



BASE DE DADOS DE JURISPRUDÊNCIA – DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

DECISÕES NACIONAIS

CASO	Cartel do Sal
-------------	----------------------

DECISÕES JUDICIAIS	Tribunal		Processo	Data
	Sentença	Tribunal do Comércio de Lisboa, 2.º Juízo	965/06.9TYLSB	02.05.2007
	Acórdão	Tribunal da Relação de Lisboa, 3.ª Secção	7251/07	07.11.2007
	Acórdão	Tribunal Constitucional, 3ª Secção	424/08	23.06.2008

ASSUNTO	Tipo de infração	Acordo horizontal entre empresas
	Questões substantivas	Repartição de quotas de mercado, de clientes e fixação de preços; afetação das trocas comerciais entre os Estados-Membros.
	Questões processuais	Efeito direto do Regulamento n.º 1/2003; poder-dever das autoridades nacionais na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

NORMAS EUROPEIAS	Artigo 101.º do TFUE Artigo 3.º e artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002
-------------------------	---

COMENTÁRIO	
-------------------	--

SENTENÇA DO TRIBUNAL DO COMÉRCIO

Em 2 de maio de 2007, o Tribunal do Comércio de Lisboa (“Tribunal do Comércio”) confirmou a condenação das empresas Vatel, Salexpor, Salmex e Sociedade Aveirense de Higienização de Sal, pela sua participação num cartel, e consequente infração do artigo 4.º, n.º1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (“Lei antiga”) – correspondente ao atual artigo 9.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“Lei da Concorrência”). O Tribunal do Comércio não considerou, contudo, como provado que a referida conduta fosse suscetível de afetar as trocas comerciais entre Estados Membros e afastou a aplicação do artigo 81.º do Tratado da Comunidade Europeia (“TCE”) - atual artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”). O Tribunal de Comércio reduziu, em conformidade, as coimas estipuladas pela Autoridade da Concorrência (“AdC”).

Em 11 de julho de 2006, a AdC condenou as quatro empresas pela celebração de um acordo que tinha por objeto e efeito a restrição da concorrência no mercado do sal, através da repartição e fixação de quotas de mercado, da fixação de preços, da repartição de clientela e da definição conjunta de condições comerciais. Tal prática consubstanciava uma infração ao artigo 4.º, n.º 1 da Lei antiga, tendo sido as empresas condenadas no pagamento de uma coima (no valor global de € 910.728), na publicação integral da decisão no Diário da Republica e da parte decisória num jornal nacional de grande expansão. Segundo a AdC, as referidas empresas representavam entre 75% a 90% das vendas de sal por a grosso para fins alimentar e industrial no território nacional. Segundo a AdC, o território nacional constitui uma parte



substancial do mercado comum. Porquanto, no entender da AdC, o referido acordo afetava o comércio entre Estados Membros, consubstanciando também uma violação do artigo 81.º do TCE (atual artigo 101.º do TFUE)¹.

a) *Não afetação do comércio entre os Estados Membros*

O Tribunal não deu como provado o facto de as vendas conjuntas das arguidas representarem 75% a 90% do mercado. Segundo o Tribunal, a AdC baseou-se num documento apreendido à empresa Vatel que, sem identificar qual a origem da informação, apresentava dois gráficos sobre as vendas para fim alimentar, sendo omissa quanto ao fim industrial. Acresce, que as arguidas negaram tais percentagens e que as mesmas não foram confirmadas por qualquer testemunha.

Na sua apreciação, o Tribunal do Comércio guiou-se pelas orientações da Comissão Europeia sobre o conceito de afetação das trocas comerciais entre os Estados-Membros². O Tribunal concluiu que estávamos em presença de um acordo que não era por natureza suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, pelo que o «*peso das empresas no mercado tinha uma importância crucial*» na apreciação do carácter sensível da afetação das trocas comerciais entre os Estados-Membros. Segundo o Tribunal, o peso das empresas pode ser demonstrado pelo valor das quotas ou do volume de negócios. Todavia, a AdC recorreu apenas às referidas percentagens de venda que o Tribunal não deu como provadas. Segundo o Tribunal, a AdC deveria ter diligenciado por apurar as quotas reais de mercado. «*É que se para apurar da afetação da concorrência a nível nacional, no caso concreto, atender ao volume de negócios das arguidas é um elemento de peso significativo, dado o concreto mercado em questão e a realidade económica nacional, já para apurar da afetação da concorrência a nível intracomunitário os montantes em causa não são por si só suficientes e relevantes (...). Aliás, quanto ao volume de negócios, a própria Comissão fixou como montante de referência a considerar para este efeito €40 milhões (...): se as empresas tiverem um volume de negócios igual ou superior a esse montante, há uma presunção ilidível de que os efeitos no comércio são sensíveis (...). Não se sabendo qual a posição no mercado das empresas envolvidas, e ascendendo o total do seu volume de negócios relativo ao mercado do sal a um montante inferior aos referidos €40 milhões (...), o acordo em causa não se pode considerar à partida como um acordo que afeta de forma sensível o comércio intracomunitário*»³. O Tribunal concluiu, então, que não tinha elementos que lhe permitissem concluir da probabilidade do acordo afetar o comércio entre Estados Membros.

b) *Nulla poena sine lege/ impossibilidade de aplicação de coima pela infração ao artigo 81.º do Tratado pela ausência de previsão legal na Lei da Concorrência*

A empresa Vatel alegou que a AdC violou o princípio da tipicidade, ao ter em conta a violação do art. 81.º do TCE na medida concreta da coima. Segundo esta empresa, a AdC não poderia aplicar uma coima pela infração do art. 81.º uma vez que não há uma previsão legal na lei da Concorrência neste sentido.

Em resposta, o Tribunal do Comércio sublinhou o primado do direito da União Europeia e referiu que o Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002 (“Regulamento n.º 1/2003”) é diretamente aplicável, estabelecendo no artigo 3.º, n.º 1, um poder-dever das entidades nacionais (administrativas e judiciais), responsáveis em matéria de defesa da concorrência, em aplicar os artigos 81.º e 82.º do Tratado (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE) a casos concretos. Referiu, ainda, que o artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003 expressamente estipula que as autoridades nacionais têm competência para aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo direito

¹ Decisão da AdC, de 11 de julho de 2006, processo PCR 2005/25, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Praticas_Colusivas/Documents/DecisaoPRC200525.pdf

² Ver Comunicação da Comissão relativa às orientações sobre o conceito de afetação das trocas comerciais entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO C101, de 24.4.2004, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0081:0096:PT:PDF>

³ Páginas 90 e 91 da Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 2 de maio de 2007, proc. 965/06.9TYLSB, disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contrordenacionais/Documents/DJC_24_06_TCL02Mai07.pdf



nacional. Esta competência decorre, além do mais, como notou o Tribunal, dos próprios Estatutos da AdC (alínea g) do n.º1 do art. 6.º). O Tribunal sublinhou, também, que «o legislador comunitário remeteu para as legislações nacionais, e bem, a punição das infrações dos arts. 81.º e 82.º»⁴.

O Tribunal do Comércio acrescentou que «quando é cometida uma infração ao art. 81.º é também, sempre e necessariamente, infringido o art. 4.º da Lei 18/2003. Com efeito a infração é a mesma e uma só, o que se passa é que não afeta apenas a concorrência a nível nacional, afetando também o comércio entre os Estados-membros. (...). A contraordenação é só uma e, o facto de ter consequências a nível comunitário é considerado apenas como elemento agravante na determinação da medida concreta da coima»⁵.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO E ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

As empresas Salexpor e Sociedade Aveirense de Higienização do Sal interpuseram recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa (“Tribunal da Relação”) que os julgou improcedentes. Mais tarde, a Salexpor recorreu ainda para o Tribunal Constitucional que indeferiu a sua reclamação. Nestes acórdãos não são apreciadas questões relacionadas com a aplicação do direito da concorrência da União Europeia.

A título de completude, refere-se, contudo, a resposta do Tribunal da Relação à alegação de nulidade da sentença, pelo facto de o Tribunal de Comércio não ter explicitado como, e em que medida, a circunstância de não ter sido provada a violação do artigo 81.º do TCE (atual 101.º do TFUE) foi valorada, favoravelmente, na determinação da sanção por ele aplicada. O Tribunal da Relação afirmou que «o dever de fundamentação não pressupõe, nem exige qualquer quantificação do valor de um fator relevante para a determinação da sanção. Basta-se com a sua individualização e com a indicação do sentido da sua relevância em sede de culpa e/ou prevenção»⁶. O Tribunal da Relação sublinhou, ainda, que próprio o Tribunal do Comércio considerou que a não violação do artigo 81.º é um fator que diminui a ilicitude da conduta e, por essa via, a gravidade da infração.

COMENTÁRIO

A apreciação do Tribunal do Comércio sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados Membros, e em particular, sobre o caráter sensível de tal afetação, parece-nos confusa. Ao sublinhar a importância das quotas de mercado em detrimento do volume de negócios, o Tribunal contrapõe a «afetação da concorrência a nível nacional» à «afetação da concorrência a nível intracomunitário». Ora, afetar o comércio entre os Estados Membros não é o mesmo que afetar a concorrência a nível (intra)comunitário. Nas próprias linhas de orientação afirma-se que «para determinar a aplicabilidade do direito comunitário não é necessário estabelecer uma conexão entre a alegada restrição da concorrência e a capacidade do acordo de afetar o comércio entre os Estados-Membros. Há acordos não restritivos que podem afetar o comércio entre Estados Membros»⁷. O conceito de restrição (sensível) da concorrência e o conceito de afetação (sensível) do comércio entre os Estados-Membros são distintos e não se confundem.

O Tribunal do Comércio aplica ainda a presunção *positiva* ilidível, segundo a qual os efeitos no comércio são considerados sensíveis quando o volume de negócios das partes em relação aos produtos objeto do acordo for superior a 40 milhões, ou, em alternativa, quando a quota de mercado das partes exceder os 5% (exceto se o acordo abrange

⁴ Página 58 da Sentença referida *supra*.

⁵ Páginas 58 e 59 da Sentença referida *supra*.

⁶ Página 30 do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de novembro de 2007, proc. 7251/07, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/Contraordenacionais/Documents/DJC_24_06TRL07Nov07.pdf

⁷ Ver parágrafo 16 da Comunicação da Comissão relativa às orientações sobre o conceito de afetação das trocas comerciais entre os Estados-Membros (Comunicação sobre o conceito de afetação do comércio), *supra*.



apenas parte de um Estado-Membro)⁸. No entanto, esta presunção foi estabelecida para aqueles acordos que, pela sua natureza, são suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros. No entanto, o Tribunal considerou que o acordo *sub iudice* não o era. Segundo o Tribunal, as empresas envolvidas pertenciam todas a um só Estado e o acordo não incidia sobre importações e exportações. Se assim o fosse, a presunção a aplicar seria, então, a presunção *negativa* ilidível, também ela estabelecida nas linhas de Orientação. De acordo com esta presunção, a conduta das empresas não é suscetível de afetar o comércio entre os Estados Membros, quando essas empresas tenham uma quota agregada, em qualquer mercado relevante na Comunidade afetado pelo acordo, igual ou inferior a 5%, e, cumulativamente, tenham um volume de negócios anual agregado, na Comunidade, em relação ao produto objeto do acordo, igual ou inferior a €40 milhões⁹. Porquanto, ainda que se considerasse que o acordo não era, por natureza, suscetível de afetar o comércio entre Estados Membros, não se podia sem mais concluir que, de facto, esse acordo não podia afetar essas trocas comerciais – a presunção *negativa* ilidível não era aplicável.

Em nosso entender, na medida em que o acordo cobria todo o território nacional, e mesmo que não tratasse de importações ou exportações, o acordo era por natureza suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Veja-se, neste sentido, o acórdão *Asnef-Equifax and Administración del Estado*, quando o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) afirma: «o facto de um acordo ter apenas por objeto a comercialização de produtos num único Estado-Membro não basta para excluir a possibilidade de afetar o comércio entre Estados-Membros (...). Com efeito, um acordo que abranja todo o território de um Estado-Membro tem como efeito, pela sua própria natureza, consolidar barreiras de carácter nacional, entervando assim a interpenetração económica pretendida pelo Tratado CE»¹⁰. Mais importante que apurar as reais quotas de mercado das empresas envolvidas, era saber em que medida o acordo podia ter efeitos na estrutura do comércio entre os Estados-Membros, ou seja, em que medida o acordo tinha uma influência, direta ou indireta, potencial ou efetiva, sobre a oferta de sal refinado em Portugal por operadores de outros Estados-Membros¹¹. A este respeito refira-se, que o Tribunal do Comércio deu como provado que existiam operadores estrangeiros a vender sal em Portugal, nomeadamente uma empresa espanhola.

No que respeita à alegação de que a AdC não poderia aplicar uma coima tendo em consideração a infração ao artigo 81.º do Tratado, dado que a Lei antiga não estatuiu uma coima para esta infração, o Tribunal do Comércio foi bastante claro na aplicação direta do Regulamento n.º 1/2003, nomeadamente no seu artigo 5.º que prevê, exatamente, a possibilidade de uma autoridade nacional aplicar uma coima por violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Refira-se, aliás, que da conjugação dos artigos 42.º e 22.º, n.º 2, da Lei antiga, retirava-se que a violação das regras de concorrência da União Europeia constituía uma contraordenação. O problema prendia-se com o facto de a Lei antiga não estabelecer uma coima para a violação desses artigos e da sua conseqüente articulação com o artigo 1.º do Regime Geral das Contraordenações.

No entanto, de tal falha do legislador não se pode inferir, como defendido pelo Tribunal, que estamos perante uma mesma infração. A violação da lei nacional e da lei comunitária não se consomem numa única infração. Neste sentido veja-se, por exemplo, o acórdão *Walt Wilhelm* no qual o TJUE concluiu que «o direito comunitário e o direito nacional em matéria de acordos entre empresas consideram-os sob aspetos diferentes. Com efeito, enquanto que o artigo 85.º [atual 101.º] os considera sob o ângulo dos obstáculos que dele podem resultar para o comércio entre os Estados-membros, as legislações nacionais, inspiradas em considerações próprias a cada uma delas, consideram os acordos apenas nesse quadro. (...)»[E]ssa distinção implica que um mesmo acordo possa, em princípio, ser objeto de dois processos paralelos,

⁸ Ver para. 54 da Comunicação sobre o conceito de afetação do comércio.

⁹ Ver para. 52 da Comunicação sobre o conceito de afetação do comércio.

¹⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 23 de Novembro de 2006, *Asnef-Equifax and Administración del Estado*, proc. C-238/05, Colet. 2006, p. I-11125, para. 37.

¹¹ No mesmo sentido, ver o referido acórdão *Asnef-Equifax and Administración del Estado*, *supra* referido, para. 39.



um perante as autoridades comunitárias [desde a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, também perante autoridades nacionais], em aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE [atual 101.º do TFUE], e o outro perante as autoridades nacionais, em aplicação do direito interno»¹². Como o Tribunal de Justiça teve oportunidade de sublinhar recentemente, tal situação não foi alterada com a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003¹³; «o direito da União e o direito nacional em matéria de concorrência aplicam-se em paralelo (acórdão *Wilhelm e o.*; acórdãos de 9 de setembro de 2003, *Milk Marque e National Farmers' Union*, C-137/00, e de 13 de julho de 2006, *Manfredi e o.*, C-295/04 a C-298/04). As regras de concorrência a nível europeu e nacional consideram as práticas restritivas sob diferentes aspetos (v. acórdãos, já referidos, *Wilhelm e o.*, e *Manfredi e o.*; e acórdão de 14 de setembro de 2010, *Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals/Comissão*, C-550/07 P), e os seus âmbitos de aplicação não coincidem (acórdão de 1 de outubro de 2009, *Compañía Española de Comercialización de Aceite*, C-505/07)»¹⁴. Nestes termos, porque não há uma identificação total do interesse jurídico protegido pelo direito europeu e pelo direito nacional, estamos em presença de duas infrações distintas. Aliás, se assim não fosse, o artigo 16º do Regulamento n.º 1/2003 violaria o princípio *ne bis in idem* ao prever que uma autoridade nacional (administrativa ou judicial) conduza um processo de acordo com lei nacional sobre uma conduta que já foi objeto de uma decisão da Comissão, desde que respeite o sentido de tal decisão¹⁵.

A nova Lei da Concorrência não só qualifica como contraordenação a violação do direito europeu da concorrência (artigos 101.º e 102.º do TFUE)¹⁶, como estatui as respetivas coimas. O que a nova Lei da Concorrência não resolve são as situações de concurso em que a mesma conduta viola simultaneamente a norma nacional e a norma europeia. Na nossa opinião, e pelo exposto, estaremos perante um concurso real (e não aparente). Tal exige um especial cuidado e sentido de equidade na determinação da medida concreta da coima, atendendo ao limite máximo abstrato que resulta das coimas estabelecidas pelo legislador.

Alexandra Amaro

¹² Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de fevereiro de 1969, *Walt Wilhelm e outros c. Bundeskartellamt*, proc 14/68, Colet. 1969-1970, p.1, para. 3.

¹³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de fevereiro de 2012, *Toshiba e outros*, proc. C-17/10, ainda não publicado na Coletânea, para. 82.

¹⁴ *Idem*, para. 81.

¹⁵ Sobre a aplicação do princípio *ne bis in idem* aos processos de concorrência, veja-se o acórdão *Aalborg Portland* no qual o Tribunal de Justiça considera que este princípio só será violado se se verificarem cumulativamente: (i) identidade dos factos; (ii) unidade do autor; (iii) unidade do interesse jurídico protegido (Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de janeiro de 2004, *Aalborg Portland e o. c. Comissão*, proc. apensos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colet. 2004, p. I-123, para 338).

¹⁶ Alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, de 8 maio de 2012.