, isento de críticas, cf. Moreira, 2007: 79-80.

atenuação especial da coima em processos de contraordenação por infração às normas nacionais de concorrência”. Este diploma foi revogado com a entrada em vigor da LdC (artigo 99.º, n.º 2).

O Capítulo VIII da LdC divide-se em três secções, sendo a primeira de *disposições gerais*, a segunda de *requisitos* e a terceira de *procedimento e decisão*.

2. CONCEITO E GÉNESE DOS REGIMES DE CLEMÊNCIA

No presente texto usamos as expressões *regime de clemência* e *programa de clemência* para identificar o conjunto de regras e princípios, substantivos e procedimentais, quer tenham ou não autonomia sistemática³, que oferecem imunidade total ou redução das sanções que, de outro modo, seriam impostas a um participante num cartel, em troca da revelação voluntária de informações sobre o cartel que satisfaçam critérios específicos, antes ou durante a fase de investigação. Estas expressões abrangem também o quadro definido pela “Comunicação relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis”⁴. Escapam ao seu âmbito as reduções de coimas concedidas por outros motivos, mormente os de colaboração entre as empresas e as autoridades de concorrência⁵.

A expressão equivalente à tradução direta de clemência aparece referida em alguns ordenamentos jusconcorrenciais da União Europeia. Encontramos *clemencia* no programa espanhol; no italiano *clemenza* e *leniency*; no francês *clémence*. Pelo contrário, no programa de clemência alemão, apesar de a expressão ser conhecida do direito penal, optou-se pelo uso da expressão “regulamento de recompensa” (*Bonusregelung*)⁶. Na *Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*, de 2006 (doravante “programa de clemência da União Europeia de 2006”), encontramos, na versão inglesa, *leniency*, mas na versão

3 Abrange quer regimes de clemência em sentido restrito, quer comunicações interpretativas e orientadoras da aplicação de normas de concorrência por parte das autoridades de concorrência, como, por exemplo, linhas orientadoras para o cálculo do montante das coimas, que contemplem um tratamento favorável para aqueles que hajam denunciado um cartel e assumido a sua participação nele.

4 Publicada no JO C 298, de 8.12.2006, pp. 17-22.

5 Por facilidade de exposição fazemos coincidir os contornos destes termos com os constantes da Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, publicada no JO C 101, de 27.4.2004, pp. 43-53 (p. 52, nota 14) e adotados no Programa Modelo de Clemência ECN disponível em http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

6 Cf. *Bekanntmachung Nr. 9/2006, über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung* – de 7 de março. Cf., também, Franco, 2009: 49 ss.

portuguesa do jornal oficial a terminologia oscila entre *clemência e imunidade ou redução de coimas*.

Na Lei n.º 39/2006 e na LdC o instituto mereceu a designação de *regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contraordenação por infração às normas nacionais de concorrência e dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência*, respetivamente. Não encontramos qualquer apelo à expressão *clemência* em qualquer dos diplomas.

A *ratio* dos programas de clemência assenta, por um lado, na eficácia que os mesmos proporcionam enquanto instrumento ao serviço do objetivo do “combate” a acordos e práticas concertadas, que são, pela sua própria natureza, secretos ou do conhecimento apenas dos seus intervenientes⁷, e, por outro lado, na eficiência que trazem ao permitirem melhores resultados nessa luta a “custos” muito menores⁸.

3. OS OBJETIVOS DOS PROGRAMAS DE CLEMÊNCIA

Um programa de clemência terá sempre objetivos repressivos e preventivos. Entre os primeiros contam-se aqueles que, por via da revelação por parte de um participante num cartel, permitem às autoridades de concorrência aumentar a deteção de cartéis, uma vez que deverão diminuir as diligências de investigação e de recolha da prova (esta será entregue com a apresentação do requerimento de clemência)⁹. A fase da investigação, por via disso, deverá ter menor duração e a prova obtida será, muito provavelmente, mais robusta para futuras análises judiciais. Entre os segundos conta-se o efeito dissuasor que um programa de clemência causa nos comportamentos colusivos de longo prazo, pois introduz mais um fator gerador de instabilidade nos cartéis¹⁰.

O instituto de clemência inverte a relação de forças que existe entre as empresas e as autoridades de concorrência quanto à repartição do ónus da

7 As razões para a aplicação da clemência apenas aos cartéis, ainda que de forma sucinta, encontramos-as em Jenny, 2005: 38.

8 Cf. Chaput, 2005: 19-28. A doutrina apresenta a estimativa de 15% como a probabilidade de se descobrir cartéis antes da existência de programas de clemência, Bryan & Eckard, *apud* Connor, 2011: 27.

9 A clemência vista pelo prisma de método de recolha de informação e de prova encontramos-a descrita em Wils, 2007: 9-10. O mesmo autor destaca ainda que a clemência não deve ser um método substituto mas complementar dos outros métodos de recolha de informação e de prova de infrações jusconcorrenciais, *ob. cit.*, *loc. cit.*

10 Cf. Lévêque, 2006: 35.

prova da infração. Frédéric Jenny (2005: 38) destaca que os programas de clemência se apresentam, por esta razão, como um meio através do qual o valor da prova obtida é mais importante e a sua regularidade menos questionável do que se a mesma tivesse sido obtida pelas autoridades de concorrência no quadro da sua atividade de investigação. A prova e os meios de prova são fornecidos pelos requerentes de clemência, o que permite evitar numerosos problemas associados aos procedimentos de investigação; mais ainda quando as provas devem ser completas para que a proteção ao abrigo dos programas de clemência possa ser concedida. Assim, esta técnica de recolha dos elementos de prova permite aumentar a probabilidade de condenação nos casos em que se detete uma violação da lei.

O primeiro programa de clemência conhecido no direito da concorrência data de finais da década de 70 do século passado e nasceu nos Estados Unidos.

A transição de finais dos anos 70 entre o pensamento intervencionista preconizado pela Escola de Harvard e a Escola de Chicago¹¹, avessa à regulação pelas autoridades de concorrência, acusada de ser a causadora da perda de competitividade da economia americana face às outras economias ocidentais, marcou um período de intensa desregulamentação e de “recentragem da política de concorrência americana na luta contra os cartéis”¹².

É neste momento de recentragem, caracterizado paradoxalmente por um fenómeno de aligeiramento geral das regras de concorrência simultâneo ao endurecimento do combate das autoridades aos cartéis, que foi anunciado o programa de clemência americano de 1978, com o objetivo de proporcionar um tratamento mais condescendente para as empresas que denunciasses um cartel em violação ao *Sherman Act*, e, simultaneamente, reconhecessem a sua participação no mesmo.

Este primeiro programa de clemência americano conheceu um sucesso diminuto. Para tal terá contribuído, sobretudo, o facto de o benefício da clemência não ser de atribuição automática, motivo pelo qual ficavam as empresas expostas a serem visadas por uma investigação após revelarem a sua participação em determinado cartel e não lhe tendo a *Antitrust Division of the*

11 Impulsionada com o início da administração de Ronald Reagan, em 1980.

12 Cf. Desbrosse, 2010: 217 e Souty, 2006: 28-29.

Department of Justice (DoJ) concedido proteção ao abrigo do programa de clemência¹³.

Em 1993, através de uma profunda reforma do programa de 1978, foi criado o segundo programa americano de clemência, que se viria a revelar como um mecanismo de grande eficácia no combate aos cartéis¹⁴. O sucesso deste programa assentou em três linhas fundamentais: (i) a imunidade é concedida automaticamente nas situações em que o requerimento de clemência é entregue quando não havia investigação iniciada; (ii) a imunidade pode ainda estar disponível nas situações em que a cooperação começa após a investigação ter sido aberta; e (iii) administradores, diretores e trabalhadores que cooperem ficam salvaguardados de ações penais contra si movidas pela participação nesse cartel.

Como resultado destas mudanças, o programa de clemência americano tornou-se o mecanismo mais eficaz de combate aos cartéis, mesmo de cartéis internacionais. Para além disso serviu de inspiração, direta e indireta, à grande maioria dos programas de clemência existentes em todo o mundo¹⁵.

É no encalce deste sucesso que, em 1996, entra em vigor o primeiro programa de clemência da União Europeia, divulgado através da “Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas”¹⁶, a que se seguiram os

13 Em 14 anos apenas 17 empresas solicitaram proteção ao abrigo do programa de clemência de 1978, cf. Desbrosse, 2010: 214, nota 18.

14 Tendo sido posto em prática através da publicação de linhas orientadoras, proporcionou uma média superior a 20 casos por ano de empresas que se socorreram dos mecanismos que o programa disponibilizava. Cf. *Fighting Hard-Core Cartels. Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, OCDE, 2002: 7.

15 Cf. Desbrosse, 2010: 219, Griffin, 2003: 5 e Yon, 2004: 102-107. Sobre as alterações mais recentes cf. Hammond, 2009.

16 Publicado no JO C 207, de 18.7.1996, pp. 4-6. Billiet, 2009: 14, destaca a impossibilidade de obtenção de imunidade como um fraco incentivo para a adesão das empresas a este programa de clemência. Sobre a eficácia e o impacto deste programa, evolução do número de casos detetados, montante das coimas aplicadas antes e depois da sua aprovação, cf. as interessantes conclusões de Brenner, 2009: 641 e Moreira, 2007: 81.

programas de clemência de alguns dos Estados membros, como o Reino Unido (1998)¹⁷, a Alemanha (2000)¹⁸ e a França (2001)¹⁹⁻²⁰.

A União Europeia viria a alterar o seu programa de clemência pela primeira vez em 2002²¹, alterando-o, de novo, em 2006²². A alteração de 2006, ao contrário da de 2002²³, viria a revelar-se um enorme sucesso enquanto instrumento de combate aos cartéis por parte da Comissão, com reflexo nos montantes de coimas aplicadas²⁴.

No seio da União Europeia este quadro viria a alterar-se profundamente com a aprovação e entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado²⁵. A opção pela descentralização na aplicação do direito da concorrência da União Europeia assumida no Regulamento n.º 1/2003, estimulou,

17 Este programa viria a implementar-se através da aprovação de linhas de orientação relativas ao cálculo do montante das coimas.

18 Através de comunicação em que divulgava as linhas de orientação relativas ao cálculo das coimas (Communication no. 68/2000).

19 O regime de clemência francês adveio pela aprovação da Lei sobre as novas regulamentações económicas (Loi n.º 2001-420, de 15.5.2001) e pela alteração dos artigos que fixavam as condições de aplicação do livro IV do Code du commerce relativo à liberalização de preços e à concorrência (art. 73.º do Décret n.º 2002-689, de 30.4.2002).

20 Mais informação sobre a evolução dos regimes de clemência no seio dos Estados membros da União, neste período, encontramos-la em Idot, 2005: 363-379.

21 Pela Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, publicada no JO C 045, de 19.2.2002, pp. 3-5. Sobre a aplicação deste programa, com dados sobre os casos em que a Comissão decidiu pedidos de clemência, com indicação de imunidade ou de redução atribuídas, e posterior apreciação pelos tribunais, cf. Dewaele, 2011: 1-31. Dados sobre casos em que a Comissão aplicou os programas de 1996 e de 2002, com imunidade, reduções e comparações ano a ano, encontramos-los em Bloom, 2006: 548-553.

22 JO C 298, de 8.12.2006, pp. 17-22.

23 Embora o então Diretor-Geral da DG COMP, referindo-se ao programa de clemência de 2002, mencionasse que para um período inferior a 4 anos a Comissão tenha recebido, ao abrigo do programa de 2002, 167 pedidos de clemência contra os 80 recebidos em 6 anos de vigência do programa de 1996, cf. Lowe, 2006: 74.

24 Sobre as alterações do programa de 2002 para o de 2006 *vide*, entre muitos, Billiet, 2009: 14-21 e Walsh, 2009: 30-35. Os dados estatísticos apresentados por este último autor são disso exemplo: 3 400 milhões de euros em coimas aplicadas pela Comissão em 2007, contra 390 milhões em 2004. Walsh assume que o efeito persuasivo do programa de clemência, conjugado com o efeito dissuasor de severas coimas aplicadas, proporcionaram à Comissão o período de maior sucesso do seu enquadramento jurídico da concorrência no combate aos cartéis, p. 30. Sobre os pressupostos fundamentais de que depende o sucesso do instituto de clemência, cf. Moreira, 2007: 77-78. Sobre a comparação entre o programa da UE e dos Estados Unidos, cf. Zingales, 2008.

25 Regulamento n.º 1/2003, do Conselho, de 16.12.2002, publicado no JO L 1, de 4.1.2003, pp. 1-27.

para o tema sobre que agora escrevemos, a proliferação de programas de clemência nos Estados membros²⁶.

Esta multiplicação de programas de clemência nacionais²⁷, por um lado, e a existência de competências paralelas entre as autoridades de concorrência dos Estados membros e a Comissão na aplicação do direito da concorrência da União Europeia, por outro lado, gerou o embrião de um ensaio harmonizador de um programa de clemência para todo o território da União Europeia: referimo-nos ao programa modelo de clemência da *European Competition Network*²⁸ (doravante apenas “programa modelo de clemência ECN”), aprovado em 2006²⁹, que visa incentivar a existência de regras mínimas comuns³⁰, simplificando expressivamente as tarefas daquelas empresas que solicitem

26 Contemporânea é também a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede europeia de autoridades de concorrência (doravante “ECN”), publicada no JO C 101, de 27.4.2004, pp. 43-53, onde se refere que a “rede formada pelas autoridades responsáveis em matéria de concorrência deverá assegurar uma repartição eficiente do trabalho e uma aplicação eficaz e coerente das regras comunitárias de concorrência”. Nos termos desta comunicação as autoridades de concorrência trocam informações, inclusive sobre processos que se tenham iniciado ao abrigo de programas nacionais de clemência (cf. parágrafos 37 a 42).

27 Atualmente na União Europeia há 27 programas de clemência. Malta é a exceção.

28 *European Competition Network*. A rede europeia de autoridades de concorrência é composta pelas autoridades de concorrência dos 27 Estados membros e pela Comissão.

29 Adotado em 29.9.2006 pelos membros da ECN como resposta à necessidade de incremento de eficácia dos programas de clemência e para simplificar a tarefa das empresas e autoridades de concorrência nos casos de requerimentos de clemência a apresentar perante mais que uma jurisdição. O programa modelo de clemência ECN resultou de reflexões de um grupo de trabalho constituído no âmbito da rede e que durou mais de 12 meses (cf. Gauer & Jaspers, 2007: 35). O Regulamento n.º 1/2003, baseado num sistema de competências paralelas através do qual as autoridades nacionais de concorrência são competentes para aplicar aos processos individuais os artigos 101.º e 102.º do Tratado, ao mesmo tempo que a Comissão mantém essa competência, introduziu como consequência lógica que vários programas nacionais de clemência poderão ser aplicáveis a um mesmo caso, sendo que as empresas que se queiram acolher à clemência necessitarão de apresentar tantos requerimentos quantos as autoridades potencialmente competentes para o caso. O objetivo do programa modelo de clemência ECN é assegurar que os potenciais requerentes de clemência não se sintam desencorajados de submeter pedidos nesse sentido por força das discrepâncias entre programas nacionais de clemência no seio da União Europeia. Para além de destacar que apenas com a uniformização de todos os programas de clemência dentro da União Europeia tal desiderato é possível, o programa modelo pretende aligeirar os requisitos associados a múltiplos pedidos nos casos em que a Comissão esteja particularmente bem posicionada para a instrução do processo, através da introdução de pedidos sumários e uniformes de clemência. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

30 Inspirando os programas nacionais de cada Estado membro, inclusive aqueles cujos procedimentos de alteração já se haviam iniciado. *Vide*, neste sentido, as alterações aos programas alemão e do Reino Unido, ambos de 2006, francês de 2007, italiano de 2007 (alterado de novo em 2010) e espanhol de 2007 (cf. Idot, 2007: 90).

clemência em simultâneo junto de múltiplas autoridades nacionais de concorrência ou da Comissão³¹⁻³².

É este o contexto em que aparece, com a Lei n.º 39/2006, o primeiro regime de clemência no direito português da concorrência.

4. EVOLUÇÃO DOS PROGRAMAS DE CLEMÊNCIA

Os programas de clemência no direito da concorrência foram evoluindo com o sucesso (e o insucesso) que foi tendo a aplicação das sucessivas versões que apresentaram.

Na doutrina encontramos os programas de clemência sistematizados em três gerações³³.

Os programas de clemência de primeira geração caracterizavam-se pela sua baixa atratividade, por se mostrarem muito rígidos e demasiado apegados ao momento em que as empresas apresentavam os elementos às autoridades. Processualmente estes programas apresentavam o inconveniente de o requerente de clemência ter que esperar pela decisão final da autoridade de concorrência, do processo, para saber se lhe havia sido atribuída imunidade ou redução de coima (e, neste caso, em que grau). Laurence Idot (2005: 370) dá como exemplos de programas de primeira geração o 1.º programa da União Europeia (de 1996), o programa de clemência alemão (2000) e o francês (2001).

Já os programas de clemência de segunda geração³⁴ identificavam-se por adotarem os princípios elencados em setembro de 2001 pela ECA³⁵. Os objetivos prosseguidos passavam por melhorar a eficácia dos programas de clemência na deteção de cartéis e a introdução de maior segurança jurídica em benefício das empresas que recorressem à clemência. Substancialmente

31 Exemplo dessa simplificação encontramos-lo nos pontos 22 e seguintes do programa modelo de clemência ECN com a previsão de requerimentos de clemência apresentados de forma sumária em determinadas circunstâncias. Estes requerimentos sumários não se confundem, contudo, com a regra do *balcão único*.

32 Cf. Bloom, 2006: 553. Defendendo que em muito se incrementaria a atratividade dos programas de clemência existentes, se fosse implementada a regra do *balcão único* (*one-stop-shop*), ao nível da União Europeia, com o reconhecimento por parte de todas as autoridades nacionais de concorrência de um pedido apresentado perante uma delas, cf. Schawb & Steinle, 2008: 531.

33 Idot, 2005: 370.

34 Idot, 2005: 371.

35 Disponível na página eletrónica da Autoridade da Concorrência em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Sistemas_da_Concorrenca/Sistema_Europeu_da_Concorrenca/Associacao_de_Autoridades_de_Concorrenca_Europeias_ECA/Documents/ÉCA_principles_for_Leniency_Programmes.pdf.

reconhecia-se que um programa de clemência não funcionava numa lógica de “tudo ou nada”. Assim nos programas de clemência de segunda geração permitia-se que mais que uma empresa obtivesse imunidade, embora com maior probabilidade e segurança para a que se apresenta em primeiro lugar perante as autoridades.

Entre os programas desta geração encontramos o 2.º programa da União Europeia (de 2002) e o programa de clemência do Reino Unido (de 1998, com as alterações que sofreu em 2000 e 2002). No programa de clemência da União Europeia e no programa de clemência do Reino Unido estão previstas duas situações de imunidade: a imunidade é atribuída quando a confissão é feita antes de haver qualquer ato de investigação da autoridade de concorrência; a imunidade é ainda possível se a empresa trazer elementos e provas que permitam verificar a existência de uma infração mesmo que estes elementos e provas tenham sido trazidos após a investigação da autoridade de concorrência. Neste caso a decisão sobre a imunidade depende, no Reino Unido, da discricionariedade do *Office of Fair Trading* (doravante, “OFT”).

No plano processual o objetivo destes programas passava por introduzir maior segurança jurídica em benefício das empresas que recorriam à clemência. No programa do Reino Unido as empresas obtinham do OFT, após a confirmação de que preenchem os requisitos, uma *non-action letter*, que impedia o OFT de as demandar por esse cartel.

Como programas de clemência de terceira geração encontramos todos aqueles que aparecem no decurso da preparação do programa modelo de clemência ECN (Alemanha e Reino Unido, ambos de 2006) ou após a sua aprovação (3.º programa de clemência da União Europeia, França, Espanha, Itália e Portugal). Estes programas têm em comum o procurar a harmonização entre os diversos programas nacionais, por um lado, e entre estes e o programa de clemência da União Europeia de 2006, por outro lado³⁶.

Para alguns autores, a existência, em simultâneo, da descentralização na aplicação do direito da concorrência da União Europeia, acompanhada da tendência harmonizadora dos regimes nacionais, conferirá à política de concorrência da União Europeia um nível de eficácia próximo da que encontramos no direito norte-americano³⁷.

36 Sobre o âmbito da convergência, cf. Idot, 2007: 92 ss.

37 Desbrosse, 2010: 226.

Recordemos que o programa modelo de clemência ECN nascera com o objetivo de evitar que as diferenças entre os regimes de clemência nos Estados membros da União Europeia fossem geradoras de desincentivos na hora de apresentar pedidos de clemência.

5. OS REGIMES JURÍDICOS DE CLEMÊNCIA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL

A comparação da Lei n.º 39/2006 com o Capítulo VIII da LdC permite-nos perceber as semelhanças e diferenças entre ambos os regimes de clemência. Tentaremos, sempre que possível, perscrutar a fonte em que o novo regime de clemência se inspirou.

Um primeiro pormenor que muda é o abandono, na identificação do regime, da expressão “regime jurídico da dispensa e atenuação especial da coima” substituída pela mais intuitiva e rigorosa “dispensa ou redução da coima”.

Mais intuitiva pois, substancialmente, o que se encontra na LdC (e encontrava no primeiro regime de clemência, para o que basta atentarmos no que dispunham os artigos 5.º, n.º 2 e 6.º, n.º 2, da Lei n.º 39/2006) é uma redução de coima, cujos critérios determinativos do nível concreto de redução se encontram depois elencados.

A expressão “redução da coima” presente na LdC é, a seu tempo, também mais rigorosa. Ao definir nos n.ºs 2 e 3 do artigo 78.º os diversos critérios relevantes para a determinação do nível de redução da coima a mesma é, cremos, autossuficiente, ao invés da opção por *atenuação especial* que sempre criaria no intérprete a dúvida sobre a necessidade de recurso aos conceitos, contornos e critérios presentes no Direito Penal para a atenuação especial da pena para densificar a atenuação especial da coima.

6. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O artigo 75.º da LdC tem como novidade a clarificação de que o programa de clemência português apenas se aplica aos cartéis e práticas concertadas, quer uns, quer outras, entre empresas concorrentes.

Não era assim na Lei n.º 39/2006, em que, pelo uso da expressão “acordos e práticas concertadas entre empresas”, se deixava antever que o programa de clemência também seria aplicável, entre outros, aos acordos entre empresas que se traduzissem em restrições verticais.

A opção por restringir o âmbito da clemência aos acordos horizontais³⁸ é também a que consta do programa modelo de clemência ECN³⁹. Olívia Franco (2009: 55) menciona como tendo o mesmo âmbito de aplicação os regimes alemão, francês, espanhol e italiano. Já o programa de clemência do Reino Unido abrange também as restrições verticais sempre que estas respeitem à fixação de preços e facilitem a colusão horizontal⁴⁰.

No novo regime de clemência da LdC não se replica a expressão “cartéis secretos” utilizada no programa modelo de clemência ECN. Parece-nos uma boa opção, essencialmente por duas ordens de razões: a primeira radica no facto de a expressão *cartel secreto* ser, muitas vezes, dúbia, geradora de múltiplas interpretações, o que só por si justificaria o seu afastamento num regime jurídico que deve oferecer aos seus utilizadores um mecanismo seguro na conceção e transparente na aplicação⁴¹. Para a segunda razão concorre o facto de, apesar de o dispositivo português se ter nele inspirado (e o respeitar), o programa modelo de clemência ECN permitir que as autoridades nacionais de concorrência adotem programas de clemência que sejam, em si mesmos, mais favoráveis para as empresas que a eles se pretendam acolher do que o regime preconizado no programa modelo⁴².

A redação do artigo 75.º inova ao elencar os comportamentos que serão, em abstrato, elegíveis para beneficiar do programa de clemência. Fá-lo com recurso à enumeração exemplificativa de comportamentos anticoncorrenciais. A enumeração presente na redação dada ao artigo 75.º aproxima-se muito da que consta da Recomendação do Conselho da OCDE de 1998

38 Razões para a exclusão, entre outras situações, das restrições verticais, encontramos-las em Jenny, 2005: 38.

39 Ponto 4.

40 Cf. pontos 9.11 a 9.14 de *Leniency and no-action, OFT's guidance note on the handling of applications*, de dezembro de 2008 (OFT803), com destaque para o ponto 9.13: “Where vertical behavior might be said to be facilitating horizontal cartel activity, leniency is available in principle, as a facilitator can be a party to the cartel activity and as a result be exposed to significant sanctions”. Cf., também, Franco, 2009: 55.

41 Seguimos, nesta posição, Lemaire, 2009: 171, que reforça ainda a sua opinião baseando-se na opção de o próprio programa modelo de clemência ECN nada dizer sobre a noção de *cartel secreto*. A expressão *cartéis secretos* do programa modelo de clemência ECN consta, contudo, do programa de clemência da União Europeia de 2006. A expressão já advinha da Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas, de 1996 (aí como *acordos secretos*) bem como da Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, de 2002 (*cartéis secretos*).

42 Vide ponto 3 do programa modelo de clemência ECN.

sobre o combate efetivo aos cartéis *hard core*⁴³. Por esse motivo parece-nos difícil que se possa incluir no seu âmbito objetivo comportamentos que não se reconduzam ao que doutrinariamente se identifica como cartéis *hard core*.

O artigo 75.º foi buscar a sua redação ao ponto 4 do programa modelo de clemência ECN⁴⁴, que, por sua vez, inspirara o ponto 1 do programa de clemência da União Europeia de 2006⁴⁵.

No que respeita ao universo dos potenciais beneficiários do novo regime de clemência as alterações introduzidas são de mera harmonização com as transformações que o regime da “responsabilidade” sofreu da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, para a LdC.

Como no artigo 73.º, n.º 6, da LdC passaram a constar do universo dos possíveis responsáveis, para além dos titulares dos órgãos de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas⁴⁶, também aqueles que sejam responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma contraordenação – quando estejam em causa infrações cometidas em nome e no interesse coletivo ou quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infração, não adotem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente –, a alínea *b*) do artigo 76.º estende a estes a possibilidade de se abrigarem à dispensa ou redução de coima.

7. MODALIDADES DE CLEMÊNCIA

É no âmbito das modalidades de clemência (dispensa e redução da coima) que se encontram algumas das maiores novidades que, cremos, poderão ser

43 É a seguinte a definição que consta do ponto A. 2. da Recomendação OCDE: “a ‘hard core cartel’ is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce”.

44 Que, com a epígrafe *Scope of the programme*, preconiza: “The ECN Model Programme concerns secret cartels, in particular agreements and/or concerted practices between two or more competitors aimed at restricting competition through the fixing of purchase or selling prices, the allocation of production or sales quotas or the sharing of markets including bid-rigging”.

45 É o seguinte o teor desse ponto: “A presente comunicação define um quadro que permite recompensar, no que se refere à sua cooperação no âmbito da investigação da Comissão, as empresas que participam ou participaram em cartéis secretos que afetem a Comunidade. Os cartéis consistem em acordos e/ou práticas concertadas entre dois ou mais concorrentes que têm por objetivo coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado e/ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência através de práticas como a fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, a atribuição de quotas de produção ou de venda, a repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, a restrição das importações ou exportações e/ou ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes. [...]”.

46 Que já constavam do n.º 3 do artigo 47.º da Lei n.º 18/2003.

geradoras de maior atratividade do novo regime de clemência quando comparado com o que resultava da Lei n.º 39/2006⁴⁷.

7.1. Dispensa da coima

As diferenças entre o artigo 77.º da LdC e o artigo 4.º da Lei n.º 39/2006 encontram-se, desde logo, no cunho mais assertivo do novo regime. Exemplo disso encontramos-lo no início do n.º 1 onde a anterior afirmação “[a] Autoridade da Concorrência pode conceder dispensa da coima” deu lugar a “[a] Autoridade da Concorrência concede dispensa da coima”.

Esta opção mais afirmativa propiciará, cremos, o emergir da discussão, pelo menos doutrinária, sobre se do novo regime jurídico da clemência resulta um “direito à dispensa” por parte do requerente de clemência (evidentemente preenchendo todos os outros requisitos) ou se há por parte da Autoridade da Concorrência (doravante, AdC) alguma discricionariedade na atribuição da dispensa da coima.

Na busca que faz sobre a convergência entre alguns regimes europeus de clemência, Olivia Franco (2009: 56) deixa-nos algumas menções dispersas sobre esta questão: para esta autora, a dispensa é um direito do requerente no regime de clemência francês; aparenta ser da mesma natureza, embora sem referências muito explícitas a esse respeito, nos regimes italiano⁴⁸ e espanhol; a dispensa de tipo A [equivalente à nossa alínea *a*)] é um direito para o requerente no regime de clemência do Reino Unido, já a atribuição de dispensa de tipo B [equivalente à nossa alínea *b*)] é uma prerrogativa do OFT; por último, para o regime de clemência alemão, a atribuição de dispensa é uma faculdade do *Bundeskartellamt*.

Numa primeira reflexão somos de crer que a modalidade de dispensa que consta da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 77.º não deixa grande margem de apreciação para a AdC, *i.e.*, uma vez requerido o pedido de dispensa da coima e utilizado este pela AdC para a abertura de inquérito, se estivermos perante o requerimento a que se refere o n.º 3 do artigo 18.º, fundamentado no pedido

47 Não trazemos a este texto discussões sobre a possibilidade de pedidos de dispensa poderem ser aproveitados para efeitos de redução da coima, ilegitimidade dos requerentes, rejeição e desqualificações de pedidos de clemência, entre outras questões, pois as mesmas não são novidade em relação ao anterior regime jurídico de clemência, o que, recordamos, constitui o objeto do nosso estudo.

48 A autora escreveu em 2009, referindo-se ao regime de clemência italiano de 2007.

de dispensa da coima, temos por certa a obtenção de dispensa⁴⁹. Na maior parte dos casos o pedido de dispensa da coima que se enquadra na situação prevista na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 77.º representará a primeira informação que a AdC obtém sobre a eventual infração em causa⁵⁰.

Já na situação prevista na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 77.º, cremos que é maior a liberdade apreciativa da AdC para efeitos da atribuição de dispensa da coima. Por um lado, porque é possível que a AdC, no momento em que recebe o pedido de dispensa da coima, já possua elementos de prova (ainda que insuficientes) sobre a infração⁵¹. Por outro lado, porque, para que a AdC possa “verificar a existência de uma infração prevista no artigo 75.º”, como postula a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 77.º, a autoridade administrativa terá que realizar diligências probatórias nesse sentido, mais ou menos extensas, não se baseando apenas nos elementos de prova trazidos pelo requerente de clemência. Estas diligências poderão, de alguma forma, diluir ou mitigar o impacto abrangente dos elementos de prova trazidos pelo requerente (o saber se os elementos então trazidos permitiam, por si, *verificar a existência* daquele acordo ou prática concertada). Porque todas estas variáveis terão uma idiossincrasia muito própria, apresenta-se mais difícil antecipar que, nestas situações, seja possível preencher os requisitos para a obtenção da dispensa da coima.

Outra diferença significativa que o novo regime apresenta, neste mesmo artigo, advém da aproximação que foi feita ao programa modelo de clemência ECN e ao programa de clemência da União Europeia de 2006.

No novo regime jurídico de clemência está disponível a dispensa da coima para a primeira empresa que revele a sua participação no acordo ou prática

49 A menos que se desse a coincidência temporal de a AdC já dispor de elementos suficientes para solicitar autorização judicial para proceder a diligências de busca e apreensão e ainda não o ter feito. Temos esta hipótese por bastante improvável, senão mesmo inverosímil.

50 A informação e elementos de prova que devem ser fornecidos para se beneficiar da dispensa nos termos do artigo 77.º, n.º 1, alínea *a*), não terá de ser, em si, de tal forma pormenorizada e extensa que seja suficiente para a verificação da existência de um acordo ou prática concertada entre concorrentes. No momento de apresentação do requerimento basta, cremos, que se apresente informação (ou elementos de prova) que, por um lado, crie na AdC a convicção da existência desse acordo ou prática concertada e, por outro lado, e por via disso, a AdC possa fundamentar um pedido, à autoridade judiciária competente, para a realização das diligências de busca e apreensão.

51 Este pedido de dispensa da coima até poderá surgir após a realização de diligências de busca e apreensão, e até, cremos, poderá resultar em atribuição de dispensa da coima se o resultado daquelas diligências tiver sido, por exemplo, infrutífero, e os elementos de prova entregues junto com o pedido de dispensa da coima permitam à AdC verificar a existência da infração.

concertada, sempre que a informação e os elementos de prova fornecidos pela empresa permitam à AdC uma de duas realidades: (i) fundamentar o pedido para a realização de diligências de busca e apreensão, desde que a AdC não disponha nesse momento de elementos suficientes para proceder a essa diligência; ou, (ii) verificar a existência de um acordo ou prática concertada, desde que no momento da entrega da informação a AdC não disponha ainda de elementos de prova suficientes sobre a infração.

A fonte próxima destas previsões encontra-se nos pontos 5. *a)* e 7. *a)* do programa modelo de clemência ECN e no parágrafo 8. (a) e (b) do programa de clemência da União Europeia de 2006⁵².

O novo regime amplia as situações em que se pode requerer dispensa da coima. Enquanto na Lei n.º 39/2006 tal só era possível antes da abertura de inquérito – art. 4.º, n.º 1, alínea *a)*⁵³ – a alínea *b)* do n.º 1 do artigo 77.º permite claramente atribuir dispensa de coima a requerentes que só a tenham solicitado após a abertura de inquérito. Mesmo os casos abrangidos pela alínea *a)* é possível que possam ocorrer com requerimentos entregues após a abertura de inquérito.

A opção aqui acolhida equilibrou, cremos, por um lado, o intuito desestabilizador dos cartéis que está por detrás de qualquer programa de clemência, com, por outro lado, a atratividade do programa de clemência mantendo a sua “joia da coroa” – a dispensa da coima – disponível ainda em momento posterior à abertura de inquérito (e, como referimos *supra*, mesmo em momento posterior à realização de diligências de busca e apreensão), sempre contrabalançado com a exigência de a empresa requerente ter sido a primeira a fornecer as informações e elementos de prova suficientes⁵⁴.

52 O artigo 65.º, n.º 1, alínea *a)* do regime espanhol de clemência tem redação idêntica ao atualmente previsto no regime português. Com redação muito próxima encontramos o programa alemão (parágrafos 3 e 4) e o francês (parágrafos 13 a 15, do programa de 2009); juntando numa só as situações das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 77.º, mas com âmbito materialmente idêntico, crê-se, cf. programa italiano de 2010, parágrafo 2., alínea *a)*. Temos como próxima a redação dos pontos 3.9 e 3.10 do programa de clemência do Reino Unido.

53 Após a abertura de inquérito apenas estava disponível a *atenuação especial da coima a partir de 50%* que o artigo 5.º previa e que, por antonomásia com a dispensa, não chegaria a uma redução de 100%.

54 Sobre a eficácia dos programas de clemência analisada pelo prisma dos objetivos prosseguidos, *vide* Moreira, 2007: 77-78, Lévêque, 2006: 34-35. À eficácia e sucesso dos programas de clemência anda associada, pela doutrina, a simultaneidade temporal da prática pelas autoridades de concorrência de políticas sancionatórias agressivas. Uma política de concorrência ancorada em programas de clemência tende a ser benevolente com aqueles que confessam a sua participação num cartel e carregam provas suficientes para as autoridades de concorrência dismantelarem e condenarem severamente os outros participantes. Ou seja, uma política destas “assenta na indulgência com que trata os requerentes de clemência e em ‘tolerância-

As restantes alterações nos requisitos necessários para a obtenção de dispensa da coima são, cremos, de menor impacto. São disso exemplo as previstas no teor das atuais alíneas *a)*, *iv* e *b)* do n.º 2, com a criação de exceções ao que se preconizava na Lei n.º 39/2006 e que resultam da mera transposição do que consta dos ponto 13. 2. *e)* do programa modelo de clemência ECN e do parágrafo 12.(a), 5.º travessão, do programa de clemência da União Europeia de 2006 – para a alínea *a)*, *iv*) – e do ponto 13. 1. do programa modelo de clemência ECN e do parágrafo 12. (b) do programa de clemência da União Europeia de 2006, para a alínea *b)*⁵⁵.

Em conclusão, o novo regime de clemência, no que respeita às possibilidades de atribuição de dispensa da coima, alarga o âmbito de situações que nesse benefício se poderão enquadrar, apresentando-se claramente inspirado pelo programa modelo de clemência ECN e pelo regime de clemência da União Europeia presente na Comunicação da Comissão de 2006, e com inúmeras semelhanças com os regimes de clemência de Espanha, França, Alemanha, Itália⁵⁶ e Reino Unido.

-zero' para com os restantes membros do cartel" (Billiet, 2009: 18), ou, "a operatividade de um programa de clemência é o convincente balanço resultante da imunidade ou da redução em contraponto com o efeito dissuasivo das coimas" (Walsh, 2009: 31). Em França, o presidente do então *Conseil de la Concurrence*, hoje *Autorité de la concurrence*, afirmou que, sendo grande a probabilidade de ser descoberto o cartel, e pesadas as sanções, as empresas são incentivadas a denunciar os acordos em contrapartida da exoneração das sanções (cf. Lasserre, 2005: 15). Em artigo no jornal *La Tribune*, de 12.4.2006, o mesmo presidente afirmou que "[n]ão há programa de clemência eficaz sem dissuasão forte" (*apud* Desbrosse, 2010: 225, nota 43). "[t]he first prerequisite to creating an effective amnesty program is the threat of severe sanctions for those who lose the race for amnesty" (Scott Hammond, 2004: 4). Para Lévêque, 2006, 34: "[l]e montant des amendes par cartel en présence d'un programme de clémence doit être plus élevé que le montant des amendes en l'absence de programme de clémence". Recuperamos aqui os dados estatísticos já referidos, apresentados por Walsh (2009: 30-35): 3 400 milhões de euros em coimas aplicadas pela Comissão em 2007, contra 390 milhões em 2004. Com dados empíricos sobre a evolução das coimas aplicadas pela Comissão cf., também, Brenner, 2009: 641-642, que identifica montantes de coimas, por empresa, até 6 vezes superiores após a implementação do primeiro programa de clemência da União Europeia.

55 E parecem coincidir as motivações subjacentes a ambas as exceções: a da alínea *c)*, confessada na própria letra; a da subalínea *iv)* da alínea *b)*, implícita, mas ambas criadas com a finalidade de auxiliar a eficácia da investigação.

56 Críticas ao regime de clemência italiano de 2007, que se afastava, neste ponto, dos que seguem a matriz do programa modelo da ECN, e que gerava incerteza nos destinatários e discricionariedade para a autoridade, encontramos-las em Franco, 2009: 56. A alteração ao programa de clemência italiano, de 2010, não contemplou a eliminação desta discrepância (cf. parágrafo 2.) <http://www.agcm.it/normativa/concorrenza/4927-delibera-agcm-15-febbraio-2007-n-16472-delibera-sulla-non-imposizione-e-sulla-riduzione-delle-sanzioni-ai-sensi-dellarticolo-15-della-legge-10-ottobre-1990-n-287.html>.

7.2. Redução da coima

O artigo 78.º da LdC condensa todas as possibilidades de redução da coima do novo regime da clemência. Esta é uma alteração em relação ao que preconizava a Lei n.º 39/2006. Trata-se mesmo de uma dupla alteração: por um lado, porque se concentram as possibilidades de redução da coima num único artigo (no anterior regime da clemência a *atenuação* de coima encontrava-se dispersa pelos artigos 5.º, 6.º e 7.º); por outro lado, porque o novo regime afastou claramente os limiares da redução dos da dispensa da coima ao limitar a redução da coima a um máximo de 50%, eliminando, em simultâneo, a ordem de grandeza da anterior *atenuação especial da coima a partir de 50%* (constante do artigo 5.º), da mesma forma que deixou cair a então denominada *atenuação adicional da coima* (prevista no artigo 7.º).

O novo regime da clemência apresenta, para as possibilidades de redução da coima, uma estrutura mais simples e menos repetitiva, em função das opções que elencámos no parágrafo anterior. Encontramos, num primeiro momento – no n.º 1 – as condições para que um requerimento possa ser elegível para a obtenção de redução da coima; o segundo grupo de normas – composto pelos n.ºs 2, 3 e 4 – contém os critérios cronológicos que permitem aspirar aos diferentes níveis de redução da coima.

A primeira condição que uma empresa deve preencher para que possa vir a obter redução da coima para efeitos do artigo 78.º da LdC é a de, juntamente com o requerimento de clemência, fornecer à AdC informações e provas sobre um cartel ou prática concertada entre concorrentes que apresentem um valor adicional significativo quando comparadas com as informações e provas já na posse da AdC. Esta condição substitui as referências que encontrávamos na Lei n.º 39/2006: “as informações e elementos de prova fornecidos contribuam de forma determinante para a investigação e prova da infração”⁵⁷ e “as informações e elementos de prova fornecidos contribuam de forma significativa para a investigação e prova da infração”⁵⁸.

As semelhanças com o programa modelo de clemência ECN⁵⁹, com o programa de clemência da União Europeia de 2006⁶⁰ e com outros regimes de

57 Alínea *b*) do n.º 1 do artigo 5.º.

58 Alínea *b*) do n.º 1 do artigo 6.º.

59 Ponto 10.

60 Parágrafo 24.

clemência em países da União Europeia⁶¹ permitem, para além das vantagens que enumerámos na primeira parte deste estudo, aproveitar aqueles regimes na concretização dos conceitos indeterminadas presentes no artigo 78.º.

É disso exemplo a referência a *informações e provas de valor adicional significativo*. Como auxiliar interpretativo de monta veja-se o conteúdo do parágrafo 25 do programa de clemência da União Europeia de 2006: “O conceito de ‘valor acrescentado’ refere-se à forma como os elementos de prova apresentados reforçam, pela sua própria natureza e/ou pelo seu nível de pormenor, a capacidade de a Comissão provar o alegado cartel. Na sua apreciação, a Comissão considerará normalmente que os elementos de prova escritos que datem do período a que os factos se referem têm um valor superior aos elementos de prova de origem subsequente. Considera-se geralmente que os elementos de prova diretamente relacionados com os factos em questão têm um valor superior aos elementos de prova que com eles apenas têm uma ligação indireta. Da mesma forma, o grau de corroboração por outras fontes, necessário para sustentar os elementos de prova apresentados contra outras empresas envolvidas no processo, terá incidência sobre o valor desses elementos; assim, aos elementos de prova decisivos será atribuído um valor superior, comparativamente a elementos de prova tais como declarações, que necessitam de ser corroboradas se forem contestadas”⁶².

No artigo 78.º da LdC os limiares de redução da coima que os requerentes de clemência podem obter vão de um intervalo máximo de 30% a 50% para a primeira empresa que forneça informações e provas de valor adicional

61 Com redação idêntica à constante da LdC encontramos o artigo 66.º, n.º 1, alínea a), do regime espanhol de clemência. O regime de clemência francês tem uma redação bastante próxima. Mais afastadas, neste ponto, são as redações dos regimes italiano, alemão e do Reino Unido.

62 Parágrafo este claramente decalcado das previsões similares presentes no modelo da ECN. Cf., para tal, o ponto 10 do programa modelo de clemência ECN: “[i]n order to qualify for a reduction of fines, an undertaking must provide the CA with evidence of the alleged cartel which, in the CA’s view, represents significant added value relative to the evidence already in the CA’s possession at the time of the application. The concept of ‘significant added value’ refers to the extent to which the evidence provided strengthens, by its very nature and/or its level of detail, the CA’s ability to prove the alleged cartel”. Esta referência é depois desenvolvida no ponto 25 do documento disponibilizado pela ECN como *ECN Model Leniency Programme – Explanatory Notes*: “[a]pplicants are required to adduce evidence which constitutes in the CA’s view significant added value with respect to the evidence already in its possession at the time the application was submitted. The CA will generally consider written evidence originating from the period to which the facts pertain to have a greater value than evidence subsequently created, and incriminating evidence directly relevant to the facts in question will generally be considered to have a greater value than that with only indirect relevance. Similarly, the degree of corroboration from other sources required to rely on the evidence submitted will have an impact on the value of that evidence”, consultável em http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

significativo, passando para 20% a 30%, para a segunda empresa e até 20% de redução da coima para as empresas seguintes que forneçam informações e prova da mesma natureza.

O programa modelo de clemência ECN não contém referências aos intervalos concretos que a redução da coima deve assumir. No entanto refere, de forma expressa, que a redução da coima não deverá exceder os 50%. E isto é afirmado no programa modelo de clemência ECN, para realçar que existem diferenças consideráveis entre a dispensa e a redução da coima, de forma a tornar a dispensa de coima claramente mais atrativa, porque mais generosa, que a maior das reduções⁶³.

Já o parágrafo 26 do programa de clemência da União Europeia de 2006 terá que se assumir como a fonte inspiradora do artigo 78.º, tanto nos requisitos impostos como nos intervalos de redução da coima previstos⁶⁴.

Duas notas finais conexas com a redução da coima.

Uma primeira para referir a difícil coabitação entre o objetivo de dissuasão de formação de novos cartéis, por um lado, e a atribuição de redução da coima entre 20% e 30% para a segunda empresa que forneça à AdC informações e provas de valor adicional significativo⁶⁵ e a atribuição de redução da coima para as empresas seguintes que forneçam à AdC informações e provas de valor adicional significativo⁶⁶, por outro lado. Referências críticas a este delicado equilíbrio encontram-se em François Lévêque (2006: 35). No entanto, a dissuasão da formação de novos cartéis não deverá ser o único objetivo prosseguido por nenhuma política de combate aos cartéis assente também em programas de clemência, como, tão-pouco, é esse o único desígnio do novo regime de clemência português.

Em nossa opinião, por um lado, a possibilidade de apenas se obter os níveis de redução da coima referidos quando as empresas, que não a primeira a requerer redução de coima em processo contraordenacional por infração às regras da concorrência, tragam ao conhecimento da AdC informações e provas de valor adicional significativo, mitiga, em muito, as vantagens que *estra-*

63 Cf. ponto 11 do programa modelo de clemência ECN e ponto 24 das *Explanatory Notes*.

64 O mesmo que inspirou, cremos, o artigo 66.º, n.º 2, do regime espanhol de clemência, o único programa de clemência, de entre os que temos vindo a referir, com um elevando grau de proximidade com o que agora se consagra na LdC.

65 Prevista na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 78.º.

66 Prevista na alínea *c*) do n.º 2 do artigo 78.º.

tegiamente possam obter por um pedido tardio. Recordamos, por outro lado, que se o pedido de redução da coima for feito após a notificação da nota de ilicitude, os intervalos referidos no n.º 2 do artigo 78.º são, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, reduzidos a metade.

Por fim, a maior sustentabilidade probatória que resulta de informações e provas provenientes de diversos requerentes de clemência com pedidos de dispensa e de redução da coima apresentados em momentos diferentes terá sido, cremos, também um fator adicional significativo que terá pesado nesta previsão do novo regime jurídico da clemência⁶⁷⁻⁶⁸.

Uma segunda nota final para o não acolhimento no novo regime jurídico da clemência da *atenuação adicional de coima* que constava do artigo 7.º da Lei n.º 39/2006, para os casos em que uma empresa, que apresente um pedido de clemência pela sua participação num determinado cartel, seja a primeira a apresentar informações e provas referentes a um outro cartel ou prática concertada relativamente ao qual a mesma empresa também apresente, para utilizar a expressão que constava do anterior regime de clemência, um pedido de dispensa ou de atenuação especial da coima.

Esta modalidade de redução da coima não é comum na maior parte dos regimes europeus de clemência, quer nos vigentes, quer nos já revogados e tão-pouco se encontra nos que inspiraram o novo regime de clemência português.

Conhecida na Europa como *leniency plus*, presente no regime jurídico de clemência do Reino Unido, foi inspirada na *amnesty plus* introduzida em 1999 no programa de clemência dos Estados Unidos, não tendo merecido acolhimento noutros regimes jurídicos de clemência europeus⁶⁹.

Nos Estados Unidos a *amnesty plus* é por alguns autores identificada como a responsável por uma parte significativa das investigações levadas a cabo por suspeitas de existência de cartéis⁷⁰. Alinhamos com a opinião de que ao

67 Recordamos aqui que no regime de clemência da União Europeia de 2006 a opção foi em tudo igual.

68 Lévéque, 2006: 35.

69 Franco, 2009: 58, classifica-a mesmo como “uma particularidade britânica”.

70 Griffin, 2003: 8. Hammond, 2004: 8, preconiza que a *amnesty plus* cria o incentivo necessário para empresas que, estando já a ser investigadas, deem a conhecer às autoridades a sua participação em todas as infrações da mesma natureza. Defendendo a sua importação para o regime de clemência da União Europeia, cf. Mcelwee, 2004: 558-565; Billiet, 2009: 20; próximo, e, criticando a não absorção da *amnesty plus* no programa da União Europeia, Zingales, 2008: 40-41 e 58-59. Em defesa da opção pela não transposição da *amnesty plus* Wils, 2007: 19.

sucesso de todo o programa de clemência dos Estados Unidos não será, certamente, estranho o facto de o mesmo ser extensível também às penas de prisão que recaem sobre os diretores e administradores das empresas envolvidas em cartéis e práticas concertadas⁷¹. O sucesso da *amnesty plus* também nos parece, de alguma forma, relacionado com esse facto.

Diga-se ainda que a *amnesty plus* americana, quando não usada por empresas envolvidas em cartéis em mercados diferentes, transforma-se em *penalty plus*, ou seja, uma empresa que se apresente a um pedido de dispensa ou de redução da coima e que não reporte a sua participação num cartel num mercado diferente, pode ver a sua punição pela participação no cartel confessado ser agravada por tal facto⁷².

8. DOCUMENTAÇÃO CONFIDENCIAL

O artigo 81.º da LdC é completamente novo quando olhamos para o que preconizava a Lei n.º 39/2006. A proteção dada à informação e aos documentos entregues por aqueles que tenham requerido a dispensa ou a redução das coimas aplicadas por infração às regras da concorrência, e o acesso àquelas informações e documentos por terceiros, são duas pretensões que, quando acionadas em simultâneo, se convertem num delicado desafio que as autoridades de concorrência têm enfrentado⁷³.

A matriz orientadora debate-se com o necessário equilíbrio entre, por um lado, criar os incentivos indispensáveis para que um regime jurídico de clemência seja apelativo para aqueles que, tendo participado num cartel, optem por revelar essa sua participação às autoridades de concorrência e cooperem na investigação, e, por outro lado, permitir que quem tenha sofrido danos por comportamentos anticoncorrenciais se possa prevalecer das decisões administrativas e judiciais que condenaram aqueles comportamentos para se ver ressarcidos dos danos sofridos⁷⁴.

71 Hammond, 2004: 4: “it is possible to have an effective amnesty program outside of a criminal antitrust regime. However, there are, in my opinion, two significant caveats. One, if a jurisdiction relies primarily on financial penalties alone to sanction cartel conduct, then the fines must be severely punitive if they are going to attract amnesty applicants. Two, all else being equal, a jurisdiction without individual liability and criminal sanctions will never be *as effective* at inducing amnesty applications as a program that does”. Cf., também, Wils, 2006: 13-14; 2008: 182-183.

72 Griffin, 2003: 8.

73 Alertando para isto, no primeiro regime de clemência português, cf. Moreira, 2007: 97.

74 Sobre como compatibilizar estas duas realidades, cf., entre muitos, Bloom, 2006: 558-562; Lasserre, 2005: 18-19; Idot, 2007: 96-97; Caruso, 2010: 460-469; Canenbley & Steinworth, 2011: 315-326 e Miller,

Expor os requerentes de clemência – que, sendo-o verdadeiramente, ou seja, que tenham cooperado continuamente e tenham revelado a sua participação num cartel, mormente com a entrega de documentos e meios de prova – a futuros pedidos de indemnização pelos danos que esse cartel tenha causado, que não estão limitados em função do volume de negócios anual do requerente de clemência, torna paradoxal falar-se em atratividade de um qualquer regime jurídico de clemência. Mormente naqueles países em que as infrações pelas empresas às regras da concorrência não acarretam penas de prisão para os responsáveis daquelas, e, por conseguinte, o regime de clemência não acrescenta a vantagem de também os isentar destas⁷⁵.

Vão neste sentido as ideias que constam, ainda que de forma vaga quanto ao seu modo de concretização, do programa modelo de clemência ECN. Os membros da ECN consideraram inadequado que as empresas que, no âmbito de um regime de clemência, cooperem com autoridades nacionais de concorrência, revelando a existência de cartéis, e a sua participação, possam ficar colocadas numa posição mais desfavorável, no que a pedidos de indemnização pelos danos causados diz respeito, que as empresas que recusaram cooperar⁷⁶. O acesso irrestrito aos documentos e informações preparados especificamente e entregues às autoridades de concorrência para efeitos de pedidos de dispensa ou de redução da coima prejudicará a eficácia de qualquer regime de clemência.

Foi com o objetivo de mitigar este risco que, sobre os pedidos de dispensa ou redução da coima, o programa de clemência da União Europeia de 2006, passou a dispor que: “[s]ó será concedido acesso às declarações da empresa aos destinatários de uma comunicação de objeções, desde que estes e os consultores jurídicos que obtêm o acesso em seu nome, se comprometam a não copiar mecânica ou eletronicamente qualquer informação incluída na declaração da empresa a que lhes foi concedido o acesso e a zelar para que as informações assim obtidas sejam utilizadas exclusivamente para efeitos [...] de processos

Nordlander & Owens, 2010: 1-14. No direito alemão o benefício obtido com o regime de clemência em nada reduz as consequências civis do comportamento anticoncorrencial, cf. Blum, Steinat & Veltins, 2008: 215.

75 Cf. página anterior, nota 74.

76 Cf. ponto 47 do *ECN Model Leniency Programme, Explanatory Notes*.

judiciais ou administrativos com vista à aplicação das regras de concorrência da Comunidade em causa num processo administrativo conexo⁷⁷⁻⁷⁸.

A *ratio* subjacente ao programa de clemência da União Europeia de 2006 perpassou para o texto do artigo 81.º da LdC. As semelhanças são evidentes e visam acomodar a preocupação de proteção dos requerentes de clemência quanto ao acesso ao pedido de dispensa ou de redução da coima, bem como aos documentos e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução da coima.

Esta proteção atribuída pela LdC aos requerentes de clemência apenas cede para efeitos do exercício do direito de defesa em resposta à nota de ilicitude, ou seja, para efeitos de resposta à nota de ilicitude é concedido ao visado pelo processo acesso ao pedido de dispensa ou redução da coima, aos documentos e informações apresentados para efeitos do pedido de dispensa ou de redução da coima⁷⁹, não sendo deles permitida qualquer reprodução, exceto se autorizada pelo requerente de clemência. Também o acesso por terceiros carece de autorização do requerente de clemência.

Não tendo a LdC alterado o regime de repartição das responsabilidades indemnizatórias por infração às regras da concorrência, como se verificou, por exemplo, nos Estados Unidos⁸⁰ e na Hungria⁸¹, cremos que a solução encon-

77 Parágrafos 33 e 34 do programa de clemência da União Europeia de 2006. Cf., ainda que num outro âmbito mas próximo do objeto do presente texto, o parágrafo 35 da Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, nos processos de cartéis, publicada no JO C 167, de 2.7.2008. O objetivo visado com este parágrafo é idêntico ao presente no regime de clemência da União Europeia de 2006 não sendo, assim, de estranhar a enorme semelhança entre ambos.

78 Preocupação próxima desta é a que decorre da possibilidade de a apresentação de um pedido de dispensa ou redução da coima perante uma autoridade nacional de concorrência desencadear processos por infração às regras da concorrência numa outra jurisdição onde o cartel possa ter produzido efeitos. A esta preocupação responde a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, publicada no JO C 101, de 27.4.2004, pp. 43-53.

79 Desde que não tenham sido classificados como confidenciais nos termos do artigo 30.º da LdC.

80 Em reação a este problema, os Estados Unidos alteraram, *através do Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004*, o regime vigente em claro benefício do requerente de imunidade. Por um lado, a responsabilidade do requerente de imunidade é reduzida de *treble damages* para *single damages* (*detrebling*); por outro lado, o requerente de imunidade deixou de ser responsável por todos os danos que o cartel tenha causado e passou a ser apenas responsável pelos danos que ele próprio tenha causado com a sua participação no cartel. Cf. sobre esta reforma Canenbley & Steinvorth, 2011: 323 e Yon, 2004: 104.

81 Através de alteração de 23.3.2009, o regime jurídico de concorrência húngaro (section 88D) dá ao beneficiário de imunidade a possibilidade de se recusar a pagar os danos causados por um cartel, proibido pela lei húngara ou pela legislação da União Europeia, enquanto essa reparação possa ser pedida e obtida pelo lesado junto dos outros participantes. Cf. Nagy, 2011: 66-67 e Cauffman, 2011: 597.

trada⁸² é um passo em frente no sentido de tornar apelativo o novo regime jurídico da clemência para as empresas que, tendo estado envolvidas em acordos ou práticas concertadas, pretendam revelar a sua participação e cooperar com a AdC na luta contra essas práticas restritivas da concorrência⁸³.

9. CONCLUSÕES

O novo regime jurídico português da clemência apresenta-se mais próximo dos regimes de clemência que se têm mostrado instrumentos importantes na luta contra os cartéis, seja dos regimes existentes na União Europeia, seja fora deste espaço comum. Concebido na ótica do programa modelo de clemência ECN, é um regime de clemência de 3.^a geração com elevado grau de harmonização com os novos programas de clemência de diversos Estados membros.

A amplificação das situações em que o mesmo atribui dispensa da coima, nos termos do artigo 77.º da LdC, e das situações em que os requerentes podem obter redução da coima (artigo 78.º), alarga o universo de possíveis apelos a esta figura por parte daqueles que, tendo participado ou estando a participar num acordo restritivo da concorrência, admitam essa participação e cooperem com a AdC para o desmantelamento do mesmo. É, por isso, mais apelativo.

A maior clareza com que o novo regime de clemência se apresenta, seja na atribuição de dispensa seja na redução da coima, torna, cremos, o programa mais atraente. É, por isso, mais apelativo e mais previsível.

O estabelecimento de regras no tratamento da informação e documentos apresentados para efeitos de dispensa ou de redução da coima torna o regime

82 Em Canenbley & Steinvorh, 2011: 324, encontramos uma proposta de decisão integrada, que contemple simultaneamente o *public enforcement* e o *private enforcement*, tomada pela autoridade administrativa, como forma de obviar aos mútuos bloqueios que os institutos da clemência e do *private enforcement* geram.

83 A eficácia dos programas de clemência foi posta em causa pelo recente Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14.6.2011, no caso *Pfleiderer (C-360/09, Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt*, www.curia.eu) no qual, estando em causa acesso a documentos e informações entregues com um pedido de clemência num processo a decorrer junto de uma autoridade de concorrência de um Estado membro (*Bundeskartellamt*), a coima final aplicada às empresas havia tido em conta também a violação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Sobre o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia e suas consequências nos programas de clemência cf. Cauffman, 2011; Atlee, 2011; Goddin, 2012; Henry & Völk, 2010 e Rizzuto, 2011. A reação da ECN ao acórdão no caso *Pfleiderer* não se fez esperar. A sua resolução de 23.5.2012, intitulada *Protection of leniency material in the context of civil damages actions* termina da seguinte forma: “[i]n conclusion, as far as possible under the applicable laws in their respective jurisdictions and without unduly restricting the right to civil damages, CAs take the joint position that leniency materials should be protected against disclosure to the extent necessary to ensure the effectiveness of leniency programmes”.

mais protetor – ao nível das consequências civis dos seus comportamentos anticoncorrenciais – para aqueles que, admitindo a sua participação num acordo restritivo da concorrência, cooperem com a AdC para que esta ponha termo a essa prática. É, por isto, não só mais apelativo e mais previsível, como também mais garantístico para os requerentes de clemência.

Contudo, muito do sucesso ou insucesso do novo regime da clemência passará pela imagem que o mesmo obtenha junto daqueles que serão os seus potenciais interessados – os requerentes de clemência – e, para além destes, do reconhecimento generalizado de que é aplicado com justiça.

Isto implica, por um lado, que a implementação e aplicação do mesmo seja transparente, no sentido de que a todos os participantes num acordo ou prática concertadas sejam dadas as mesmas condições e oportunidades para serem requerentes de dispensa ou de redução da coima. O novo regime enfrenta, pois, o desafio do respeito pela igualdade apriorística entre todos os potenciais interessados.

Por outro lado, para que haja um balanço positivo entre os resultados de uma investigação e a inusual situação de um confesso infrator, ao colaborar, escapar à punição, é decisivo que se fundamente a indispensabilidade dessa colaboração para a obtenção daquele resultado⁸⁴. O novo regime enfrenta, pois, o desafio da sua aceitabilidade e reconhecimento enquanto instrumento importante no combate a acordos anticoncorrenciais.

Por fim, o tratamento diferente, mas objetivamente justificado, dos requerentes de dispensa e de redução da coima, entre si, e de cada um destes para com os outros participantes nos acordos ou práticas concertadas restritivos da concorrência, é fundamental para o incremento da atratividade do regime de clemência. O novo regime enfrenta, pois, o desafio de ser aplicado com equidade.

84 Cf. Wils, 2007: 14, nota 145 e jurisprudência aí citada.

BIBLIOGRAFIA

ATLEE, Laura

2011 “Unforeseen Risks of Disclosure in Leniency Programs”, in *CPI Antitrust Chronicle*, dezembro, pp. 2-10.

BILLIET, Philippe

2009 “How Lenient is the EC Leniency Policy? A Matter of Certainty and Predictability”, in *European Competition Law Review*, vol. 30, Issue 1, pp. 14-21.

BLOOM, Margaret

2006 “Despite Its Great Success, the EC Leniency Program Faces Great Challenges”, in *European Competition Law Annual: Enforcement of Prohibition of Cartels*, 2006, pp. 543-570.

BLUM, Ulrich, STEINAT, Nicole & VELTINS, Michael

2008 “On the rationale of leniency programs: a game-theoretical analysis”, in *European Journal of Law and Economics*, vol. 25, março, pp. 209-229.

BRENNER, Steffen

2009 “An empirical study of the European corporate leniency program”, in *International Journal of Industrial Organization*, n.º 27, pp. 639-645.

CANENBLEY, Cornelis & STEINVORTH, Till

2011 “Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, vol. 2, n.º 4, pp. 315-326.

CARUSO, Antonio

2010 “Leniency Programmes and Protection of Confidentiality: The experience of the European Commission”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, n.º 6, pp. 453-477.

CAUFFMAN, Caroline

2011 “Access to Leniency-Related Documents after *Pfleiderer*”, in *World Competition*, vol. 34, n.º 4, pp. 597-614.

CHAPUT, Yves

2005 “Philosophie des programmes de clémence et de transaction”, in clemence et transaction en matière de concurrence. Première expériences et interrogations de la pratique”, Colóquio organizado a 19.1.2005, in *Gazette du Palais*, n.º 287-288, de 14.10.2005, disponível em <http://www.creda.ccip.fr/colloques/pdf/2005-clemence-transaction/actes-clemence.pdf>, pp. 19-28.

CONNOR, John M.

2011 “Has the European Commission become more severe in punishing cartels? Effects of the 2006 Guidelines”, in *European Competition Law Review*, Issue 1, pp. 27-36.

DESBROSSE, Pierre

2010 “Les programmes de clémence à l’épreuve de la globalisation des marchés”, in *Revue Internationale de Droit Economique*, vol. 2, pp. 211-240.

DEWAELE, Marine

2011 “L’application par la Commission Européenne du programme de clémence de 2002”, in *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*, n.º 4, pp. 1-31.

FRANCO, Olivia

2009 “Quelle convergence des programmes nationaux de clémence?, L’exemple des programmes français, britannique, allemand, italien et espagnol”, in *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*, n.º 3, pp. 49-61.

GAUER, Céline & JASPERS, Maria

2007 “ECN Model Leniency Programme – a first step towards harmonized leniency in the EU”, in *Competition Policy Newsletter*, n.º 1, pp. 35-38.

GODDIN, Gaëtane

2012 “The Pfeiderer Judgment on Transparency: The National Sequel of the Access to Document Saga”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 3, n.º 1, pp. 40-42.

GRIFFIN, James M.

2003 “The modern leniency program after ten years. ‘A summary overview of the antitrust division’s criminal enforcement program’”, San Francisco, consultado em <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/201477.htm>.

HAMMOND, Scott D.

2004 “Cornerstone of an effective leniency program”, apresentado no ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, 22-23 de novembro de 2004, consultado em <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm> 2004.

2009 “Recent developments relating to the antitrust division’s corporate leniency program”, apresentado em São Francisco, 5 de março de 2009, consultado em <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/244840.htm>.

HENRY, David & VÖLK, Christoph

2010 “The Pfeiderer case: The risks in giving private claimants access to leniency documents”, in *Competition Law Insight*, 7 de dezembro, pp. 11-12.

Idot, Laurence

- 2005 “Une question d’actualité en droit de la concurrence: programmes de clémence et internationalization”, in *Droit et Actualité - Études Offertes à Jacques Béguin*, Paris: Litec, pp. 363-379.
- 2007 “Programmes de clémence et droit de la concurrence. L’entrée dans la phase III”, in *Revue JURIDIQUE de l’économie publique / Cahiers Juridiques de l’électricité et du gaz*, n.º 640, março de 2007, pp. 89-97.

JENNY, Frederic

- 2005 “Approche économique et internationale de l’expérience française”, in clémence et transaction en matière de concurrence. Première expériences et interrogations de la pratique, Colóquio organizado a 19.1.2005, in *Gazette du Palais*, n.º 287-288, de 14.10.2005, disponível em <http://www.creda.ccip.fr/colloques/pdf/2005-clemence-transaction/actes-clemence.pdf>, pp. 36-41.

LASSERRE, Bruno

- 2005 “Propos introductifs in Clémence et Transaction en Matière de Concurrence, premières expériences et interrogations de la pratique”, Colóquio organizado a 19.1.2005, in *Gazette du Palais*, n.º 287-288, de 14.10.2005, disponível em <http://www.creda.ccip.fr/colloques/pdf/2005-clemence-transaction/actes-clemence.pdf>, pp. 7-19.

LEMAIRE, Christophe

- 2009 “Clémence – Programme Modèle – Convergence: Le Réseau européen de concurrence publie son premier rapport d’évaluation sur l’état de la convergence des programmes de clémence en Europe”, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, n.º 4, pp. 170-186.

LÉVÊQUE, François

- 2006 “L’efficacité multiforme des programmes de clémence”, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, n.º 4, pp. 31-36.

LOWE, Philip

- 2006 “La lutte contre les cartels et la politique de clémence”, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, n.º 3, pp. 73-84.

MCCELWEE, Donal

- 2004 “Should the European Commission adopt ‘Amnesty Plus’ in its Fight Against Hard-Core Cartels?”, in *European Competition Law Review*, Vol. 25, Issue 9, pp. 558-565.

- MILLER, Samuel R., NORDLANDER, Kristina & OWENS, James C.
2010 “U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and Other Confidential Investigatory Materials”, in *The CPI Antitrust Journal*, março, pp. 2-14.
- MOREIRA, Teresa
2007 “O Novo Instituto de Clemência – A dispensa e a atenuação especial da coima aplicável a práticas restritivas da concorrência”, in *Sub Judice*, n.º 40, julho-setembro, pp. 75-97.
- NAGY, Csongor István
2011 “The new Hungarian rules on damages caused by horizontal hardcore cartels: presumed price increase and limited protection for whistleblowers – an analytical introduction”, in *European Competition Law Review*, vol. 32, Issue 2, pp. 63-67.
- RIZZUTO, Francesco
2011 “Leniency and follow-on private actions for damages: Comment on the Opinion of the Advocate General in the Pfeleiderer Case”, in *Global Competition Law Review*, Issue 2, pp. 99-106.
- SCHWAB, Andreas & STEINLE, Christian
2008 “Pitfalls of the European Competition Network – Why Better Protection of Leniency Applicants and Legal Regulation of Case Allocation is needed”, in *European Competition Law Review*, vol. 29, Issue 9, pp. 523-531.
- SERZEDELO, Dorothée Choussy
2007 “Leniency: a new perspective under Portuguese competition law”, in *Competition and Antitrust*, pp. 83-85.
- SILVA, Miguel Moura e
2011 “Anti-cartel enforcement in Portugal: A short chronicle of an uphill struggle”, in *European Competition Law Review*, Issue 1, pp. 37- 41.
- SOUTY, François
2006 “Les défis de la mondialisation pour les pays développés en matière de concurrence”, in *Revue Economique et Sociale*, ano 64, n.º 1, março, pp. 27-38.
- WALSH, Declan, J.
2009 “Carrots and Sticks – Leniency and Fines in EC Cartel Cases”, in *European Competition Law Review*, vol. 30, Issue 1, pp. 30-35.
- WILS, Wouter P.J.
2006 “Is criminalization of EU competition law the answer?”, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, n.º 1, pp. 1-22.

- 2007 “Leniency in antitrust enforcement: theory and practice”, in *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*, n.º 1, pp. 1-20 = *World Competition*, vol. 30, Issue 1, pp. 25-54.
- 2008 *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing.
- YON, Stéphanie
- 2004 “Politique de clémence – Ratification par le congrés de la reforme civile et pénale *antitrust*”, in *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*, n.º 1, pp. 102-107.
- ZINGALES, Nicolo
- 2008 “European and American Leniency Programmes: Two Models towards Convergence?”, in *The Competition Law Review*, vol. 5, Issue 1, dezembro, pp. 5-60.



C&R

LEGISLAÇÃO

Legislação Nacional



LEGISLAÇÃO NACIONAL

LEGISLAÇÃO NACIONAL – ABRIL A JUNHO DE 2012

elaborado por Nazaré da Costa Cabral

CONCORRÊNCIA

Lei n.º 19/2012, de 8 de maio

Aprova o novo regime da concorrência, revogando as Leis n.ºs 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro.

REGULAÇÃO

GERAL

Decreto-Lei n.º 73/2012, de 26 de março

Sistema Nacional de Planeamento Civil de Emergência.

Portaria n.º 96/2012, de 5 de abril

Reconhecimento das qualificações profissionais em matéria de obras públicas, transportes e comunicações.

ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES

Lei n.º 17/2012, de 26 de abril

Lei Postal.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 42/2012, de 13 de abril

Comissão Instaladora do Centro Nacional de Cibersegurança.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 24/2012, de 21 de junho

Nomeia os membros do Conselho de Administração da ANACOM.

Portaria n.º 218/2012, de 19 de julho

Afetação da receita do leilão multifaixa.

BANCO DE PORTUGAL

Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro

Alteração ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

ERC – ENTIDADE REGULADORA PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Lei n.º 19/2012, de 8 de maio

Lei de Imprensa. Procede à alteração do artigo 4.º da Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro.

IMTT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES TERRESTRES

VEÍCULOS E CONDUTORES

Decreto-Lei n.º 138/2012, de 5 de julho

Altera o Código da Estrada e aprova o Regulamento da Habilitação Legal para Conduzir, transpondo parcialmente a Diretiva 2006/126/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro, alterada pelas Diretivas 2009/113/CE, da Comissão, de 25 de agosto, e 2011/94/UE, da Comissão, de 28 de novembro, relativas à carta de condução.

Decreto-Lei n.º 144/2012, de 11 de julho

Aprova o regime de inspeções técnicas de veículos a motor e seus reboques, transpondo a Diretiva 2010/48/UE, da Comissão, de 5 de julho, que adapta ao progresso técnico a Diretiva 2009/40/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho.

Portaria n.º 221/2012, de 20 de julho

Estabelece os requisitos técnicos a que devem obedecer os centros de inspeção técnica de veículos (CITV), no âmbito da Lei n.º 11/2011, de 26 de abril.

TRANSPORTES RODOVIÁRIOS

Decreto-Lei n.º 117/2012, de 5 de Junho

Regula a organização do tempo de trabalho de condutores independentes em atividades de transporte rodoviário, transpondo a Diretiva 2002/15/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2002.

Portaria n.º 142-A/2012, de 15 de maio

Terceira alteração à Portaria n.º 1147/2001, de 28 de setembro, que aprova o Regulamento do Transporte de Doentes.

TRANSPORTE FERROVIÁRIO

Decreto-Lei n.º 59/2012, de 14 de março

Altera o Decreto-Lei n.º 137-A/2009, de 12 de junho, que aprovou o regime jurídico aplicável à CP - Comboios de Portugal, E. P. E., e os respetivos estatutos, conformando o direito interno com a disciplina da Diretiva 91/440/CEE, do Conselho, de 29 de julho de 1991.

ERSAR - ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS**Decreto-Lei n.º 130/2012, de 22 de junho**

Procede à segunda alteração à Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, que aprova a Lei da Água, transpondo a Diretiva 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro.

Portaria n.º 173/2012, de 25 de maio

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção das captações das águas subterrâneas situadas no concelho da Nazaré.

Portaria n.º 208/2012, de 6 de junho

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações das águas subterrâneas localizadas no concelho de Cascais.

Portaria n.º 209/2012, de 6 de junho

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de águas subterrâneas localizadas nos concelhos de Nisa, Gavião, Marvão, Portalegre, Avis, Ponte de Sor e Chamusca.

Portaria n.º 182/2012, 8 de junho

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de águas subterrâneas situadas no concelho de Benavente.

Portaria n.º 183/2012, 11 de junho de 2012

Aprova a delimitação do perímetro de proteção da captação PDH1 - Ronqueira localizada no concelho de Penacova.



C&R

JURISPRUDÊNCIA

Comentário de Jurisprudência da União Europeia

Jurisprudência Geral



COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 14 DE JUNHO
DE 2011, NO PROCESSO C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*

*Catarina Anastácio**

1. O ACÓRDÃO

1.1. Antecedentes

O acórdão proferido em 14 de junho de 2011, no âmbito do Processo C-360/09 (*Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*), foi o primeiro em que o Tribunal de Justiça (de ora em diante, TJ) analisou a questão do acesso aos requerimentos de clemência apresentados pelos membros de um cartel a uma autoridade de concorrência, por parte de terceiros, nomeadamente por lesados pela atividade desse cartel que pretendam intentar ações de responsabilidade civil.

O acórdão resultou de um pedido de decisão prejudicial apresentado ao TJ pelo *Amtsgericht Bonn* (Tribunal de Primeira Instância de Bona, de ora em diante, Tribunal de Bona) sobre a possibilidade de acesso, por parte do autor de uma ação de indemnização por restrições à concorrência, a documentos apresentados a uma autoridade da concorrência no âmbito de um programa de clemência.

O caso remonta a janeiro de 2008, data em que o *Bundeskartellamt* (autoridade da concorrência alemã) proferiu uma decisão que aplicou coimas no valor total de 62 milhões de euros a três fabricantes europeus de papel deco-

* Jurista no Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste comentário são da inteira responsabilidade da autora e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência.

rativo e a cinco pessoas singulares por violação do então artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (de ora em diante, Tratado CE), atual artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (de ora em diante, TFUE) através de acordos de fixação de preços e de limitação da produção.

Na sequência desta decisão, a *Pfleiderer AG* (de ora em diante, *Pfleiderer*), empresa adquirente de papel decorativo, requereu ao *Bundeskartellamt* a consulta integral do processo de contraordenação, a fim de preparar uma ação cível de indemnização, na qualidade de lesada pela atividade do cartel.

O *Bundeskartellamt* apenas autorizou o acesso a uma versão não confidencial dos autos, da qual não constavam os segredos de negócios, os documentos internos e os documentos obtidos no âmbito dos pedidos de clemência feitos pelas empresas envolvidas no cartel.

A *Pfleiderer* interpôs recurso desta decisão para o Tribunal de Bona. Por decisão proferida em fevereiro de 2009, este Tribunal, dando no essencial razão à *Pfleiderer*, condenou o *Bundeskartellamt* a conceder-lhe acesso integral aos autos, incluindo os documentos entregues no âmbito do programa de clemência. Segundo o Tribunal, a *Pfleiderer* deve ser considerada lesada, uma vez que se deve presumir que pagou preços artificialmente elevados em resultado do cartel, e é detentora de interesse legítimo na obtenção dos documentos, dado que deles necessita para intentar a ação de indemnização.

No entanto, no seguimento de arguição de irregularidades, o Tribunal de Bona acabou por suspender a execução da decisão, manifestando dúvidas sobre se essa mesma decisão poderia conflitar com os artigos 11.º e 12.º do Regulamento n.º 1/2003¹ e com os artigos 10.º e 3.º, n.º 1, al. g) do Tratado CE, uma vez que implicaria obrigar o *Bundeskartellamt* a ceder a terceiros a consulta dos autos na parte relativa aos pedidos de clemência. De tal facto poderiam advir duas consequências: por um lado, a Comissão Europeia (de ora em diante, CE) e os restantes membros da Rede de Autoridades de Concorrência deixariam de disponibilizar ao *Bundeskartellamt* informações relativas a pedidos de clemência; por outro lado, existiria o perigo de as empresas deixarem de colaborar ao abrigo do programa de clemência por receio de que

1 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. Os artigos 11.º e 12.º dizem respeito, respetivamente, à cooperação entre a CE e as autoridades dos Estados membros responsáveis em matéria de concorrência e ao intercâmbio de informações entre essas mesmas autoridades.

as informações fornecidas viessem a ser usadas contra si em eventuais ações de indemnização, o que seria prejudicial à investigação dos cartéis.

Face às referidas dúvidas, o Tribunal de Bona apresentou um pedido de decisão prejudicial junto do TJ, através do qual pretendia saber se uma autoridade de concorrência de um Estado membro pode facultar o acesso, por parte de um terceiro lesado, a informação apresentada pelos membros de um cartel ao abrigo de um programa de clemência, para efeitos de interposição, por esse terceiro, de uma ação de indemnização por danos decorrentes da atividade do cartel. Em particular, queria saber se o acesso a tal informação pode prejudicar a aplicação efetiva do direito da concorrência da União Europeia ou o sistema de cooperação e de intercâmbio de informação entre a CE e as autoridades dos Estados membros responsáveis em matéria de concorrência. A pergunta concretamente colocada foi a seguinte:

“As regras comunitárias em matéria de concorrência – em especial os artigos 11.º e 12.º do Regulamento n.º 1/2003 e o artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com o artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE – devem ser interpretados no sentido de que, para formular um pedido cível de indemnização, um lesado por um cartel não pode ter acesso aos pedidos de clemência e a outros documentos e informações voluntariamente apresentados pelos requerentes de clemência a uma autoridade de um Estado membro responsável em matéria de concorrência, ao abrigo de um programa nacional de clemência, no âmbito de um processo de contraordenação destinado (designadamente) à aplicação do artigo 81.º CE?”

No decorrer do processo, vários Estados membros² pronunciaram-se contra a concessão de acesso a qualquer tipo de documento que entre no âmbito de um requerimento de clemência. A CE e depois o Advogado-Geral Ján Mazák³ defenderam a distinção entre as declarações de clemência (confissões orais ou escritas de envolvimento no cartel), cujo acesso deveria ser sempre negado, e os documentos pré-existentes fornecidos pelo requerente de clemência, cuja concessão ou recusa de acesso deveria ser analisada numa base casuística.

2 Bélgica, Chipre, República Checa, Alemanha, Itália, Holanda e Espanha.

3 Conclusões do Advogado-Geral Ján Mazák, apresentadas em 16 de dezembro de 2010.

1.2. Teor do acórdão

No seu acórdão, o TJ começou por chamar a atenção para o facto de nem as disposições do Tratado CE em matéria de concorrência, nem o Regulamento n.º 1/2003 preverem regras comuns de clemência ou regras comuns respeitantes ao direito de acesso aos documentos relativos a um procedimento de clemência voluntariamente comunicados a uma autoridade nacional de concorrência em aplicação de um programa nacional de clemência (par. 20)⁴, daí concluindo que, “na falta de uma regulamentação vinculativa do direito da União nesta matéria, incumbe aos Estados membros estabelecer e aplicar as regras nacionais quanto ao direito de acesso das pessoas lesadas por um cartel aos documentos relativos aos procedimentos de clemência” (par. 23).

Tais regras não podem, contudo, segundo o acórdão do TJ, “tornar impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito da União” e, especificamente no domínio do direito da concorrência, os Estados membros “devem zelar por que as regras que estabeleçam ou apliquem não prejudiquem a aplicação efetiva dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE []” (par. 24).

O acórdão refere, por um lado, que, tal como afirmaram a CE e os Estados membros que apresentaram observações no âmbito do processo, os programas de clemência constituem importantes ferramentas na luta contra as violações das regras de concorrência (par. 25), podendo, contudo, a sua eficácia ser afetada pela comunicação, às pessoas que pretendem intentar uma ação de indemnização contra um requerente de clemência, dos documentos por este entregues no âmbito desse requerimento (par. 26). De facto, “é razoável considerar que uma pessoa implicada numa violação do direito da concorrência, em face da eventualidade de tal comunicação, seria dissuadida de utilizar a possibilidade oferecida por tais programas de clemência” (par. 27).

No entanto, o acórdão também realça que é “jurisprudência assente que qualquer pessoa tem o direito de reclamar reparação do prejuízo que lhe tenha sido causado por um comportamento suscetível de restringir ou falsear o jogo da concorrência”⁵ (par. 28), e que “um direito deste tipo reforça o carácter operacional das regras comunitárias de concorrência e é suscetível de

4 Referindo ainda que nem as comunicações da CE relativas à cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência e à imunidade em matéria de coimas, nem o programa-modelo da Rede de Autoridades de Concorrência são instrumentos vinculativos (pars. 21 e 22).

5 O TJ invoca a este propósito os acórdãos *Courage Ltd. v. Bernard Cohen*, de 20 de setembro de 2001, processo C-453/99, [2001], ECR I-6297, e *Vincenzo Manfredi et al. v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, de 13 de julho de 2006, processos apensos C-295/04 a C-298/04, de 20 de setembro de 2001.

desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçadas, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência”, concluindo que “[n]esta perspectiva, as ações de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são suscetíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efetiva na União Europeia” (par. 29).

Tendo em consideração os dois interesses referidos – o dos requerentes de clemência de verem protegidos os documentos que apresentaram e o dos lesados pela violação das regras de defesa da concorrência de poderem pedir uma indemnização pelos danos sofridos [acrescentamos nós] –, entende o Tribunal que, “no exame de um pedido de acesso aos documentos relativos a um programa de clemência apresentado por uma pessoa que procura obter uma indemnização por perdas e danos de outra pessoa que beneficiou de um programa de clemência, é necessário zelar por que as regras nacionais aplicáveis não sejam menos favoráveis do que as referentes às reclamações análogas de natureza interna e não sejam sistematizadas de modo a tornar impossível na prática ou excessivamente difícil a obtenção de tal reparação [...] e ponderar os interesses que justificam a comunicação das informações relativamente à proteção daquelas que foram voluntariamente fornecidas pelo requerente de clemência” (par. 30), sendo que “[t]al ponderação só pode ser realizada pelos órgãos jurisdicionais nacionais numa base casuística, no quadro do direito nacional e tomando em conta todos os elementos pertinentes do caso em apreço” (par. 31).

E conclui o TJ, respondendo à questão colocada:

“As disposições do direito da União em matéria de cartéis, em especial o Regulamento (CE) n.º 1/2003 [...], devem ser interpretadas no sentido de que não se opõem a que uma pessoa lesada por uma infração ao direito da concorrência da União e que procura obter uma indemnização tenha acesso aos documentos relativos a um procedimento de clemência respeitante ao autor da referida infração. Incumbe, porém, aos órgãos jurisdicionais dos Estados membros, com base no seu direito nacional, determinar as condições nas quais tal acesso deve ser autorizado ou recusado, através da ponderação dos interesses protegidos pelo direito da União” (par. 33).

1.3. Depois do acórdão

Na sequência do acórdão, o Tribunal de Bona decidiu, em janeiro de 2012, negar à *Pfleiderer* o acesso aos requerimentos de clemência dos membros do cartel.

O Tribunal de Bona considerou que dar acesso aos requerimentos de clemência poderia comprometer o funcionamento do programa de clemência do *Bundeskartellamt* no futuro e, desta forma, a efetividade do *enforcement* público em matéria de combate aos cartéis. O Tribunal afirmou ainda o entendimento de que o critério relativo aos “objetivos da investigação”, a ter em conta na referida ponderação de interesses, deveria ser ponderado também tendo em mente investigações futuras. A divulgação de documentos de clemência poderia inclusive afetar futuras ações de indemnização, que são maioritariamente ações de seguimento, isto é, intentadas na sequência de uma decisão condenatória de uma autoridade de concorrência. Relativamente ao caso concreto, o Tribunal entendeu que o requerente de clemência criou voluntariamente e submeteu informação autoincriminatória na expectativa de que a autoridade não a divulgaria, razão pela qual ele merece proteção. Por outro lado, o Tribunal entendeu que a *Pfleiderer* não foi excessivamente onerada por não obter a informação em causa, uma vez que já tinha tido acesso à decisão final e a uma lista de meios de prova recolhidos durante as diligências de busca, e tinha agora acesso também à informação recolhida durante a instrução do processo⁶.

Através de comunicado de imprensa, datado de 30 de janeiro de 2012, o *Bundeskartellamt* afirmou que com esta decisão o Tribunal confirmara a sua visão de que os requerimentos de clemência estão sujeitos a confidencialidade particularmente apertada e divulgou que o Ministério da Economia alemão pretendia agora codificar esta solução legal no âmbito da revisão em curso da lei da concorrência alemã (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB*). Neste contexto, o presidente do *Bundeskartellamt* afirmou: “[s]e o programa de clemência não funcionar adequadamente, um número significativamente menor de cartéis serão descobertos. Isto não só prejudicaria a punição dos infratores, mas também a compensação das vítimas (uma vez que as vítimas dos cartéis estão dependentes da descoberta dos cartéis pelas autoridades de concorrência)”.

2. COMENTÁRIO

2.1. A questão central do acórdão

A interação entre a clemência e a aplicação privada do direito da concorrência é, sem dúvida, a temática central do acórdão *Pfleiderer*.

⁶ Cf. Polley & Zagrosek, 2012: 8.

2.1.1. A aplicação privada do direito da concorrência

A aplicação do direito da concorrência assenta basicamente em dois pilares. O pilar público (o chamado *public enforcement*), que está a cargo de autoridades públicas de defesa da concorrência que atuam no interesse público e de forma independente, dirigem as suas decisões aos particulares e têm o poder de lhes impor sanções. E o pilar privado (o chamado *private enforcement*), que corresponde à atuação dos tribunais em sede civil, a pedido de particulares e em garantia da tutela das suas posições jurídicas subjetivas, estando em causa sempre que uma parte privada apresenta um pedido civil independente ou uma reconvenção baseados em regras de defesa da concorrência, conduzindo a algum tipo de sanção civil contra o infrator⁷.

Se é verdade que estas duas vertentes da defesa da concorrência apresentam, na Europa, uma dimensão histórica e um peso prático bastante diferentes (com clara predominância do *public enforcement*), indesmentível também é que existe hoje em dia uma “tutela binária”⁸ da concorrência assente nesses dois pilares, destinados a coexistirem.

A palavra de ordem para definir o estado atual da relação entre esses dois pilares de defesa da concorrência tem sido “complementaridade”. De facto, cada vez mais é salientada a importância de uma aplicação cumulativa⁹, complementar, da tutela pública e privada da concorrência, aplicação essa que tem vindo a ser crescentemente entendida como a solução que melhor defende os interesses da concorrência e a promoção do bem-estar económico¹⁰.

O incentivo ao desenvolvimento do *private enforcement* do direito da concorrência, sobretudo através de ações de indemnização por danos causados por restrições à concorrência, tem sido crescente, quer por parte de vários Estados membros quer, sobretudo, pela CE, que tem desenvolvido um trabalho de relevo nesta área¹¹.

7 Komninos, 2008: 2 ss.

8 A expressão é de Cassinis, 2007: 370.

9 Diz De Stefano (2012: 95) que *public e private enforcement* representam dois lados da mesma moeda: “*public and private enforcement represent different sides of the same coin of antitrust enforcement: it is not ‘either/or’ but ‘both’*”.

10 Ver, por ex., Giudici, 2004: 64; Jones, 2004; Paulis, 2007: 8; Böge & Ost, 2006: 198.

11 Cf. *Livro Verde das Ações de Indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*, COM(2005)672 final, de 19.12.2005, *Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*, COM(2008)165, de 02.04.2008. A CE encomendou ainda à Oxera o estudo “*Quantifying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts*”, de dezembro

Também os tribunais da União Europeia têm vindo a reconhecer que as ações privadas reforçam o papel das normas de concorrência e desincentivam as práticas suscetíveis de restringir a concorrência, desta forma contribuindo significativamente para a manutenção de uma concorrência efetiva na União e para a salvaguarda do interesse público¹².

É importante contudo realçar que, apesar da complementaridade entre as duas vertentes da aplicação do direito da concorrência que vem sendo defendida, as mesmas mantêm a sua independência recíproca, não havendo qualquer tipo de relação hierárquica entre ambas¹³.

Não obstante a importância que, de forma crescente, se vem atribuindo à aplicação privada do direito da concorrência, tem sido constatada a sua escassa aplicação prática na Europa. É uma das razões apontadas para a falta de sucesso do *private enforcement* reside na dificuldade que os autores de ações de indemnização enfrentam quando pretendem obter documentação que sustente a sua pretensão¹⁴.

Esta constatação remete-nos para a problemática central do acórdão que ora comentamos: a da interação entre a aplicação privada do direito da concorrência e a clemência.

2.1.2. A clemência

Os programas de clemência¹⁵ das autoridades de concorrência europeias, incluindo a CE, têm desempenhado um importantíssimo papel na deteção, perseguição e punição dos cartéis na Europa, assumindo-se, nesse sentido, como um dos mais efetivos instrumentos ao serviço da aplicação pública do

de 2009, que se encontrou em consulta pública entre 17 de junho e 30 de setembro de 2011 e que deverá servir de base a linhas de orientação sobre o cálculo de danos. Prevê-se para breve uma proposta de Diretiva em matéria de *private enforcement*.

12 Processos *Courage* e *Manfredi*, atrás mencionados.

13 Komninos, 2011: 9.

14 Tem sido chamada a atenção, nomeadamente pela CE, para as particularidades dos processos de concorrência, os quais, pela enorme relevância fáctica, complexidade das análises de natureza económica que requerem e grande assimetria na distribuição da informação, tornam extremamente importante mas também difícil a recolha de elementos de prova. Por todos, Saavedra, 2012: 66.

15 Silveiro, 2012: 253, define “regime de clemência” ou “programa de clemência” como o “conjunto de regras e princípios, substantivos e procedimentais, quer tenham ou não autonomia sistemática, que oferecem imunidade total ou redução das sanções que, de outro modo, seriam impostas a um participante num cartel, em troca da revelação voluntária de informações sobre o cartel que satisfaçam critérios específicos, antes ou durante a fase de investigação”.

direito da concorrência¹⁶. Ao “confessar” a sua participação num cartel a uma autoridade da concorrência e ao colaborar ativamente com esta na respetiva investigação, o membro do cartel, em troca da limitação ou mesmo eliminação da sua responsabilidade pública (perante as autoridades da concorrência e/ou tribunais), fornece uma preciosa ajuda para a prova e consequente punição da infração.

As empresas participantes em cartéis apenas se dispõem, contudo, a fornecer informações e entregar documentos à autoridade da concorrência em causa se o benefício que daí resultar for previsivelmente superior aos custos, não só em termos de probabilidade de obtenção de imunidade ou redução da coima que de outra forma lhe seria aplicada, mas também de exposição aos vários riscos que daí podem advir, nomeadamente o de ter que responder no âmbito de uma ação de indemnização pelos danos causados pelo cartel.

Desta forma, a estabilidade e eficácia de um programa de clemência depende em larga medida da garantia que possa ser dada aos potenciais requerentes de que os documentos que entregarem serão sujeitos a um regime de acesso estrito.

2.1.3. A interação e o conflito entre a aplicação privada do direito da concorrência e a clemência

E neste aspeto reside, precisamente, o cerne da interação entre a clemência e o *private enforcement*. A interação é de condicionalismo recíproco. A relação entre estes dois aspetos da aplicação do direito da concorrência é de tal forma estreita que qualquer incentivo a um deles tem imediatas repercussões (normalmente de sentido contrário) no outro, e a introdução de alterações num modelo gera consequências inevitáveis no outro¹⁷.

Considerando a situação legislativa atual na Europa nesta matéria, a relação entre a clemência e o *private enforcement* é, essencialmente, de conflito latente¹⁸.

Em teoria, a apresentação de um requerimento de clemência não protege o requerente de eventuais pedidos de indemnização interpostos por lesados pela atividade do cartel. Como, aliás, está expresso no programa de clemên-

16 Rizzuto, 2012: 2.

17 Cf. Saavedra, 2010: 28 e MacCulloch & Wardhaugh, 2012: 21.

18 Stephans (2012: 2) diz que há entre a clemência e o *private enforcement* uma “tensão natural”, que é conhecida desde há muito tempo.

cia da CE¹⁹. Pelo que, teoricamente, requerimentos de clemência e ações de indenização por danos causados por uma atividade anticoncorrencial correm paralela e autonomamente. Na prática, contudo, a tensão é evidente e fácil de entender.

É claramente do interesse dos potenciais autores de ações de indenização por danos causados por restrições à concorrência terem acesso a processos a correr junto de autoridades da concorrência, em particular quando a ação que venham a interpor revista a natureza de ação de seguimento, isto é, quando haja já uma decisão de condenação por parte dessa autoridade. E estão, naturalmente, interessados de uma forma especial na obtenção de informação e documentos entregues à autoridade no âmbito de programas de clemência, dado o forte valor probatório de que normalmente se revestem²⁰. Assim, quando uma empresa confessa a uma autoridade da concorrência o seu envolvimento num cartel para beneficiar do programa de clemência dessa autoridade, o seu requerimento de clemência revela-se de enorme utilidade, sendo a possibilidade de acesso ao mesmo um importante incentivo ao recurso a ações de indenização²¹.

Tal possibilidade de acesso, contudo, inibe os potenciais requerentes de clemência. O incentivo que para os membros de um cartel decorre da possibilidade de, através da apresentação de um requerimento de clemência, limitarem ou eliminarem a sua responsabilidade pública é fortemente coartado pela acrescida exposição à responsabilidade privada que daí pode advir, fazendo-os hesitar ou mesmo recuar na intenção de beneficiarem do programa de clemência. Perante a possibilidade de acesso aos documentos por parte de eventuais litigantes, a decisão de apresentação de um requerimento de clemência será, necessariamente, muito bem ponderada²². Cada empresa que admita vir a preencher um requerimento de clemência terá de tomar em consideração não só as vantagens de cooperar com as autoridades, mas também os riscos e

19 Comunicação da CE relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C298 de 08.12.2006, par. 39.

20 Lang, 2011: 3; De Stefano, 2012: 101.

21 Cauffman, 2012: 3.

22 Atlee, 2011: 2: "*Companies ought to consider carefully the civil litigation implications when pressing the leniency button*".

desvantagens que podem resultar de tal cooperação, em particular o risco de ser acionado para pagar uma indemnização²³.

Os interesses aqui em presença – o da proteção das informações e documentos fornecidos à autoridade da concorrência por um requerente de clemência e o do acesso a tais informações e documentos por lesados que queiram intentar uma ação de indemnização pelos danos sofridos – são pois inextrinsecamente conflitantes, e é desse conflito que trata o acórdão sob análise²⁴.

2.2. Em busca de um equilíbrio

Constatada a inevitabilidade desse conflito latente, a questão, objeto de já longa discussão entre os autores e agora analisada pelo TJ, é saber como encontrar um equilíbrio razoável entre a efetividade dos programas de clemência existentes no contexto da aplicação do direito da concorrência por autoridades da concorrência e a proteção dos direitos de terceiros lesados pela atividade de um cartel²⁵.

Esse equilíbrio, contudo, não é fácil de encontrar²⁶. Na verdade, o que temos aqui é um conflito de alcance mais vasto, que se manifesta entre os três alicerces sobre os quais assenta o programa geral de luta contra os cartéis: sanções, clemência e ações privadas. E, em última análise, um conflito entre as vertentes pública e privada da aplicação do direito da concorrência. De facto, a questão da relação entre a proteção dos documentos de clemência e o incentivo aos lesados por atividades anticoncorrenciais para pedirem a compensação dos danos sofridos remete-nos para a questão mais geral da relação entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência e o papel que a cada um cabe na aplicação geral do direito da concorrência²⁷.

Nessa medida, o Tribunal foi chamado a resolver, no caso *Pfleiderer*, uma questão difícil, podendo mesmo dizer-se que se trata de uma das questões políticas mais delicadas que emergiram desde as reformas de modernização do direito da concorrência da União Europeia de 2004, e que diz respeito à

23 Canenbly & Steinvorh, 2011: 316.

24 Henry & Völk, 2010: 11.

25 Beumer & Karpetas, 2012: 125.

26 Dizem Henry & Völk (2010: 12), a propósito da situação difícil em que se pode encontrar uma autoridade da concorrência perante um pedido de acesso a documentos entregues no âmbito de um pedido de clemência para fins de private enforcement: “a competition authority sits between a rock and a hard place”.

27 Rizzuto, 2012: 1.

clarificação das regras que regulam a interação entre a aplicação privada e pública do direito da concorrência da UE²⁸.

Esta “delicada questão política” resulta, em grande medida, do facto de os legisladores e aplicadores do direito da concorrência perseguirem duas estratégias até agora não coordenadas: por um lado, pretendem incrementar a deteção e punição de cartéis através do recurso a programas de clemência, um cada vez mais importante instrumento de aplicação pública do direito da concorrência; por outro, têm defendido a criação de condições que facilitem as ações de indemnização contra os membros do cartel (incluindo requerentes de clemência), principal vetor da aplicação privada do direito da concorrência²⁹.

A verdade é que estes dois importantes instrumentos de aplicação do direito da concorrência apresentam aspetos inelutavelmente conflitantes que é necessário pacificar. E se todos gostariam que a totalidade dos interesses em causa fosse acautelada, tal situação não parece possível³⁰.

Encontrar algum tipo de equilíbrio é, no entanto, essencial para garantir uma eficaz luta contra os cartéis. Se esse equilíbrio não for conseguido, tanto a aplicação pública como a aplicação privada do direito da concorrência podem sair prejudicadas. E a verdade é que podemos ter aqui uma espécie de círculo vicioso: se, para favorecer a aplicação privada do direito da concorrência, for facilitado o acesso aos documentos apresentados com os requerimentos de clemência, tal pode conduzir a uma redução destes requerimentos, o que por sua vez é suscetível de gerar uma diminuição da deteção de cartéis e de decisões de condenação; esta redução de aplicação pública pode implicar uma redução dos casos de aplicação privada, nomeadamente de ações de seguimento uma vez que, na prática, estas dependem em larga medida do conhecimento, pelos lesados, de decisões de condenação por autoridades da concorrência³¹.

Vejamos se o acórdão conseguiu, de alguma forma, alcançar esse equilíbrio.

28 Rizzuto, 2011a: 99.

29 Canenbly & Steinvorth, 2011: 316.

30 MacCulloch & Wardhaugh, 2012: 1: “[...] everyone would like to see cartels deterred, destabilised, fined [...], and injured parties compensated. However, the elements (sanctions, leniency and compensation) which make up the general programme of cartel control are clearly interwoven to the extent that enhancements to one element may have consequences for others elements.”

31 Saavedra, 2010: 26.

2.3. Interpretação genérica do acórdão

Numa abordagem o mais objetiva e pragmática possível sobre o acórdão, cremos que a conclusão do TJ pode ser assim resumida: é da competência dos tribunais nacionais, com base na lei nacional, determinar, em cada caso, as condições de que depende o acesso ou a recusa de acesso a um processo instruído por uma autoridade nacional da concorrência, o que deverá ser feito através de uma adequada ponderação dos interesses protegidos pelo direito da União Europeia.

O que o TJ basicamente fez foi afirmar que é necessário um exercício de ponderação de interesses, o qual deve ser conduzido pelos tribunais nacionais numa base casuística, tendo em conta os princípios referidos e todas as circunstâncias do caso concreto (par. 31).

Deve considerar-se que os interesses protegidos, objeto de ponderação pelos tribunais nacionais, são interesses gerais e não os interesses particulares das pessoas envolvidas³². De facto, o que está em causa não são, em concreto, o interesse do requerente de clemência *versus* o interesse do lesado pela conduta anticoncorrencial, mas as várias modalidades de *enforcement* do direito da concorrência.

Assim, os interesses a ponderar, em abstrato e em termos muito genéricos, são o da proteção dos programas de clemência enquanto instrumento de *public enforcement* para a investigação e punição de cartéis, por um lado, e a proteção do direito dos lesados pela atividade de um cartel de obterem compensação pelos danos da mesma decorrentes (*private enforcement*), por outro.

O tribunal nacional deve, pois, quando confrontado com uma situação concreta, ter em consideração que o risco de a divulgação de informação fornecida por um requerente de clemência a uma autoridade de concorrência poder desincentivar potenciais requerentes de clemência afeta o interesse geral na efetividade dos programas de clemência e conseqüentemente na deteção e punição de cartéis³³.

Mas, por outro lado, deve ter igualmente em conta que negar o acesso a tal informação aos lesados pela atividade dos cartéis, para efeitos de interposição de ações de responsabilidade civil, desincentiva, em termos gerais, o recurso a esse tipo de ações, as quais integram uma modalidade cada vez mais importante de *enforcement* do direito da concorrência.

32 Cauffman, 2012: 10.

33 Cauffman, 2012: 10.

Como vimos, de acordo com o TJ, a ponderação dos interesses protegidos pelo direito da União Europeia deve ser conduzida numa base casuística, tendo em conta todos os fatores relevantes do caso. No entanto, o TJ não diz que fatores devem ser esses, naquilo que parece ser uma opção deliberada de remeter para os tribunais nacionais a concretização final dos critérios que enunciou em termos gerais³⁴.

2.4. Tentativa de concretização

Podemos tentar antecipar alguns dos fatores que os tribunais nacionais considerarão relevantes na sua apreciação.

Desde logo, o facto de o eventual lesado pretender ter acesso às chamadas declarações de clemência ou apenas a documentos pré-constituídos não pode deixar de relevar. Como vimos, a distinção entre esses dois tipos de documentos foi defendida pela CE e pelo Advogado-Geral Ján Mazák e, apesar de o TJ não a ter considerado no seu acórdão, a mesma será certamente tida em conta na análise casuística feita pelos tribunais nacionais.

Outros fatores relacionados com os documentos pretendidos, como a inclusão nos mesmos, ou não, de segredos de negócios ou documentos internos da autoridade da concorrência em causa³⁵, poderão igualmente ter algum peso.

A legitimidade do requerente de acesso para intentar a ação de indemnização, o montante dos danos alegadamente sofridos³⁶, a complexidade fáctica do processo e as dificuldades concretas de prova que esse requerente enfrenta,

34 Sobre esta opção de abordagem pelo TJ, diz Komninos (2012: 61-62) que o TJ não quis fornecer uma solução “pronta-a-usar” a seguir no exercício de equilíbrio entre os interesses em causa porque, na sua opinião, apenas o legislador da UE o poderia fazer. Uma vez que se tratava de uma questão para a qual não há uma solução legislativa a nível da UE, o tribunal provavelmente sentiu que era impossível ou – ao menos – deselegante chegar ele próprio a uma regra específica de divulgação de documentos, preferindo apontar para uma solução geral de princípio ao invés de oferecer uma lista de meios prova divulgáveis e não divulgáveis. Na mesma linha, Lang (2011: 4) diz ser compreensível que o TJ não tenha querido, num único caso (sobretudo tratando-se de uma decisão prévia, em que não aprecia factos), elencar todas as considerações que podem influenciar um tribunal nacional numa vasta variedade de situações. O TJ não deseja “legislar”, deixando isso, corretamente, para os tribunais nacionais, até que seja adotada legislação específica. Ersboll & Gyselen (2011: 3), por seu lado, afirmam que o TJ, ao não identificar os fatores potencialmente relevantes para o juízo a ser levado a cabo pelos tribunais nacionais, não “correu a última milha”, considerando os Autores que tal é desapontante e também surpreendente, uma vez que as decisões prévias devem guiar os tribunais nacionais, e não deixá-los no escuro sobre como interpretar o direito europeu.

35 Cauffman, 2012: 10.

36 Cauffman, 2012: 10.

incluindo o facto de ter acesso, ou não, a documentos pré-constituídos³⁷ serão também, certamente, alvo de ponderação.

Também nos parecem relevantes outros fatores relacionados com o processo no âmbito do qual o requerimento de clemência foi apresentado, como já ter este culminado numa decisão condenatória por parte da autoridade nacional de concorrência³⁸, ter esta decisão sido objeto de recurso ou já estar o processo transitado em julgado, conter elementos que já sejam do domínio público, etc.

Por fim, o tribunal nacional poderá ainda, no seu balanço, ter em conta critérios relacionados com o próprio requerimento de clemência ou com o respetivo requerente. Assim, pode ser considerado o facto de o requerimento ter sido também apresentado noutras jurisdições ou ter sido objeto de troca de informações entre as autoridades nacionais da concorrência, assim como o tipo de procedimento que conduziu à apresentação do requerimento de clemência.

Qualquer tentativa de concretização de fatores relevantes é, contudo, pouco mais que pura especulação, porque a verdade é que, por um lado, o TJ não enunciou tais fatores, deixando quase tudo em aberto, e, por outro, são conhecidos muito poucos casos em que os tribunais nacionais já tenham sido chamados a decidir e possam, por isso, trazer uma luz acrescida³⁹.

2.5. Implicações do acórdão

As implicações do acórdão *Pfleiderer* não são muito claras, e as interpretações sobre o seu verdadeiro significado e consequências variam de autor para autor. Há quem entenda que o acórdão é neutro⁴⁰, há autores que defendem que o mesmo assume uma posição a favor da divulgação dos documentos aos

37 Lang, 2011: 4.

38 Cauffman, 2012: 10.

39 É de referir que, para além do processo que correu junto do Tribunal de Bona, apenas temos conhecimento de outro caso em que um tribunal nacional se pronunciou, depois do acórdão *Pfleiderer*, sobre o acesso a documentos de clemência por parte de um particular para efeitos de responsabilidade civil. Trata-se do caso *Gas Insulated Switchgear*, em que um tribunal inglês concedeu, em abril de 2012, acesso limitado a certos documentos ao autor de uma ação de indemnização, *National Grid*. Para mais desenvolvimentos e comentário sobre este caso, De Stefano, 2012: 103 ss. (em cuja opinião o tribunal inglês adotou uma visão menos estrita e mais flexível do que a do tribunal alemão, dessa forma contribuindo para a incerteza jurídica que rodeia esta matéria).

40 Gouveia, 2012: 6: “[...] o TJUE adotou uma posição de neutralidade relativamente a qual deve ser a ponderação entre os interesses do *enforcement* privado ou público (uns e outros tutelados pelo Direito da União Europeia), recusando qualquer hierarquização dos mesmos, em abstrato”.

potenciais autores de ações de indemnização, por esta forma favorecendo o *private enforcement*⁴¹, e há ainda quem, pelo contrário, considere que dele se pode retirar uma posição a favor da proteção dos requerentes de clemência e consequentemente do *public enforcement*⁴².

Seja qual for a posição que se entenda dever retirar do acórdão, indismutável parece ser o facto de o mesmo deixar uma ampla margem de manobra aos tribunais nacionais, havendo quem defenda que pouco fez, nesse sentido, para “aliviar a tensão” existente⁴³. Seja esta margem de discricionariedade entendida como desejável ou indesejável, a verdade é que a mesma não pode deixar de gerar alguma incerteza e polémica⁴⁴. Dessa incerteza podem advir várias consequências, sendo a mais provável a diminuição dos requerimentos de clemência⁴⁵. Esta diminuição será mais provável nos ordenamentos jurídicos em que as autoridades da concorrência se mostravam mais defensoras

41 Rizzuto, 2012: 2. Para este Autor, depois do acórdão *Pfleiderer* os tribunais nacionais têm que dar preferência aos direitos das vítimas de pedir uma indemnização, ao invés de protegerem a confidencialidade das confissões de clemência. Conclui o Autor que o acórdão constitui uma ameaça legal muito séria à eficácia continuada de uma política considerada pela CE como o instrumento mais efetivo ao dispor das autoridades públicas de luta contra os cartéis, embora paradoxalmente também pareça antecipar o potencial sucesso de receberem uma indemnização em ações de seguimento, que também é um objetivo político chave da CE. Também Rizzuto (2011b: 122) defende que o TJ parece ter-se comprometido com o seu próprio exercício de balanço e vindo a favor do direito fundamental a uma compensação efetiva tal como estabelecido nos acórdãos *Courage* e *Manfredi*. De facto, o TJ sustentou forçosamente que, apesar da utilidade dos programas de clemência, é jurisprudência assente que qualquer particular tem o direito de pedir uma indemnização pelos danos que lhe foram causados por uma conduta suscetível de infringir as regras de concorrência da UE. Esta passagem confirma a primazia do princípio estabelecido naqueles acórdãos sobre o contributo que os programas de clemência dão para o objetivo da efetiva aplicação das regras de concorrência da UE.

42 MacCulloch & Wardhaugh, 2012: 21.

43 MacCulloch & Wardhaugh, 2012: 21.

44 Gouveia, 2012: 6: “Na prática, porém, o acórdão deixa ampla margem de atuação às instâncias nacionais o que perpetua as incertezas quanto ao tratamento a dar a esta matéria e faz temer, além do mais, o acentuar das disparidades nas soluções adotadas em cada Estado membro.” Também Atlee (2011: 8) e De Stefano (2012: 95) salientam a incerteza gerada pelo acórdão. Este Autor afirma que o acórdão criou uma situação em que a extensão da proteção contra a divulgação de confissões de clemência nem é uniforme nem previsível nos vários Estados membros.

45 Lang, 2011: 4 (“Entretanto, a incerteza vai desencorajar os requerimentos de clemência, e todos os requerimentos serão feitos oralmente se o programa de clemência assim permitir. É necessária uma solução que garanta segurança jurídica, minimize a litigância e trate os requerimentos de clemência feitos perante a CE e as autoridades de concorrência nacionais da mesma forma.”) e Goddin, 2012: 41 [“A tentativa do Tribunal de encontrar um equilíbrio entre a defesa do *public enforcement* (via programas de clemência) e a defesa do *private enforcement* (a que o acesso a documentos de clemência podia ajudar muito) deixa os potenciais requerentes de clemência num estado de limbo sobre que documentos podem ser divulgados. O risco de que as empresas no futuro se venham a abster de pedir clemência ou a colaborar com as autoridades da concorrência não deve ser subestimado.”]. Também De Stefano, 2012: 95.

da posição dos requerentes de clemência, isto é, menos propensas a conceder a potenciais autores de ações de indemnização acesso aos documentos entregues no âmbito de um requerimento de clemência.

Apesar da discricionariedade que autoriza aos tribunais nacionais, da falta de concretização dos critérios a ponderar e da consequente incerteza que daí advém, somos da opinião de que o acórdão *Pfleiderer* está longe de ser inócuo e terá necessariamente consequências ao nível, sobretudo, das autoridades nacionais da concorrência que, até agora, se limitavam a recusar o acesso aos documentos de clemência, sem qualquer tipo de ponderação e justificação.

Na verdade, embora deixando aos tribunais nacionais – e por consequência, necessariamente também, às autoridades nacionais de concorrência – uma ampla margem de apreciação, o TJ balizou a sua atuação, ao exigir um exercício de ponderação de interesses que não pode passar por uma pura e simples (e, nalguns ordenamentos, até aqui comum) recusa de acesso.

Ao exigir tal ponderação de interesses, o TJ pode, de facto, ter feito pouco para aliviar o conflito latente entre clemência e *private enforcement*, pode até ter criado uma instabilidade adicional (sobretudo nos ordenamentos que tinham como inquestionável a recusa de acesso aos documentos da clemência), mas delimitou e enquadrou, sem dúvida, a atuação das autoridades nacionais da concorrência e dos tribunais nacionais a este respeito. Concedendo-lhes, embora, uma ampla margem de manobra na apreciação dos critérios relevantes, não deixou de lhes coartar alguma discricionariedade, ao impor-lhes um juízo de ponderação que porventura inexistia.

Seja como for, parece certo que a falta de critérios harmonizados a usar nessa ponderação de interesses conduzirá necessariamente a soluções diferentes de Estado membro para Estado membro e mesmo de tribunal para tribunal⁴⁶, podendo originar inclusivamente situações de *forum-shopping*⁴⁷ ou de *document-shopping*⁴⁸.

Os Autores têm, por estas razões, apelado a uma orientação adicional sobre a matéria⁴⁹. Uma das hipóteses que merece maior aplauso é uma harmoni-

46 Beumer & Karpetas, 2012: 130; Atlee, 2011: 4.

47 Beumer & Karpetas, 2012: 150.

48 Goddin, 2012: 42. Ver também De Stefano, 2012: 103.

49 Por todos, Beumer & Karpetas, 2012: 130.

zação de critérios por via legislativa, sendo uma intervenção da CE, neste contexto, apontada como provável e, por muitos, como desejável⁵⁰.

2.6. Intervenção legislativa?

A posição da CE sobre a interação entre a clemência e as ações de indemnização tem sido bastante clara. Já no *Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*⁵¹ a CE afirmou, no essencial, que é importante, tanto para a aplicação privada como para a aplicação pública do direito da concorrência, que os programas de clemência sejam atrativos. Para que um programa de clemência seja apetecível para um potencial requerente é necessário assegurar uma proteção adequada às confissões de empresa feitas pelos requerentes de clemência contra autores de ações de indemnização. Falhar na concessão de tal proteção compromete o sucesso dos programas de clemência, pois dissuade os potenciais requerentes, podendo mesmo colocá-los numa posição pior do que a dos coinfratores não colaboradores em ações de seguimento⁵².

Em coerência com este entendimento, a CE tem revelado, na prática, uma posição muito protetora dos documentos que lhe são entregues ao abrigo do seu programa de clemência, não tendo podido, e não devendo, os autores de ações de indemnização contar com os documentos que constam dos processos da CE para sustentar o seu pedido. A CE tem, entre outras estratégias⁵³, procurado apoio (com sucesso) nas exceções gerais do Regulamento 1049/2001⁵⁴, invocando uma presunção geral de não divulgação, para recusar o acesso aos documentos entregues por requerentes de clemência por parte de autores de ações de indemnização⁵⁵.

No entanto, depois do acórdão *Pfleiderer* e de alguns casos pendentes, “as táticas evasivas da Comissão podem tornar-se insustentáveis”, e pode estar

50 Rizzuto, 2012: 2.

51 Referido na nota 11.

52 Rizzuto, 2012: 3.

53 Sobre as várias formas através das quais os autores de ações de indemnização têm procurado obter junto da CE documentos que sustentem os seus pedidos e os obstáculos que têm encontrado, De Stefano, 2012 e Saavedra, 2012:

54 Regulamento n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, também conhecido por “Regulamento da Transparência”.

55 Beumer & Karpetas, 2012: 123, Atlee, 2011, 7, Ersboll & Gyselen, 2011: 3-4.

chegado o momento em que a recusa de facto da CE em dar acesso aos documentos deixa de ser defensável com tanta facilidade.⁵⁶ Da mesma forma, e apesar da ampla margem de discricionariedade que o acórdão concede aos tribunais nacionais, as autoridades da concorrência de alguns Estados membros deixarão de conseguir sustentar amplas políticas de confidencialidade relativamente aos documentos de clemência, devendo substituí-las pelo teste do equilíbrio de interesses que o TJ, apesar da pouca concretização, impõe⁵⁷.

O “desafio” que, apesar de tudo, o acórdão *Pfleiderer* representa para os programas de clemência da União Europeia e das autoridades nacionais de concorrência pode precipitar a decisão da CE de apresentar uma proposta legislativa sobre ações de indemnização⁵⁸. Recorde-se que a CE, no seu Programa de Trabalho para 2012⁵⁹, incluiu uma iniciativa legislativa relativa a ações de indemnização por violação de regras de concorrência, dando seguimento ao trabalho que vem desenvolvendo nesta área⁶⁰. De acordo com o *Roadmap*⁶¹ relativo à concorrência que acompanha a apresentação do Programa de Trabalho, a ação legislativa da CE justifica-se, entre outras razões, por ser necessário regular a interação entre as medidas de incentivo às ações de indemnização por violação das regras de concorrência, por um lado, e vários aspetos da aplicação pública do direito da concorrência, como a proteção dos programas de clemência, por outro.

É pois de prever que uma das consequências mais imediatas deste acórdão seja desencadear ou porventura acelerar um processo legislativo por parte da CE. A amplitude dessa intervenção é incerta, considerando os avanços e recuos a que temos assistido no trabalho da CE sobre o *private enforcement* do direito da concorrência. Mas, seja qual for a dimensão da iniciativa legislativa

56 Atlee, 2011, 7 e 10. Também Ersboll & Gyselen (2001: 3) reconhecem que o acórdão poderá ter impacto na política que a CE tem vindo a seguir nesta matéria, embora chamem a atenção para o perigo de se tirar conclusões precipitadas sobre o alcance do acórdão, uma vez que este se debruçou sobre um pedido de acesso a uma autoridade nacional e não à CE.

57 Ersboll & Gyselen, 2001: 3.

58 Rizzuto (2012: 13), que refere que uma das principais razões apresentadas pela CE para justificar uma ação legislativa é o desejo de atingir reconhecimento legal efetivo do princípio da clemência e proteção dos programas de clemência geridos por si e pelas autoridades nacionais de concorrência.

59 Disponível em: http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp2012_en.pdf.

60 E que culminou com um draft de Diretiva, que acabou por ser retirado, em outubro de 2009, por forte contestação de alguns Estados membros, e que incluía uma norma sobre proteção de documentos de clemência.

61 Disponível em: http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/roadmaps_2012_en.htm.

que venha a ser apresentada, a mesma não deixará certamente de incluir a questão central do acórdão *Pfleiderer* – a interação entre a aplicação privada do direito da concorrência e a clemência.

BIBLIOGRAFIA

ATLEE, Laura

2011 “Unforeseen Risks of Disclosure in Leniency Programs”, *CPI Antitrust Chronicle*, December 2011 (1), pp. 2-10.

BEUMER, A. E. & KARPETAS, A.

2012 “The Disclosure of Files and Documents in EU Cartel Cases: Fairytale or Reality?”, *European Competition Journal*, April 2012, pp. 123-151.

BÖGE, Ulf & OST, Konrad

2006 “Up and Running, or is it? Private enforcement – the Situation in Germany and Policy Perspectives”, in *European Competition Law Review*, 2006, 4.

BUNDESKARTELLAMT

2012 “Press release”, 30 de janeiro de 2012, disponível em http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/press/2012_01_30.php [consultado em 16.08.12].

CANENBLEY, Cornelis & STEINVORTH, Till

2011 “Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, Vol. 2, No. 4, pp. 315-326.

CAUFFMAN, Caroline

2012 “Access to Leniency Related Documents after *Pfleiderer*”, Maastricht European Private Law Institute Working paper No. 2012/3, disponível em: <http://www.ssrn.com/abstract=2004958>.

ECN – EUROPEAN COMPETITION NETWORK

2012 *Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012*.

CASSINIS, Paolo

2007 “Rapporti tra *public e private enforcement*”, in *VII Conference “Antitrust Between EC Law and National Law” / VII Convegno “Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario”*, 18-19 May/Maggio 2006 (ed. Enrico Adriano Raffaelli), Bruxelas: Bruylant / Milão: Giuffrè.

DE STEFANO, GIANNI DE

“Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A fast-evolving Scenario”, *Global Competition Litigation Review* 2012, Issue 3, pp. 95-110.

ERSBOLD, Niels Christian & GYSELEN, Luc

2011 “Discovery of leniency Submissions in Europe: The *Pfleiderer* Judgment: Dawn of a New Era or Nothibg New Under the Sun?”, disponível em: http://www.arnoldporter.com/resources/documents/Advisory-Discovery_Leniency_Submissions_Europe_Pfleiderer_Judgment.pdf (consultado em 26.07.12).

GIUDICI, Paolo

2004 “Private Antitrust Law Enforcement in Italy”, in *The Competition Law Review*, Volume 1, Issue 1, Agosto de 2004.

GODDIN, Gaëtane

2012 “The *Pfleiderer* Judgment on Transparency: The National Sequel of the Access to Document Saga”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, Vol. 3, No. 1, pp. 40-42.

GOUVEIA, Inês

2012 “A protecção da informação fornecida em abrigo da ‘clemência’ após o Acórdão *Pfleiderer*”, Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, *Newsletter* n.º 13, março de 2012, p. 6, disponível em http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Newsletters_Boletins/2012/Europeu_e_concorrencia_13.pdf [consultado em 25.07.12].

HENRY, David & VÖLK, Christoph

2010 “The *Pfleiderer* case – The risks in giving private claimants access to leniency documents”, *Competition Law Insight*, 7 December 2010, pp. 11-12.

JONES, Clifford

2004 “Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check”, in *World Competition* 27(1), pp. 13-24.

KIRCH, Pierre, EVANS, Jeremy & LITTEKEN, Pierre

2011 “Plaintiffs in pursuit”, *Global Competition Review*, Vol. 14, Issue 8, August/September 2011, pp. 34-37.

KOMNINOS, ASSIMAKIS P.

2008 *EC Private Antitrust Enforcement – Decentralised Application of EC Competition Laws by National Courts*, Oxford/Portland: Hart Publishing.

2011 “Relationship between Public and Private Enforcement: *quod Dei Deo, quod Caesaris Caesaris*”, 16th Annual EU Competition Law and Policy Workshop – Integrating public and private enforcement of competition law: Implications for courts and agencies, European University Institute, Florença, 17-18 Junho 2011, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1870723> [consultado em 20.07.2012].

- 2012 “Private Antitrust Damages Actions in the EU: Second Generation Questions”, *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 9, janeiro-março 2012, pp. 21-72.
- LANG, John Temple
- 2011 “The *Pfleiderer* case – Disclosing leniency applications for private claimants”, *Competition Law Insight*, 26 July 2011, pp. 3-4.
- MACCULLOCH, Angus & WARDHAUGH, Bruce
- 2012 “The Baby and the Bathwater – the Relationship in Competition Law between Private Enforcement, Criminal Penalties, and Leniency Policy”, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2089369> [consultado em 27.08.12].
- PAULIS, Emil
- 2007 “Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law”, in *Private Enforcement of EC Competition Law*, ed. Jürgen Basedow, The Netherlands: Kluwer Law International.
- POLLEY, Romina & ZAGROSEK, Roman
- 2012 “The German *Pfleiderer* decision – Protecting the national leniency programme”, *Competition Law Insight*, 20 March 2012, pp. 7-8.
- RIZZUTO, Francesco
- 2011a “Leniency and follow-on private actions for damages: Comment on the Opinion of the Advocate General in the *Pfleiderer* Case”, *Global Competition Litigation Review*, 2011, Issue 2, pp. 99-106.
- 2011b “The Procedural Implications of *Pfleiderer* for the Private Enforcement of European Union Competition Law in Follow-On Actions for Damages”, *Global Competition Litigation Review*, 2011, Issue 3, pp. 116-124.
- 2012 “Leniency and Damages Actions: The Impact of Recent European Union Court Jurisprudence”, *Global Competition Litigation Review*, 2011, Issue 1, pp. 1-13.
- SAAVEDRA, ALBERTO
- 2010 “The Relationship between the Leniency Programme and Private Actions for Damages at the EU Level”, *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 4, outubro-dezembro 2010, pp. 21-51.
- 2012 “Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission”, *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 10, abril-junho 2012, pp. 65-89.

SILVEIRO, FERNANDO XAREPE

2012 “O regime jurídico da clemência na nova Lei da Concorrência. Novas valências, novos desafios”, *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 10, abril-junho 2012, pp. 251-281.

STEPHAN, ANDREAS

2012 “ECJ Ruling in Pfeiderer Heightens Concerns about Encouraging Private Enforcement”, disponível em <http://competitionpolicy.wordpress.com/2011/06/23/ecj-ruling-in-pfleiderer-heightens-concerns-about-encouraging-private-enforcement/> (consultado em 26.07.2012).

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – ABRIL A JUNHO DE 2012

elaborado por André Forte

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (3.^a Secção) de 11.04.2012, proferido no âmbito do Processo n.º 262/10.5TYLSB.1.L1 (recurso de Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa).

Recorrentes: *ICA – Indústria e Comércio Alimentar, S.A., NORDIGAL – Indústria de Transformação Alimentar, S.A., Manuel António Ribeiro Sevinate Sousa, GERTAL – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A., ITAU – Instituto Técnico de Alimentação Humana, S.A., TRIVALOR – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A., Carlos Alberto dos Santos Martins Moura, José Luís Silvestre Cordeiro, UNISELF – Gestão e Exploração de Restaurantes de Empresas, Lda. e Mateus da Silva Alves.*

Sumário: não admite o recurso interposto por ICA – Indústria e Comércio Alimentar, S.A., NORDIGAL – Indústria de Transformação Alimentar, S.A. e Manuel António Ribeiro Sevinate Sousa; indefere os requerimentos para aceitação dos recursos interpostos por GERTAL – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A., ITAU – Instituto Técnico de Alimentação Humana, S.A., TRIVALOR – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A., Carlos Alberto dos Santos Martins Moura, José Luís Silvestre Cordeiro, UNISELF – Gestão e Exploração de Restaurantes de Empresas, Lda. e Mateus da Silva Alves nos termos e para os efeitos do art. 73.º, n.º 2 do RGIMOS, o que equivale à retirada dos recursos; condena as recorrentes no pagamento de custas.

Normas relevantes: arts. 4.º, 22.º e 26.º da LdC; arts. 41.º, 50.º, 73.º e 74.º do RGIMOS; arts. 4.º, 7.º, 58.º, 59.º, 61.º, 118.º, 120.º e 122.º do CPP; art. 279.º do CPC e arts. 20.º e 32.º, n.º 10 da CRP.

Decisão Sumária do Tribunal Constitucional (2.^a Secção) de 24.04.2012, proferida no âmbito do recurso n.º 248/12 (recurso de Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 3.^a Secção, no Processo n.º 178/09.8TYLSB.L1).

Recorrente: *AIPL - Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa.*

Sumário: não conhece do recurso, por não ter o objeto do mesmo um cariz normativo.

Normas relevantes: art. 379.º, n.º 1, al. c) do CPP e art. 78-A.º, n.º 1 da LTC.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (2.º Juízo) de 07.05.2012, proferida no âmbito do Processo n.º 774/12.6TYLSB (ação administrativa comum).

Requerente: *Automóvel Club de Portugal.*

Sumário: o Tribunal de Comércio de Lisboa declara-se incompetente em razão da matéria e absolve a Ré (Autoridade da Concorrência) da instância; condena a requerente no pagamento das custas.

Normas relevantes: arts. 50.º e 54.º da LdC; arts. 89.º e 89.º-B da LOFTJ; art. 20.º, n.º 1 e n.º 3 da Lei n.º 46/2011, de 24 de junho; Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março; Portaria n.º 84/2012, de 29 de março e arts. 101.º, 102.º e 105.º, n.º 1 do CPC.

Decisão Sumária do Tribunal Constitucional (3.^a Secção) de 09.05.2012, proferida no âmbito do recurso n.º 294/12 (recurso de Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 5.^a Secção, no Processo n.º 1065/07.0TYLSB.L1).

Recorrente: *Autoridade da Concorrência.*

Sumário: não toma conhecimento do recurso; condena a recorrente no pagamento das custas.

Normas relevantes: art. 6.º, n.º 3 da LdC; art. 267.º do TFUE; arts. 70.º, n.º 1, al. b), 72.º, n.º 2 e 78-A.º, n.º 1 da LTC; art. 280.º, n.º 1, al. b) da CRP.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (4.º Juízo) de 29.05.2012, proferida no âmbito do Processo n.º 349/11.7TYLSB (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência - contraordenação).

Requerente: *ANEPE - Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento.*

Sumário: julga parcialmente procedente o recurso de impugnação interposto pela ANEPE - Associação Nacional de Empresas de Parques de Estaciona-

mento, condenando a arguida, pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos arts. 4.º, n.º 1 e 43.º, n.º 1, al. a) e n.º 2 da LdC, na coima de novecentos e sessenta e nove mil euros; condena-a também a proceder, a expensas suas, à publicação no Diário da República, II Série, de um extrato da decisão, do qual constem os fundamentos de facto e de direito que levaram à sua condenação, bem como da parte decisória num jornal de circulação nacional, que o Tribunal delimitará após o trânsito em julgado da decisão; condena a arguida nas custas do processo.

Normas relevantes: arts. 4.º, 6.º, 17.º, 18.º, 19.º, 24.º, 25.º, 26.º, 42.º, 43.º, 44.º e 45.º da LdC; arts. 1.º, 2.º, 3.º, 8.º, 9.º, 18.º, 22.º, 41.º, 42.º, 50.º, 51.º, 54.º, 58.º, 59.º, 62.º e 70.º do RGIMOS; arts. 13.º, 15.º e 16.º do CP; arts. 61.º, 121.º, 124.º, 126.º, 132.º, 192.º, 196.º, 333.º, 374.º e 379.º do CPP; arts. 1.º, 12.º, 17.º, 18.º, 20.º, 29.º, 30.º, 32.º, 46.º e 205.º da CRP.



JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE REGULAÇÃO — ABRIL A JUNHO DE 2012

elaborado por José Renato Gonçalves

VALORES MOBILIÁRIOS

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 3.^a Secção, de 30 de maio de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 1870/10.0 TFLSB.L1, da 1.^a Secção do 2.º Juízo do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, no qual fora decidido confirmar a decisão de condenação da CMVM pela prática em concurso efetivo real homogêneo de 21 contraordenações por violação a título doloso do dever de não utilização de informação privilegiada ainda não tornada pública, cada uma na coima de 25 mil euros, e condenar o arguido ao pagamento de uma coima única de 25 mil euros. O acórdão nega provimento ao recurso e confirma a decisão condenatória, por considerar “equilibrada e justa” a sanção aplicada por cada contraordenação e pela pena única, não merecendo por isso qualquer censura, tendo em atenção a “gravidade das infrações cometidas (mediana), a qualidade da culpa (dolosa), bem como o número de contraordenações praticadas pelo arguido, de idêntico tipo e homogeneidade no seu modo de execução”.

Arguido / recorrente: Armando Esteves

Tipo de ilícito: violação do dever de não utilização de informação privilegiada.

Decisão: negado provimento ao recurso e confirmada a decisão condenatória.

Normas relevantes: Arts. 248.º, n.ºs 1, 2 e 4, 374.º, n.º 2, 379.º, n.º 1, als. a) e c), 388.º, n.º 1, al. a) e 394.º, n.º 1, al. i) do CVM, arts. 374.º, n.º 2 e 410.º, n.º 2 do CPP e art. 75.º, n.º 1 do RGCO.



JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – ABRIL A JUNHO DE 2012

elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abusos de posição dominante

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.04.2012, proferido no âmbito do Processo C-549/10 P.

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

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal Geral de 29.06.2012, proferido no âmbito do Processo T-360/09.

Partes: *E.ON Ruhrgas AG* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.06.2012, proferido no âmbito do Processo T-448/07.

Partes: *YKK Corp.* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.06.2012, proferido no âmbito do Processo T-445/07.

Partes: *Berning & Söhne GmbH & Co. KG* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.06.2012, proferido no âmbito do Processo T-439/07.

Partes: *Coats Holdings Ltd* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.06.2012, proferido no âmbito do Processo T-372/10.

Partes: *Bolloré* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.06.2012, proferido no âmbito do Processo T-167/08.

Partes: *Microsoft Corp.* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.06.2012, proferido no âmbito do Processo C-158/11 (a título prejudicial).

Partes: *Auto 24 SARL / Jaguar Land Rover France SAS*.

Acórdão do Tribunal Geral de 05.06.2012, proferido no âmbito do Processo T-214/06.

Partes: *Imperial Chemical Industries Ltd* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 24.05.2012, proferido no âmbito do Processo T-111/08.

Partes: *MasterCard, Inc.* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 03.05.2012, proferido no âmbito do Processo C-290/11 P.

Partes: *Comap SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 03.05.2012, proferido no âmbito do Processo C-289/11 P.

Partes: *Legris Industries SA* / Comissão.

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28.6.2012, proferido no âmbito do Processo C-485/10.

Partes: Comissão / *République hellénique*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.6.2012, proferido no âmbito do Processo C-452/10 P.

Partes: *BNP Paribas* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5.6.2012, proferido no âmbito do Processo C-124/10 P.

Partes: Comissão / *Électricité de France (EDF)*.

Questões processuais

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28.6.2012, proferido no âmbito do Processo C-477/10 P.

Partes: Comissão / *Agrofert Holding a.s.*



C&R

BIBLIOGRAFIA

Recensão

Novidades Bibliográficas



RECENSÃO

Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

elaborado por Miguel Nogueira de Brito

O AUTOR E O SEU PENSAMENTO

Daniel Kahneman (1934-), prémio Nobel da Economia em 2002, pelo trabalho realizado juntamente com Amos Tversky (1937-1996) sobre a psicologia do processo de decisão e a economia comportamental, é professor de psicologia na Universidade de Princeton. Grande parte do trabalho de Kahneman foi realizada em conjunto com Amos Tversky, tendo-se ambos tornado sobretudo conhecidos depois de publicarem, em 1979, um influente artigo, com o título “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, em que sustentam que as escolhas das pessoas entre alternativas que envolvem risco, sendo conhecidas as probabilidades dos resultados, não são baseadas na simples comparação entre a esperança matemática das alternativas.

Tversky e Kahneman mostraram que, confrontados com a escolha entre a certeza de ganhar € 900 e 90% de hipóteses de ganhar € 1000 (10% de hipóteses de não ganhar nada), a maior parte das pessoas escolherá a primeira alternativa. Note-se que a esperança matemática é idêntica em ambos os casos. Já entre a certeza de perder € 900 e 90% de hipóteses de perder € 1000 (10% de hipóteses de não perder nada), a maioria escolherá a segunda alternativa, de novo apesar da igualdade da esperança matemática. A diferença de tratamento entre ganhos e perdas mantém-se nos casos em que o resultado final

apresentado aos participantes é idêntico quer nos cenários de perda, quer nos de ganho. Num primeiro caso, são dados € 1000 ao participante, pedindo-se-lhe que opte entre 50% de hipóteses de ganhar mais € 1000 ou a certeza de receber mais € 500; no segundo são dados € 2000 a alguém, pedindo-se-lhe que escolha entre 50% de hipóteses de perder € 1000 ou a certeza de perder € 500. Também aqui, uma larga maioria dos inquiridos prefere a opção certa no primeiro caso e a opção de risco no segundo. Por outras palavras, os mesmos que escolhem ficar mais ricos em € 1500 no primeiro caso, optando por ganhar quinhentos euros adicionais aos mil inicialmente atribuídos, não optam pelo mesmo resultado no segundo cenário, como aconteceria se optassem por perder quinhentos euros dos dois mil iniciais, em que está em causa já não um ganho, mas uma perda. As diferenças não podem, pois, ser explicadas pela simples mudança na riqueza, mas pelo facto de se gostar de ganhar e de não se gostar de perder, sendo o desgosto de perder superior ao gosto de ganhar. Existe assim uma aversão à perda, resultante de a reação às perdas ser mais forte do que a reação aos ganhos (pp. 279-283). Dito de outro modo, mais subtil, preferem-se em regra *perdas incertas* (às certas) e *ganhos certos* (aos incertos).

Esta ilustração do pensamento de Kahneman dá bem a ideia de como o seu trabalho sobre os modos em que os “limites” das nossas capacidades cognitivas conformam os nossos juízos e decisões se cruza entre os campos da psicologia, da economia e da própria teoria moral. No plano da psicologia, o pensamento de Kahneman permite compreender como a operação mental que atribui sentido às nossas intuições consubstancia uma atividade cognitiva muito diversa daquela que está subjacente a essas mesmas intuições. No da economia, expõe as falhas dos modelos que atribuem um papel central à racionalidade na teoria económica. Por último, Kahneman revela que os nossos juízos morais intuitivos podem não ser fiáveis e discute em que medida podem ser revistos mediante reflexão¹.

Sem prejuízo de toda esta interdisciplinaridade, Kahneman é, antes de mais, um psicólogo, ainda que um psicólogo cujo principal feito foi o de transformar a psicologia numa ciência quantitativa, como afirma Freeman Dyson,

1 Sobre este aspeto, cf., em especial, a entrevista de Kahneman em Alex Voorhoeve, *Conversations on Ethics*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 67 ss.

numa recensão recente a *Thinking, Fast and Slow*². Neste contexto, Freeman Dyson considera notável a ausência de qualquer referência a Freud no livro de Kahneman. Não estariam em causa as enormes diferenças entre os dois autores: enquanto Freud é literário, Kahneman é científico; apesar disso (ou por causa disso, dirão alguns), Freud pretendia curar doenças, enquanto Kahneman procura apenas desfazer ilusões. E, no entanto, Freeman Dyson considera que as visões dos dois autores são complementares e não contraditórias. As manifestações violentas e apaixonadas da natureza humana, centradas em matérias de vida ou morte, amor e ódio, dor e sexo, não podem ser experimentalmente controladas e estão fora do alcance da investigação de Kahneman. Todavia, “*a violência e a paixão são o território de Freud. Freud pode penetrar mais fundo do que Kahneman porque a literatura escava mais do que a ciência nas profundezas da natureza humana e no destino humano*”. Assim, haveria lugar para dois diferentes níveis de exploração da psique humana: as “*emoções profundas*”, de que se encarregaram Freud e outros, como William James, e os “*processos cognitivos mais insípidos*”, de que se ocupa Kahneman³.

Mas há, porventura, uma outra leitura, em que a relação de complementaridade entre Freud e Kahneman é substituída por uma relação de contradição. Freud propõe um projeto de libertação (bem ou mal sucedido), enquanto a linha de investigação em que Kahneman é pioneiro parece mais apta a ser configurada como um modo de guiar o exercício do poder. O contacto direto entre o psicólogo e o seu doente é substituído, ou complementado, por uma intervenção do psicólogo na formulação de políticas de atuação de instituições várias, desde as empresas aos Estados.

SINOPSE DA OBRA

Um exemplo do que acaba de ser dito é relatado em *Thinking, Fast and Slow* e permite-nos introduzir as principais ideias do livro. Enquanto desempenhava o seu serviço militar nas Forças Armadas Israelitas, em 1955, Kahneman foi incumbido de criar um sistema de entrevistas para os recrutas, a fim de substituir o sistema então em vigor, de acordo com o qual os soldados considerados aptos para todo o serviço eram entrevistados para uma avaliação da sua personalidade. O objetivo consistia em atribuir ao recruta uma pontuação de

2 Cf. Freeman Dyson, “How to Dispel Your Illusions”, in *The New York Review of Books*, December 22, 2011 – January 11, 2012, Vol. LVIII, No. 20, p. 42.

3 Cf. Freeman Dyson, *ob. cit.*, p. 41.

aptidão para o combate e encontrar a especialidade mais adequada à sua personalidade: infantaria, artilharia, etc. Os entrevistadores eram selecionados pela sua inteligência e interesse em lidar com pessoas e a sua tarefa consistia em conduzir entrevistas de 15 a 20 minutos, em que deveriam cobrir vários tópicos e formar uma impressão geral do grau de desempenho do recruta. O procedimento revelou-se, no entanto, praticamente inútil quanto à previsão do sucesso dos futuros recrutas. Kahneman, munido com uma licenciatura em psicologia e a leitura recente do livro do psicólogo americano Paul Meehl, com o título *Clinical v. Statistical Prediction: A Theoretical Analysis and a Review of the Evidence*, seguiu um caminho diferente. Convencido pelo argumento de que as regras estatísticas são superiores aos juízos intuitivos, concluiu que o sistema em vigor falhava porque permitia aos investigadores fazer precisamente aquilo de que gostavam, isto é, conhecer a dinâmica da vida mental dos entrevistados. Em vez disso, pensou que o tempo limitado disponível deveria ser usado para obter a maior quantidade de informação específica possível sobre a vida do entrevistado no seu ambiente normal. Para além disso, as avaliações globais dos entrevistadores deveriam ser substituídas por sumários estatísticos de atributos avaliados separadamente. A pontuação final da aptidão para o serviço militar passou assim a ser computada com base em fórmulas padronizadas, revelando-se as previsões baseadas em pontuações estatísticas geralmente mais corretas do que as sustentadas em juízos dos técnicos (pp. 229-231).

Um dos principais temas do livro de Kahneman consiste precisamente nas ilusões cognitivas ou de pensamento, isto é, aquelas crenças falsas que intuitivamente aceitamos como verdadeiras (pp. 26-28). E o modo como explora este tema é largamente baseado numa distinção que constitui o objeto da Parte I de *Thinking, Fast and Slow*. Trata-se da distinção entre dois sistemas independentes existentes nos nossos cérebros com base nos quais organizamos o pensamento. O Sistema 1 “*opera automaticamente e depressa, com pouco ou nenhum esforço e sem sentido de controlo voluntário*”. O Sistema 2, pelo contrário, “*dedica atenção às atividades mentais empenhadas que a exigem, incluindo computações complexas*”. Tais operações “*são comumente associadas à experiência subjetiva da diligência, escolha e concentração*” (pp. 20-21).

Na Parte II, Kahneman explora um *puzzle* importante: por que motivo nos é tão difícil pensar estatisticamente? A resposta proposta por Kahneman toma como ponto de partida a circunstância de a estatística exigir que

pensemos sobre muitas coisas ao mesmo tempo, “*algo que o Sistema 1 não foi concebido para fazer*” (p. 13).

Na Parte III do livro é descrita uma limitação das nossas mentes: “*a nossa excessiva confiança naquilo que acreditamos conhecer e a nossa aparente incapacidade de reconhecer a completa dimensão da nossa ignorância e a incerteza do mundo em que vivemos*” (p. 14). Uma das fontes de inspiração nesta parte do livro consiste na noção de falácia narrativa, desenvolvida por Nassim Taleb, no seu livro *O Cisne Negro*, que descreve como histórias distorcidas do passado influenciam a nossa visão do mundo e as nossas expectativas para o futuro⁴.

O tema da Parte IV consiste num diálogo com a economia sobre a natureza do processo decisório e o pressuposto de que os agentes económicos são racionais. Neste contexto, o autor analisa os diversos modos em que as escolhas humanas se desviam das regras da racionalidade.

A Parte V descreve investigações recentes que introduziram a distinção entre dois “eus”, o “eu” que experimenta e o “eu” que se lembra, os quais não têm os mesmos interesses. A distinção apresenta relevância na medição do bem-estar, considerando que aquilo que torna o “eu” que experimenta feliz não é necessariamente o mesmo que satisfaz o “eu” que se lembra. Segundo o autor, o modo como dois “eus” num mesmo corpo podem perseguir a felicidade levanta algumas questões difíceis, quer para os indivíduos, quer para as sociedades que encaram o bem-estar das populações como uma tarefa a levar a cabo.

O livro termina com um capítulo conclusivo que explora, na ordem inversa, as implicações das três distinções desenvolvidas ao longo da obra: a distinção entre o “eu” que experimenta e o “eu” que se lembra, isto é, entre o “eu” que vive e o “eu” que avalia e faz as escolhas; a distinção entre a conceção do agente individual da economia clássica e o da economia de comportamento, ou entre os *economianos* fictícios e os *humanos* que atuam no mundo real⁵; a distinção finalmente, entre o Sistema 1 e o Sistema 2.

4 Cf. Nassim Nicholas Taleb, *O Cisne Negro: O Impacto do Altamente Improvável*, 5.ª ed., tradução do original americano, Dom Quixote, Lisboa, 2011, pp. 103 e ss.

5 A distinção, como Kahneman salienta (pp. 269 e 412), foi introduzida pelo economista Richard Thaler e pelo jurista Cass Sunstein no seu *best-seller* de 2008 com o título *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven: Yale University Press. O sucesso do livro terá contribuído para que o Presidente Obama viesse a convidar Sunstein para membro do *Office of Information and Regulatory Affairs*, dando-lhe assim a oportunidade de promover a aplicação das lições da psicologia e da economia comportamental na Administração Pública.

Com base na observação de que as escolhas baseadas na memória podem envolver a repetição de experiências que envolvem mais dor (pp. 378 e ss.), Kahneman questiona a qual dos dois “eus” se deve atribuir maior relevância. Sem oferecer uma resposta definitiva para este problema, o autor sustenta, no entanto, ser agora concebível, como o não era há alguns anos, pensar que um índice da quantidade de sofrimento numa sociedade venha algum dia a ser incluído nas estatísticas nacionais, ao lado de números sobre o desemprego, a deficiência e o rendimento (p. 410).

Os agentes económicos são normalmente encarados como agentes racionais – os *economanos* –, no sentido em que todas as suas preferências – sejam elas quais forem, e por mais desrazoáveis que sejam – se apresentam como internamente consistentes. Para além disso, os *economanos* devem ser livres para escolherem as suas preferências. Kahneman critica estas duas dimensões do modo, ainda dominante na ciência económica, como os agentes económicos são encarados. É neste contexto que desenvolve o seu apoio à ideia do paternalismo libertário⁶, desenvolvida por Thaler e Sunstein no seu livro *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. A ideia é a de que os *humanos*, ao contrário dos *economanos*, precisam de proteção em relação a outras pessoas que deliberadamente exploram as suas fraquezas, especialmente as que resultam dos preconceitos do Sistema 1 e da lentidão do Sistema 2 (p. 413). Uma implicação perniciosa do modelo do agente racional é a de que os consumidores não careceriam de proteção para além da de assegurar que a informação relevante lhes fosse, de algum modo, revelada. O tamanho da letra e complexidade da linguagem não são relevantes, uma vez que os *economanos* sabem como lidar com qualquer informação que possa ser útil. Pelo contrário, o paternalismo libertário recomenda informação mais simples para os consumidores.

Um exemplo disto é a política de comportamento designada “*poupar mais amanhã*”, consistente num plano financeiro que as empresas podem oferecer aos seus trabalhadores e em cujos termos estes autorizam a entidade patronal a aumentar as contribuições dos trabalhadores para os seus planos de poupança sempre que recebam um aumento. Segundo Kahneman, esta inovação

⁶ O paternalismo libertário significa que as pessoas devem ser livres para fazerem o que quiserem, mas é legítimo que o seu comportamento seja influenciado por “arquitetos da escolha”, de modo a fazer as suas vidas mais longas, saudáveis e melhores. O paternalismo defendido é “fraco”, no sentido de não intrusivo, uma vez que não exclui as escolhas definitivas dos indivíduos, apenas procura conformá-las (cf. R. Thaler e C. Sunstein, *Nudge*, cit., pp. 4 e ss.)

brilhante, proposta por Thaler e Shlomo Benartzi em 2003, contribuiu para o aumento da taxa de poupança e melhorou as perspectivas futuras de milhões de trabalhadores. Este objetivo foi conseguido através de uma proposta que evita a resistência às perdas imediatas, já anteriormente identificada, ao associar aumentos de poupança a aumentos salariais, transformando assim perdas em ganhos antecipados. E tudo isto, “*sem compelir ninguém a fazer algo que não deseja e sem qualquer má orientação ou artifício*” (p. 414).

Kahneman sublinha que os Sistemas 1 e 2 não existem realmente no cérebro, constituindo antes formas abreviadas de designar, respetivamente, o pensamento automático e o pensamento refletido. Por outro lado, o Sistema 1 não é apenas responsável por nos deixar à mercê das falhas do pensamento intuitivo. É também o Sistema 1 que “*distingue eventos surpresa de eventos normais numa fração de segundo, gera imediatamente uma ideia do que era esperado em vez de uma surpresa e procura automaticamente uma interpretação causal das surpresas e dos eventos à medida que ocorrem*” (p. 416). Por outro lado, nem sempre o Sistema 2 é um modelo de racionalidade. O Sistema 1 tem um enorme à vontade em processar informação, mas não gera um sinal de aviso quando se torna não fiável. As respostas intuitivas vêm à mente de forma rápida, quer tenham a sua origem no saber perito, quer na heurística, isto é, em procedimentos que ajudam a encontrar respostas adequadas, embora muitas vezes imperfeitas, a questões difíceis (p. 98).

A difícil articulação entre o funcionamento dos Sistemas 1 e 2 leva Kahneman a afirmar ser mais fácil reconhecer os erros dos outros do que os próprios: “[os] observadores estão menos ocupados cognitivamente e mais abertos à informação do que os atores. Esta foi a minha razão para escrever um livro orientado para críticos e bisbilhoteiros, mais do que para os próprios decisores” (p. 417). Pela mesma razão, as ideias de Kahneman parecem mais diretamente visar as organizações, uma vez que estas podem, mais facilmente do que os indivíduos, instituir e fazer aplicar *checklists* úteis, bem como outros exercícios mais elaborados, visando melhorar o produto decisório (pp. 264-265 e 418).

Nas mãos de Kahneman, a psicologia assume-se como um poderoso instrumento de uma verdadeira engenharia social. O autor pretende que essa engenharia social, na linha do paternalismo libertário, não visa compelir ninguém a fazer algo que não deseje. Mas não fica clara a distância entre a sua posição e aquela recentemente expressa pelo apóstolo do utilitarismo Peter Singer, apoiando as mais amplas restrições à publicidade do tabaco: “*A defesa*

de Mill a respeito da liberdade individual, no entanto, presume que os indivíduos são os melhores juizes e guardiões dos seus próprios interesses – uma ideia que atualmente raia a ingenuidade.^{7/8}

7 Artigo no jornal *Público* de 12 de Setembro de 2012, com o título “Saúde Pública versus liberdade privada?”

8 Agradeço as críticas e sugestões do Pedro Múrias.

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS – abril a junho de 2012

elaborado por Catarina Anastácio

CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

- ANDREW MACNAB – *Bellamy and Child: Materials on European Community Law of Competition: 2012 Edition*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- D. SOKOL/IOANNIS LIANOS (eds.) – *The Global Limits of Competition Law*, Stanford: Stanford University Press, 2012.
- DAMIEN GERADIN/ANNE LAYNE-FARRAR/NICOLAS PETIT – *EU Competition Law and Economics*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- DANIEL ZIMMER – *The Goals of Competition Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012.
- EINER R. ELHAUGE – *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012.
- FRANCISCO ENRIQUE GONZALEZ-DIAZ/ROBBERT SNELDERS (eds.) – *EU Competition Law: Volume V, Abuse of Dominance under Article 82 EC*, Deventer: Claeys & Casteels Publishing, 2012.
- GIAN LUIGI TOSATO/LEONARDO BELLODI (eds.) – *EU Competition Law: Volume I, Procedure: Antitrust – Merger – State Aid*, 2nd Ed., Deventer: Claeys & Casteels Publishing, 2012.
- GIANDONATO CAGGIANO/GABRIELLA MUSCOLO/MARINA TAVASSI – *Competition Law and Intellectual Property. The European Perspective*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2012.
- LEELA CEJNAR – *Competition law issues facing the Australian banking sector: An examination of Australia's position in the global context*, LAP Lambert Academic Publishing, 2012.
- MAHER M. DABBAH/PAUL LASOK QC – *Merger Control Worldwide*, 2nd Ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- OLIVER BLACK – *Agreements: A Philosophical and Legal Study*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- STEVEN TRUXAL – *Competition and Regulation in the Airline Industry: Puppets in Chaos*, London/New York: Routledge, 2012.

THORSTEN KASEBERG – *Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in the EU and the US*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2012.

VIVIEN ROSE/PETER ROTH – *Bellamy & Child: The European Community Law of Competition: Second Cumulative Supplement*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

VIVIEN ROSE/PETER ROTH – *Bellamy and Child: European Community Law of Competition: 2012 Pack*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION – *Antitrust Division Manual*, Seattle: CreateSpace, 2012.

C&R

ATUALIDADES



ATUALIDADES

elaborado por Cristina Camacho e Nazaré da Costa Cabral

EVENTOS E CONFERÊNCIAS

Realizados

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Conferência *O Novo Regime Jurídico da Concorrência*

Lisboa, 13 de julho de 2012

A Autoridade da Concorrência, em parceria com a Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e Católica Global School of Law, organizou a Conferência “*O Novo Regime Jurídico da Concorrência*”.

Na Conferência foram discutidos e analisados os aspetos fundamentais decorrentes da entrada em vigor da nova lei da concorrência, nos domínios das práticas restritivas da concorrência, controlo de concentrações, estudos de mercado e controlo jurisdicional.

A Sessão de Abertura da Conferência foi presidida por Álvaro Santos Pereira, Ministro da Economia e do Emprego, e contou com a presença de Joaquín Almunia, Comissário Europeu para a Concorrência. A Sessão de Encerramento foi presidida por Carlos Moedas, Secretário de Estado Adjunto do Primeiro-Ministro.

A Conferência contou com a intervenção de oradores nacionais e internacionais, entre os quais Frédéric Jenny e Christopher Bellamy.

Programa, discursos e apresentações disponíveis em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Conferencias_e_Seminarios/Paginas/Conferencia-NRJC2012.aspx?lst=1.

**INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO, FINANCEIRO E FISCAL DA
FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA (IDEFF)**

**Conferência sobre as perspectivas de Reforma do Regime da Defesa da
Concorrência**

Lisboa (Fundação Calouste Gulbenkian), 11 de maio de 2012

Nesta Conferência estiveram presentes, na qualidade de oradores, o Doutor Eduardo Lopes Rodrigues (Intervenção intitulada: A Nova Lei, enquanto fundamento da Política de Promoção e Defesa da Concorrência – Reflexões sobre as principais Inovações), o Doutor Luís Silva Morais (Intervenção intitulada: A reforma do direito português da concorrência no contexto europeu e internacional – visão geral e impacto da adoção do princípio da oportunidade), o Doutor Paulo Sousa Mendes (Intervenção intitulada: O contencioso da concorrência – balanço e perspectivas em função da reforma do direito português da concorrência), o Dr. Carlos Botelho Moniz (Intervenção intitulada: Aspectos processuais do controlo de concentrações e articulação com o regime de contratação pública), o Doutor Miguel Moura e Silva (Intervenção intitulada: O abuso de posição dominante no direito português da concorrência: passado, presente e futuro), o Dr. Carlos Pinto Correia (Intervenção intitulada: Infrações, sanções e recursos no novo regime de defesa da concorrência), o Dr. Gonçalo Anastácio (Intervenção intitulada: Novos poderes da ADC e mecanismos de controlo), o Doutor José Luis da Cruz Vilaça (Intervenção intitulada: Reflexões sobre controlo jurisdicional em matéria de concorrência), o Dr. Mário Marques Mendes (Intervenção intitulada: Regras relativas a compromissos e transações no novo regime de defesa da concorrência), o Doutor João Espírito Santo Noronha (Intervenção intitulada: Novos rumos do controlo da concentração de empresas na reforma do direito português da concorrência), o Dr. Fernando Silveiro (Intervenção intitulada: O que muda no regime jurídico da clemência) e o Dr. Vitor Calvete (Intervenção intitulada: Abuso de dependência económica).

**Conferência “Concorrência e Regulação Económica – Reformas em Curso nos
dois lados do Atlântico (Brasil e Portugal)”**

São Paulo (Auditório da Universidade São Judas Tadeu), 31 de maio de 2012

Esta Conferência teve lugar no quadro da comemoração do 2.º aniversário da Revista C&R (Concorrência e Regulação) e nela se procedeu ao lançamento editorial no Brasil do número duplo da C&R (Nº 7/8), com um *dossier* temá-

tico especial dedicado à concorrência e regulação no Brasil. O programa da Conferência integrou três temas:

- Apresentação do n.º 7/8 da Revista C&R, com um *dossier* temático dedicado ao Direito da Concorrência e Regulação no Brasil [Oradores: Prof. Vinícius Marques de Carvalho (Presidente da CADE – Autoridade da Concorrência brasileira), Prof. Ricardo Medeiros de Castro, Prof. Vicente Bagnoli e Prof^a Ana Paula Martinez].
- A Nova Lei da Concorrência Brasileira (2011), em vigor desde de 30 de maio de 2012 [Oradores: Prof. Olavo Chinaglia (Ex-Presidente da CADE), Prof. Fernando Herren Aguillar (USP e USJT), Prof. Caio Mário da Silva Pereira Neto (GV), Prof. Carlos Joppert Ragazzo (UERJ/ Diretor-geral da CADE), Prof. Celso Fernandes Campilongo (USP) e o Prof. Alessandro Octaviani Luís (USP/Membro da Direção da CADE)].
- A Nova Lei da Concorrência Portuguesa (2012), em vigor a partir de julho de 2012 [Oradores: Prof. Doutor João Espírito Santo Noronha (FDL e Membro da Direção da Autoridade da Concorrência portuguesa/ Co-Diretor da Revista C&R), Prof. Doutor Luís Silva Morais (FDL e Vice Presidente do Instituto Europeu e IDEFF/ Co-Diretor da Revista C&R) e Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes (FDL e Diretor do Departamento Jurídico da Autoridade da Concorrência portuguesa)].

Conferência de Verão – Estado atual e Perspetivas de Reforma da Regulação Financeira na UE e em termos internacionais e Seminário follow up – “Tendências e desenvolvimentos da reforma da regulação financeira na UE e em termos internacionais”

Lisboa (Fundação Calouste Gulbenkian), 29 de junho de 2012 e Auditório do Banco de Portugal, 9 de julho de 2012

Esta Conferência realizou-se por ocasião do Lançamento do CIRSF (Centro de Investigação sobre Regulação e Supervisão Financeira), criado pelo Instituto Europeu e pelo IDEFF da Faculdade de Direito de Lisboa, em Parceria Científica com o Banco de Portugal e o Instituto de Seguros de Portugal. Na Abertura da Conferência intervieram os Senhores Prof. Doutor Eduardo Paz Ferreira (Presidente do IE e do IDEFF) e Prof. Doutor Luís Silva Morais (Vice-Presidente do IE e do IDEFF), apresentando o novo Centro de Investigação, ao qual se encontra ligada esta Conferência Internacional.

À Conferência, seguiu-se, a 9 de julho, um *Follow Up Seminar*, também inserido no programa de trabalhos do novo Centro de Investigação, com apresentação pelo Senhor Governador do Banco de Portugal (Dr. Carlos Costa) e intervenção, como *Keynote Speaker*, do Prof. Doutor Peter Praet da Comissão Executiva do Banco Central Europeu (BCE). Foram ainda oradores: Garry Schinasi (Intervenção intitulada: Os Desafios a enfrentar na coordenação da reforma da regulação financeira e do governo das instituições financeiras nos EUA e na EU; Harald Benink (Intervenção intitulada: Atuais desenvolvimentos na transição para Basileia III e as suas implicações); Marie-Anne Frison-Roche (Intervenção intitulada: Regular as agências de Rating? Razões para essa intervenção e como a desenvolver).

Todas estas iniciativas tiveram a Coordenação Geral dos Professores Doutores Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais.

Mais informações podem ser encontradas em www.ideff.pt.

A realizar

Nacionais

INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO, FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA (IDEFF)

Nono Curso de Pós-Graduação em Direito da Concorrência e Regulação

O IDEFF iniciará, a partir de 20 de setembro e até 7 de dezembro de 2012, a 2.^a fase do Nono Curso de Pós-Graduação em Direito da Concorrência e Regulação. Nesta fase, serão abordados, em regime de módulos, os seguintes temas: *i)* O contencioso da concorrência – balanço e perspetivas em função da reforma do direito português da concorrência; *ii)* Aspectos processuais do controlo de concentrações e articulação com o regime de contratação pública; *iii)* O abuso de posição dominante no direito português da concorrência: passado, presente e futuro; *iv)* Infrações, sanções e recursos no novo regime de defesa da concorrência; *v)* Novos poderes da Autoridade da Concorrência (ADC e mecanismos de controlo); *vi)* Reflexões sobre controlo jurisdicional em matéria de concorrência; *vii)* Regras relativas a compromissos no novo regime de defesa da concorrência. Cartéis e regime de transações no novo regime; *viii)* Novos rumos do controlo da concentração de empresas

na reforma do direito português da concorrência; *ix*) O que muda no regime jurídico da clemência. Abuso de dependência económica; *x*) Estudos de mercado e novos poderes de supervisão da ADC. Regime de recursos de decisões da ADC; *xi*) Auxílios de Estado e atuação da ADC em relação a entes públicos; *xii*) Perspetivas de *private enforcement* de direito da concorrência; *xiii*) Garantias de defesa no processo contraordenacional por infrações ao direito da concorrência (*due process*); *xiv*) Articulação entre aplicação de normas nacionais de concorrência e normas de concorrência da EU; *xv*) Interação entre normas de regulação sectorial e normas de concorrência – sector energético, sector de comunicações eletrónicas e sector financeiro; *xvi*) O estatuto dos principais reguladores sectoriais; *xvii*) Mecanismos de salvaguarda da independência e de escrutínio dos reguladores sectoriais.

Este Curso de Pós-Graduação conta com a docência de reputados especialistas nacionais, na área da concorrência e regulação e é organizado sob a Coordenação Científica do Prof. Doutor Luís Silva Morais e sob a Coordenação Executiva dos Profs. Doutores Miguel Moura e Silva e Nuno Cunha Rodrigues.

Internacionais

4th Annual Competition Litigation

Londres, 9 de outubro de 2012

Esta Conferência, organizada pela Global Competition Review, visa o debate de aspetos práticos da aplicação do direito da concorrência, incluindo ações de indemnização civil, acesso ao processo, procedimentos multi-jurisdicionais e a utilização de prova económica, entre outros.

Mais informação disponível em: <http://www.globalcompetitionreview.com/events/1418/4th-annual-competition-litigation/>.

2012 LIDC Congress

Praga, 11 a 14 de outubro de 2012

O Congresso da International League of Competition Law (LIDC) irá abordar duas questões fundamentais: *a aplicação das regras da concorrência a pequenas e médias empresas e a proteção de marcas e sinais distintivos, entre outras.*

Mais informação disponível em: <http://www.senatortravel.eu/LIDC/>.

IBC Legal's Competition Law Challenges in the Retail Sector 2012

Bruxelas, 17 de outubro de 2012

A IBC Legal organiza esta conferência, que irá debruçar-se sobre os mais recentes desenvolvimentos ao nível da política e direito da concorrência na União Europeia no setor retalhista, em particular no setor alimentar.

Mais informação disponível em: <http://www.ibclegal.com/event/Competition-Law-Challenges-in-Retail-Sector-Conference-2012>.

Vertical Agreements – Practical Experience with Reg. 330/2010

Bruxelas, 18 de outubro de 2012

Organizada pela IBC Legal, a conferência visa realizar um balanço dos dois anos de aplicação do novo regime jurídico aplicável aos acordos verticais, na sequência da entrada em vigor do Regulamento 330/2010.

Mais informação disponível em: <http://www.ibclegal.com/event/Vertical-Agreements-Conference-2012>.

The 18th Annual Competition Law & Regulation in the Telecoms, Internet & Broadcasting Sectors

Bruxelas, 6 e 7 de novembro de 2012

Esta Conferência, organizada pela IBC, pretende promover a discussão de temas de regulação e de aplicação do direito da concorrência no setor das telecomunicações, incluindo a Agenda Digital, neutralidade da rede e setor das comunicações móveis, entre outros.

Mais informação disponível em: <http://www.ibclegal.com/event/Competition-Law-and-Regulation-in-the-Telecoms-Internet-and-Broadcasting-Sectors-Conference>.

4th Annual GCR Live Brussels – the conference about the bigger picture

Bruxelas, 13 e 14 de novembro de 2012

Sob organização da Global Competition Review, a conferência aborda inúmeros temas relevantes de política da concorrência, tais como as coimas, a utilização de estudos económicos, concentrações de empresas e arbitragem, entre outros.

Mais informação disponível em: <http://www.globalcompetitionreview.com/events/1480/4th-annual-gcr-live-brussels-conference-bigger-picture/>.

21st Annual IBC Legal Conference Advanced EU Competition Law

Bruxelas, 27 e 28 de novembro de 2012

A IBC promove mais uma edição desta Conferência anual, onde serão abordados os mais recentes desenvolvimentos na área dos cartéis e concentrações, ações de indemnização e a atividade da Comissão Europeia.

Mais informação disponível em: <http://www.ibclegal.com/event/advanced-eu-competition-law-conference-2012-brussels>.

Autumn Conference on European State Aid Law 2012

Copenhaga, 29 e 30 de novembro de 2012

Esta conferência é organizada anualmente pela revista EStAL – European State Aid Law Quarterly.

Mais informação disponível em: <http://www.lexxion.de/en/verlagsprogramm-konferenzen/anstehende-konferenzen.html>.



NOTAS CURRICULARES

ALBERTO SAAVEDRA

Advogado associado da SRS - Sociedade Rebelo de Sousa & Advogados Associados, onde integra a equipa de Direito da Concorrência e Regulação. A sua experiência inclui atividade na área das práticas restritivas da concorrência, controlo de concentrações, auxílios de Estado e inquéritos sectoriais, prestando aconselhamento jurídico e representando empresas que operam nas áreas do comércio e distribuição, comunicações e tecnologias de informação, energia, imobiliário e construção, farmacêutico e transportes. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2004). Pós-graduado em Direito Comunitário e da Concorrência pelo *King's College* – Universidade de Londres (2006). *LL.M* – *Master of Laws* em Direito Europeu e da Concorrência pela UCL – Universidade de Londres (2009). É autor de diversas publicações e membro do Círculo de Advogados Portugueses de Direito da Concorrência e da Associação Portuguesa de Direito Europeu.

Alberto Saavedra is an associate lawyer in the competition and regulatory department of SRS - Sociedade Rebelo de Sousa & Advogados Associados Law Firm. His practice focuses on restrictive practices, merger control, state aid and sectoral inquiries providing legal advice and representing companies active in the areas of trade and distribution, electronic communications and ICT, energy, real estate and construction, pharmaceuticals and transports. Alberto Saavedra is graduated in Law from the Portuguese Catholic University Law School (2004), Postgraduate in EC Competition Law from the King's College - University of London (2006) and Master (LL.M) in European and Competition Law from the UCL - University College London (2009). He is author of several publications and is member of the Circle of Portuguese Competition Lawyers and Portuguese Association of European Law.

ALFONSO LAMADRID DE PABLO

Associado sénior da Garrigues (Bruxelas) no Departamento de Direito da União Europeia e da Concorrência. É licenciado em Direito com especialização em Direito da UE (“*first class honors*”) da Universidade San Pablo CEU. Concluiu um LL.M em Estudos Jurídicos Europeus no Colégio da Europa (*cum laude*; bolsa do Ministério dos Negócios Estrangeiros espanhol), e um LL.M na *Harvard Law School* (bolsa da *Fundación Ramón Areces*). As suas áreas de atividade incidem sobre processos de cartel, acordos restritivos da concorrência, abuso de posição dominante, controlo de concentrações e auxílios de Estado em diversos sectores. Publicou extensamente sobre Direito da Concorrência Internacional e da União Europeia e é regularmente convidado a lecionar e participar em conferências. É Professor convidado na *Brussels School of Competition* e co-Diretor do *EU & Spanish Competition Law Course* anual no IEB (Madrid).

Alfonso Lamadrid is a senior associate at the EU and Competition Law Department of Garrigues (Brussels). He obtained a Law degree with a specialization in EU Law (First class honors) from San Pablo CEU University. He has completed an LL.M in European Legal Studies at the College of Europe (cum laude; scholarship from the Spanish Ministry of Foreign Affairs), and an LL.M at Harvard Law School (scholarship from the Fundación Ramón Areces). His practice covers issues related to cartel proceedings, anti-competitive agreements, abuse of dominance, merger control and State aid rules in a wide array of sectors. Alfonso has published extensively on international and EU competition law matters and is regularly invited to lecture and participate in conferences. He is a Visiting Professor at the Brussels School of Competition and the co-Director of the annual EU & Spanish Competition Law Course at the IEB (Madrid).

ANDRÉ MAURO LACERDA AZEVEDO

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade Potiguar. Autor de publicações nas áreas da sua especialidade. É atualmente Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Promotor de Justiça do Ministério Público no Brasil.

André Mauro Lacerda Azevedo is Master in Law by the Federal University of Rio Grande do Norte Law School. Expert in Criminal Law and Criminology by the University Potiguar Law School. He is author of works in the fields of his

expertise. He has published books and articles in scientific reviews. He is currently a Ph.D Student at the University of Lisbon Law School and Public Prosecutor in Brazil.

CATARINA ANASTÁCIO

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1994) e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1999), onde lecionou Direito Processual Civil, Direito das Obrigações e Direitos Reais (1997-2005). Advogada (inscrição suspensa). Foi Jurista do quadro do Banco de Portugal (1995-1998) e da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) (1999-2003) e Adjunta do Secretário de Estado do Tesouro e Finanças nos XIV e XV Governos Constitucionais (2001-2003). É desde 2003 Jurista na Autoridade da Concorrência.

Catarina Anastácio is graduated in Law from University of Coimbra Law School (1994) and Master in Law from the University of Lisbon Law School (1999) where she lectured in Civil Procedural Law, Contract Law and Property Law (1997-2005). Lawyer (suspended registry at the Bar association). Previously a legal adviser at the Portuguese Central Bank (1995-1998) and at the Portuguese Securities Market Commission (CMVM) (1999-2003), as well as Member of the Cabinet of the Secretary of State of Treasury and Finance on the XIV and XV Constitutional Governments (2001-2003). Legal adviser at the Portuguese Competition Authority since 2003.

FERNANDO XAREPE SILVEIRO

Licenciado em Direito pela Universidade de Lisboa (1994), onde obteve o grau de Mestre em Direito (2001). Foi assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa de 1994 a 2011, onde lecionou as disciplinas de Direito da Economia I, Direito da Economia II, Direito Fiscal, Direito Comercial, Finanças Públicas, Relações Económicas Internacionais e Economia Política. Entre 1996 e 1997 desempenhou funções como Advogado na Direção dos Serviços Jurídicos da União de Bancos Portugueses e na Direção de Assessoria Jurídica do Banco Mello S.A.. Ingressou nos quadros do Instituto de Seguros de Portugal em 1999, onde, até 2001, desempenhou funções de Técnico-Jurista, no Departamento de Registo e Certificação e na Direção Jurídica. Entre 2001 e 2003 exerceu as funções de jurista no Departamento de Consultadoria e Planeamento do Tribunal de Contas. Ocupa, desde 2008,

o cargo de diretor-adjunto na Autoridade da Concorrência, onde ingressou em 2003 no Departamento de Mercados Regulados e dos Auxílios de Estado.

Fernando Xarepe Silveiro is graduated in Law from University of Lisbon Law School (1994), where he also concluded his Master in Law (2001). Teaching Assistant Professor at the University of Lisbon Law School from 1994 to 2011, where he lectured in Economy Law I, Economy Law II, Tax Law, Commercial Law, Public Finances, International Economic Relations and Political Economy. Between 1996 and 1997, he was a lawyer at the Directorate of Legal Services of the União de Bancos Portugueses and of Banco Mello S.A. In 1999, he joined the Instituto de Seguros de Portugal (Insurance and Pension Funds Supervisory Authority), where he was legal officer until 2001 at the Department for Registry and Certifications and the Legal Directorate. Between 2001 and 2003, he was a legal officer at the the Planning and Consultancy Department of the Court of Auditors. Since 2008, he is Deputy Director at the Portuguese Competition Authority, which he joined in 2003 in the Department for Regulated Markets and State Aid.

JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA

Vogal do Conselho da Autoridade da Concorrência e co-Diretor da Revista Concorrência & Regulação. Licenciado em Direito (1989), Mestre em Direito (Ciências Jurídicas, 1998) e Doutor em Direito (Ciências Jurídico-Empresariais, 2012), graus académicos atribuídos pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Exerceu funções de consultor no Secretariado Nacional de Reabilitação (organismo governamental para a definição da política nacional para a deficiência, na dependência do Conselho de Ministros) em 1991 e 1992. Docente da Faculdade de Direito de Lisboa, com a categoria de assistente, tendo lecionado Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Direito Civil, Direito Processual Civil I, Direito Comercial e Direito da Família e das Sucessões, entre 1989 e 2006. Exerceu também funções docentes na Faculdade de Direito de Bissau em 1995/96 e 1996/97. Foi co-director da AGECOP – Associação para a Gestão da Cópia Privada, em representação da GESTAUTOR – Associação para Gestão do Direito de Autor, entre 2001 e 2006. Tem publicadas várias obras e artigos científicos nas áreas do Direito Comercial, Direito da Família e das Sucessões, Direito Processual Civil e Direito da Concorrência.

João Espírito Santo Noronha is a Member of the Board of the Portuguese Competition Authority and Co-Director of Competition & Regulation. He is

graduated in Law (1989), Master in Law (Legal Sciences, 1998) and Ph.D. in Law (Legal and Business Sciences, 2012) from the University of Lisbon Law School. Consultant at the Secretariado Nacional de Reabilitação (governmental body for defining the national policy for disabilities, under the Council of Ministers) in 1991 and 1992. Teaching Assistant Professor at the University of Lisbon Law School, where he lectured Introduction to the Study of Law, Civil Law, Civil Procedural Law I, Commercial Law and Family and Succession Law, between 1998 and 2006. Teaching Assistant Professor at the Bissau Law School in 1995/1996 and 1996/1997. Co-Director of AGE COP – Associação para a Gestão da Cópia Privada, in representation of GESTAUTOR – Associação para Gestão do Direito de Autor, between 2001 and 2006. He has published various works and scientific articles in the areas of Commercial Law, Family and Succession Law, Civil Procedural Law and Competition Law.

LEONOR ROSSI

Licenciada em Direito (1996) e Doutorada em Direito Comparado (2000) pela Faculdade de Direito da Universidade de Trento, Itália. Fez estudos complementares em Direito Europeu no Colégio da Europa (Bruges 2002). É Professora Convidada na Faculdade de Economia e Gestão da Universidade Nova de Lisboa desde 2003 (Direito Europeu e Introdução ao Direito) e foi Professora Convidada na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa em 2005 (Análise Económica do Direito). Investigadora Pós-Doc na área de Análise Económica do Direito (Real Colégio Complutense e *John Olin Center for Law and Economics* na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard), 2005-2011. Colaboradora Externa da Gouveia Pereira Costa Freitas e Associados na área do Direito Europeu.

Leonor Rossi is a graduated in Law (1996) and holds a Ph.D in Comparative Law (2000) from the Law School of the University of Trento, Italy. Complementary studies in European Law at the College of Europe (Bruges 2002). Visiting Professor (European Law and Law for Economics and Management) at Nova School of Business and Economics, Portugal, since 2003 and Visiting Professor at Nova Law School in 2005 (Economic Analysis of Law). Post-Doctoral researcher in Economic Analysis of Law (I-VII Courses Real Colegio Complutense and John Olin Center for Law and Economics at Harvard Law School (2005-2011). External Counsel at Gouveia Pereira Costa Freitas e Associados, in the field of European Law.

LUIS ORTIZ BLANCO

Luiz Ortiz Blanco é sócio na Garrigues (Bruxelas/Madrid) e anterior funcionário da DG COMP (1987-1996). É Professor convidado de Aspectos Processuais do Direito da Concorrência da União Europeia no Colégio da Europa (Bruges) e na *Brussels School of Competition* (Bruxelas). É também Professor de Direito Internacional Privado na *Universidad Complutense* (Madrid). Atualmente é Presidente da AEDC (Associação Espanhola para a Defesa da Concorrência) e Secretário-Geral da AEDEur (Associação Espanhola de Direito Europeu, o Grupo Espanhol da *Fédération Internationale de Droit Européen, FIDE*). É também membro do Conselho Consultivo do *European Competition Journal* (Oxford) e Diretor Editorial da *Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia* (Madrid). Além disso, é Diretor do Curso Anual em Direito da Concorrência da União Europeia e espanhol do *Instituto de Estudios Bursátiles* (Madrid).

Luis Ortiz Blanco is a partner at Garrigues (Brussels/Madrid) and a former official of DG Comp (1987-1996). He is Visiting Professor of Procedural Aspects of EU Competition Law at the College of Europe (Bruges) and at the Brussels School of Competition (Brussels). He is also Professor of Private International Law at the Universidad Complutense (Madrid). He currently serves as President of AEDC (Spanish Association for the Defense of Competition) and Secretary General of AEDEur (Spanish Association for European Law, the Spanish group within the Fédération Internationale de Droit Européen, FIDE). He is also a member of the Advisory Board of the European Competition Journal (Oxford) and the Editorial Director of the Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia (Madrid). In addition, he is the Director of the Annual Course on EU and Spanish Competition Law held at the Instituto de Estudios Bursátiles (Madrid).

MÁRCIO SCHLEE GOMES

Especialista em Direito Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul/Brasil (2007). Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul/Brasil, desde 1998. Professor de Direito Penal na Faculdade Anhanguera de Rio Grande/Brasil, desde 2007. Foi membro auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público/Brasil (2010). Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2011-2012).

Márcio Schlee Gomes is an expert in Constitutional Law by the School of Public Prosecutors Foundation of Rio Grande do Sul/Brazil (2007). Member of the

Public Prosecution Service of Rio Grande do Sul/Brazil, since 1998. Professor of Criminal Law at the Faculty Anhanguera of Rio Grande/Brazil, since 2007. Former Auxiliary Member of the National Council of Public Prosecutors/Brazil (2010). Master degree student in Criminal Law at the University of Lisbon Law School (2011–2012).

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO

Advogado e Professor Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por onde é Licenciado, Mestre e Doutor. Exerce a sua atividade predominantemente no Direito Constitucional e no Direito Administrativo. Tem vários livros e artigos publicados nas áreas do Direito Constitucional e da Filosofia Política.

Miguel Nogueira de Brito is a lawyer and a professor at University of Lisbon Law School, where he has obtained his Law Degree, an LL.M and a Ph.D. His areas of activity focus mainly on Constitutional Law and Administrative Law. He has published several books and articles in the areas of Constitutional Law and Political Philosophy.

MIGUEL SOUSA FERRO

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2005). LL.M em Estudos Europeus no Colégio da Europa (Bruges, 2006). Monitor e Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2008–2009, e doutorando desde 2010. Colaborador externo da Sérvulo & Associados, na área de Direito Europeu e da Concorrência.

Miguel Sousa Ferro is graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2005). LL.M in European Studies from the College of Europe (Bruges, 2006). Teaching Assistant Professor at the University of Lisbon Law School, in 2008–2009, and doctoral candidate since 2010. External Counsel at Sérvulo & Associados Law Firm, in the field of European and Competition Law.

OLÍVIO MOTA AMADOR

Licenciado e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Graduado em Estudos Europeus (Vertente económica) no Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Docente universitário desde 1987 na área das ciências jurídico-económicas. Advogado e jurisconsulto. Membro do Conselho de Prevenção da Corrupção. Membro da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA). Árbi-

tro Tributário no Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). Membro do Conselho Diretivo da Associação Fiscal Portuguesa (AFP). Entre outras atividades profissionais, foi Presidente do Conselho Fiscal da RTP (Rádio e Televisão de Portugal S.A.) (2008-2011), Chefe de Gabinete do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais do XIV Governo Constitucional (2001-2002). É autor de várias publicações nos domínios das Finanças Públicas e do Direito Fiscal.

Olívio Mota Amador is graduated in Law and Master in Law from the University of Lisbon Law School (FDUL). He has a Postgraduate Certificate in the Economic branch of the European Studies in European Institute of FDUL. Teaching Assistant Professor since 1987 in the Legal and Economic Sciences area. Attorney-at-Law and Legal Consultant. Member of the Portuguese Corruption Prevention Council. Member of the Portuguese Commission on Access to Administrative Data (CADA). Arbitrator on tax matters at the Centre for Administrative Arbitration (CAAD). Board member of the Portuguese Tax Association. Among other professional engagements, he has been President of Fiscal Board of RTP (Rádio e Televisão de Portugal S.A.) (2008-2011), Chief Cabinet of the Secretary of State of Tax Affairs on the XIV Constitutional Government (2001-2002). He has published in the fields of Public Finance and Tax Law.

PAULO DE SOUSA MENDES

Licenciado em Direito (1981), Mestre em Direito (1987) e Doutor em Direito (2006). Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ensina Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Probatório e Criminologia. Diretor do Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. Membro da Direção do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi bolsheiro do DAAD (Munique 1986, Freiburg i. Br. 1990), Max-Planck-Institut (Freiburg i. Br. 1991, 1995) e Fundação para a Ciência e Tecnologia (Trento, Munique e Bielefeld, 2000-2004). Integrou como avaliador o GRECO Evaluation Team for Czech Republic (2010). Foi professor na Academia Militar (2006-2009). Foi membro do Conselho de Fiscalização dos Serviços de Informação da República Portuguesa (1998-1999). Foi membro do Conselho da Unidade de Missão para a Reforma Penal (2005-2007). Foi jurista da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (1998-2006).

Paulo de Sousa Mendes is Graduated in law (1981), LL.M. (1987) and Ph.D. (2006). Professor at the University of Lisbon Law School. Teaches Criminal Law,

Criminal Procedural Law, Criminology and Evidence Law. Director of the Legal Department of the Portuguese Competition Authority. Member of the Board of the Institute for Criminal Law and Criminal Sciences. Scholarships from DAAD (Munich 1986, Freiburg 1990), MPI (Freiburg 1991, 1995), and Foundation for Science and Technology (Trento, Munich, Bielefeld, 2000-2004). Former Evaluator of GRECO Evaluation Team for Czech Republic (2010). Former Professor at the Portuguese Military Academy (2006-2009). Former Member of the Supervision Committee for the Portuguese Intelligence Services (1998-1999) and of the Portuguese Committee for the Reformation of the Penal Code and the Penal Procedural Code (2005-2007). Former Jurist of the Portuguese Securities and Exchange Commission (1998-2006).



Colaboração com a

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos, estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excecionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.
4. Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo (“*abstract*”), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 caracteres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.
6. A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico revista@concorrencia.pt.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrencia.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Catarina Anastácio.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

Collaboration with

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers, studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.
4. Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, by contacting revista@concorrencia.pt.
7. Contributions must be sent in digital format to the email address revista@concorrencia.pt or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Ms. Catarina Anastácio.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

ÓRGÃOS SOCIAIS

DIREÇÃO

João Espírito Santo Noronha/Luís Silva Morais

CONSELHO CIENTÍFICO

Presidentes: Eduardo Paz Ferreira/Manuel Sebastião

Membros:

António Avelãs Nunes	José António Veloso
António Menezes Cordeiro	José Danilo Lobato
Augusto Silva Dias	José Luís da Cruz Vilaça
Barry Hawk	José de Faria Costa
Bernardo Feijóo Sánchez	José de Oliveira Ascensão
Bo Vesterdorf	José Lobo Moutinho
Carlos Pinto Correia	José Manuel Sérvulo Correia
David Berger	Jürgen Wolters
Diogo Rosenthal Coutinho	Keiichi Yamanaka
Donald Baker	Klaus Rogall
Douglas Rosenthal	Laurence Idot
Eleanor Fox	Luís Cabral
Fernando Borges Araújo	Luís Greco
Fernando Herren Aguillar	Manuel da Costa Andrade
Florian Marques	Manuel Lopes Porto
François Souty	Marco Bronckers
Frederic Jenny	Maria Fernanda Palma
Geraldo Prado	Mark Zöller
Gerhard Dannecker	Miguel Moura e Silva
Germano Marques da Silva	Miguel Nogueira de Brito
Giorgio Monti	Miguel Poiars Maduro
Harry First	Nicolas Charbitt
Heike Schweitzer	Oswald Jansen
Ioannis Kokkoris	Patrick Rey
João Ferreira do Amaral	Paulo Câmara
Jorge Braga de Macedo	Paulo de Pitta e Cunha
Jorge de Figueiredo Dias	Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos
Pedro Pitta Barros
Peter Freeman CBE, QC
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits

Richard Wish
Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO REDATORIAL

Presidente: Paulo de Sousa Mendes

Comissão Coordenadora:

Ana Perestrelo de Oliveira	Francisco Costa Cabral
André Forte	Helena Gaspar Martinho
Catarina Anastácio	Nazaré da Costa Cabral
Cristina Camacho	José Renato Gonçalves
Fernando Pereira Ricardo	Sérgio Gonçalves do Cabo

Editores:

Concorrência e regulação – Geral

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira/Marco Capitão Ferreira

Direito comunitário e comparado da concorrência

Carlos Pinto Correia/Miguel Gorjão-Henriques

Concentrações

António Gomes

Direito contraordenacional e processual penal

João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Regulação e concorrência no sector financeiro

Luis Máximo dos Santos

Regulação e concorrência no sector das comunicações eletrónicas

Ana Amante

Regulação e concorrência no sector energético

Gonçalo Anastácio

Regulação e concorrência no sector dos transportes terrestres

António Mendonça Mendes

Regulação e concorrência no sector da aviação civil

António Moura Portugal

Regulação no sector da proteção ambiental

António Sequeira Ribeiro/Carla Amado Gomes

Sector empresarial público/gestores públicos/privatizações

Tânia Cardoso Simões

Contratos económicos/contratos públicos

Nuno Cunha Rodrigues

Economia

António Pedro Santos/João Gata/Paulo Gonçalves

Econometria

Jorge Rodrigues

Secretariado Executivo:

Elisa Carvalho

Natália Leite





REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

DIREÇÃO:
JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA
LUÍS SILVA MORAIS

CUPÃO DE ASSINATURA

NOME																														
MORADA																														
CÓD. POSTAL				-				LOCALIDADE																						
TELEFONE											Nº CONTRIBUINTE																			
PROFISSÃO																														
EMAIL																														

4 NÚMEROS AVULSO **€100**

ASSINATURA (4 NÚMEROS/ANO) **€90** (DESCONTO DE 10%)
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUIDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA
DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO (4 NÚMEROS) DO ANO

ASSINATURA

DATA - -

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA
ASSINATURA DA REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO – JOAQUIM MACHADO, S.A.,
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net



AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRECTO (ADC)

ENTIDADE NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRECTOS

NOME

EMAIL

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

IBAN/NIB: PT 50

CONTRIBUINTE FISCAL

_____ DATA - -

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

BENS/SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE ⁽¹⁾	INICIA A		TERMINA A	
			MÊS	ANO	MÊS	ANO
_____	_____	_____	_____	_____	_____	_____
_____	_____	_____	_____	_____	_____	_____
_____	_____	_____	_____	_____	_____	_____
_____	_____	_____	_____	_____	_____	_____

⁽¹⁾ REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

PROCEDIMENTOS

- Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura de Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.
- Remeter a ADC para: EDIÇÕES ALMEDINA SA, Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para sdd@almedina.net.
- Qualquer alteração que pretenda efectuar a esta autorização bastará contactar as EDIÇÕES ALMEDINA SA por qualquer forma escrita
- Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradecemos informação escrita sobre as alterações efectuadas.
- Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s)
- Dos pagamentos que vierem a ser efectuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

INFORMAÇÕES

- Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efectuar as seguintes operações:
- Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
 - Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
 - Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos electrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: sdd@almedina.net

