



MORAIS LEITÃO  
GALVÃO TELES  
SOARES DA SILVA

# NEWSLETTER

---

## DIREITO EUROPEU E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

---

### Artigos

Uma União fundada no direito: a independência dos tribunais enquanto princípio constitucional da União Europeia

*Mind the gap*: os riscos da implementação antecipada entre *signing* e *closing*

Comissão Europeia aprova regime de auxílio de Estado para a instalação de painéis solares em edifícios residenciais para arrendamento na Alemanha

Alerta importante para o setor público – o TJUE reconfirma a aplicabilidade das regras europeias em matéria de auxílios de Estado a transações entre Empresas Públicas

Acórdão *Gasorba*: uma forma encapotada de *non bis in idem*?

Auxílios de Estado no Desporto: a saga dos clubes espanhóis nos Tribunais da UE

Reenvio prejudicial relativo à Diretiva 2014/104/UE (*private enforcement*) – processo C-637/17

Riscos acrescidos de extradição para os gestores de empresas envolvidas em cartéis: o acórdão *Pisciotti*

Em acordo com o CADE, Booking, Decolar e Expedia abrem mão de cláusula contratual

## UMA UNIÃO FUNDADA NO DIREITO: A INDEPENDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO EUROPEIA



CARLOS  
BOTELHO MONIZ

Em 27 de fevereiro de 2018, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) proferiu um acórdão no processo C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*<sup>1</sup>, com consequências e implicações muito significativas, que extravasam as circunstâncias do caso concreto.

Como alguns comentadores já afirmaram, este acórdão não será tanto sobre a redução temporária das remunerações dos juizes portugueses no quadro do programa de assistência financeira, que se destinou a corrigir o défice excessivo do Estado português, mas antes sobre as medidas de reforma do sistema judicial adotadas nos últimos anos em países como a Hungria ou a Polónia e a sua apreciação à luz do princípio fundamental do Estado de Direito.

Recorde-se em todo o caso, que no referido processo, que corre em Portugal perante o Supremo Tribunal Administrativo (STA), a Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP), em representação de magistrados do Tribunal de Contas, intentou uma ação administrativa especial, requerendo a anulação dos atos administrativos de processamento dos vencimentos daqueles magistrados, referentes ao mês de outubro de 2014 e aos meses seguintes, que haviam sido adotados ao abrigo das disposições da Lei n.º 75/2014, de 12 de setembro, que estabeleceu os mecanismos das reduções remuneratórias temporárias

no setor público em Portugal, no contexto da aplicação do programa de assistência financeira acordado em 2011 entre Portugal, a União Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional. Na referida ação administrativa, para além da anulação dos atos em causa, requeria-se a restituição das retenções salariais efetuadas, acrescidas de juros moratórios à taxa legal, bem como o reconhecimento do direito dos interessados em auferir a totalidade da sua remuneração.

Como fundamento do pedido, a ASJP sustentou que as medidas de redução salarial violavam o princípio da independência judicial, consagrado não apenas na Constituição da República Portuguesa, mas também no direito da União Europeia, em especial, no artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Tratado da União Europeia (TUE) e no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta).

No despacho de reenvio, o STA indicou que as medidas em causa se inseriam no contexto do imperativo de redução do défice excessivo da República Portuguesa, nos termos do direito da União, e da execução do programa de assistência financeira a Portugal aprovado pela União Europeia. Sublinhou no entanto, que a margem de apreciação que deve ser reconhecida aos poderes públicos para, naquele contexto, definir a política orçamental não os desobriga de respeitar os princípios

<sup>1</sup> Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, C-64/16, EU:C:2018:117.

gerais do direito da União, entre os quais o da independência dos tribunais, que se aplica tanto aos tribunais da União, como aos tribunais dos Estados-Membros, já que a tutela judicial efetiva dos direitos que decorrem da ordem jurídica da União é assegurada, em primeira linha, pelos tribunais nacionais, em conformidade com o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE.

Ora, na medida em que, de acordo com o STA, a efetividade da tutela judicial depende do respeito das garantias de imparcialidade e de independência dos tribunais, as quais por seu turno decorrem, desde logo, do estatuto dos magistrados que os compõem, incluindo a respetiva remuneração, assim sendo a dúvida de interpretação que foi colocada ao TJUE teve por objeto a questão de saber se o princípio da independência dos tribunais, decorrente das disposições do TUE e da Carta acima referidas, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a medidas de redução remuneratória como aquelas a que os magistrados foram sujeitos em Portugal de forma continuada e por imposição unilateral doutros poderes/órgãos de soberania (o legislativo e o executivo).

A resposta dada pelo TJUE à questão que lhe foi colocada, confirmando a compatibilidade das medidas adotadas em Portugal com o direito da União, não pode ser considerada surpreendente, já que o TJUE pronunciou-se nesse sentido depois de ter

constatado que as medidas de redução remuneratória que afetaram os magistrados em causa foram adotadas no âmbito da correção de uma situação de défice excessivo do Estado português e no contexto de um programa de assistência financeira da União, que essas medidas tinham um alcance limitado e natureza temporária (aliás, quando o acórdão foi proferido já tinham sido eliminadas) e tinham caráter geral, aplicando-se não só aos magistrados, mas em geral a todos os titulares de cargos públicos, dos poderes legislativo, executivo e judicial, assim como aos funcionários públicos e a todas as pessoas que exerciam funções no setor público. Assim, o TJUE concluiu que as medidas em causa não visavam em especial os magistrados, inserindo-se antes no âmbito geral das medidas orçamentais de correção dos desequilíbrios financeiros ocorridos em Portugal, em particular quanto ao défice do orçamento do Estado, pelo que não se podia considerar que pusessem em causa a independência dos tribunais.

Não sendo esta resposta surpreendente, o que é sobretudo relevante e inovador no acórdão do TJUE, na linha do que acima se disse, é o raciocínio que subjaz à determinação da sua própria competência e o alcance que o Tribunal atribuiu ao princípio da independência dos tribunais, tal como decorre do artigo 19.º do TUE.

Com efeito, não obstante a circunstância de a aprovação das medidas concretas de

redução temporária das remunerações do setor público em Portugal, não decorrer de um compromisso específico aprovado pela União ou assumido pelo Governo português no quadro do programa de assistência financeira, o TJUE considerou suficiente, para estabelecer uma conexão relevante com a ordem jurídica da União Europeia e, conseqüentemente, estabelecer a sua própria competência, o facto de a legislação em causa ter sido aprovada pelas autoridades portuguesas tendo em vista a correção da situação de défice excessivo constatada pelas instituições da União nos termos do [Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia \(TFUE\)](#).

Foi isso que permitiu afastar a eventual qualificação dos factos como “situação puramente interna” (caso em que o STA teria que fazer o controlo de legalidade dos atos impugnados exclusivamente à luz dos princípios e regras constitucionais nacionais) e que levou também o TJUE a afastar a exceção de inadmissibilidade de reenvio suscitada pela Comissão, tendo considerado que, embora sumárias, as explicações do STA sobre a relevância, para a decisão da causa, das disposições do direito da União Europeia (cuja interpretação era solicitada) eram suficientes para que o TJUE compreendesse as razões que levavam o órgão jurisdicional nacional a solicitar a sua interpretação. Foi este o contexto processual que permitiu ao TJUE focar a sua atenção no artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE e extrair do mesmo conseqüências de largo alcance.

Para interpretar esta disposição – nos termos da qual, recorde-se, «[o]s Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo Direito da União» – o TJUE recorreu ao elemento sistémico. Por um lado, conjugou a sua leitura com a dos artigos 2.º e 4.º do mesmo Tratado, por outro, sublinhou a diferença de redação em comparação com o artigo 51.º, n.º 1, da Carta.

Com efeito, quanto a este último aspeto, enquanto o artigo 51.º, n.º 1, estabelece que a Carta tem por destinatários os Estados-Membros «apenas quando apliquem o direito da União» – o que significa que os direitos fundamentais consagrados na Carta, designadamente o direito à tutela judicial, previsto no artigo 47.º, só são invocáveis contra os Estados-Membros quando ocorra uma situação de aplicação de disposições concretas do direito da União pelas autoridades nacionais – o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE impõe aos Estados-Membros, de forma mais ampla, o dever de instituir na ordem jurídica interna vias de recurso que assegurem uma tutela judicial efetiva «nos domínios abrangidos pelo direito da União».

Esta distinção, leva o TJUE a afastar a relevância do artigo 47.º da Carta para a solução do caso concreto – pelo menos implicitamente, já que o acórdão é parco em explicações nesta matéria – e a focar-se

exclusivamente no artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE.

O alcance desta disposição é analisado à luz do artigo 2.º, que consagra os valores em que se funda a União, designadamente os valores do Estado de Direito, assim como do artigo 4.º, n.º 3, relativo ao princípio da cooperação leal.

E isto leva o TJUE a considerar que a exigência de consagração de uma tutela jurisdicional efetiva, enquanto princípio geral do direito da União assente nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, é inerente aos valores do Estado de Direito e impõe-se não só à União e às suas instituições, designadamente quanto aos termos em que está organizado e estruturado o seu sistema judicial, mas também aos Estados-Membros «nos domínios abrangidos pelo direito da União».

Daqui decorre, em conjugação com o princípio da cooperação leal do artigo 4.º, n.º 3 – que, entre outros deveres, impõe aos Estados-Membros o dever de tomarem «todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados» – que na configuração das vias de recurso necessárias para assegurar, no plano nacional, uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União, nos termos do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE, os Estados-Membros têm a obrigação de garantir o

respeito pelas exigências próprias dos valores do Estado de Direito, a começar pela independência judicial.

E isto é tanto mais importante quanto os órgãos jurisdicionais nacionais são os “tribunais comuns” do direito da União, incumbidos de garantir a aplicação do mesmo nas ordens jurídicas de cada Estado-Membro, em cooperação com o TJUE nos termos do mecanismo do reenvio prejudicial consagrado no artigo 267.º do TFUE.

E para que um tribunal, ou qualquer outra instância, possa ter a qualificação de órgão jurisdicional nacional, para efeitos da aplicação do artigo 267.º do TFUE, é necessário que preencha todas as garantias inerentes à existência de uma tutela judicial efetiva, a saber: *(i)* origem legal; *(ii)* caráter permanente; *(iii)* jurisdição vinculativa; *(iv)* natureza contraditória do processo; *(v)* aplicação de regras de direito; e, *(vi)* independência.

Por seu turno, as exigências de independência, que aliás se aplicam nos mesmos termos aos tribunais da União e aos tribunais dos Estados-Membros, implicam, para além de garantias quanto à inamovibilidade dos seus membros, que a instância em causa exerça as suas funções com total autonomia, sem estar submetida a nenhum vínculo hierárquico ou de subordinação em relação a quem quer que seja e sem receber ordens ou instruções de

qualquer origem. Para além disto, sublinha o TJUE, o auferimento por parte dos membros dos órgãos jurisdicionais de uma remuneração de nível adequado à importância das funções que exercem constitui também uma garantia inerente à independência judicial.

O TJUE enuncia assim, de forma muito clara e abrangente as obrigações que decorrem para os Estados-Membros do dever de estabelecerem «as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo Direito da União», tal como consagrado no artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE, em articulação com os artigos 2.º e 4.º do mesmo Tratado.

Assim, sem prejuízo do mecanismo de controlo político previsto no artigo 7.º do TUE, quanto ao respeito pelos valores referidos no respetivo artigo 2.º, designadamente os valores do Estado de Direito, este acórdão marca uma viragem de longo alcance no plano constitucional, pois lança as bases de um possível controlo judicial, nos termos do regime da ação por incumprimento prevista nos artigos 258.º e 259.º do TFUE, do cumprimento dos deveres que decorrem para os Estados-Membros do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE, quanto à consagração de um regime jurídico que assegure, na ordem jurídica nacional, uma tutela judicial efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.

Sabendo-se que hoje o direito da União toca, com maior ou menor intensidade consoante o alcance das competências que os Tratados atribuem às suas instituições, praticamente todos os domínios de ação das autoridades públicas, compreende-se que a Comissão Europeia, assim como os Estados-Membros, passam a dispor de um instrumento de controlo judicial muito poderoso relativamente a comportamentos de Estados-Membros que porventura violem os deveres impostos pelo referido artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE, quanto à consagração de uma tutela judicial efetiva nos seus ordenamentos internos, incluindo as garantias inerentes à independência dos tribunais.

O “braço de ferro” entre a Comissão, a Polónia e a Hungria, a propósito de medidas polémicas de reforma dos respetivos sistemas judiciais, que a Comissão questiona, poderá assim vir a ter novos desenvolvimentos à luz das perspetivas processuais que agora se abrem.

## MIND THE GAP: OS RISCOS DA IMPLEMENTAÇÃO ANTECIPADA ENTRE SIGNING E CLOSING



JOAQUIM  
VIEIRA PERES

O Grupo Altice/PT/Meo foi recentemente notícia a nível do direito europeu da concorrência pela Decisão da Comissão Europeia de multar o seu acionista Altice NV em cerca de 125 milhões de euros, por ter alegadamente violado a obrigação de *standstill* relacionada com a aquisição do controlo exclusivo sobre a PT Portugal/Meo.

Enquanto não for tornada pública uma versão não confidencial da Decisão da Comissão Europeia, que nos permita uma análise fundamentada dos pormenores dos factos em causa, apenas há que chamar a atenção para o tema da obrigação dita de *standstill* e o da sua violação: o chamado *gun jumping*.

Através deste termo de calão jusconcorrencial quer abranger-se um lato conjunto de eventos relacionados com a implementação de comportamentos por parte de empresas que pretendem adquirir o controlo de outras empresas-alvo ou ativos, em concentrações sujeitas a procedimento de autorização ou não-oposição prévias, junto das autoridades regulatórias nacionais ou europeia.

De acordo com a regra de *standstill*, mais ou menos coincidente a nível internacional, a concentração não se pode implementar ou concretizar antes de ser notificada e de a mesma ser autorizada.

A norma é clara mas, como é frequente nesta área do direito, o Diabo está nos detalhes.

É indubitável que a proibição abrange a transmissão de titularidade de partes sociais ou de ativos corpóreos ou incorpóreos (o efeito típico de concretizar uma aquisição), bem como a ocupação de cargos sociais na empresa alvo ou o exercício do direito de voto nos mesmos órgãos.

Contudo existem outros comportamentos cujo juízo de licitude/ilicitude é bem mais incerto.

Basta atentar no acesso a informação comercialmente sensível (e relevante do ponto de vista da concorrência) proporcionada ao adquirente nos processos de *due diligence*, quer antes da celebração do acordo de compra quer após este, para, por exemplo, fixar a contrapartida da transação.

Da mesma forma, a análise do valor económico que pode ser gerado com a operação (as sinergias ou economias, de custos, de gama ou de escala) bem como com a preparação dos procedimentos de transição para o controlo do novo sócio ou acionista (e a perceção dos respetivos custos e contingências) pressupõe sempre a disponibilização de dados “sensíveis”.

Por outro lado, a própria necessidade de um procedimento de autorização “jusconcorrencial” gera a existência de um hiato entre o momento em que o consenso se formou entre adquirente e alienante (ou entre participantes numa fusão) quanto ao desenho ou perímetro da transação e à respetiva contrapartida e o momento

em que, após a sua autorização, a operação pode ser finalmente “concretizada” (a *completion*).

Ora, este hiato (ou *gap*) – que pode ser mais ou menos longo consoante a complexidade da análise substantiva ou processual da concentração em causa, mas que nunca é inferior a um mês e pode chegar facilmente a um ano – vai impreterivelmente causar que, por força da natureza das coisas, no momento do *closing*, o *quid* adquirido/fundido será diferente do que era no momento da celebração do contrato (na *execution*).

E não está excluído que, em função dessa “evolução”, positiva ou negativa, o comprador deixe de ter interesse em comprar (de todo ou pelo preço acordado, ainda que sujeito a revisão) ou o vendedor deixe de ter interesse em vender (nas condições contratadas).

Um hipotético recomeço do processo de *due diligence* e de renegociação das contrapartidas (ou dos riscos alocados a cada uma das partes) é completamente ineficiente e desincentivador de qualquer concentração: é que, neste período intermédio, a empresa transacionada tende a perder valor, até pela falta de capacidade de decisão estratégica e tática. Como se costuma ilustrativamente dizer, o vendedor já a vendeu mas o comprador ainda não a comprou.

Corresponde por isso a um interesse legítimo de comprador e vendedor assegurar que, no fim desse *gap*, a empresa-alvo mantém as suas características (entre as quais a sua presença no mercado e a sua *performance*, bem como a sua exposição aos vários riscos, próprios da sua atividade ou “patológicos”), ainda que isso possa representar uma limitação temporária da sua liberdade de atuação ou autonomia de decisão (logo uma potencial restrição da concorrência).

A solução extrema de resolver o contrato assinado, exonerando ambos os contraentes do cumprimento da transação acordada, não é obviamente uma solução minimamente apta pelas perdas que causa a todos os intervenientes.

Isto visto, a prática desenvolveu e consagrou uma série de procedimentos destinados a lidar com este foco de tensão inultrapassável: (i) cláusulas contratuais de proibição ou de sujeição de algumas decisões da empresa-alvo a concordância do adquirente (*interim covenants*), designadamente no que respeite a opções estratégicas em que se pondere um desvio do “*ordinary course of business*” ou de outra forma se possa afetar de modo significativo o valor da empresa-alvo; (ii) mecanismos de revisão da contrapartida após a concretização da transação (por vezes associados à própria retenção de parte do preço) para apuramento ou confirmação subsequente de certas realidades contabilísticas ou de



contingências; (iii) acordos de confidencialidade muito detalhados e complexos; (iv) “ring-fencing” da informação sensível disponibilizada; (v) constituição de grupos fechados (distantes de posições-chave com impacto no mercado) de intervenientes para aceder e lidar com a informação crítica (“clean teams”), mas igualmente “vendors’ due diligences”, entre outras.

Só que a delimitação rigorosa das zonas “seguras” e “arriscadas” destes comportamentos nunca foi objeto de regras imperativas, de orientações ou diretrizes (*soft law*) nem de reflexão por parte da doutrina ou objeto de decisões judiciais.

É, por isso, extremamente preocupante que a Comissão Europeia tenha decidido reforçar o elemento “dissuasor” da sua sanção, através de uma punição “moralizadora”, numa área em que imperam as dúvidas e as áreas cinzentas. Será algo que só se poderá apurar fielmente assim que sejam conhecidos os factos concretos do caso e se possa apreciar a censurabilidade dos comportamentos visados.

Até lá, *mind the gap*, resta às empresas envolvidas em processos de fusões e aquisições reforçarem os cuidados a ter com a sujeição das operações a controlo de concentrações, no que respeita à necessidade de submeter notificações para a sua autorização, à amplitude da informação partilhada entre as partes e à interferência precoce do comprador nas decisões do alvo.

## COMISSÃO EUROPEIA APROVA REGIME DE AUXÍLIO DE ESTADO PARA A INSTALAÇÃO DE PAINÉIS SOLARES EM EDIFÍCIOS RESIDENCIAIS PARA ARRENDAMENTO NA ALEMANHA



EDUARDO  
MAIA CADETE

### (i) Introdução

A Comissão Europeia aprovou ao abrigo das regras relativas a auxílios de Estado, no processo SA.48327<sup>2</sup>, o regime público alemão de apoio financeiro a senhorios na instalação de painéis solares na cobertura de edifícios residenciais. A eletricidade a produzir com os painéis solares – que, por instalação, têm de dispor de uma capacidade máxima de 100 kW e com um limite de produção de 500 Mw de eletricidade por ano – destina-se a fornecer eletricidade, com origem solar, a arrendatários de edifícios habitacionais. O orçamento anual da medida de financiamento é estimado em 4 milhões de euros.

### (ii) Racional ambiental da medida

A medida permite que os arrendatários participem ativamente na transição da Alemanha para o fornecimento de energia de baixo carbono, sustentável no plano ambiental, em linha com os **objetivos ambientais** da União Europeia, e tem por meta assegurar que a quota de energias renováveis no fornecimento de eletricidade aos consumidores finais na Alemanha aumenta para 40-45% em 2025, para 55-60% em 2035 e para 80% em 2050.

Neste domínio as autoridades alemãs explicaram à Comissão Europeia que para a energia renovável, e sem o financiamento em causa, os senhorios não procederiam à instalação de painéis solares em edifícios

arrendados para fornecer eletricidade aos respetivos inquilinos, dado que tal investimento geraria perdas financeiras ou produziria uma taxa de retorno tão diminuta que o investimento não suplantaria os ónus administrativos e organizacionais que estes projetos implicam. Assim, o financiamento público em causa torna os projetos suficientemente atrativos (na maior parte da Alemanha), dado que a taxa de retorno obtida com o financiamento é, em muitos casos, superior à taxa de retorno obtida com a injeção da energia elétrica produzida na rede pública.

### (iii) Beneficiários

Os beneficiários da medida são os produtores de energia elétrica com base em painéis solares com uma capacidade instalada até 100 kW. A instalação em causa tem de estar localizada num edifício residencial e o apoio é unicamente concedido à eletricidade que: (a) é fornecida a um consumidor final; (b) é consumida no edifício no qual a eletricidade é produzida ou em edifícios residenciais ou secundários que se encontram na vizinhança imediata do edifício no qual se encontra localizada a instalação de produção; e (c) que a eletricidade produzida objeto do subsídio não é injetada na rede elétrica pública. Para este efeito, os edifícios residenciais foram definidos pelas autoridades alemãs como edifícios que são utilizados em pelo menos 40% (da respetiva superfície) para fins residenciais.

<sup>2</sup> Versão pública da decisão publicada a 8 de fevereiro de 2018, acedida in [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_48327](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_48327) [consultado em 29 de maio de 2018].

#### (iv) Análise da medida de financiamento

O apoio financeiro aprovado é concedido aos beneficiários através de um “prémio”, calculado com base na diferença entre o “valor de referência” quando a instalação de produção de eletricidade entra em funcionamento e 0,085 EUR/kWh. Este prémio somente é pago à energia elétrica produzida pelas instalações fotovoltaicas e consumida pelos arrendatários. A eletricidade produzida em excesso pela instalação fotovoltaica e não consumida pelos arrendatários (injetada na rede pública), continua a ser elegível para apoio ao abrigo de um regime de auxílios de Estado em vigor na Alemanha anteriormente aprovado pela Comissão Europeia<sup>3</sup>.

A decisão de aprovação da Comissão Europeia determina, com base em dados de 2017, o “valor de referência” para instalações solares que entrem em operação nos moldes subsequentes:

	Até 10 kWp	Até 10 kWp e até 40 kWp	Acima de 10 kWp e até 100 kWp
Valor de referência (cêntimos €/kWh)	0,122	0,1187	0,161
Valor de dedutível (cêntimos €)	0,085	0,085	0,085
Subsídio (cêntimos €)	0,037	0,037	0,211

Com o desiderato de obter a aprovação do financiamento pela Comissão Europeia, as autoridades alemãs tiveram de descrever de forma exaustiva os fundamentos da medida de apoio no plano económico-financeiro, submetendo para o efeito um estudo no tema, nos termos do qual a decisão de investimento numa instalação solar em edifícios arrendados depende: (a) dos custos da instalação (investimento e manutenção), dos custos de adaptação da rede necessária a ligar a instalação fotovoltaica ao sistema elétrico do edifício, dos custos de instalação do equipamento de medição e dos custos de gestão do contrato de fornecimento de eletricidade com o inquilino e dos custos de fornecer eletricidade ao inquilino através da rede pública para fazer face à parte do seu consumo que não é coberto pela instalação solar; (b) das receitas que o arrendatário pode obter com o fornecimento de eletricidade aos respetivos inquilinos, estando, porém, tais receitas dependentes da quantidade de eletricidade comercializada, na medida em que a eletricidade produzida pela instalação seja consumida pelos inquilinos e do preço por kWh, que seja acordado entre o arrendatário e o senhorio – sendo que, em regra, um arrendatário só celebra um contrato para o fornecimento de eletricidade com o senhorio se o preço não for mais elevado do que a melhor oferta que o primeiro pode obter junto de um fornecedor de energia elétrica em mercado; (c) das receitas que o arrendatário consegue obter com a injeção da eletricidade não consu-

<sup>3</sup> O regime inicial de apoios para a promoção da produção de eletricidade com base em fontes de energia renováveis foi aprovado pela Comissão Europeia por decisão de 23 de julho de 2014, no processo de Auxílio Estatal SA.38632 (2014/N) – *Alemanha – EEG 2014 – Reforma da Lei da Energia Renovável* e por decisão de 20 de dezembro de 2016 no processo de Auxílio Estatal n.º SA.45461 (2016/N) – *Alemanha – EEG 2017 – Reforma da Lei da Energia Renovável*.

mida pelos inquilinos na rede pública; e (d) do nível das taxas aplicadas à eletricidade fornecida aos arrendatários.

A decisão da Comissão Europeia incorpora uma análise aprofundada dos dados económicos facultados pelas autoridades alemãs nos temas acima versados. Neste domínio, as autoridades alemãs facultaram à Comissão Europeia um modelo simplificado de cálculo dos custos e das receitas de um agregado familiar típico (consumo de 2500kWh/ano, 60% do consumo de eletricidade coberto pela instalação solar e o restante pela rede elétrica), e que se reproduz de seguida:

Receitas de venda de eletricidade ao inquilino (0,2326 €/kWh – valor retalhista médio estimado na Alemanha, sem IVA)	+582 EUR/ano
Custo médio da eletricidade produzida pela instalação solar (0,1218 €/kWh)	-183 EUR/ano
Taxas sobre a energia elétrica produzida	-103 EUR/ano
Medição, administração e distribuição	-100 EUR/ano
Eletricidade adquirida à rede (0,23 €/kWh)	-230 EUR/ano
<b>Total sem subsídio</b>	<b>-34 EUR/ano</b>
Subsídio (0,036€/kWh)	+54 EUR/ano
<b>Total com subsídio</b>	<b>20 EUR/ano</b>

O financiamento é concedido aos beneficiários (arrendatários) por um período de 20 anos, que corresponde ao período de amortização da instalação, sendo suportado através de taxas aplicadas à eletricidade pagas por operadores da rede elétrica e por categorias específicas de consumidores.

#### (v) Validação do regime de auxílio

A Comissão Europeia analisou e aprovou o regime de financiamento ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia [«auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades (...), quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum»], tomando em efetiva consideração as regras e requisitos que resultam das suas *Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020*<sup>4</sup>, em particular a secção relativa a *Auxílios à energia a partir de fontes renováveis*. Assim, a Comissão com extensa e detalhada fundamentação aduzida na decisão de aprovação, considerou que estavam cumulativamente reunidos os subsequentes critérios pelo regime de auxílios notificado pela Alemanha: (a) contribuição para um objetivo de interesse comum claramente definido, a medida de auxílio estatal visa um objetivo de interesse comum da União Europeia; (b) necessidade de intervenção do Estado, a medida de auxílio estatal visa uma situação em que os auxílios são suscetíveis de se tradu-

<sup>4</sup> Publicada no Jornal Oficial da União Europeia C 200, 28.6.2014, pp. 1-55.

zirem numa melhoria significativa que o mercado, por si só, não pode criar, corrigindo uma deficiência de mercado claramente definida; (c) adequação da medida de auxílio, a medida de auxílio proposta é um instrumento político adequado para atingir o objetivo de interesse comum; (d) efeito de incentivo: o auxílio altera o comportamento das entidades em causa, de modo a que estas criem novas atividades que não teriam realizado na ausência dos auxílios ou que só teriam realizado de uma forma limitada ou diferente; (e) proporcionalidade do auxílio, materializada na

limitação do auxílio ao mínimo necessário para incentivar os investimentos em causa; (f) prevenção de efeitos negativos indesejados na concorrência e nas trocas comerciais entre Estados-Membros, os efeitos negativos do auxílio são suficientemente limitados para que o equilíbrio global da medida seja positivo; e (g) transparência do auxílio (os Estado-Membros, a Comissão, os operadores económicos e o público têm facilmente acesso a todos os atos relevantes e informações pertinentes sobre a concessão do auxílio em causa).

*O metódico e exaustivo regime de financiamento alemão aprovado pela Comissão Europeia, ao abrigo das regras relativas a auxílios de Estado, tem por beneficiários os produtores de energia elétrica com recurso a instalações fotovoltaicas (a instalar por arrendatários em edifícios residenciais para arrendamento) com uma capacidade instalada máxima de 100 kWp, e com um limite de produção de 500 Mwlano. Densificando, os critérios de acesso ao regime de financiamento aprovado pela Comissão Europeia exigem que a instalação solar esteja instalada num edifício residencial; o apoio seja apenas concedido à eletricidade consumida por consumidores finais, atuando na qualidade de arrendatários; a energia elétrica seja consumida no edifício em que a eletricidade é produzida ou em edifícios habitacionais, que se encontrem na vizinhança imediata do edifício no qual a instalação fotovoltaica está instalada; e a eletricidade produzida e financiada não seja injetada na rede pública de distribuição.*

## ALERTA IMPORTANTE PARA O SETOR PÚBLICO — O TJUE RECONFIRMA A APLICABILIDADE DAS REGRAS EUROPEIAS EM MATÉRIA DE AUXÍLIOS DE ESTADO A TRANSAÇÕES ENTRE EMPRESAS PÚBLICAS



PHILIPP MELCHER

### **Acórdão de 18 de maio de 2017, *Fondul Proprietate SA, C-150/16,* **EU:C:2017:388****

O processo diz respeito a duas empresas romenas envolvidas na produção de eletricidade, Elektrocentrale (ELC) e Oltenia (OLT). O Estado romeno detinha a totalidade do capital social da ELC e a maioria da OLT. As restantes participações da OLT eram detidas pela Fondul, um fundo de investimento privado. A ELC encontrava-se (aparentemente) em dificuldades financeiras e não tinha capacidade para reembolsar um empréstimo, que lhe tinha sido concedido pela OLT. Por isso, a ELC ofereceu à OLT a transmissão de uma das suas centrais elétricas para efeitos do reembolso, o que a OLT aceitou por deliberação da assembleia geral de acionistas, isto é, com os votos do acionista maioritário, o Estado romeno. Fondul, o acionista minoritário “derrotado” em sede da assembleia, alegou que a central elétrica não era lucrativa e que a sua transmissão para efeitos do reembolso do empréstimo apenas beneficiava a ELC que, livre do fardo do empréstimo e da central elétrica, não tinha de pedir a declaração de insolvência e consequentemente abandonar o mercado. Com base nestas submissões, a Fondul solicitou a um tribunal nacional que declarasse a deliberação da assembleia geral da OLT inválida. O tribunal suspendeu o processo e colocou uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), nos termos do artigo

267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), sobre se e em que condições a deliberação contestada constituía um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, que estaria sujeito às obrigações de notificação e de *standstill* do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE.

No seu acórdão, o TJUE reiterou que, para, que a deliberação constituia auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, deve ser imputável ao Estado conferir uma vantagem económica seletiva a uma empresa que seja financiada através de recursos do Estado e ser apta a distorcer a concorrência e a afetar o comércio entre os Estados-Membros. O TJUE concluiu que, se todas essas condições estiverem preenchidas e a deliberação seja, por isso, qualificada como um auxílio de Estado, deveria ter sido realizada apenas se e após notificação e aprovação pela Comissão Europeia (Comissão), de acordo com o artigo 108.º, n.º 3, do TFUE.

O acórdão *Fondul* (re)confirma que a proibição de auxílios de Estado do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, também se aplica a transações entre empresas públicas. Esta constatação já decorre das duas considerações seguintes: em primeiro lugar, tal como é exigido pelo princípio da neutralidade quanto à natureza da propriedade – consagrado no artigo 345.º do TFUE –, o artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, aplica-se independentemente de a empresa beneficiária pertencer ao setor público ou ao

setor privado; em segundo lugar, o requisito de, que para haver auxílio de Estado, a vantagem conferida à empresa beneficiária ter de ser concedida através de recursos estatais, também se verifica se a vantagem não for financiada a partir do orçamento do Estado, mas a partir de outros recursos controlados pelo Estado, como os recursos de empresas detidas ou de alguma forma, controladas pelo Estado (**empresas públicas**).

Portanto, é possível que o Estado conceda um auxílio (de Estado) a uma empresa pública através de outra empresa pública. Consequentemente, qualquer transação – que diga respeito, por exemplo, à compra, venda ou transferência de bens, ou à prestação de serviços, capital ou financiamento – entre empresas públicas – incluindo, em princípio, transações intragrupo entre a empresa-mãe e uma subsidiária ou entre subsidiárias da mesma empresa-mãe – poderá consubstanciar um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

Apesar de estas constatações já decorrerem dos supracitados princípios e de acórdãos anteriores, em particular da decisão emblemática no caso *Stardust Marine*<sup>5</sup>, a sua reconfirmação no acórdão *Fondul* é, todavia, muito importante. Visto que os acórdãos e decisões relativos a auxílios de Estado, que dizem respeito a transações entre empresas públicas são raros, existe, por vezes, uma consciência menor, da

parte das empresas públicas, das possíveis implicações em matéria de auxílios de Estado das suas relações comerciais mútuas. Tal consciência é, contudo, crucial, dadas as possíveis consequências da violação de regras europeias em matéria de auxílios de Estado.

A violação do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE, na concessão de auxílios de Estado, isto é, sem a aprovação pela Comissão<sup>6</sup>, torna os atos jurídicos subjacentes (no caso de transações: o(s) contrato(s) subjacente(s)) inválidos *ex tunc* e obriga os tribunais nacionais, a pedido de um terceiro interessado (por exemplo, um concorrente), a retirar todas as consequências dessa invalidade e a ordenar o Estado a recuperar o auxílio (incluindo juros) da empresa beneficiária<sup>7</sup>. Se, por exemplo, no caso *Fondul*, a transmissão da central elétrica para efeitos do reembolso do empréstimo consubstanciou um auxílio de Estado para a ELC, a deliberação da assembleia geral da OLT, e, portanto, a transmissão da central elétrica e a extinção da dívida da ELC, poderão ser nulas. Em tal caso, a ELC poderá estar insolvente e poderia já ter estado insolvente no momento da deliberação (dadas as suas aparentes dificuldades financeiras), do que resulta que a OLT poderá ver impossibilitada a cobrança (no todo ou em parte) do reembolso do empréstimo. Tal cenário poderá também gerar consequências para os gestores da beneficiária do auxílio insolvente. Nos regimes de insolvência de alguns ordenamentos jurídicos a omissão do pedido de insolvência pelos gestores de

<sup>5</sup> Acórdão de 16 de maio de 2002, *França c. Comissão (Stardust Marine)*, C-482/99, EU:C:2002:294.

<sup>6</sup> Isto é, o auxílio não foi individualmente aprovado por uma decisão da Comissão e não preenche os requisitos de alguma das isenções gerais do regime do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE, como o Regulamento *de minimis* e o Regulamento que estabelece isenções por categoria.

<sup>7</sup> Acórdão de 12 de fevereiro de 2008, *CELF e ministre de la Culture e de la Communication*, C-199/06, EU:C:2008:79.

uma sociedade considerada materialmente insolvente consubstancia uma infração penal e os gestores ficam pessoalmente responsáveis pelas dívidas da sociedade a partir do momento em que esta é considerada insolvente.

À luz do exposto, o acórdão *Fondul* é um alerta para a importância das empresas públicas verificarem o cumprimento das regras europeias em matéria de auxílios de Estado, também no que diz respeito a transações com outras empresas públicas. Isto exige, antes de mais, uma análise sobre se a transação em causa envolve auxílios de Estado, o que não será o caso, por exemplo, se a decisão da empresa pública em participar numa transação não for atribuível ao (isto, é, não for influenciada pelo) Estado (mas uma pura decisão de gestão) ou se um operador privado numa situação semelhante à do Estado teria participado nessa transação nos mesmos termos e condições (princípio do operador privado)<sup>8</sup>. Esta análise é mais complexa no

caso de transações entre empresas públicas do que no caso entre empresas públicas e privadas, porque as transações entre empresas públicas podem consubstanciar um auxílio de Estado para qualquer uma das partes. No caso *Fondul*, a transmissão da central elétrica no lugar do reembolso do empréstimo poderia, em teoria, constituir um auxílio de Estado a favor da OLT, em vez de um auxílio de Estado a favor da ELC, por exemplo, se o valor da central elétrica excedesse significativamente o montante do empréstimo.

Concorrentes de empresas públicas, por outro lado, poderão ser motivadas, pelo acórdão *Fondul*, a monitorizar o mercado também em relação a benefícios indevidos conferidos aos seus concorrentes públicos de entidades do mesmo grupo ou de outras empresas públicas, dado que este acórdão reconfirma que a “espada afiada” do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE também está disponível neste contexto.

*Qualquer transação – que diga respeito, por exemplo, à compra, venda ou transferência de bens ou à prestação de serviços, capital ou financiamento – entre empresas públicas – incluindo, em princípio, transações intragrupo entre a empresa-mãe e uma subsidiária ou entre subsidiárias da mesma empresa-mãe – poderá consubstanciar um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE. Transações entre empresas públicas podem consubstanciar um auxílio de Estado para qualquer uma das partes.*

*A violação do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE torna os contrato(s) subjacente(s) inválidos ex tunc e obriga os tribunais nacionais, a pedido de um concorrente, a retirar todas as consequências dessa invalidade e a ordenar o Estado a recuperar o auxílio (incluindo juros) da empresa beneficiária. Em certas circunstâncias, a invalidade dos contratos poderá levar à insolvência da empresa beneficiária e, em tal caso, à responsabilidade penal e civil dos seus gestores.*

*O acórdão *Fondul* é um alerta para a importância das empresas públicas verificarem o cumprimento das regras europeias em matéria de auxílios de Estado também no que diz respeito a transações com outras empresas públicas, bem como uma reconfirmação para concorrentes de empresas públicas de que a “espada afiada” do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE também está disponível neste contexto.*

<sup>8</sup> Se a presença de auxílio de Estado não pode ser excluída, é necessário avaliar, num segundo passo, se o auxílio está sujeito às obrigações de notificação e de *standstill* do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE.



## ACÓRDÃO GASORBA: UMA FORMA ENCAPOTADA DE *NON BIS IN IDEM*?



LUÍS DO  
NASCIMENTO  
FERREIRA

### Introdução

Em finais de 2017<sup>9</sup>, o Tribunal de Justiça (“TJ” ou “Tribunal”) apreciou a questão de saber se um tribunal de um Estado-Membro pode declarar inválido um acordo entre empresas, por violação das regras europeias que proíbem acordos restritivos da concorrência, quando a Comissão Europeia tenha previamente arquivado uma investigação *antitrust* relativa a esse acordo com base na imposição de compromissos às empresas em causa e sem constatar a existência de uma infração a essas regras.

Antecipa-se desde já que a resposta do Tribunal foi positiva e que essa conclusão, ainda que tenha sido enunciada em termos genéricos, sintéticos e aparentemente inócuos, é suscetível de gerar dúvidas e preocupações de longo alcance.

### Resumo do caso e do acórdão

O processo tem origem num reenvio prejudicial operado pelo *Tribunal Supremo de Espanha* num litígio que opõe a sociedade Gasorba, S.L. (“Gasorba”) à Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. (Repsol), em torno de um contrato para a exploração de uma área de serviço de abastecimento de combustível situada na província de Alicante. O contrato em questão impunha à Gasorba, na qualidade de locatário e distribuidor, uma obrigação de abastecimento exclusivo na Repsol, por um período de 25 anos, sendo que a Rep-

sol comunicava periodicamente à Gasorba os preços máximos de venda de combustíveis ao público, permitindo a esta praticar preços inferiores, desde que fossem deduzidos à sua comissão e, portanto, sem afetar as receitas da Repsol.

A Comissão abriu uma investigação contra a Repsol, ao abrigo do artigo 101.º do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (TFUE), tendo considerado que o contrato em causa suscitava dúvidas quanto à sua compatibilidade com essa norma, na medida em que poderia gerar um efeito de encerramento significativo no mercado retalhista espanhol de combustíveis.

Em resposta às preocupações da Comissão, a Repsol comprometeu-se, designadamente a: (i) não celebrar futuramente contratos de exclusividade a longo prazo; (ii) não interferir no preço de venda dos combustíveis (sem prejuízo da possibilidade de determinação de preços máximos e recomendados); (iii) propor aos locatários das estações de serviço que tivessem contratos dessa natureza em curso, incentivos financeiros para lhes permitir terminar os contratos antes do seu termo; e (iv) não adquirir, durante um período alargado, estações de serviço independentes de que não fosse já fornecedora.

Por decisão de 2006<sup>10</sup>, adotada ao abrigo do artigo 9.º do *Regulamento (CE) n.º 1/2003*, a Comissão tornou obrigató-

<sup>9</sup> Acórdão de 23 de novembro de 2017, Gasorba e Outros, C-547/16, EU:C:2017:891.

<sup>10</sup> Processo COMP/B-1/38.348 *Repsol C.P.P.*

rios para a Repsol os mencionados compromissos.

Nesta sequência, a Gasorba intentou uma ação, junto dos tribunais espanhóis, para obter a declaração de nulidade do contrato celebrado com a Repsol e uma indemnização por danos com fundamento na violação do artigo 101.º do TFUE. A ação foi julgada improcedente nas duas primeiras instâncias judiciais e o caso chegou então ao *Tribunal Supremo*, que submeteu ao TJ duas questões prejudiciais, essencialmente para confirmar se o artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 – nos termos do qual, quando se pronunciarem sobre acordos ao abrigo do artigo 101.º do TFUE, que já tenham sido objeto de decisão da Comissão, os tribunais dos Estados-Membros não podem tomar decisões que sejam contrárias a essa decisão – se opõe a que um tribunal nacional declare nulo um acordo entre empresas quando este acordo foi já objeto de uma decisão de arquivamento com compromissos tomada pela Comissão ao abrigo do artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

O TJ começou por recordar que o referido artigo 16.º tem por objetivo assegurar a uniformidade de aplicação do direito da concorrência no espaço da União, uma vez que, num sistema de competências paralelas e descentralizadas como o que vigora em matéria de *antitrust*, o artigo 101.º do TFUE (tal como o respetivo artigo 102.º, que proíbe os abusos de posição dominan-

te) é aplicado, não apenas pela Comissão Europeia, mas também pelas autoridades nacionais de concorrência e pelos tribunais dos Estados.

Sucedem, porém, que, na resposta às questões prejudiciais, o que pesou mais para o Tribunal foi a natureza da decisão adotada pela Comissão quanto ao acordo entre a Gasorba e a Repsol. Isto porque, em decisões proferidas com base no artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a Comissão arquiva a investigação relativa ao acordo em apreço, impondo como condição para o efeito o cumprimento de um conjunto de compromissos propostos pela empresa visada e sem constatar se ocorreu alguma infração ao artigo 101.º do TFUE.

O TJ frisou ainda que as decisões no quadro do artigo 9.º, são tomadas para dar resposta às preocupações jusconcorrenciais manifestadas pela Comissão após uma «mera apreciação preliminar» do caso e que, como tal, não podem ser vistas como uma «certificação de conformidade» da prática com o artigo 101.º do TFUE. Neste particular, o Tribunal fez ainda apelo interpretativo aos considerandos 13 e 22 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, na parte em que referem que as decisões de arquivamento com compromissos não afetam a competência dos órgãos jurisdicionais e das autoridades de concorrência dos Estados-Membros quanto à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Em face do exposto, o Tribunal declarou que o artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 deve ser interpretado no sentido de que uma decisão de compromissos aprovada pela Comissão relativamente a um determinado acordo não impede os tribunais nacionais de apreciarem posteriormente a conformidade desse acordo com as regras de concorrência e, eventualmente, declararem a sua nulidade nos termos do artigo 101.º do TFUE.

### Comentário

Em termos abstratos, não se pode dizer que o desfecho decisório deste processo seja uma surpresa. Ele comporta, no entanto, riscos relevantes de tensão com outros direitos de igual ou superior relevo, que o TJ devia ter assinalado e ponderado, não só para permitir ao tribunal nacional tomar uma decisão ponderada no litígio principal que tem em mãos, mas igualmente para dissipar as dúvidas e preocupações que o acórdão não pode deixar de convocar.

Em nossa opinião, o Tribunal andou bem, quando declarou, como ponto de partida, que a proibição, prevista no artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de os tribunais nacionais adotarem decisões contraditórias com as que tenham sido tomadas pela Comissão em processos do artigo 101.º do TFUE, se destina a assegurar uma aplicação eficaz e harmonizada das normas de concorrência da e na

União. Mas faltou dizer que, em processos de natureza sancionatória, este objetivo não pode ser isolado e visto como um fim em si mesmo. Ele tem necessariamente de se conformar com um propósito maior, que é o de prevenir um sistema paralelo que gere decisões materialmente contrárias e a “conta-gotas” em desfavor dos arguidos. Ou, dito de forma mais ampla e pela positiva: assegurar o respeito pelo princípio da segurança jurídica. E é por nem sequer aflorar este ponto – e, menos ainda, o afrontar – que o acórdão nos merece maior crítica.

Esta crítica sai reforçada porque, embora o conteúdo decisório do acórdão se tenha pronunciado apenas sobre a competência que os tribunais nacionais (man)têm face a acordos que tenham antes sido objeto de uma decisão da Comissão de arquivamento com compromissos, o TJ também se reportou à possibilidade de as autoridades nacionais de concorrência virem posteriormente a decidir sobre a legalidade de tais acordos à luz do artigo 101.º do TFUE.

Não se contesta que uma decisão da Comissão ao abrigo do artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, não conclui se o acordo investigado viola, ou não, as regras de concorrência. Mas já não conseguimos acompanhar o Tribunal quando, na prática, parece sugerir que essa decisão não teria subjacente um juízo valorativo sólido e coerente da Comissão quanto à gravidade

do acordo em causa. É que a forma aberta como o TJ responde ao tribunal espanhol permite especular se, numa situação como a descrita, os tribunais e as autoridades nacionais poderiam em tese vir livremente a tomar partido pela ilegalidade desse acordo e daí extraírem eventuais punições associadas, sabendo-se que a Comissão não fez uma coisa nem outra.

Em casos como o presente, a Comissão não é apenas a primeira entidade a ocupar-se da análise jusconcorrencial do acordo. A circunstância de ela tomar a liderança da investigação significa que, num primeiro momento, tanto a Comissão como as autoridades nacionais de concorrência concordaram e decidiram, no âmbito da Rede Europeia de Autoridades de Concorrência, que a Comissão seria a entidade mais bem posicionada para instruir o processo. Paralelamente, de acordo com a prática decisória consolidada da Comissão, tipicamente esta instituição não aceita arquivar processos mediante compromissos se a natureza da infração exigir a aplicação de uma coima. Logo, ao contrário do que indicia o TJ, qualquer decisão nos termos do artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 tem de ser inevitavelmente precedida de uma análise substantiva e suficientemente profunda sobre a gravidade do caso.

Ora, sendo a Comissão a entidade mais bem colocada para tratar um acordo ao abrigo do artigo 101.º do TFUE, tendo analisado esse acordo e concluído que ele

não é suficientemente grave para ser declarado nulo e dar lugar à aplicação de sanções, não nos parece que ter depois as restantes entidades potencialmente competentes para aplicarem essa norma (tribunais e autoridades dos Estados-Membros) a adotarem decisões de sinal oposto seja a melhor forma de assegurar a consistência que o artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 postula. Aliás, se o que preocupa o TJ num caso como este é acautelar a uniformidade de aplicação do direito europeu da concorrência, aparenta ser bem mais prejudicial a esse desiderato que os particulares que se considerem lesados e insatisfeitos com uma decisão da Comissão de arquivamento com compromissos não a contestem judicialmente no Tribunal Geral da União através da competente ação de anulação prevista no artigo 263.º do TFUE, permitindo assim que a decisão se cristalize e adquira força de caso julgado, e venham um dia mais tarde tentar obter solução distinta por via de uma atuação “descomprometida” dos tribunais e das autoridades nacionais.

A possibilidade de atuação posterior das autoridades nacionais de concorrência suscita ainda uma complexidade adicional. É que, para viabilizar o arquivamento condicional do caso por parte da Comissão, certamente que as empresas participantes no acordo tiveram de apresentar compromissos robustos e ajustados à remoção das preocupações identificadas por aquela instituição, compromissos esses que foram

tornados obrigatórios pela decisão da Comissão. Se uma empresa nesta situação for depois confrontada com uma investigação ulterior de uma autoridade nacional que verse sobre o mesmo acordo, dificilmente essa empresa terá possibilidade de produzir mais e novos compromissos com a mesma abrangência dos que foram submetidos à Comissão e igualmente capazes de dissipar as dúvidas concorrenciais, desta feita da autoridade nacional. O que levanta a questão de saber se, ao permitir-se a acumulação ou sucessão de investigações, não estará invariavelmente a “forçar-se” uma condenação.

Em suma, a jurisprudência do acórdão Gasorba representa uma perigosa aproximação a algumas variantes da proibição de *non bis in idem*, pois ela abre a porta à possibilidade de duplicação de procedimentos, que podem dar origem a pronúncias de sentido contrário, por parte de diferentes entidades, em distintos momentos e tendo por objeto a apreciação de uma única e mesma conduta ao abrigo das mesmas regras.

## AUXÍLIOS DE ESTADO NO DESPORTO: A SAGA DOS CLUBES ESPANHÓIS NOS TRIBUNAIS DA UE



DZHAMIL ODA

### Introdução

A saga relacionada com auxílios de Estado a diversos clubes de futebol espanhóis está viva e continua. Esta *estória* segue e é referente a um conjunto de processos que culminaram com a Comissão Europeia (CE) a **ordenar** ao Estado Espanhol a recuperação de quase 50 milhões de euros em alegadas ajudas de estado ilegais e incompatíveis com o Tratado da UE concedidas a vários clubes de futebol nacionais (Real Madrid, FC Barcelona, Athletic Bilbao, Atlético Osasuna, Valencia, Hercules e Elche).

Mais de metade do dito montante – 30,2 milhões de euros – terá de ser recuperado junto dos clubes Valencia, Hercules e Elche (processo SA.36387). No caso desses clubes os alegados auxílios de Estado dizem respeito a garantias de empréstimos concedidos ao Valencia, Hercules e Elche pelo Instituto Valenciano de Finanzas (Instituto das Finanças Valenciano, “IVF”), uma instituição financeira do Generalitat Valenciana (governo regional de Valência). A CE considerou que tal auxílio concedeu a esses clubes uma vantagem económica sobre os demais clubes de futebol.

### Medidas provisórias requeridas junto do Tribunal Geral da UE

No seguimento da decisão da CE, que incluiu uma ordem de recuperação dos au-

xílios alegadamente incompatíveis concedidos ao Valencia, Hercules e Elche, todos os clubes recorreram junto do Tribunal Geral, pedindo a anulação da dita decisão. Em paralelo, o Valencia e o Hercules requereram ao Tribunal Geral a aplicação de medidas provisórias para suspender a recuperação do alegado auxílio incompatível até que os recursos da decisão da CE fossem resolvidos (processos T-732/16 e T-766/16).

Ambos os clubes alegaram que a recuperação imediata dos auxílios resultaria num prejuízo da sua situação financeira.

O Hercules acrescentou que a recuperação dos montantes em apreço levaria à sua liquidação o que, em consequência, impossibilitaria o clube de participar em competições desportivas, com consequências também para os organizadores de tais competições e outros clubes participantes. O clube alegou ainda que a sua extinção geraria conflitos sociais e perdas económicas para a região.

O Valencia acrescentou que a recuperação imediata dos alegados auxílios incompatíveis, modificaria de forma importante e irreversível a sua situação no mercado de clubes de futebol.

Ambos os pedidos foram rejeitados pelo Tribunal Geral, pois este considerou que as partes não demonstraram que a recupe-

ração dos alegados auxílios incompatíveis tivesse um impacto e danos irreparáveis que justificassem medidas provisórias.

Em primeiro lugar, o Tribunal Geral lembrou que os pedidos devem detalhar as circunstâncias e os factos que justificam *prima facie* a urgência para a aplicação de medidas provisórias.

Quanto ao Hercules, o tribunal notou que para apreciar a situação financeira de uma entidade é necessário olhar para os recursos globais da totalidade do grupo de tal entidade é parte, incluindo pessoas singulares que controlam tal entidade.

O Tribunal Geral salientou também que, de acordo com o próprio clube, este tinha investido em «jogadores de qualidade» com salários que excediam as suas receitas e que o presidente do clube comprometeu-se perante a La Liga a cobrir o défice do Hercules com recursos financeiros provenientes de entidades privadas terceiras.

Como tal, o Tribunal Geral considerou que o clube tinha meios suficientes para fazer face aos compromissos que excedessem as suas receitas, salientando também que, na medida em que clube não tinha fornecido a informação sobre os seus acionistas, o tribunal não tinha dados suficientes para avaliar a sua situação financeira e, como tal, o risco de danos financeiro e/ou liquidação decorrentes da recuperação imediata dos alegados auxílios incompatíveis.

No que respeita ao Valencia, o Tribunal Geral considerou que o clube tinha uma situação financeira estável, que lhe permitia devolver imediatamente o auxílio em apreço, incluindo através de linhas de crédito disponibilizadas pelo seu acionista maioritário. O tribunal também referiu que o potencial montante de recuperação estava refletido nas contas do clube e que este constituiu uma provisão para o efeito.

Nestes termos, o Tribunal Geral considerou que o Valencia não demonstrou, que a recuperação imediata do alegado auxílio levaria a danos graves e irreparáveis.

### Comentário

O desporto é, de facto, especial, contando com milhões de fãs globalmente. Mas, não é tão especial de uma perspectiva de política de execução das regras de concorrência, incluindo no contexto das regras europeias de auxílios de Estado, isto porque o setor do desporto está abrangido pela aplicação de tais normativos.

Com efeito, tendo em consideração a relevância social do desporto, as autoridades estatais podem estar em diversas ocasiões tentadas a disponibilizar apoio suplementar ao setor. Tal objetivo é de louvar e é extremamente importante, não sendo ilegal em si mesmo, na medida em que as regras relevantes (incluindo as normas em matéria do direito da concorrência) sejam devidamente tidas em consideração.

A CE tem dado e continua a dar uma particular relevância à aplicação das regras de concorrência no desporto, nomeadamente na perspectiva de auxílios de Estado, incluindo [auxílios a infraestruturas](#) e [esquemas fiscais](#) e apoios diretos ou indiretos a entidades desportivas (dando ênfase à [importância dos clubes profissionais](#): «de uma perspectiva de auxílios de Estado, existe um risco significativo que os clubes de futebol solicitem cada vez mais ajuda financeira às autoridades públicas nacionais, regionais ou locais de modo a conseguirem continuar jogar futebol profissional»<sup>11</sup>; ver também o conjunto de processos relacionados com a aplicação das regras de auxílios de Estado no futebol – [SA.29769](#), [SA.33754](#), [SA.36387](#), [SA.40168](#), [SA.41613](#), [SA.41614](#), [SA.41617](#), entre outros).

Como tal, impõe-se particular cautela sempre que se perspetivem medidas de apoio económico ou financeiro dirigidas ao desporto (que podem incluir; apoios financeiros diretos ou indiretos; isenções de impostos ou taxas; transações em condições que não sejam de mercado; etc.), dado que tais medidas podem estar potencialmente sujeitas às regras europeias em matéria de auxílios de Estado e, se forem consideradas ilegais e incompatíveis, podem ser objeto de recuperação.

---

<sup>11</sup> Tradução livre do inglês.



## REENVIO PREJUDICIAL RELATIVO À DIRETIVA 2014/104/UE (PRIVATE ENFORCEMENT) — PROCESSO C-637/17



GONÇALO  
MACHADO  
BORGES



MARIANA  
MARTINS PEREIRA

### Introdução

A Diretiva 2014/104/UE (*private enforcement*) (“Diretiva”), que visa facilitar o ressarcimento de danos decorrentes de violações ao direito da concorrência, entrou em vigor em 5 de dezembro de 2014. Sem prejuízo do prazo limite para a sua transposição ser o dia 27 de dezembro de 2016, o Projeto de Lei n.º 599/XIII e a Proposta de Lei n.º 101/XIII, visando exatamente a transposição da Diretiva, apenas foram aprovados pela Assembleia da República no passado dia 20 de abril de 2018. Tratou-se, pois, de uma transposição tardia, a qual suscita questões relevantes de Direito da União Europeia.

A 27 de maio de 2015, foi proposta pela Cogeco Cable contra a Sport TV e contra as suas acionistas – NOS e Controlinveste – uma ação de responsabilidade civil (*private enforcement*), com vista à indemnização de danos decorrentes de uma infração, por parte da segunda, ao direito da concorrência, sancionada pela Autoridade da Concorrência (AdC) a 14 de junho de 2013 e confirmada em recurso, quer pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (“TCRS”), quer pelo Tribunal da Relação de Lisboa (TRL).

No âmbito desta ação surgiram diversas questões de direito da União, especialmente relacionadas com a compatibilidade entre as disposições nacionais e as da Diretiva em matéria de valor probatório

de decisões administrativas ou judiciais declarando definitivamente uma infração ao direito da concorrência (artigo 623.º do Código de Processo Civil Português e artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva) e com o prazo de prescrição do direito a propor uma ação de *private enforcement* (artigo 498.º, n.º 1, do Código Civil Português e artigos 10.º, n.ºs 2, 3 e 4, da Diretiva). Com efeito, a aplicação do prazo de prescrição constante do Código Civil significará que o direito invocado pela autora na presente ação já se encontra prescrito. Assim, o tribunal nacional decidiu colocar tais questões ao Tribunal de Justiça (TJUE), no âmbito do mecanismo do reenvio prejudicial.

### O processo C-637/17

Este é o primeiro reenvio prejudicial envolvendo a Diretiva 2014/104/UE e reveste, por isso, um interesse acrescido que seguramente extravasará o caso concreto. Ademais, as questões colocadas apresentaram-se vitais para a viabilidade e desfecho do processo principal a correr perante o tribunal nacional.

O órgão jurisdicional de reenvio colocou seis questões ao TJUE relacionadas, em grande medida, com a possibilidade de invocar certas disposições da Diretiva – artigos 9.º, n.º 1 e 10.º, n.ºs 2, 3 e 4 – no processo principal, não obstante o facto de, aquando da propositura da ação, o prazo de transposição ainda não ter expirado e a

circunstância de aquele ser um litígio entre particulares, chamando assim à colação a temática do efeito direto horizontal das diretivas. Este processo exige igualmente a ponderação, por parte do TJUE, de outros princípios basilares de direito da União, como o princípio da interpretação conforme do direito nacional com o direito da União e a autonomia processual dos Estados-Membros, desde que observados os princípios da equivalência e efetividade.

Assim, com a primeira questão, o TJUE foi questionado sobre a possibilidade de os artigos relevantes da Diretiva serem invocados no processo principal, não obstante tratar-se de um litígio entre particulares. No âmbito da quarta questão, relevante caso a primeira seja respondida negativamente, visa-se essencialmente saber se as normas nacionais em causa devem ser interpretadas à luz da letra e finalidade das normas da Diretiva, não obstante, uma vez mais, a ação ter sido proposta ainda no decorrer do prazo de transposição. Esta questão levará o TJUE a pronunciar-se, mais amplamente, sobre as obrigações que impendem sobre os Estados-Membros, *maxime* os seus tribunais, no período compreendido entre a entrada em vigor e o termo do prazo de transposição de uma diretiva.

Com a segunda e terceira questões, o tribunal nacional interroga-se sobre se os princípios da equivalência e efetividade, enquanto limites ao princípio da autono-

mia processual, poderão ter consequências em sede de compatibilidade das normas nacionais relevantes com o direito da União.

Finalmente, com as duas questões finais (quinta e sexta), o tribunal nacional visou (e bem) assegurar que uma eventual resposta afirmativa a qualquer das questões precedentes não acarretaria uma violação do princípio da proibição da retroatividade, *inter alia* prescrito no artigo 22.º, n.º 1, da Diretiva. Assim, pergunta-se se a interpretação das normas nacionais relevantes à luz da letra e finalidade das normas da Diretiva não seria ela própria incompatível com aquele artigo 22.º, n.º 1. Se sim, o tribunal pretende adicionalmente esclarecer se as Rés no processo principal poderão invocar o artigo 22.º, n.º 1, limitando assim, em termos temporais, os efeitos decorrentes da interpretação das disposições nacionais à luz das normas da Diretiva.

No âmbito do processo de reenvio, terminou já o prazo de apresentação de observações pelas partes na ação principal. Aguarda-se, pois, a tradução das mesmas e, posteriormente, a decisão do TJUE sobre a necessidade de audiência de alegações e de apresentação de conclusões pelo Advogado Geral (artigo 59.º, n.º 2, da versão consolidada do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça de 25 de setembro de 2012).

## RISCOS ACRESCIDOS DE EXTRADIÇÃO PARA OS GESTORES DE EMPRESAS ENVOLVIDAS EM CARTÉIS: O ACÓRDÃO *PISCIOTTI*



PEDRO  
GOUVEIA E MELO

### Introdução

Nos Estados Unidos e num conjunto crescente de outros países, como a Grã-Bretanha, a Dinamarca e o Brasil, a participação num cartel constitui uma infração criminal, punível com pena de prisão para os gestores das empresas envolvidas, ao contrário do que sucede em Portugal e na maioria dos Estados-Membros da União Europeia, em que releva apenas do domínio contraordenacional (embora, em Portugal, os gestores possam ser também individualmente responsabilizados pela Autoridade da Concorrência, com coima até 10% da respetiva remuneração anual).

Os gestores de empresas europeias (e portuguesas) não estão, todavia, isentos de risco: o envolvimento num cartel que produza também efeitos num país, em que o mesmo constitui crime, como os Estados Unidos, pode implicar o risco de extradição para esse país, mesmo que os comportamentos ilícitos, como reuniões ou outros contactos, tenham ocorrido noutra jurisdição, uma vez que no direito da concorrência vigora em geral a chamada “teoria dos efeitos”.

O risco de extradição passou a ser acrescido, de acordo com o recente acórdão *Pisciotti* do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>12</sup>, para os cidadãos europeus que viajam em outros Estados-Membros da União Europeia com acordos de extra-

dição em vigor com países terceiros, em particular com os Estados Unidos.

### O caso *Pisciotti*

As autoridades norte-americanas iniciaram em 2007 um processo criminal contra Romano Pisciotti, nacional italiano, pela sua participação no designado “cartel internacional das mangueiras marítimas (*marine hoses*)”. Um mandado de detenção foi emitido em 2010, por um tribunal dos Estados Unidos, contra o Sr. Pisciotti, que passou a constar das listas da Interpol. Em 2013, ao viajar da Nigéria para Itália, foi detido por agentes da polícia federal alemã quando o seu voo fez escala em Frankfurt. Com base no acordo UE-EUA sobre extradição, Pisciotti foi extraditado para os Estados Unidos em 2014 (tendo aliás sido o primeiro cidadão europeu a ser extraditado para os EUA por infrações ao direito da concorrência), onde posteriormente se declarou culpado e foi condenado numa pena de prisão de dois anos e numa pena de multa.

Após a sua libertação em 2015, Pisciotti tentou uma ação de indemnização nos tribunais alemães contra o Estado alemão, por considerar que a Alemanha violou o direito da União Europeia e, em particular, o princípio geral da não-discriminação, ao ter recusado que beneficiasse da proibição de extradição prevista na constituição alemã para os cidadãos alemães.

<sup>12</sup> Acórdão de 10 de abril de 2018, *Romano Pisciotti c. Bundesrepublik Deutschland*, proc. C-191/16, EU:C:2018:222.

No âmbito desse processo, e tendo dúvidas quanto à interpretação do direito da União, o *Landgericht Berlin* submeteu em 2016 um pedido de reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça.

### O acórdão do Tribunal de Justiça

No seu acórdão do passado dia 10 de abril, o Tribunal de Justiça afirmou desde logo (ao contrário do defendido pelo Governo alemão) que a situação do Sr. Pisciotti está abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União, pois trata-se de um cidadão europeu, que ao fazer escala na Alemanha durante a sua viagem de regresso da Nigéria, exerceu o seu direito à livre circulação, consagrado no artigo 21.º do [Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia](#) (TFUE), para além de o pedido de extradição ter sido efetuado no âmbito do Acordo entre a UE e os Estados Unidos em matéria de extradição. A circunstância de ter sido detido, quando estava apenas em trânsito na Alemanha não foi considerada relevante para o Tribunal.

Em segundo lugar, e relativamente à interpretação do princípio da não discriminação estabelecido no artigo 18.º do TFUE, o Tribunal de Justiça salientou que o Acordo de extradição UE-EUA permite, em princípio, que um Estado-Membro reserve, com fundamento em disposições de um acordo bilateral (como o referido acordo de extradição) ou em regras do seu direito constitucional, um tratamento especial aos seus nacionais, impedindo a sua extradição.

O Tribunal reconheceu que, neste caso, Pisciotti havia sido colocado numa situação de desigualdade de tratamento face a um cidadão alemão (que não teria sido extraditado por força do disposto na constituição alemã), e que tal desigualdade se traduziu numa restrição à sua liberdade de circulação.

No entanto, segundo jurisprudência assente, as restrições às liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado podem ser justificadas por razões de interesse legítimo, desde que proporcionais ao objetivo pretendido. Ora, de acordo com o Tribunal de Justiça, o objetivo de evitar o risco de impunidade das pessoas que cometeram uma infração, que se insere no âmbito da prevenção e combate à criminalidade, apresenta um carácter legítimo que pode, em princípio, justificar tal restrição. Por outro lado, o princípio da proporcionalidade é respeitado se o Estado, que aprecia o pedido de extradição (neste caso a Alemanha) tiver previamente dado às autoridades competentes do Estado-Membro de que é nacional o referido cidadão (neste caso a Itália) a possibilidade de pedirem a sua entrega no âmbito de um mandado de detenção europeu, e este último Estado-Membro não tiver tomado medidas nesse sentido.

No caso em apreço, as autoridades consulares de Itália foram informadas da situação de Pisciotti antes da execução do pedido de extradição em causa, mas as au-

toridades judiciais italianas não emitiram um mandado de detenção europeu a seu respeito (provavelmente porque em Itália as infrações ao direito da concorrência são tipicamente punidas através de um regime sancionatório administrativo, como acontece em Portugal). O Tribunal de Justiça concluiu assim, que o artigo 18.º do TFUE deve ser interpretado como não objetando à extradição de R. Pisciotti para os Estados Unidos.

### Comentário

Em rigor, o acórdão *Pisciotti* é aplicável apenas à ação de indemnização intentada contra a Alemanha pelo Sr. Pisciotti nos tribunais alemães, e que irá agora continuar os seus termos.

No entanto, o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça (que julgou o pedido na Grande Secção, reservada para os processos de maior complexidade e relevância) reveste-se de grande importância, pois não só torna claro que o direito da União é aplicável a um pedido de extradição para um Estado terceiro quando o cidadão em causa exerce a sua liberdade de circulação, mas também que as autoridades dos Estados-Membros devem trocar informações entre si no âmbito da figura do mandado de detenção europeu, que assume prioridade relativamente ao pedido do Estado terceiro.

Na prática, o acórdão *Pisciotti* reforça os poderes de investigação das autoridades norte-americanas por infrações ao direito americano da concorrência cometidas por cidadãos europeus, os quais passam a estar sujeitos ao risco de extradição nas suas deslocações através de outros Estados-Membros da União, se no direito nacional desses Estados o comportamento em causa for considerado um ilícito criminal.

### E em Portugal?

*Filipa Marques Júnior, Nuno Igreja Matos*

Procurando refletir sobre o entendimento do Tribunal de Justiça no âmbito do ordenamento jurídico português, desde logo se verifica que o enquadramento legislativo nacional não difere significativamente das soluções em vigor na ordem jurídica alemã. De facto, Portugal prevê também na sua Constituição um direito fundamental dos seus cidadãos nacionais à não-extradição (artigo 33.º, n.º 1); mantém com os Estados Unidos um instrumento de cooperação bilateral sobre extradição – celebrado em complemento ao Acordo de extradição UE-EUA –; e incorpora na sua ordem jurídica, na qualidade de Estado-Membro, o regime do mandado de detenção europeu.

Neste contexto, a decisão do Tribunal de Justiça acaba por se projetar também, em abstrato, na aplicação do Direito português, com duas principais consequências.

Em primeiro lugar, o dever de Portugal de, perante um pedido de extradição formulado por Estado terceiro visando a extradição de cidadão de um outro Estado-Membro, dar conhecimento daquele pedido ao respetivo Estado-Membro de nacionalidade para que este, querendo, requeira a entrega do seu cidadão. Só desta forma – como se alcança do racional da decisão do Tribunal de Justiça – estará a ordem jurídica portuguesa a receber e tutelar o direito à liberdade de circulação no espaço europeu, permitindo assim, que esse cidadão europeu possa igualmente vir a beneficiar da proibição de extradição de nacionais eventualmente aplicável no seu Estado.

Em segundo lugar, e permanecendo no encaixe do acórdão *Pisciotti*, uma vez efetuada essa comunicação ao Estado-Membro do cidadão sem que as autoridades desse Estado apresentem um pedido de entrega do visado, nada obstará a que o Estado requerido (neste caso, Portugal) decida pela entrega do cidadão em causa ao Estado terceiro, sem incorrer já em qualquer violação do direito à não discriminação do artigo 18.º do TFUE.

Ainda sobre o prisma do Direito português, importa salientar que a extradição de cidadão para um Estado terceiro (isto é, um Estado que não seja parte da União Europeia) dependerá sempre, e em primeira linha, da infração em causa estar prevista em ambos os Estados como puní-

vel com pena privativa da liberdade. Ora, a participação em cartel – que motivou o pedido de extradição analisado pelo Tribunal de Justiça – constitui, em Portugal, uma infração contraordenacional apenas punível com coima, pelo que nenhum pedido de extradição baseado unicamente numa atuação dessa natureza poderia ser deferido pelas autoridades portuguesas.

Em conclusão, e face ao exposto, no seu acórdão *Pisciotti*, o Tribunal de Justiça acaba assim por subscrever um entendimento, que salvaguardando o direito à liberdade de circulação como um dos princípios estruturantes do Direito da União Europeia – designadamente quando esse direito é exercido num Estado-Membro por um cidadão europeu com outra nacionalidade –, procura também tutelar o risco de impunidade criminal e fomentar a cooperação com Estados terceiros, designadamente ao admitir que os Estados-Membros extraditem um cidadão europeu de outro Estado, quando esse Estado de nacionalidade não formule pedido de entrega de um seu cidadão.

## EM ACORDO COM O CADE, BOOKING, DECOLAR E EXPEDIA ABREM MÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL

As agências de viagem *online* Booking.com, Decolar.com e Expedia firmaram termos de compromisso de cessação com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), para suspender uma investigação sobre o uso de cláusulas de paridade em contratos firmados com redes hoteleiras para utilização de suas plataformas de venda na internet.

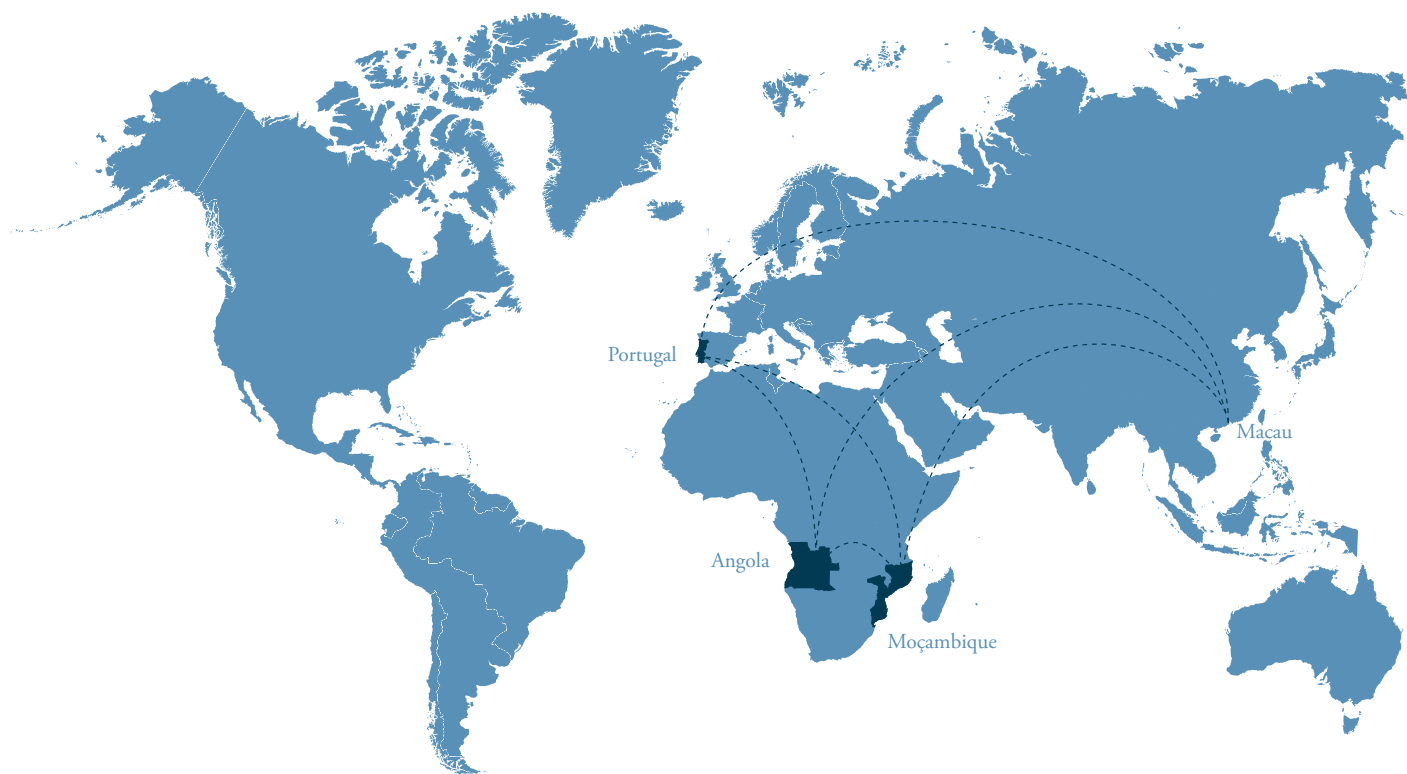
A investigação foi instaurada pelo CADE em 2016, a partir de representação do Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil (“FOHB”). Na época, a FOHB acusava a Booking, Decolar e a Expedia de ilegalmente impedir, que os hotéis oferecessem melhores preços ou condições do que as oferecidas nos *sites* das três empresas (seja por meio de ofertas nos canais de venda dos próprios hotéis, seja em plataformas de empresas concorrentes).

O CADE considerou que a imposição de cláusulas de paridade tão amplas como as até então usadas pela Booking, pela Decolar e pela Expedia limitaria a concorrência entre agências de viagem, homogeneizando o preço final ofertado ao consumidor. Essas cláusulas também dificultariam a entrada de novos concorrentes no mercado, já que estratégias focadas em ganhos de eficiência e diminuição de custos não repercutiriam em preços mais baixos e ganhos de participação de mercado.

Nos termos dos acordos celebrados com o CADE, a Booking, a Decolar e a Expedia concordaram em limitar o uso de cláusula de paridade em seus contratos com hotéis. Não será mais permitido proibir melhores ofertas por parte desses estabelecimentos em seus canais de venda *offline* (telefone e balcão). Também não poderão mais exigir paridade em relação aos preços praticados por outras agências de turismo *online*.

No entanto, o CADE entendeu que a manutenção da possibilidade de exigência de paridade em relação aos *sites* dos próprios hotéis é justificável para minimizar a ocorrência do chamado “efeito carona” no mercado de reservas *online* de hotéis – quando hotéis e hóspedes se conectam pela plataforma das agências, mas negociam fora dela. A adoção dessas cláusulas, consideradas como de paridade restrita, representaria ponto de equilíbrio entre preocupações e motivações das partes.

Com essa decisão sobre a possibilidade do uso da cláusula de paridade em sua modalidade restrita e a impossibilidade da cláusula de paridade ampla, o CADE acompanha o entendimento defendido em casos análogos pelas autoridades concorrenciais da Itália, França e Suécia, em cooperação com a Comissão Europeia.



MLGTS LEGAL CIRCLE  
INTERNATIONAL TIES WITH THE PORTUGUESE-SPEAKING WORLD

*Procurando responder às necessidades 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.*

#### LISBOA

Rua Castilho, 165  
1070-050 Lisboa  
Telefone: (+351) 213 817 400  
Fax: (+351) 213 817 499

mlgtslisboa@mlgts.pt

Em associação

LUANDA, ANGOLA  
ALC Advogados

#### PORTO

Av. da Boavista, 3265 - 4.2  
Edifício Oceanvs – 4100-137 Porto  
Telefone: (+351) 226 166 950  
Fax: (+351) 226 163 810

mlgtsporto@mlgts.pt

MAPUTO, MOÇAMBIQUE  
Mozambique Legal Circle

#### MADEIRA

Avenida Arriaga, 73, 1.º, Sala 113  
Edifício Marina Club – 9000-060 Funchal  
Telefone: (+351) 291 200 040  
Fax: (+351) 291 200 049

mlgtsmadeira@mlgts.pt

MACAU, CHINA  
MdME | Lawyers | Private Notary

Member

**LexMundi**  
World Ready