



## EUROPEU E CONCORRÊNCIA

## NESTA EDIÇÃO

### ARTIGOS

|   |    |
|---|----|
| Cartéis dos derivados de taxa de juro: Comissão aplica maiores coimas de sempre                                 | 02 |
| Nova legislação em matéria de práticas individuais restritivas do comércio em vigor a partir de 25 de Fevereiro | 03 |
| Proposta de Regulamento sobre comissões interbancárias aplicáveis a operações com cartões de pagamento          | 05 |
| As novas regras da Comissão europeia em processos de controlo de concentrações                                  | 07 |
| Primeira transacção feita pela Autoridade   | 08 |

### CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

|  |    |
|--|----|
| Cuidados com o fechamento antecipado de operação no Brasil | 09 |
|--|----|



# Cartéis dos derivados de taxa de juro: Comissão aplica maiores coimas de sempre

Carlos Botelho Moniz / Pedro de Gouveia e Melo  
cmoniz@mlgts.pt / pgmelo@mlgts.pt

No passado dia 4 de Dezembro a Comissão Europeia adoptou duas decisões nos processos dos chamados cartéis dos derivados de taxas de juro Euro (“EIRD”) e dos derivados de taxas de juro Iene (“YIRD”), nos quais aplicou coimas a oito bancos e instituições financeiras internacionais no montante total de 1.710 milhões de euros. As coimas aplicadas são, no seu conjunto, as mais elevadas aplicadas até ao presente pela Comissão em processos de cartel<sup>1</sup>.

## Os cartéis EIRD e YIRD

Segundo a Comissão Europeia, no cartel EIRD, que durou entre 2005 e 2008, os corretores dos diversos bancos discutiam entre si as submissões dos respectivos bancos para o cálculo da taxa de referência EURIBOR, bem como as suas estratégias de negociação e de determinação dos preços dos seus serviços, com o objectivo de distorcer a evolução normal dos componentes do preço para os produtos derivados de taxas de juro Euro.

O chamado cartel YIRD terá correspondido a sete infracções bilaterais distintas, praticadas entre 2007 e 2010, com uma duração variável entre 1 e 10 meses. De acordo com a Comissão, o comportamento colusivo consistia designadamente em conversações entre os corretores dos bancos participantes sobre certas submissões LIBOR em Ienes japoneses. Os corretores em causa terão também, em várias ocasiões, trocado informações comerciais sensíveis relativas a posições em negociação ou a futuras submissões LIBOR em Ienes. A empresa corretora RP Martin terá ainda facilitado uma das infracções utilizando os seus contactos com vários bancos que não eram parte na infracção, com o objectivo de influenciar as suas submissões LIBOR em Ienes.

## Pedidos de Clemência e Transacção

Os dois processos foram iniciados na sequência de pedidos de clemência do Barclays, no caso EIRD, e da UBS, no caso YIRD. Por terem

ESTAS DECISÕES REPRESENTAM  
UM SINAL DO ESCRUTÍNIO  
INTENSO E ACRESCIDO  
A QUE O SECTOR FINANCEIRO,  
E O BANCÁRIO EM PARTICULAR,  
TÊM VINDO A SER SUBMETIDOS  
PELAS AUTORIDADES  
DE CONCORRÊNCIA.

revelado a existência de um cartel até então desconhecido pela Comissão, estes bancos receberam dispensa total das coimas que lhes teriam sido aplicadas, tendo assim evitado sanções no valor aproximado de €690 milhões e 2.500 milhões, respectivamente.

As restantes instituições sancionadas também beneficiaram de reduções de coima entre 5% e 50% ao abrigo das regras europeias da clemência, as quais beneficiam igualmente empresas que, mesmo após a detecção da infracção, apresentem voluntariamente à Comissão provas de “valor acrescentado significativo”. Foi o caso, designadamente, do Deutsche Bank, do Citigroup, do RBS, da Société Générale, e do JP Morgan (no processo YIRD), bem como da corretora RP Martin.

Todas estas empresas beneficiaram ainda de uma redução adicional de 10%, ao abrigo do processo de transacção (*settlement*), nos termos do qual a Comissão concede tal desconto às empresas visadas que reconhecem expressamente a sua participação no cartel, renunciando pois a recorrer judicialmente da decisão para os tribunais da União. Terá sido aliás a utilização do mecanismo da transacção que permitiu que estes processos tenham sido concluídos em pouco mais de dois anos depois dos primeiros *dawn raids*, um período relativamente curto para processos deste género.

Os processos de investigação continuam sob a forma “ordinária” relativamente a outras quatro instituições visadas (Crédit Agricole, HSBC, JP Morgan quanto a um dos processos, e o corretor ICAP) que terão optado por não confessar os factos e não apresentar propostas de transacção, pelo que, caso venham a ser objecto de decisão condenatória no futuro, poderão impugnar judicialmente a mesma no Tribunal Geral da UE.

## Comentário

Estas decisões, as primeiras adoptadas pela Comissão relativas a práticas de cartel no sector financeiro desde o início da crise financeira em 2008, representam um sinal do escrutínio intenso e acrescido a que o sector financeiro, e o bancário em particular, têm vindo a ser submetidos pelas autoridades de concorrência.

São exemplo desse escrutínio acrescido as investigações da Comissão Europeia às medidas tomadas pela maior parte dos Estados-Membros de apoio aos bancos europeus, incluindo por Portugal no caso da CGD, do BCP e do BPI, cujos planos foram já aprovados pela Comissão no decurso do corrente ano<sup>2</sup>, e do BANIF, cuja investigação continua em curso<sup>3</sup>.

As decisões nos processos EIRD e YIRD reflectem também a tendência crescente de as empresas investigadas pela Comissão utilizarem o procedimento de transacção, criado em 2008, que lhes permite encerrar mais rapidamente as investigações e beneficiar de um desconto adicional de 10% na coima aplicada. (Para a Comissão este mecanismo representa um processo mais simples e sem recursos judiciais demorados e de resultado incerto)<sup>4</sup>. O mecanismo de transacção também se encontra disponível na Lei portuguesa, e o primeiro processo ao abrigo do procedimento de transacção (*Cartel da Espuma*), decidido em Agosto passado, é analisado na [página 7](#) desta Newsletter. ■

<sup>1</sup> Cfr. Comunicados da Comissão IP/13/1208 e MEMO/13/1090, de 4.12.2013.

<sup>2</sup> Decisões de 24.7.2013 nos proc. SA.35062 CGD e SA.35238 BPI, e de 30.8.2013 no proc. SA.34724 BCP.

<sup>3</sup> Decisão de 21.1.2013, no proc. SA 34662 BANIF, IP/13/31.

<sup>4</sup> Cfr. o artigo “Novo procedimento de transacção para empresas participantes em cartéis no Direito Comunitário da Concorrência”

# Nova legislação em matéria de práticas individuais restritivas do comércio em vigor a partir de 25 de Fevereiro

Joaquim Vieira Peres / Inês Gouveia  
vieira.peres@mlgts.pt / igouveia@mlgts.pt

O ano de 2014 traz consigo um novo regime jurídico para as chamadas “práticas individuais restritivas do comércio”. O Decreto-Lei n.º 166/2013 de 27 de Dezembro entrará em vigor a 25 de Fevereiro e introduz um conjunto de modificações de relevo no regime actual, no plano substantivo e sancionatório.

O diploma actualmente em vigor - DL 370/93 - conta já com 20 anos e era pacífica a necessidade de se repensar seriamente a sua reformulação. O sentido óptimo dessa reformulação era discutível, atento, por um lado, o relativo desuso da larga maioria das suas proibições (com excepção da venda com prejuízo), por outro lado, o potencial impacto negativo de uma proibição reforçada da venda com prejuízo (preconizada por alguns *stakeholders*) sobre o nível geral de preços praticados junto do consumidor final (apontando neste sentido as experiências recentes de outros ordenamentos jurídicos) e, por fim, o facto de estarem em causa soluções legislativas em prol da lealdade e transparência das relações comerciais entre empresas, numa economia de mercado sujeita a princípios de livre concorrência, o que pareceria aconselhar um recorte mais fino das soluções legislativas, direccionadas aos sectores ou tipologia de operadores dela especialmente carenciado (ao invés da sua aplicação transversal).

A solução final acabou por manter, em larga medida, o *statu quo ante* (sem prejuízo de modificações relevantes ao nível da venda com prejuízo e do regime das práticas negociais abusivas criando-se, dentro deste último, um regime específico aplicável ao sector agro-alimentar), com um aumento muito significativo das coimas associadas.

## Principais modificações ao nível substantivo

Formalmente, o leque de contra-ordenações mantém-se inalterado: aplicação de preços ou condições de venda discriminatórios; transparência nas políticas de preços e condições de venda; venda com prejuízo; recusa de venda;

práticas negociais abusivas. Contudo, **do ponto de vista substantivo, são introduzidas alterações profundas no âmbito concreto e alcance das mesmas, com especial relevo para a venda com prejuízo e as práticas negociais abusivas**<sup>1</sup>.

Quanto à venda com prejuízo, o objectivo do legislador era o de clarificar o regime da facilitando a sua interpretação e a sua fiscalização. Com esse propósito, procedeu-se a uma redefinição de alguns conceitos fundamentais, com especial realce para o conceito de preço de compra efectivo, e previu-se expressamente que os descontos concedidos num determinado produtos são contabilizados no seu preço de venda. **A letra da lei continua, porém, a deixar larga margem para interpretações dúbias e soluções práticas de alcance incerto.** Exemplo disso mesmo é a solução consagrada a propósito dos descontos “*que consistam na atribuição de um direito de compensação em aquisição posterior de bens equivalentes ou de outra natureza*”, ou seja, os descontos diferidos, do tipo “descontos em cartão” ou “desconto em talão”, prática corrente no comércio retalhista. Alguns destes descontos passam a relevar para efeitos de apuramento de uma prática de venda com prejuízo, mediante contabilização no preço de venda do produto. Porém, a formulação legal utilizada é ambígua e deixa margem para múltiplas interpretações quanto ao concreto âmbito dos descontos impactados e à sua forma de contabilização, ao estatuir que: “*(...) os descontos (...) concedidos em cada produto, são imputados à quantidade vendida do mesmo produto e do mesmo fornecedor nos últimos 30 dias*”.

Ainda com relevo especial (mas não exclusivo) para a venda com prejuízo, **adoptam-se regras específicas em matéria de aceitação, reclamação e rectificação de facturas, consagrando-se prazos muito curtos para essas operações:** 25 dias para a reclamação de factura, após sua recepção (sob pena de aceitação); 20 dias para a rectificação pelo fornecedor, após reclamação. **As alterações constantes de facturas rectificadas emitidas em data posterior aos prazos indicados, deixam de ser relevantes para apuramento da venda com prejuízo.**

Por fim, uma empresa deixa de poder vender (legitimamente) com prejuízo, em resposta ao preço praticado por um outro agente económico do mesmo ramo de actividade, em situação de concorrência efectiva (atenta a eliminação da excepção legal respectiva).

**A modificação mais profunda, no plano substantivo é efectuada ao nível das “Práticas negociais abusivas”, com um alargamento significativo do leque de práticas negociais previstas.** Tais (novas) práticas negociais proibidas são, nuns casos, (i) aplicáveis a quaisquer empresas (independentemente da sua posição - fornecedor ou comprador -, dimensão ou sector) e, noutros, (ii) especificamente dirigidas à conduta de um comprador na sua relação com certos fornecedores agro-alimentares (as micro e pequenas empresas, organizações de produtores ou cooperativas). As soluções adoptadas suscitam contudo, algumas perplexidades, na medida em que se proíbe certas práticas negociais - como a modificação retroactiva de um contrato de fornecimento ou a obtenção de contrapartidas por promoções em curso ou já ocorridas ou ainda, especificamente no sector agro-alimentar, a rejeição ou devolução de bens, pelo comprador, com fundamento na menor qualidade de parte ou da totalidade da encomenda ou no atraso da entrega, sem demonstração da responsabilidade do fornecedor - em termos absolutos, ou seja, desvaloriza-se

O LEQUE DE CONTRA-ORDENAÇÕES MANTÉM-SE INALTERADO. CONTUDO, DO PONTO DE VISTA SUBSTANTIVO, SÃO INTRODUZIDAS ALTERAÇÕES PROFUNDAS NO ÂMBITO CONCRETO E ALCANCE DAS MESMAS, COM ESPECIAL RELEVO PARA A VENDA COM PREJUÍZO E AS PRÁTICAS NEGOCIAIS ABUSIVAS.

<sup>1</sup> Outras modificações de cariz não-estrutural mas, ainda assim, com relevo potencial incluem: na aplicação de preços e condições de venda discriminatórios, a excepção de práticas conformes ao direito da concorrência; na exigência de publicitação de condições de venda, a salvaguarda da não-divulgação das condições que constituam segredos de negócio; na recusa de venda, o alargamento do elenco de causas justificativas.



É QUESTIONÁVEL O ACERTO DA SOLUÇÃO QUANTO AOS REQUISITOS DE REJEIÇÃO OU DEVOLUÇÃO DE PRODUTOS, EM MANIFESTA CONTRADIÇÃO COM PRINCÍPIOS BÁSICOS DO DIREITO CIVIL, EM MATÉRIA DE CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES E DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.

o resultado (proibindo-o), independentemente de qualquer consideração sobre se o mesmo não terá correspondido ao interesse das partes e/ou resultado do seu acordo expresso ou tácito. Esta solução é desvantajosa, pelo seu pendore marcadamente intrusivo no conteúdo de relações económicas privadas e pela limitação que comporta na liberdade contratual das partes. Adicionalmente, é questionável, no plano legal, o acerto da solução quanto aos requisitos de rejeição ou devolução de produtos (de certos fornecedores agro-alimentares), em manifesta contradição com princípios básicos do direito civil, em matéria de cumprimento das obrigações e de responsabilidade contratual.

O conceito de práticas “abusivas” foi ainda densificado com a inclusão de (novas) práticas negociais que passam a ser proibidas apenas na medida em que revistam a natureza de “imposição” (ex: *imposição* da impossibilidade de venda de uma empresa a outra, a um preço mais baixo; imposição unilateral de realização de uma promoção ou de pagamentos como contrapartida de uma promoção e ainda, no sector agro-alimentar, a *imposição* de pagamentos directos ou indirectos (descontos) pela (i) não concretização de expectativa de vendas, (ii) introdução ou reintrodução de produtos, (iii) como compensação por custos de queixa do consumidor ou para cobrir desperdícios dos produtos do fornecedor, num e noutro caso, excepto se o comprador demonstrar que tal se deve a negligência, falha ou incumprimento contratual do fornecedor, entre outros. No entanto, **fazer assentar o juízo de ilicitude (com as suas gravíssimas consequências) num conceito indeterminado desconhecido - de “imposição” - para o qual o decreto-lei não oferece uma definição, cria um grau não-despiciendo de incerteza para as empresas envolvidas, que é agravado pela natureza eminentemente dinâmica (e naturalmente aguerrida) das negociações comerciais e pelas oportunidades para utilizações abusivas do conceito de imposição (por quem dele possa beneficiar).**

### Sanções

Assiste-se a um **agravamento muito significativo das coimas aplicadas**, que passam a observar limiares mínimos e máximos distintos conforme a empresa infractora seja uma micro, pequena, média ou grande empresa (por referência aos limiares constantes da Recomendação n.º 2003/361/CE da Comissão Europeia). Assim, a título de exemplo, uma grande empresa pode ser

sancionada por uma coima que oscila entre €5.000 e €2.500.000 (no caso das contra-ordenações mais severamente sancionadas, de que são exemplo as atrás referidas) e entre € 2.500 e €500.000, nos demais casos.

### Fiscalização, instrução e decisão exclusivamente na esfera da ASAE

**A instrução e decisão de processos de contra-ordenação por práticas restritivas do comércio, até agora da competência da Autoridade da Concorrência, passa para a esfera da ASAE** (que mantém as suas competências em matéria de fiscalização). O decreto-lei confere ainda à ASAE competência para (i) decretar medidas cautelares de suspensão de execução das práticas consideradas restritivas e (ii) determinar a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias (€2.000-€50.000/dia, até a um máximo de 30 dias e €1.500.000) por cada dia de incumprimento da medida cautelar decretada.

### Âmbito de aplicação

*Last but not least*, é introduzida uma norma que trata expressamente do âmbito de aplicação do diploma, afastando-se do princípio da territorialidade em prol de uma outra solução - de interpretação mais complexa - de acordo com a qual **o diploma é aplicável “às empresas estabelecidas no território nacional” (sem densificação adicional do conceito de empresa ou de estabelecimento)**; inversamente, não é aplicável a (i) serviços de interesse económico geral, (ii) compra e venda de bens e prestações de serviços em sectores regulados e (iii) compra de venda de bens e a prestação de serviços com origem ou destino em país não-EEE.

### Comentário final

A entrada em vigor do novo regime jurídico imporá aos operadores afectados um esforço muito relevante de análise e avaliação das suas práticas comerciais por forma a garantir a sua adequação às novidades do novo regime. Essa análise é especialmente desafiante no caso em apreço pois o diploma acaba por não cumprir cabalmente as expectativas de maior clareza e maior facilidade de interpretação e aplicação gizadas pelo legislador. O novo regime é, nalguns pontos, desnecessariamente complexo, noutros, excessivamente ambíguo, e globalmente, faz antecipar um incremento da litigiosidade em torno da sua interpretação e aplicação. ■

# Proposta de Regulamento sobre comissões interbancárias aplicáveis a operações com cartões de pagamento

Eduardo Maia Cadete / Dzhamil Oda  
maiacadete@mlgts.pt / d.oda@mlgts.pt

No segundo semestre de 2013 a Comissão Europeia adoptou uma proposta de pacote legislativo referente ao Quadro Jurídico sobre os Serviços de Pagamento na União Europeia, o qual compreende uma proposta de alteração da Directiva sobre os Serviços de Pagamento<sup>1</sup> e uma proposta de Regulamento relativo às Comissões Interbancárias (**Regulamento CI**)<sup>2</sup>. O pacote legislativo em causa, caso venha a ser aprovado, introduzirá alterações significativas no âmbito dos serviços de pagamento na União Europeia, o qual, de acordo com a Comissão Europeia, *visa melhorar a concorrência, abrindo os mercados de pagamentos a novos participantes, promovendo assim uma maior eficiência e redução de custos*<sup>3</sup>.

Uma das medidas compreendidas na proposta de Regulamento CI consiste na imposição de limites nas comissões interbancárias para os cartões de débito e de crédito mais utilizados (com excepção das operações com cartões emitidos por sistemas de cartões de pagamento tripartidos, tais como o *American Express*, e com cartões comerciais): 0,2% por operação para cartões de débito e 0,3% por operação para cartões de crédito. Estes limiares são análogos aos anteriormente propostos pela MasterCard<sup>4</sup> e pela Visa Europe<sup>5</sup> para as operações de pagamento transfronteiras na UE no âmbito de procedimentos por práticas restritivas da concorrência relacionados com as comissões interbancárias e, de acordo com a Comissão Europeia, *têm por base uma estimativa do valor de comissão perante o qual seria indiferente para um comerciante receber pagamentos com cartão ou em numerário*<sup>6</sup>.

A aplicação das comissões interbancárias previstas na proposta do Regulamento CI às operações com cartões de débito e de crédito será implementada em duas fases. Durante a primeira fase, dois meses após a entrada em vigor do Regulamento CI, os limites nele estabelecidos serão aplicáveis às operações de pagamento transfronteiras, *idus est a operações de pagamento por cartão ou associada[s] a um cartão iniciada[s] por um ordenante ou por um beneficiário em que o prestador de serviços de pagamento do ordenante e o prestador de serviços de pagamento do beneficiário estão estabelecidos em Estados-Membros diferentes ou em que o cartão de pagamento é emitido por um prestador de serviços de pagamento emitente estabelecido num Estado-Membro diferente do Estado do ponto de venda*<sup>7</sup>.

Na segunda fase, que terá início dois anos após a entrada em vigor da proposta de Regulamento CI, os respectivos limiares serão também aplicáveis às operações de pagamento puramente nacionais, realizadas no território de cada Estado-Membro<sup>8</sup>.

De acordo com a Comissão Europeia, o racional subjacente a esta proposta está associado à necessidade de mitigar a aparente fragmentação do mercado europeu em sede de comissões interbancárias associadas a cartões de pagamento, tendo em consideração que existem, alegadamente, diferenças significativas entre as comissões aplicadas nos Estados-Membros, bem como com a necessidade em criar um *level playing field*, com o desiderato de facilitar a entrada de novos operadores no mercado<sup>9</sup>. Adicionalmente, a

A PROPOSTA DE REGULAMENTO CI, CASO VENHA A SER APROVADA, IRÁ, EM REGRA, IMPOR LIMITES DE 0,2% E 0,3% POR TRANSACÇÃO PARA AS COMISSÕES INTERBANCÁRIAS APLICÁVEIS, RESPECTIVAMENTE, A CARTÕES DE DÉBITO E DE CRÉDITO. DE ACORDO COM A COMISSÃO EUROPEIA, AS MEDIDAS PREVISTAS NESTA PROPOSTA DE REGULAMENTO VISAM ATENDER À APARENTE FRAGMENTAÇÃO DO MERCADO EUROPEU EM SEDE DE COMISSÕES INTERBANCÁRIAS ASSOCIADAS A CARTÕES DE PAGAMENTO, TENDO EM CONSIDERAÇÃO QUE EXISTEM, ALEGADAMENTE, DIFERENÇAS SIGNIFICATIVAS ENTRE AS COMISSÕES APLICADAS NOS DIVERSOS ESTADOS-MEMBROS.

<sup>1</sup> COM(2013) 547 final - 2013/0264 (COD).

<sup>2</sup> COM(2013) 550 final - 2013/0265 (COD).

<sup>3</sup> Vide [http://ec.europa.eu/internal\\_market/payments/framework/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/payments/framework/index_en.htm).

<sup>4</sup> Vide o MEMO/09/143 da Comissão Europeia.

<sup>5</sup> Vide os compromissos apresentados por Visa Europe no processo COMP/39.398 - VISA EUROPE, acedido em [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39398/39398\\_9023\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39398/39398_9023_5.pdf).

<sup>6</sup> Vide o MEMO/13/719 da Comissão Europeia, acedido em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-13-719\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-719_en.htm).

<sup>7</sup> Artigos 2.º, n.º 8, e 3.º da proposta de Regulamento CI.

<sup>8</sup> Artigo 4.º da proposta de Regulamento CI.

<sup>9</sup> Vide a síntese da Comissão Europeia "The interchange fees regulation", acedida em [http://ec.europa.eu/competition/publications/factsheet\\_interchange\\_fees\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/factsheet_interchange_fees_en.pdf).



OS COMERCIANTES NÃO SÃO OBRIGADOS PELOS SISTEMAS DE CARTÕES DE PAGAMENTO E PELOS PRESTADORES DE SERVIÇOS DE PAGAMENTO A ACEITAR CARTÕES OU OUTROS INSTRUMENTOS DE PAGAMENTO SE TAIS CARTÕES OU INSTRUMENTOS NÃO ESTIVEREM SUJEITOS À COMISSÃO INTERBANCÁRIA REGULADA. É TAMBÉM RELEVANTE SALIENTAR QUE OS COMERCIANTES NÃO PODERÃO APLICAR SOBRETAXAS AOS CONSUMIDORES POR UTILIZAREM OS SEUS CARTÕES OU OUTROS INSTRUMENTOS DE PAGAMENTO, DADO QUE AS COMISSÕES INTERBANCÁRIAS APLICÁVEIS A TRANSACÇÕES COM CARTÕES DE PAGAMENTO SERÃO OBJECTO DE UMA SIGNIFICATIVA REDUÇÃO.

instituição europeia considera que a regulação das comissões interbancárias irá beneficiar os consumidores e os comerciantes, em particular nos Estados-Membros onde tais comissões são supostamente superiores aos limites propostos.

A proposta de Regulamento CI introduz também algumas restrições à denominada *Regra de aceitação de todos os cartões* (*Honour all cards rule*). O artigo 10.º da proposta estabelece que os comerciantes não são obrigados pelos sistemas de cartões de pagamento e pelos prestadores de serviços de pagamento a aceitar cartões ou outros instrumentos de pagamento se tais cartões ou instrumentos não estiverem sujeitos à comissão interbancária regulada. É também relevante salientar que os comerciantes não poderão aplicar sobretaxas aos consumidores por utilizarem os seus cartões ou outros instrumentos de pagamento, dado que as comissões interbancárias aplicáveis a transacções com cartões de pagamento serão objecto de uma significativa redução – note-se que de acordo com a Comissão Europeia serão abrangidas pelas medidas previstas no regulamento cerca de 95% das transacções efectuadas com cartões de pagamento na UE<sup>10</sup>.

Uma outra medida relevante compreendida na proposta de Regulamento CI está relacionada com a escolha do instrumento de pagamento e da correlativa marca quando se realiza uma operação de pagamento. De acordo com o respectivo artigo 8.º, n.º 5, quando um mecanismo de pagamento permita escolher entre diferentes marcas de instrumentos

de pagamento, a determinação da marca a aplicar à operação de pagamento em causa pertence ao ordenante no ponto de venda. Consequentemente, o artigo 8.º, n.º 6, prevê que os sistemas de cartões de pagamento, os emitentes, os adquirentes e os operadores de infra-estruturas de tratamento de cartões de pagamento não devem programar a ordem de prioridade das aplicações de pagamento nos instrumentos de pagamento ou nos equipamentos instalados no ponto de venda de modo a limitar a escolha da aplicação de pagamento pelo ordenante aquando da utilização de um instrumento de pagamento multimarca. De acordo com a Comissão Europeia, esta medida visa prevenir a aparente selecção automática da marca mais onerosa para efeitos de pagamento em detrimento do comerciante<sup>11</sup>.

Por seu turno, as regras relativas às sanções aplicáveis em caso de infracção às normas da proposta de Regulamento CI serão determinadas e reguladas pelos Estados-Membros. Cumulativamente, os Estados-Membros deverão designar as autoridades competentes para assegurar a aplicação do Regulamento CI e instituir procedimentos adequados e eficazes de resolução extrajudicial de reclamações e de recurso para a resolução de litígios emergentes do novo regime jurídico.

A Comissão Europeia espera que seja alcançado um acordo interinstitucional entre o Parlamento Europeu e o Conselho, sobre a proposta de Regulamento CI, durante a primavera de 2014. ■

<sup>10</sup> Vide o MEMO/13/719 da Comissão Europeia, acedido em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-13-719\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-719_en.htm).

<sup>11</sup> Vide a factsheet da Comissão Europeia “The interchange fees regulation”, acedida em [http://ec.europa.eu/competition/publications/factsheet\\_interchange\\_fees\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/factsheet_interchange_fees_en.pdf).

# As novas regras da Comissão europeia em processos de controlo de concentrações

Gonçalo Machado Borges / Leonor Bettencourt Nunes  
gmb@mgts.pt / lbunes@mgts.pt

**A** 1 de Janeiro de 2014 entrou em vigor o pacote de medidas de simplificação do processo de controlo de concentrações adoptado pela Comissão Europeia. O objectivo principal desta reforma é atingir uma maior eficiência no controlo das concentrações e reduzir os encargos administrativos para as empresas envolvidas.

De entre as medidas adoptadas destaca-se o alargamento dos casos em que é possível utilizar o procedimento simplificado de notificação e a actualização dos vários formulários de notificação, com a consequente alteração ao elenco de informações que devem ser prestadas. Foram ainda revistas as orientações relativas a compromissos apresentados pelas empresas.

## Procedimento simplificado mais abrangente

Uma das alterações que se espera ter maior impacto é a extensão do âmbito de aplicação do procedimento simplificado, através do aumento dos limiares associados à notificação simplificada e da introdução de um novo critério, visando abarcar o maior número de casos sem potenciais efeitos anti-concorrenciais.

Assim, poderão beneficiar deste procedimento as concentrações:

- Horizontais, ou seja, entre concorrentes no mesmo mercado do produto e geográfico, quando a quota de mercado conjunta das partes seja inferior a 20% (anteriormente 15%);
- Verticais, ou seja, entre empresas com actividade em mercados do produto a montante ou a jusante daqueles da(s) outra(s) parte(s), quando a quota de mercado conjunta das partes seja inferior a 30% (anteriormente 25%);
- As concentrações que originem uma quota de mercado conjunta entre 20% e 50%, desde que a concentração dê origem a um incremento pouco significativo (delta inferior a 150 no índice HHI) na quota de mercado das partes.

Com o alargamento do âmbito de aplicação, a Comissão Europeia estima que cerca de 60%-

70% das concentrações sejam elegíveis para o tratamento simplificado, o que representará um aumento na ordem de 10% face à situação actual.

Foi ainda criado um procedimento “super simplificado” para casos de *joint ventures* cujas actividades se desenvolvam exclusivamente fora do território do EEE. As concentrações que cumpram este requisito poderão beneficiar de uma versão ainda mais abreviada do formulário de notificação simplificada, não sendo necessária informação sobre os mercados mas apenas uma descrição das actividades das partes envolvidas na transacção e a explicação de que tais actividades se desenvolverão fora do território da EEE.

## Redução dos requisitos de informação?

As novas versões dos formulários de notificação (e de pedido de remessa) vieram alterar os requisitos de informação exigível cuja extensão e abrangência eram frequentemente criticadas pelas empresas obrigadas a notificar uma transacção.

A Comissão anunciou um aligeiramento nas obrigações de informação impostas às partes pode, no entanto, não ter sido atingida a redução pretendida.

Na verdade, a Comissão:

- A) Procede a um **aumento dos limiares de quota de mercado** (de 15% para 20%, nas relações horizontais, e de 25% para 30%, nas relações verticais) que determinam a necessidade de prestar informação detalhada em relação aos mercados do produto e geográficos relevantes, mas ao mesmo tempo alarga este requisito a “*definições alternativas plausíveis de mercado do produto e geográfico*” o que pode implicar um encargo desnecessário para as empresas na medida em que seja pedida informação relativa a subsegmentações de mercado com diminuto fundamento na realidade económica;
- B) **Elimina alguns requisitos formais e cria o procedimento “super simplificado”**

mas ao mesmo tempo impõe a submissão de um maior número de documentos internos das partes relacionados com a transacção, com transacções alternativas e com os mercados afectados.

- C) **Possibilita pedidos individuais de dispensa** em relação a determinadas categorias de informação que são apreciados pela Comissão na fase de pré-notificação num prazo de 5 dias.
- D) **Agiliza a fase de pré-notificação**, tendo introduzido a possibilidade de notificação directa, sem necessidade de contactos de pré-notificação entre as partes e a Comissão, para concentrações que não dêem origem a relações horizontais ou verticais entre as actividades das partes no território do EEE, acelerando o processo de controlo em casos não problemáticos.

Por último, foram ainda revistas as orientações da Comissão quanto aos compromissos apresentados pelas partes, de acordo com a mesma linha de simplificação e em conformidade com a Comunicação da Comissão de 2008. Deste modo, foram introduzidos modelos de apresentação de compromissos de alienação e de nomeação de mandatários que poderão acelerar estes procedimentos para as empresas.

## Comentário

Este pacote de medidas de simplificação é uma resposta da Comissão às críticas de que tem sido alvo quanto à crescente complexidade dos seus processos de decisão e à carga “burocrática” excessiva imposta às empresas.

Caso tenham o impacto previsto, estas alterações poderão representar consideráveis reduções nos custos incorridos pelas empresas envolvidas em processos de concentração e uma melhor alocação dos recursos da própria Comissão, promovendo um controlo de concentrações mais rápido, simples e eficiente.

No entanto, o sucesso destas medidas estará largamente dependente da sua aplicação prática por parte da Comissão. ■



# Primeira transacção feita pela Autoridade

Luís do Nascimento Ferreira  
lnferreira@mlgts.pt

## Introdução

**F**m Julho de 2013, a Autoridade da Concorrência (AdC) adoptou a sua primeira decisão ao abrigo do procedimento de transacção aplicável a práticas restritivas da concorrência, que havia entrado em vigor em meados de 2012. Em termos gerais, o regime jurídico da transacção em processos *antitrust* investigados em Portugal segue de perto os principais traços que caracterizam os acordos de transacção semelhantes existentes a nível europeu.

No entanto, ao contrário da Comissão Europeia — que estabeleceu claramente a percentagem (neste caso, 10%) de redução potencial que pode ser esperada pelas empresas que recorram ao procedimento de transacção —, a AdC não quantifica à partida o benefício eventual que as empresas poderão obter se as conversações em torno do regime de transacção forem bem sucedidas.

A *priori*, esta diferença de regime poderia desincentivar as empresas e os indivíduos a encetarem negociações com a AdC em torno deste procedimento. Porém, este caso recente sugere que poderá, ainda assim, haver um interesse dos visados para considerarem o recurso à transacção em processos conduzidos pela AdC, especialmente se as entidades em causa estiverem disponíveis para reconhecer o seu envolvimento na infração e for improvável que obtenham dispensa total de coima ao abrigo do regime da clemência.

## O caso em análise

Esta foi a primeira situação em que a AdC fez uso do procedimento de transacção a respeito de práticas restritivas da concorrência, instituto que está disponível entre nós desde 2012.

A investigação deste caso foi iniciada ainda antes da aprovação do actual regime jurídico nacional da concorrência, que entrou em vigor em Julho de 2012. Este caso envolve um alegado cartel entre os três principais operadores no mercado nacional da espuma de poliuretano, que é usada como matéria-prima em vários sectores da chamada indústria de conforto, composta,

por exemplo, pelo mobiliário, têxteis para o lar, calçado, brinquedos e indústria automóvel.

De acordo com a informação disponível, os três concorrentes em questão (a FLEX 2000, a FLEXIPOL e a EUROSPUMA), que, em conjunto, representam aproximadamente 90% do mercado relevante em causa, terão implementado, entre 2000 e 2010, um acordo de fixação de preços e um esquema continuado de troca de informações sensíveis.

O processo iniciou-se na sequência da apresentação de um pedido de clemência, submetido pela FLEX 2000, que acabou por obter uma dispensa integral de coima. Os dois restantes alegados cartelistas foram sancionados com uma coima total de € 993.000: a FLEXIPOL foi multada em € 498.000, o que incorpora uma redução de 50% em resultado do regime de clemência e uma redução adicional de 38% a título de transacção; a EUROSPUMA foi multada em € 495.000, o que incorpora uma redução de 39,5% em resultado do procedimento de transacção. Adicionalmente, a AdC condenou também cinco administradores e ex-administradores das empresas arguidas, em coimas no valor total de € 7.000 (o que inclui já as reduções decorrentes dos programas de clemência e transacção, nos mesmos termos em que as respectivas empresas).

## Comentário

Nem a lei nacional de concorrência nem as linhas de orientação definidas em 2013 pela AdC a respeito da instrução de processos de práticas restritivas da concorrência clarificam o montante de redução de coima potencialmente aplicável em casos de transacção, tendo este aspecto vindo a ser bastante criticado pela comunidade jurídica. Em última instância, isto significa que o recurso ao expediente de transacção em Portugal exige a ponderação de um equilíbrio complexo entre interesses opostos.

Por um lado, este tipo de procedimento permite a adopção de uma decisão (mais) célere e uma redução (indefinida à partida) no montante das coimas, a qual poderá ser cumulável com reduções adicionais resultantes do programa de

clemência. Os proponentes de transacções estão também protegidos, em alguma medida, contra o risco de acções de indemnização subsequentes uma vez que, em regra, os terceiros não poderão ter acesso às propostas de transacção que constem do processo e os restantes visados apenas poderão ter acesso a esses documentos para efeitos de preparação das suas defesas, não sendo, porém, autorizada qualquer cópia ou reprodução dos mesmos sem a autorização dos proponentes de transacções.

Por outro lado, os factos que sejam confessados pelos visados no decorrer do processo de transacção não podem depois ser impugnados judicialmente.

À primeira vista e no confronto entre estes vários aspectos positivos e negativos, poderia ser difícil descortinar vantagens claras a favor do procedimento de transacção nacional, uma vez que se desconhece à partida os ganhos potenciais que se poderão obter. Surpreendentemente, aliás, a AdC não divulgou publicamente as reduções de coima atribuídas em consequência das transacções realizadas no caso do cartel das espumas, apesar de as percentagens concedidas (cerca de 40%) serem bastante generosas quando comparadas com a prática da Comissão (10%).

Adicionalmente, é também relevante considerar que a colaboração prestada à AdC fora do âmbito específico dos procedimentos de transacção é também considerada uma circunstância atenuante para efeitos de fixação do montante final da coima, sem implicar a correspondente desvantagem de se prescindir do direito de recurso judicial.

Apesar do exposto, a recente decisão emitida pela AdC no processo do cartel da espuma indicia que as empresas e indivíduos podem ter interesse em recorrer ao expediente de transacção — com os prós e contras já assinalados —, particularmente nas situações em que os visados estejam disponíveis para admitir as suas transgressões e não estejam em posição de beneficiar da modalidade de dispensa integral de coima à luz do programa de clemência (por exemplo, por não serem os primeiros a denunciar um comportamento proibido). ■

**MATTOS FILHO** > Mattos Filho, Veiga Filho,  
Marrey Jr e Quiroga Advogados

## CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

# Cuidados com o fechamento antecipado de operação no Brasil

[www.mattosfilho.com.br](http://www.mattosfilho.com.br)

**A** Lei de Defesa da Concorrência Brasileira – Lei n. 12.529, de 2011 – tornou obrigatória a submissão de atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) antes de sua consumação. As partes deverão manter inalteradas estruturas físicas e condições competitivas, não podem transferir ativos ou trocar informações que não sejam estritamente necessárias para celebração do contrato.

Nesse contexto, qualquer ato que possa levar ao fechamento antecipado da operação passou a ser considerado ilícito. A legislação prevê a aplicação de multa entre € 20 mil e € 20 milhões, além da declaração de nulidade dos atos praticados e a abertura de processo administrativo para investigar a conduta das empresas envolvidas. O valor da multa aplicável é discricionário, mas um dos critérios utilizados pelo CADE é o tamanho das empresas e dos grupos envolvidos.

Até o momento, o Tribunal do CADE julgou apenas um caso envolvendo o fechamento

premature de operação. Ao analisar a cessão à OGX de direitos e obrigações detidos pela Petrobras em bloco de exploração de óleo e gás, o CADE considerou que as partes consumaram a operação de forma prematura. As partes celebraram acordo com o CADE, por meio do qual reconheceram a consumação prematura da operação e pagaram contribuição pecuniária de aproximadamente € 1 milhão.

Outros três casos discutindo a consumação prematura de operações aguardam julgamento pelo Tribunal do CADE. Nesses casos, que envolvem o setor de petróleo e gás natural, a Superintendência Geral do CADE elencou algumas práticas que, em conjunto, podem configurar o fechamento antecipado – e ilegal – de operações. São elas: (i) pagamento do preço da transação; (ii) definição da data de vigência do contrato anterior à sua celebração; (iii) ingerência sobre o ativo sendo transacionado; (iv) compartilhamento de custos e resultados nas empresas alvo; e (v) ausência de cláusula contratual condicionando o fechamento da operação.

Para afastar riscos relacionados à consumação prematura de operações, é recomendável a adoção de algumas medidas preventivas. Como regra geral, as informações compartilhadas devem ser estritamente necessárias à avaliação do negócio. Recomenda-se a assinatura de termo de confidencialidade para controlar a troca de informações entre as partes antes da aprovação final pelo CADE. É preciso atenção especial para evitar a troca de informações concorrencialmente sensíveis, como preço, clientes e estratégias de venda.

Ambas as partes devem manter plena independência nas negociações e no relacionamento com clientes nos negócios em curso antes do fechamento e naqueles que produzirão efeitos após o fechamento da operação. O contrato poderá prever uma data efetiva anterior ao momento de aprovação da operação pelo CADE; no entanto, essa previsão deverá ter cunho meramente financeiro, como para calcular o valor final a ser pago pelo comprador. Por fim, é admitido o pagamento de sinal, mas valor não pode ser parte substancial do preço da transação. ■



MLGTS LEGAL CIRCLE  
INTERNATIONAL TIES WITH THE PORTUGUESE-SPEAKING WORLD

*Procurando responder às necessidades crescentes dos seus clientes um pouco por todo o mundo, nomeadamente nos países de expressão portuguesa, a MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA estabeleceu parcerias institucionais com sociedades de advogados líderes de mercado em Angola, Macau (China) e Moçambique.*

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS  
SOCIEDADE DE  
ADVOGADOS

### LISBOA

Rua Castilho, 165  
1070-050 Lisboa  
Tel.: +351 213 817 400  
Fax: +351 213 817 499  
[mlgtslisboa@mlgts.pt](mailto:mlgtslisboa@mlgts.pt)

Luanda, Angola (em parceria)  
Angola Legal Circle Advogados

### PORTO

Av. da Boavista, 3265 - 5.2  
Edifício Oceanvs – 4100-137 Porto  
Tel.: +351 226 166 950  
Fax: +351 226 163 810  
[mlgtsporto@mlgts.pt](mailto:mlgtsporto@mlgts.pt)

Maputo, Moçambique (em parceria)  
Mozambique Legal Circle Advogados

### MADEIRA

Avenida Arriaga, 73, 1º, Sala 113  
Edifício Marina Club – 9000-060 Funchal  
Tel.: +351 291 200 040  
Fax: +351 291 200 049  
[mlgtsmadeira@mlgts.pt](mailto:mlgtsmadeira@mlgts.pt)

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

Member

**LexMundi**  
World Ready

[www.mlgts.pt](http://www.mlgts.pt)