

Acórdãos TRG**Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães**

Processo: 1/08.0TBVNC.G1
Relator: FERNANDO FERNANDES FREITAS
Descritores: ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÃO SOCIAL
CONCORRÊNCIA
DIREITO À INFORMAÇÃO
DIREITO COMUNITÁRIO

Nº do Documento: RG
Data do Acórdão: 20-11-2012
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Privacidade: 1
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: IMPROCEDENTE
Indicações Eventuais: 2ª SECÇÃO CÍVEL
Sumário:

I - Corolário do princípio da lealdade, que decorre do compromisso dos países aderentes (ou admitidos) à (na) Comunidade Europeia, o princípio do primado do Direito da União Europeia sobre o direito nacional implica a não aplicação do direito nacional que seja incompatível com o Direito da União.

II – Os artos. 101º. e 102º. do Tratado de Funcionamento da União Europeia visam proteger a concorrência no mercado, impedindo que as empresas restrinjam a concorrência entre si ou relativamente a terceiros mediante a coordenação entre elas.

III – Assim, uma “troca de informações” que constitua «prática concertada» susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, é proibida pelo artº. 101º., do TFUE pelo que, atento o primado do Direito Europeu, esta proibição, prevalecendo sobre o direito interno, torna inoperante o direito à informação invocado pelo accionista da sociedade anónima que, no mercado, é um concorrente desta mesma sociedade.

IV – O dossier dos preços de transferência contém informações precisas sobre os custos de produção, pelo que quem a ele aceder fica igualmente com acesso à informação sobre a margem praticada pela sociedade. Assim, atenta a confidencialidade destas informações, e à sua essencialidade para a actividade da empresa, é legítimo que esta vede a um accionista seu concorrente o acesso a tais informações, recusando-lhas, ao abrigo do disposto no nº. 2 do artº. 290º., do CSC.

Decisão Texto Integral: - ACORDAM EM CONFERÊNCIA NO TRIBUNAL DA
RELAÇÃO DE GUIMARÃES -

A) RELATÓRIO

I.- “T., AG”, pessoa colectiva com sede na Alemanha, instaurou a presente acção de anulação de deliberação

social contra “D..,S.A., (DMP), pessoa colectiva com sede em Vila Nova de Cerveira, e “D.. ESPAÑA, S.A. (DME), com sede em Madrid, na Espanha, pedindo que:

- se declare anulada a deliberação social que aprovou o relatório de gestão e as contas do exercício de 2006, relativas à 1ª. Ré;
- a administração desta 1ª. Ré seja instada a fornecer-lhe (a ela, Autora) toda a informação que lhe foi solicitada e a responder sem limitações às perguntas que lhe foram colocadas por si (Autora) na assembleia geral de 27 de Novembro de 2007;
- a 2ª. Ré, DME, seja condenada a pagar-lhe o valor indemnizatório que em função do tratamento dos dados solicitados vier a ser apurado em execução de sentença, e que corresponderá à diferença entre o valor que ela, Autora, recebeu a título de lucros pela sua participação e o que lhe caberia caso a respectiva contabilidade não tivesse sido alterada.

Fundamenta alegando, em síntese, que é accionista minoritário de ambas as Rés pelo que não consegue controlar nem participar na sua gestão, e muito embora a Ré DMP tenha obtido resultados positivos, não lhe parece que eles correspondam ao volume de negócios efectivamente realizados, parecendo-lhe igualmente que a 2ª. Ré DME tem, comparativamente, auferido lucros bastante elevados. Pediu uma análise contabilística a uma empresa especializada, e, sendo de cerca de 88% as vendas da DMP à DME, verificou-se que a primeira contabilizou como custos de exercícios anteriores uma correcção de € 102.919,00 relativa a ajustamentos no âmbito da política de preços de transferências, relativo aos exercícios de 2005 e/ou anteriores.

Solicitada à Ré DMP a justificação e detalhe destes ajustamentos, a informação foi recusada com o fundamento de a A. ser uma empresa que concorre directamente com os mesmos produtos e para os mesmos mercados.

Está convencida, ela Autora, que a 1ª. Ré, DMP, pratica preços de transferência diferentes dos preços do mercado, nas relações comerciais com a 2ª. Ré, DME, com vantagens especiais para esta, do que resulta prejuízo para a Autora. Contestaram as Rés alegando, em síntese, que prestaram as informações e forneceram os elementos que lhes foram solicitados, à excepção da que se reporta aos preços de transferência por se tratar de matéria que não pode ser revelada, muito em especial a empresas concorrentes, posição em que se encontram a Autora e elas Rés, já que,

de posse de informações sobre o processo de formação dos preços, facilmente conseguiria a primeira suplantar os preços das segundas, arrebatando-lhes as adjudicações nos concursos em que se apresentam a competir, causando-lhes graves prejuízos.

Acresce que a prestação daquela informação viola os princípios e regras do direito da concorrência.

Os autos prosseguiram os seus termos, e, na sequência da audiência de julgamento, foi proferida sentença que julgou a acção improcedente por não provada, absolvendo as Rés dos pedidos que a Autora formulara.

Inconformada, a Autora, através do presente recurso, impugna esta decisão, pretendendo vê-la revogada.

As Rés contra-alegaram defendendo que se deve manter o decidido em 1.^a Instância.

O recurso foi recebido como de apelação, com efeito meramente devolutivo.

Foram colhidos os vistos legais.

Cumpre, pois, apreciar e decidir.

*

II.- A Apelante funda o seu recurso nas seguintes conclusões:

1.- Vem o presente recurso interposto da Sentença proferida no dia 20 de Julho de 2011, no âmbito do litígio que opôs a Autora, ora Recorrente, e as Rés DMP e DME, aqui Recorridas.

2.- Andou mal o Tribunal a quo na interpretação, selecção e determinação dos meios de prova relevantes para a fixação do seu entendimento, assim se justificando as presentes alegações de recurso.

3.- Na prática, o Tribunal valorou sobretudo o depoimento prestado pelo perito A., arrolado como testemunha pela Ré DME, Recorrida, em detrimento de toda a prova testemunhal oferecida pela Recorrente.

4. - Em suma, e salvo sempre o devido respeito que, naturalmente, lhe merece, entende a Recorrente que a decisão proferida pelo Tribunal de 1.^a Instância e que ora se syndica não procedeu à correcta aplicação da lei e, muito menos, à adequada apreensão da factualidade em apreço e à certa resposta à matéria de facto atentas as provas testemunhal e documental oferecidas pela Recorrente.

5.- Começando pela alteração à matéria de facto, a propósito dos quesitos 10.º a 14.º da Base Instrutória, é imperioso sublinhar que várias foram as testemunhas arroladas pela Recorrente cujos depoimentos indiciam uma resposta contrária àquela que foi fixada pelo Tribunal a quo.

6.- Em primeiro lugar, e quanto à prova testemunhal, no depoimento prestado por H.. (Audiência de Julgamento de 02.02.2011), face à pergunta se não seria o preço o elemento de desempate, a testemunha foi clara em sustentar que o preço não é o elemento decisivo, mas sim as especificações técnicas do produto, como o peso, o rendimento técnico e os materiais.

7.- Seguindo o depoimento prestado por esta testemunha - à semelhança do depoimento prestado por T.. e A.. (Audiência de Julgamento de 02.02.2011) existem situações em que num concurso lançado por um OEM, o contrato é adjudicado a uma proposta de preço superior devido à superioridade técnica do produto, o que demonstra que o preço não é efectivamente o elemento essencial de desempate.

8.- Face ao exposto, deverá a resposta dada pelo Tribunal a quo ao quesito 10.º da Base Instrutória ser alterada, assim se concluindo como "Não Provado", por duas ordens de razão: em primeiro lugar, pela não igualdade entre os produtos que concorrem entre si nos concursos lançados pelos OEM; em segundo lugar, porque das declarações das aludidas testemunhas resulta que o preço não é afinal o único elemento de decisão entre propostas e que, de entre os vários elementos, não é o que tem mais peso na decisão de adjudicação de um contrato por um OEM.

9.- Quanto aos quesitos 11.º e 12.º da Base Instrutória, T.. e A.. (Audiência de Julgamento de 02.02.2011) foram bastante claros ao asseverar que o acesso ao dossier de preços de transferência não permite conhecer a estrutura dos custos de produção uma vez que os preços finais dependem de uma multiplicidade de factores variáveis aos quais acrescem custos adicionais que permanecem desconhecidos.

10.- Por essa mesma razão, e conforme foi explicado pelas testemunhas T.., A.. e P.., tal acesso não permite colocá-la numa posição de vantagem nos concursos para a adjudicação de encomendas junto dos OEM, ainda mais tratando-se de uma informação antiga que já tem pelo menos três anos.

11.- Dito isto, deverão os quesitos 11.º e 12.º da Base Instrutória ser considerados como "Não Provados".

12.- No que concerne aos quesitos 13.º e 14.º da Base Instrutória, importa ter em consideração o seguinte: A Recorrente admite considerar-se provado o quesito 13.º, quanto ao facto de a prática da política de preços de transferência pelas Recorridas segundo o método do custo majorado ("net cost plus") ser seguida desde 2004.

13.- É no entanto falso que a Recorrente tivesse tido conhecimento dessa política de preços de transferência, o que foi, no entanto, considerado provado no quesito 14.º.

14.- Ora, conforme, resulta das declarações de P., o facto de que a Recorrida DMP ou todo o grupo DM praticam a política de preços de transferência segundo o método do custo majorado não transparece das respectivas demonstrações financeiras, sendo certo que ele próprio só teve conhecimento desse facto nas curtas respostas oferecidas no âmbito da Assembleia Geral de 27 de Novembro de 2007.

15.- Em suma, atendendo ao supra exposto e aos depoimentos contraditórios prestados durante a audiência de discussão e julgamento os quesitos 10.º a 14.º deverão ser dados como "Não provados".

16.- No que concerne à Apreciação Jurídica da Decisão em crise, importa esclarecer que mal andou o Tribunal ao considerar legítima a recusa da Ré DMP em facultar o dossier de preços de transferência à Recorrente, considerando, assim, não existir uma violação do seu direito à informação que determine a anulabilidade da deliberação em causa

17.- Com efeito, a recusa em prestar as informações solicitadas não pode ser justificada pelo alegado conteúdo confidencial do dossier sobre preços de transferência, já que, a ser essa a verdadeira razão da recusa, poderia o mesmo ter sido entregue ocultando à Recorrida apenas os referidos dados .

18.- A informação solicitada pela Recorrente era imprescindível para que a Recorrente pudesse exercer de forma consciente o seu direito de voto na Assembleia-Geral de 27 de Novembro de 2007 e essencial para que possa apurar se está a ser ludibriada pelas Recorridas, ou seja, se a Recorrida DMP se encontra a praticar preços abaixo dos de mercado nas suas relações com a Recorrida DME.

19.- O Tribunal a quo, por sua vez, considerou que a Recorrida DMP cumpriu o seu dever de informação ao disponibilizar à ora Recorrente um relatório de uma consultora independente, que concluiu pela regularidade e legalidade da política de preços de transferência aplicada no grupo DM.

20.- No entanto, não pode a Recorrente concordar com tal entendimento, pois considera que tal regularidade não ficou de todo esclarecida com o aludido "relatório" da KPMG disponibilizado pela Recorrida DMP, razão pela qual propôs às Recorridas que a sua política de preços de transferência

fosse revista por um auditor independente a fim de esclarecer se os referidos preços de transferência se ajustavam às condições de mercado.

21.- Não obstante se ter oferecido para assumir os honorários do auditor nomeado e proposto que este se limitasse a declarar se os preços de transferência estavam, ou não, a ser aplicados em condições de mercado, sem necessidade de os revelar, as condições que lhe foram impostas pela Ré DMP foram de tal forma abusivas e inaceitáveis que a Recorrente não teve outra alternativa senão recorrer à via judicial como ultima ratio para fazer valer o seu direito à informação.

22.- Com efeito, o aludido "relatório" - uma carta da KPMG de apenas uma página e meia, não permite concluir se a política de preços de transferência do Grupo DM implica que as operações entre as várias empresas do referido grupo se realizam em condições de mercado.

23.- A carta da KPMG limita-se tão somente a declarar que as empresas do grupo que foram incluídas numa revisão de preços de transferência efectuada pela KPMG em 2006 cumprem "em termos gerais" ("do generally meet") - e não absolutos - os princípios da OCDE e as normativas internas aplicáveis.

24.- Desta afirmação não se pode, portanto, inferir se os preços entre as várias empresas do grupo foram efectivamente fixados em condições de mercado pelo que não é de todo suficiente para satisfazer cabalmente o direito da Recorrente à informação.

25.- Por outro lado, resulta da nota de rodapé da referida carta de forma muito clara que a KPMG elaborou o "relatório" para a entidade que lhe pagou, pelo que a neutralidade da mesma deverá efectivamente ser questionada ...

26.- Os alegados problemas de concorrência em que o Tribunal e as Recorridas se apoiam para fundamentar a recusa em prestar a informação solicitada, citando para o efeito, a Lei n.º **18/2003**, bem como o artigo 81.º do TCE, são inexistentes, da mesma maneira que o argumento de que a entrega da informação solicitada prejudicaria os interesses da sociedade não convence.

27.- O Direito da Concorrência proíbe acordos de troca de informação que restrinjam a concorrência, sendo que no caso sub judice o que está em causa não é as partes celebrarem um acordo deste tipo (atendendo à concorrência existente entre as partes e o facto de não existir uma política de fixação de preços entre elas), mas antes a entrega de

determinada informação, sendo certo que, ainda que a Autora utilizasse a informação solicitada de forma desleal, hipótese que desde já se afasta, poderia ser perseguida ao abrigo das normas reguladoras da concorrência desleal.

28.- O caso sub judice não pretende prevenir comportamentos de qualquer tipo, mas sim julgar a violação do direito à informação por parte do accionista nos termos previstos no Código das Sociedades Comerciais português (artigos 21.º alínea c) e 288.º e seguintes do CSC), em que a prestação da informação solicitada pelo accionista só poderá ser legitimamente recusada se a sua prestação puder ocasionar grave prejuízo à sociedade ou a outra sociedade com ela coligada ou violação de segredo imposto por lei (cfr. artigo 290.º n.º 2 do CSC).

29.- Não obstante, ainda que o presente caso versasse sobre questões de direito da concorrência, o que não se admite e apenas por cautela de patrocínio se pondera, o que é facto é que o Tribunal não procedeu a uma análise técnica detalhada que lhe permita concluir que o acto concreto, de fornecer a informação solicitada pela ora Recorrente, implicaria um acto restritivo da concorrência.

30.- O Tribunal a quo limita-se a presumir que a entrega da informação solicitada violaria o artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º **18/2003**, bem como o artigo 81.º do TCE (actual artigo 101.º do TFUE), sem proceder a uma análise dos parâmetros necessários para poder chegar a essa conclusão, desde logo, mediante uma análise do mercado relevante.

31.- A aplicação do artigo 81.º do TCE não pode, de forma alguma, estabelecer-se de forma abstracta e automática, exigindo, ao invés, uma análise pormenorizada tanto do objecto do acordo como da sua capacidade de restringir a concorrência,

32.- Ora, conforme referido pela Comissão Europeia no seu Parecer junto aos autos com o requerimento da Recorrida DME, de 5 de Agosto de 2010, "cabe ao órgão jurisdicional comprovar, tendo em conta os critérios citados, se um intercâmbio de informação sobre o passado, tomando em conta as peculiaridades do caso, pode «ter uma repercussão importante sobre o comportamento futuro da empresa»" (cfr. Página 11),

33.- Contudo, em parte alguma da sentença é feita uma análise detalhada das circunstâncias do caso sub judice que permita concluir se o acto de fornecer a informação solicitada, viola efectivamente o artigo 81.º do TCE.

34.- Também o argumento de que a divulgação da informação poderia ser utilizada para prejudicar as

Recorridas, proporcionando à Recorrente uma vantagem competitiva não procede, pois, independentemente de não ser essa a motivação da Recorrente, o que é facto é que da informação solicitada não lhe seria sequer possível retirar quaisquer conclusões a respeito das estruturas de custo das Recorridas ou acerca dos preços praticados pelo Grupo DM, atendendo às constantes mudanças no mercado no que respeita quer às evoluções tecnológicas, quer a custos e preços.

35.- Conforme foi explicado pelas testemunhas T.. e A.. em resposta aos quesitos 11.º e 12.º da Base instrutória, os preços finais dependem de uma multiplicidade de factores variáveis e próprios de cada empresa, aos quais acrescem custos adicionais, que permanecem desconhecidos (custos de matérias primas, de energia, de produção, de pessoal, de marketing etc.) pelo que a Recorrente não poderia extrair das informações solicitadas quaisquer conclusões acerca da estrutura de custos do Grupo DM.

36.- Acresce que o mercado automóvel está em constante e rápida mutação pelo que "informação histórica" relativa a preços, custos etc. não é susceptível de ser utilizada como indicadora de futuros custos e/ou preços estabelecidos em concursos públicos.

37.- Conforme resulta da Resposta da Comissão à pergunta n.º 2 (cfr. Página 7 do Parecer da Comissão Europeia), a informação puramente histórica, ou seja, aquela que carece de utilidade estratégica para as empresas, não cai no âmbito de aplicação do artigo 81.º n.º 1 do TCE.

38.- Na sua prática decisória, a Comissão tem vindo a estimar que a informação que data de mais de um ano é histórica, ao passo que a de menos de um ano se considera recente.

39.- Segundo o seu entendimento, a prestação de informações antigas entre concorrentes, isto é, informações que têm aproximadamente 12 meses de antiguidade, não viola, por mais detalhadas que sejam, regras da concorrência pelo que a divulgação das informações solicitadas não constitui informação confidencial e sensível susceptível de ser recusada.

40.- Os preços praticados em determinado ano são os preços que foram negociados e estabelecidos, pelo menos, três anos antes de serem efectivamente aplicados.

41.- Trata-se, portanto, de preços que se baseiam em factores de custos que reflectem uma situação de há três anos atrás pelo que não conseguiria a Recorrente retirar de tais dados quaisquer conclusões sobre os preços de

transferência aplicados pela DM no ano de 2007 ou sobre os preços aplicados aos clientes finais no ano de 2007.

42.- Esta informação carece, pois, de utilidade estratégica para as empresas e, como tal, não cai no âmbito de aplicação do artigo 81.º TCE.

43.- Por outro lado, também o argumento de que "seria de recear que a Autora a utilizasse para fins estranhos à 1.ª Ré e em prejuízo desta ou da sua accionista, a 2.ª Ré, para obter uma vantagem comparativa para o seu negócio" não pode proceder, já que se trata de uma mera especulação, de uma situação potencial não comprovada e não de um risco concreto.

44.- Conforme resulta do Acórdão da Relação do Porto de 17 de Dezembro de 2001, citado na Sentença recorrida, "a expressão "for de recear" não se compadece com meras suposições infundadas. Tudo pode ser sempre receado e o exagero do receio inutilizaria o direito à informação. A recusa é legítima quando as circunstâncias do caso indicam razoável probabilidade de utilização incorrecta da informação. A apreciação do receio deve ser feita objectivamente, sem para isso contarem convicções ou predisposições dos gerentes (administradores)", sendo certo que, como é referido no aludido acórdão, "Naturalmente que se o requerente vier a utilizar indevidamente as informações obtidas, causando prejuízos à sociedade, poderá ser civilmente responsabilizado por isso, nos termos gerais (291.º, nº 6, do CSC)".

45.- Por todo o exposto, trata-se, indubitavelmente, de uma recusa injustificada de prestação de informações, que viola o direito à informação da Recorrente e determina, consequentemente, a anulabilidade da deliberação em causa.

46.- Razão pela qual se impõe a integral revogação da decisão recorrida, proferida que foi pelo Tribunal de 1.ª Instância.

*

III.- Contra-alegaram as Rés extraindo-se das suas (cerca de cento e oitenta) conclusões que:

a) as impugnadas respostas aos artigos da base instrutória devem manter-se, atentos os depoimentos das testemunhas J..; J..; e A..; e ainda M.. P...

b) O dossiê de preços de transferência contém uma informação detalhada sobre a estrutura de custos de produção dos produtos produzidos e comercializados pela sociedade – a DMP – e as demais sociedades do grupo DM, designadamente custos de matérias-primas, mão-de-obra,

custos indirectos, logística, e margens.

c) Visto que são concorrentes directas, o acesso pela T.. à formação dos preços de transferência da DMP para a DME permitir-lhe-ia aceder à estrutura de custos de produção e ao processo de formação de preços destas e de todo o grupo DM colocando a T.. numa posição de vantagem nos concursos para adjudicação de contratos/encomendas junto dos OEM.

d) Este facto prejudicaria a DMP e todo o grupo DM e, bem assim, constituiria uma violação das regras de concorrência.

e) Num mercado com as características onde operam a Recorrente e Recorridas a revelação de informação detalhada sobre preços de transferência e/ou mesmo a entrega de cópia do dossier de preços de transferência constitui uma prática restritiva da concorrência, já que diminuiria o risco para a Recorrente no concurso pelos fornecimentos, em prejuízo do normal funcionamento do mercado em concorrência efectiva.

f) O grau de historicidade da informação depende do mercado e das suas características; o que importa é que não resulte da troca de informação a afectação das condições actuais ou futuras da concorrência.

g) A natureza recente ou histórica da informação deve avaliar-se com uma certa flexibilidade, tendo em conta a medida em que os dados se tornam caducos no mercado em questão.

h) Apesar de ter votado contra a proposta de aprovação do relatório de gestão e das contas relativas ao exercício de 2006, a Recorrente votou favoravelmente a proposta de distribuição de dividendos, o que a impede de requerer a anulação desta proposta.

i) Caso se considere que a DMP recusou prestar informação solicitada pela Recorrente, esta alegada recusa sempre está justificada, é lícita e legítima, ao abrigo dos artos 290º., nº. 2 e 291º., nº. 4 do CSC, 4º. da Lei da Concorrência e 101º. Do TFUE.

*

Como resulta do disposto nos art.os 684º., nº. 3; 685º.-A, nº.s 1 e 3, e 685º.-C, nº. 2, alínea b), todos do C.P.Civil, sem prejuízo do conhecimento das questões de que deva conhecer-se ex officio, o tribunal de recurso só conhecerá das que constem nas conclusões que, assim, definem e delimitam o objecto do recurso.

De acordo com as transcritas conclusões, as questões a apreciar são:

- alteração das respostas aos artigos 10º. a 14º., da base

instrutória;

- se houve violação do direito à informação;
- se a prestação das informações pretendidas ofende as regras da concorrência; e
- se é justificada a recusa das Rés em prestar a informação pretendida.

B) - FUNDAMENTAÇÃO

IV.- JUNÇÃO DOS DOCUMENTOS

As apeladas “D.. Portugal, S.A.” e “D.. España, S.A.”, com as contra-alegações, juntaram uma cópia de um acórdão proferido pela Secção 28 da Audiência Provincial de Madrid, no Recurso de Apelação nº. 183/2011, interposto pela aqui apelante “T..” na acção que moveu à segunda Apelada e a outras duas suas associadas.

Posteriormente, e já depois da distribuição, vieram ainda as mesmas Apeladas juntar aos autos requerimentos apresentados pela Apelante a desistir “de todas as acções judiciais pendentes no reino de Espanha, incluindo dos recursos pendentes”, tirando daí a ilação de que reconheceu a sua sem razão, aproveitando para reiterar o essencial das alegações que já haviam aduzido.

Respondeu a Apelante refutando a interpretação que as Apeladas atribuíram ao seu acto processual, rotulando as considerações tecidas por aquelas de conclusivas, não factuais e inverdadeiras, terminando pedindo que seja indeferido o pedido da sua junção aos autos.

Como resulta do disposto nos artos. 693º.-B e 524º., do C.P.Civil, as partes podem juntar documentos com as alegações desde que:

- a) se destinem a provar factos supervenientes, ocorridos após o encerramento da discussão na 1ª. instância (artº. 524º., nº. 2);
- b) o apresentante só agora tenha tido deles conhecimento, ou, conhecendo-os, não os tenha conseguido antes, ou ainda, eles sejam de data posterior à do encerramento da discussão em 1ª. instância (artº. 524º., nº. 1);
- c) quando seja o julgamento proferido na 1ª. instância que torne necessária a sua junção (artº. 693º.-B);
- d) nas apelações referidas nas alíneas a) a g) e i) a n) do nº. 2 do artº. 691º (parte final do artº. 693º.-B).

O fundamento invocado é o da alínea b) – superveniência objectiva e subjectiva.

De facto, os documentos referentes à desistência das acções são de data posterior à do encerramento da discussão em 1ª. instância e mesmo das alegações.

Sem embargo, nem estes nem o que foi apresentado com as alegações se destinam a fazer prova de qualquer dos factos controvertidos, que fundamentam a defesa.

E, ressalvando sempre o devido respeito pela ciência vertida no duto acórdão referido, ele não pode constituir contributo válido para a decisão a proferir nestes autos, muito embora se reconheça que a matéria, de facto e jurídica, ali tratada é idêntica à versada nos presentes autos.

Por outro lado, da desistência das acções que corriam termos pelos Tribunais de Espanha não se pode retirar, sem mais, que a aqui Apelante reconheceu a sem-razão da sua pretensão.

São, pois, inócuos os documentos oferecidos que, por isso, são desconsiderados.

Custas do incidente pelas Apeladas.

Oportunamente desentranhe e devolva-lhes os documentos referidos.

*

V.- Posto que a Apelante impugna a decisão da matéria de facto cumpre apreciar esta questão.

O artº. 712º., do C.P.Civil permite ao Tribunal da Relação alterar a decisão do Tribunal da 1ª. instância sobre a matéria de facto:

a) Se do processo constarem todos os elementos de prova que serviram de base à decisão sobre os pontos da matéria de facto em causa ou se, tendo ocorrido gravação dos depoimentos prestados, tiver sido impugnada, nos termos do artigo 685º.-B, a decisão com base neles proferida;

b) Se os elementos fornecidos pelo processo impuserem decisão diversa, insusceptível de ser destruída por quaisquer outras provas;

c) Se o recorrente apresentar documento novo superveniente e que, por si só, seja suficiente para destruir a prova em que a decisão assentou.

Se tiver havido gravação dos depoimentos prestados a Relação aprecia as provas em que assentou a parte impugnada da decisão, tendo em atenção o conteúdo das alegações de recorrente e recorrido, podendo ainda, oficiosamente, atender a quaisquer outros elementos probatórios que hajam servido de fundamento à decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados - cfr. o nº. 2.

Como refere o Ac. do S.T.J. de 28/05/2009 “a reapreciação das provas em que assentou a parte impugnada da decisão implica que a Relação ouça as gravações dos depoimentos sobre os pontos impugnados, sem prejuízo de,

oficiosamente, atender a quaisquer outros elementos de prova que hajam servido de fundamento a esses pontos. E assim essa reapreciação tem, quanto aos pontos sobre que incide ... a amplitude de um novo julgamento em matéria de facto” (disponível em www.dgsi.pt, proferido no Procº. 4303/05.0 TBTVD. S1 (Consº. Santos Bernardino). No

mesmo sentido defende, vivamente, Abrantes Gerales, in “Recursos em Processo Civil – Novo Regime”, págs. 308 a 334).

Um entendimento mais redutor parece ter sido o formulado pelo Ac. de 14/03/2006, do mesmo S.T.J., - o objecto do 2º. grau de jurisdição na apreciação da matéria de facto é “a detecção e correcção de concretos, pontuais e claramente apontados e fundamentados erros de julgamento...” (in C. J., Acs. do S.T.J., ano XIV, Tomo I/2006, pág. 131), se bem que tenha sido proferido antes das últimas alterações ao regime dos recursos. Poderá, contudo, ser considerado como âmbito mínimo do recurso em matéria de apreciação da prova.

Inequívoco é que a Relação aprecia livremente as provas, de acordo com o princípio constante do nº. 1 do artº. 655º., do C.P.Civil, e valora-as, pondera-as, recorrendo às regras da experiência, aos critérios da lógica, aos seus próprios conhecimentos das pessoas e das coisas, ou seja, ao que possa concorrer para a formação da sua livre convicção. Também aqui se impõe que em caso de dúvida sobre a realidade de um facto se observe a regra constante do artº. 516º., do C.P.Civil – a dúvida resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita (cfr. o que dispõe o artº. 346º., do Cód. Civil, relativamente ao efeito da dúvida que a contraprova consiga suscitar).

É claro que na reapreciação dos depoimentos gravados há-de considerar-se que a Relação tem apenas uma imediação mitigada, sabendo-se, como se sabe, que nem sempre uma voz clara e bem colocada corresponde a uma convicção firme na veracidade das afirmações que transmite.

Como assertivamente refere o Desemb. José Manso Rainho “a 2ª. Instância tem que ir à procura da sua própria convicção, tem que formular o seu próprio juízo quanto aos factos que vêm impugnados, sob pena de claudicar na função que lhe vem expressamente cometida pela lei” e, continua, apenas o deve fazer “com redobradas cautelas, justamente porque em princípio não goza das prerrogativas da oralidade e imediação de que beneficiou a 1ª. Instância” (in “Revista do CEJ”, 1º. Semestre 2006, nº. 4, pág. 173).

Com efeito, a gravação em áudio não transmite todos os

pormenores que são captáveis pelo julgador e que vão contribuir para a formação da sua convicção – um singelo tique, um cruzar e descruzar de pernas, o enrubescer momentâneo, as hesitações, as reacções espontaneamente exteriorizadas, podem significar desconforto pela situação, mas também podem ser provocadas pela falta de à-vontade decorrente da percepção de que se está a faltar à verdade ou, pelo menos, que se estão a ocultar factos e saberes. Daí que, salvo havendo clara contradição entre o que a pessoa disse e o que foi decidido com fundamento no seu depoimento, para haver alteração da decisão da matéria de facto não seja suficiente o “singelo” conteúdo das gravações, impondo-se averiguar da razão de ciência das pessoas inquiridas, procurar outros elementos probatórios que existam no processo e que possam, de alguma forma, corroborar os depoimentos, não descurando das regras da experiência, que nos dão indicações do que, em circunstâncias idênticas, é o normal do acontecer.

*

O artº. 685º.-B impõe à parte que impugne a decisão sobre a matéria de facto o dever de especificar:

- a) Os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados;
- b) Os concretos meios probatórios, constantes do processo ou do registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida.

Se a prova tiver sido gravada incumbe ao recorrente indicar com exactidão as passagens da gravação em que se funda, sem o que o recurso, no que se refere à impugnação da matéria de facto, é rejeitado – cfr. nº. 2.

Nos termos do nº. 3, incumbe ao recorrido, na contra-alegação que apresente, a indicação dos depoimentos gravados que infirmem as conclusões do recorrente, isto sem prejuízo dos poderes de investigação oficiosa do tribunal da Relação.

*

Quer a Apelante, quer as Apeladas fizeram as indicações que se impunham, pelo que cumpre reapreciar a matéria de facto, no que concerne às respostas aos artigos 10º.; 11º.; 12º.; 13º.; e 14º., da base instrutória.

No artigo 10º. questionava-se: “... face à igualdade entre os produtos, o preço é o elemento essencial de desempate entre os proponentes?”.

Foi respondido: “Provado apenas que, na fase final de cada concurso, e face à semelhança entre os produtos, o preço é

o elemento essencial de desempate entre os proponentes”. O Tribunal a quo fundamentou esta resposta na “confissão dos representantes da Autora (conforme acta de fls. 3865/3866)”.

A Apelante insurge-se contra esta resposta alegando que “a testemunha” H.. afirmou que o preço não é elemento decisivo e que houve situações em que a adjudicação foi feita a uma proposta de preço superior (cfr. conclusões 6. e 7.).

Porém, consultada a acta da audiência de julgamento de 2/02/2011, nas folhas acima mencionadas, constatamos que aquele H.. prestou depoimento de parte, enquanto representante da Apelante, e produziu confissão que ficou ali devidamente exarada, cumprindo-se o disposto no artº. 563º., do C.P.Civil, sem que a mesma acta registre qualquer reclamação, designadamente do Exmº. Mandatário da Apelante, ao abrigo do disposto no nº. 2 daquele preceito legal.

Posto que as declarações, requerimentos, e reclamações orais devem ser documentados em acta, como o impõe o artº. 159º., do C.P.Civil, é de aceitar não ter havido qualquer reclamação – cfr. artº. 371º. quanto à força probatória da acta, que é um documento autêntico.

Ora, o depoimento de parte, relativamente aos factos que integrem a confissão – factos desfavoráveis -, tendo força probatória plena, nos termos do artº. 358º., nº. 1, do Cód. Civil – ficam subtraídos à apreciação do julgador que só tem liberdade de apreciação relativamente aos factos que, sendo desfavoráveis ao depoente, não possam valer como confissão – cfr. artº. 361º. daquele Cód. e artº. 554º., do C.P.Civil (este quanto ao âmbito da confissão).

O depoimento de H.. não poderá ser apreciado à luz das regras e princípios estabelecidos nos artos. 392º. e sgs., maxime 396º., do Cód. Civil, mas antes em conformidade com o que dispõem os artos. 352º., e sgs., do mesmo Cód.. Consequentemente, ainda que tenha produzido as afirmações que a Apelante agora invoca, também produziu aquelas que ficaram exaradas em acta, que traduzem factos desfavoráveis à confitente e que, por isso, integram confissão.

E o que ficou registado foi que o referido declarante disse: «numa 1.ª fase o que importa para a escolha da proposta pelos fabricantes de automóveis é o conceito técnico e a inovação do produto; numa fase final e em caso de equivalência naqueles aspectos, o preço torna-se o elemento de desempate. ...» (sublinhado nosso).

Destarte se conclui que a resposta ao artigo 10º., da B.I. deve manter-se.

No que se refere ao artigo 11º., questiona-se: “O acesso às informações não prestadas referidas em 3º permitiriam à autora aceder à estrutura de custos de produção e processo de formação de preços das rés e de todo o grupo DM?”. Este artigo pode agrupar-se com o artigo 12º., por serem sequentes, questionando-se neste “Colocando a autora numa posição de vantagem nos concursos para adjudicação de encomendas junto dos OEM?”.

A Apelante fundamenta resposta diversa a estes artigos da B.I. nos depoimentos das testemunhas T.. e A...

A Meritíssima Juiz a quo fundamentou as respostas a estes artigos nos depoimentos das testemunhas J.. e J., arroladas pela Ré, mas sobretudo no depoimento da testemunha J.. “que é alheia a qualquer das partes”, e que “foi deveras esclarecedor”, depoimentos estes a que as Apeladas recorrem para defenderem as respostas dadas pelo Tribunal a quo.

Nas respostas a estes artigos da B.I. reside o essencial da questão sub judicio e por isso é que entendemos dever lançar mão de todos os elementos probatórios que constam do processo.

Aqui incluímos a decisão da Comissão Europeia sobre operação de concentração das empresas do Grupo DM e a “TRW.. Inc”, cuja tradução para a língua portuguesa consta de fls. 2199 a 2208 (VI volume), e que também terá servido para a Meritíssima Juiz a quo fundamentar a sua convicção. Mas igualmente temos de incluir o Parecer da Comissão Europeia que, nos termos do artº. 15º., nº. 1, do Regulamento (CE) 1/2003, do Conselho, foi pedido pelo Tribunal de Comércio nº. 1, de Madrid, e cuja tradução para a língua portuguesa consta de fls. 1813 a 1834 (segue-se-lhe a versão em língua espanhola) (VI volume).

Com efeito, não só à luz do artº. 3º., nº. 1 do Regulamento (CE) nº. 1/2003, como pelo princípio do primado do Direito da União Europeia, a que infra se fará mais desenvolvida referência, e ainda porque a questão foi suscitada, impõe-se aferir a situação sub judicio também à luz das regras da concorrência - artos. 81º. e 82º., do Tratado da União Europeia (TUE) a que correspondem os artos. 101º. e 102º., do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Ora, de acordo com o artº. 15º., nº. 1, daquele Regulamento, “Nos processos relativos à aplicação dos artigos 81º., ou 82º., do Tratado, os tribunais dos Estados membros podem

solicitar à Comissão que lhes sejam enviadas informações na posse desta ou que dê parecer sobre questões relativas à aplicação das regras comunitárias de concorrência”.

O parecer constante dos autos foi solicitado no âmbito de um processo movido pela aqui Apelante contra a Ré “D.. Espanha” e associada(s) espanhola(s), cujo objecto é, em tudo, coincidente com o dos presentes autos, como resulta das cópias das decisões que lhes foram juntas e do enquadramento da acção no âmbito da qual foi pedido o parecer, constante do parágrafo nº. 9 do referido Parecer (cfr. fls. 1815).

As questões colocadas à Comissão são pertinentes para estes autos, e esgotam o que de interesse há a equacionar neles. Consequentemente, também as respostas dadas pela Comissão o são, nada justificando, por isso, que se repita a consulta.

Impõe-se, pois, que o referido Parecer seja considerado em tudo quanto for pertinente para a decisão, sendo certo que ele foi junto pela “D.. Espanha” como prova documental e, enquanto tal, não foi impugnado pela Apelante, acrescendo que, compulsados os autos, não vemos que neles figure o motivo que levou a Meritíssima Juiz a quo a desconsiderá-lo – cfr. fls. 3925 vº., linha 5.

Da conjugação do artigo 11º., com o artigo 3º., para o qual remete, e para as alíneas Z) e X), o que está em causa é a pretensão da Apelante em aceder ao “dossier dos preços de transferência”, acesso que as Apeladas lhe negam alegando que ele contém informação “sensível” e a Apelante é sua concorrente directa no mercado pelo que pode ali colher elementos que redundem em seu prejuízo nos concursos a que uma e outras se submetem.

O “preço de transferência” é o preço que é praticado, nas relações comerciais, entre empresas associadas.

Devendo o preço de transferência ser igual ao que é praticado entre empresas independentes em mercado livre, relativamente a operações idênticas, há vários métodos de o determinar.

Um desses métodos, que é, provadamente, o seguido pelas Apeladas, é o chamado “método do custo majorado” (net cost plus) – os preços são determinados com referência aos preços praticados em mercado livre (cfr., dentre outros, Manuel Pires in “Enciclopédia Polis”, vol. 5, págs. 1274 a 1278).

Assim, o valor dos preços de transferência é o do resultado da soma dos custos de produção mais a margem de lucro do fabricante.

No conceito de “custos de produção”, basicamente, entram o valor das matérias-primas e materiais directamente utilizados, a mão-de-obra e os gastos gerais de fabrico, ou custos indirectos – consumos de energia, seguros, amortizações, etc.

Já aquando da decisão sobre a incorporação das Apeladas na “TRW” a Comissão equacionou o “perigo” de aumentar “o fluxo de informação entre a TRW e a T..” com reflexo na concorrência.

O estudo que fez levou-a a rejeitar que tal pudesse vir a acontecer, precisamente porque “A participação da T.. nas empresas comuns de produção da DME não lhe atribui qualquer direito à produção, acordos de distribuição, partilha de tecnologia, ou outros acordos relevantes para as actividades da T.. nos mercados para airbags e volantes”, e porque “A T.. não terá acesso à informação relativa às actividades da DME nem da TRW”.

E, atendendo a que se trata de empresas concorrentes, e ao elevado nível de concorrência existente neste mercado específico, concluiu a Comissão, que a concentração das referidas empresas “não aumenta a oportunidade para a T.. e a TRW de trocarem ou acederem mutuamente à respectiva informação de negócio, tal como preço, estrutura de custos, etc., relativamente a esses produtos” (sublinhado nosso) (cfr. fls. 2207 e vº. – VI volume, e, na versão inglesa, 476 e vº.).

A mesma Comissão, à Pergunta 4, (colocada pela aqui Apelante), respondeu “Há que ter em conta que o preço de transferência de um produto a uma empresa que vende, posteriormente, esse produto (...) no mercado pode constituir uma informação importante sobre os custos suportados por esta última empresa. Portanto, é possível que o conhecimento do preço de transferência permita a uma empresa concorrente determinar, com mais ou menos precisão, qual será o preço de venda no mercado da empresa que suportou o referido custo de transferência ou, pelo menos, deduzir o nível a partir do qual já não será economicamente rentável fixar esse preço de venda. Neste caso, o referido preço deveria considerar-se como uma informação sensível, especialmente quando a concorrência num mercado se estabelece através de licitações organizadas pelos compradores” (cfr. fls. 1824 – vol. VI). É da ordem natural das coisas (natura rerum) que quem compra quer pagar o mínimo preço possível, e quem vende quer obter o lucro mais elevado possível. O valor da venda acaba por representar o ponto de encontro destes

interesses antagónicos.

A tendência é, pois, a de o comprador tentar esmagar o máximo possível o preço, o que conseguirá em maior ou menor medida consoante o peso que tenha no mercado, e a do vendedor tentar mantê-lo nos níveis que lhe proporcionem ganhos.

Ora, é de vital interesse para o vendedor/fabricante manter ocultos os parâmetros que usa para calcular os valores que lhe proporcionam ganhos, porque se chegassem ao conhecimento do comprador este iria, por certo, exigir reduzi-los. Aquele interesse de ocultação impõe-se com maior acuidade em relação aos seus concorrentes, para lhes não dar a hipótese de comporem os seus próprios preços a níveis mais baixos que os seus, tornando-os mais competitivos.

Vistas as coisas sob este prisma, que é o do funcionamento do mercado, resulta inequívoco que merece credibilidade a testemunha A.. quando refere «em geral o maior segredo de qualquer empresa é a estrutura de custos» e por isso é que «as empresas mantêm os custos com o maior secretismo, até para um Regulador com o poder do Estado».

E, referindo-se à situação concreta, prosseguiu «particularmente agora, quando o preço é a variante fundamental, o custo de produção é o elemento mais importante na estratégia da empresa».

Com clareza, explicou que não se chega aos custos de produção apenas pelos preços de transferência, mas a Apelante “T..”, como empresa do ramo que é, conhece o valor das margens de lucro «que para ser aceite a nível fiscal, têm de ser iguais às do mercado», e conhecendo-as e conhecendo ainda os preços de transferência «facilmente chega aos custos de produção». Prosseguiu ainda «se um competidor souber os preços de transferência, vendo que eles desceram, como as margens de lucro são conhecidas, então ele sabe que os custos de produção baixaram».

Questionado sobre a perda de importância para as Apeladas resultante da revelação dos custos de produção que tenham um ano ou mais – considerada “informação histórica” – respondeu que «a estrutura dos custos destas empresas evoluem no tempo mas vão lentamente».

Os produtos fabricados pela Apelada “DMP” – volantes e airbags – que a Apelante “T..” também produz e comercializa, considerou-os a testemunha como «homogéneos», sendo «parecidos uns com os outros. Há pouca inovação e a que existe é no sentido da redução dos custos», referindo ainda a forte pressão dos fabricantes de

automóveis – “OEM” – no sentido de conseguir que se reduzam os custos de produção: neste “nicho” de mercado «ganha quem mais conseguir reduzir os custos de produção».

Também o depoimento da testemunha J.. soou esclarecedor, sem hiatos nem hesitações, e é coincidente com as afirmações produzidas pelo acima referido A... De resto, igualmente a testemunha P.. (na qual igualmente se louva a Apelante) reconheceu que a consulta ao dossier dos preços de transferência permitia aceder à estrutura dos custos de produção e processos de formação dos custos das Apeladas, e ainda que os custos de produção «fazem parte do segredo do negócio de uma empresa». As testemunhas T.. e A.. revelaram deficiências de conhecimento e não conseguiram abalar a credibilidade dos dois acima referidos, muito menos infirmá-los ou, tampouco, fazer suscitar a dúvida sobre a realidade dos factos que estes dois afirmaram.

São, pois, de manter as respostas dadas pelo Tribunal a quo aos artigos 11º. e 12º..

Relativamente ao artigo 13º., a Apelante admite que se dê como provado – cfr. conclusão 12 -, pelo que resta apreciar a resposta positiva dada ao artigo 14º., onde se questiona se “é do conhecimento da autora” (que a política dos preços de transferência segundo o método majorado vem sendo seguido, no grupo DM, desde 2004).

A fundamentação da resposta positiva dada a este artigo não se intui facilmente de fls. 3924 e 3925.

A testemunha M.. afirmou que o método dos preços de transferência foi posto em prática «desde o ano de 2004». Na carta que as Apeladas remetem à Apelante a prestar os esclarecimentos pedidos por esta, aquele facto é mencionado, aí se afirmando igualmente o conhecimento que esta última tem dele - cfr. fls. 140, segundo parágrafo. A testemunha P.. diz que não sabe se a aplicação daquele método vem ou não do ano de 2004 porque tal «não transparece das demonstrações financeiras».

Os documentos mencionados pelas Apeladas na conclusão PPPP) também não são minimamente esclarecedores quanto a este facto em concreto.

Assim, face à ausência de prova consistente que o confirme, é legítima a dúvida sobre se tal facto corresponde ou não à realidade, impondo-se, por isso, a aplicação do princípio vertido no artº. 516º., do C.P.Civil, julgando-se o artigo 14º. como não provado, consequentemente se alterando a resposta que lhe foi dada pelo Tribunal a quo.

VI.- Considerado quanto vem de decidir-se é a seguinte a facticidade provada:

- A) - A Autora é uma sociedade anónima que se dedica à produção e distribuição de volantes e peças acessórias (inclusive airbags), de todo o tipo de produtos plásticos e similares, de produtos de indústria e fabrico de ferramentas, dispositivos e maquinaria, bem como de mecânica de precisão.
- B) - A Ré DMP, constituída em 1992, dedica-se à produção e comercialização de componentes de segurança automóvel (entre os quais revestimentos de volantes e montagem de airbags), tendo por objecto a transformação de materiais não ferrosos, resinas sintéticas e matérias plásticas.
- C) - A Ré DME dedica-se à produção e comercialização de componentes de segurança para automóveis (entre os quais volantes e airbags).
- D) e E) - A Autora detém 49% do capital social da Ré DMP, sendo os restantes 51% detidos pela Ré DME.
- F) - A Ré DME é a principal cliente da Ré DMP.
- G) - A Autora detém 21,60% do capital social da Ré DME.
- H) - A TRW, que se dedica à produção e comercialização de componentes de segurança automóvel (entre os quais volantes e airbags), detém, desde 2005, 78,40% do capital social da Ré DME.
- I) - As Rés integram, com outras sociedades, o grupo DM e a TRW.
- J) - Na estrutura do grupo DM, as filiais industriais, entre as quais a Ré DMP, vendem os produtos que fabricam à Ré DME, a qual os revende a clientes do grupo, e a outras entidades.
- K) - A Ré DMP tem obtido resultados de exercício positivos.
- L) - Nos dias 24 de Abril de 2001, 24 de Abril de 2002, 24 de Abril de 2003, 28 de Abril de 2004 e 28 de Abril de 2005, em assembleia geral da Ré DMP, foi objecto de deliberação o relatório de gestão e contas de exercício dos anos 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004, respectivamente, nos termos que resultam de fls. 1138 a 1281, cujo teor se dá por integralmente reproduzido.
- M) - No dia 23 de Maio de 2006, em assembleia geral da Ré DMP, foi objecto de deliberação o relatório de gestão e contas de exercício do ano de 2005; proposta de aplicação de resultados do exercício de 2005; apreciação geral da administração e fiscalização da sociedade, nos termos que resultam de fls. 108 a 117, cujo teor se dá por integralmente reproduzido.

N) - Na sequência do reagendamento da assembleia geral da Ré DMP para o dia 4 de Julho de 2007, a Autora solicitou a inserção de um novo ponto na ordem do dia, concretamente "prestação detalhada de informações sobre os preços de transferências", bem como a consulta prévia das contas da Ré DMP.

O) - Para o efeito, no dia 29 de Junho de 2007, a Autora, através do Dr. J., acompanhado do Dr. P.. (auditor oficial de contas), deslocou-se à sede da Ré DMP e consultou: (i) cópia da certidão do registo comercial, (ii) cópia da carta da "Ernst & Young" a solicitar a alteração do sócio responsável da sociedade, (iii) cópia da convocatória para a assembleia geral, (iv) cópia dos relatórios de gestão, balanço e demonstração de resultados, certificação legal de contas e parecer do fiscal único.

P) - Não obstante, entendeu a Autora que lhe deveriam ter sido disponibilizados ainda os livros de actas da assembleia geral, conselho de administração e conselho fiscal, bem como o relatório de preços de transferência.

Q) - Na sequência da consulta referida em O), a Autora solicitou o reagendamento da assembleia geral, o que foi deferido, tendo a mesma sido convocada para o dia 27 de Novembro de 2007.

R) - Ao mesmo tempo, ficou estabelecido que a Autora poderia realizar nova consulta na sede da Ré DMP no dia 13 de Novembro de 2007, o que fez através de J.. acompanhado de dois peritos em contas, entre os quais P...

S) - No âmbito da consulta referida em R), foi disponibilizado um relatório da KPMG que concluiu pela regularidade e legalidade da política de preços de transferência aplicada no grupo DM.

T) - No dia 14 de Novembro de 2007, o Dr. P.. enviou e-mail à Dr^a A., directora administrativa e financeira da DMP, solicitando "informações adicionais relativamente às demonstrações financeiras do exercício de 2006" (juntas a fls. 162 a 172, cujo teor se dá por integralmente reproduzido).

U) - Concretamente: a) detalhes relativos à correcção mencionada na nota 46 do anexo ao balanço e à demonstração de resultados, no valor de € 102.919,00, bem como contrapartida contabilística desse custo; b) correcções relativas a exercícios anteriores, no valor de € 240.617,00, indicação da natureza desses custos que não os indicados na alínea anterior; c) justificação e cálculo dos ajustamentos do exercício em matérias-primas, subsidiárias e de consumo e produtos acabados e intermédios nos montantes

respectivamente de € 418.353,00 e € 53.323,00; d) detalhe dos cálculos e respectiva contrapartida contabilística da correcção no valor de € 2.808.663,00 indicada na rubrica correcção de vendas da nota 49 do anexo ao balanço e à demonstração de resultados.

V) - A pedido da Autora, no dia 22 de Novembro de 2007, foi elaborado o relatório junto a fls. 96 a 105, cujo teor se dá por reproduzido, alegadamente com base nas demonstrações financeiras das Rés relativas ao exercício de 2006 (fls. 173 a 226, cujo teor se dá por integralmente reproduzido) e na acta de aprovação das contas relativas ao exercício de 2005 e documentos de prestação de contas relativos ao exercício de 2006, o qual conclui aconselhando a não aprovação das contas relativas ao exercício de 2006 por não esclarecidos assuntos relacionados com a política de preços de transferência.

W) - Em resposta ao e-mail referido em T) e U), a Dr.^a A., no dia 26 de Novembro de 2007 (18h02m), enviou e-mail, que foi recebido, ao Dr. P., esclarecendo que: a) quanto aos € 102.919,00, tal lançamento foi efectuado em Deb #69905590 e custos extraordinários, e Crd. 21100999 - clientes, respectivamente, mencionando que em 2006 teve de realizar um ajustamento por preços de transferência relativos a 2005, com vista a dar cumprimento ao método do custo majorado; b) sobre a segunda questão colocada, sublinhou-se que os € 240.617,00 (nota 46) respeitam essencialmente a anulação de facturas emitidas em nome de fornecedores antes de 2006 e que a mais relevante respeita a um fornecedor local de matérias-primas no valor de € 110.536,00; c) em relação à terceira questão, a regularização de stock (nota 21) respeita a matéria-prima obsoleta que não pode ser utilizada; d) os € 2.808.663,00 (nota 49) foram lançados em Deb. #400513 (clientes facturas pendentes de emissão), "acréscimos de proveitos" e em Credo #57000101 vendas, respectivamente, tendo sido utilizado o método de custo majorado, o qual implica ajustes positivos ou negativos, dependendo dos resultados da fábrica quando comparada com os rácios de eficiência da indústria.

X) - No dia 27 de Novembro de 2007, em assembleia geral da Ré DMP, foi objecto de deliberação, para além do mais, o relatório de gestão e contas do exercício do ano de 2006; proposta de aplicação de resultados do exercício de 2006; apreciação geral da administração e fiscalização da sociedade; prestação detalhada de informações sobre os preços de transferência, nos termos que resultam de fls. 118

a 136, cujo teor se dá por integralmente reproduzido.

Y) - E no que toca à prestação de informação detalhada sobre preços de transferência, a Autora solicitou sete esclarecimentos, tendo-lhe sido declarado que as respostas seriam facultadas, por escrito, no prazo de 15 dias.

Z) - Assim, em resposta, a Ré DMP enviou à Autora a carta junta de fls. 137 a 145, cujo teor se dá por integralmente reproduzido.

AA) - Até à data, a Ré DMP não facultou à Autora o acesso ao dossier de preços de transferência, nomeadamente através de cópia ou simples consulta.

AB) - No dia 12 de Outubro de 2005, foi proferida a decisão que resulta de fls. 472 a 477, cujo teor se dá por integralmente reproduzido (trata-se da decisão proferida pela Comissão Europeia a autorizar a concentração da TRW e das empresas do Grupo DM).

1.º - O relatório referido em V) destinava-se a apurar se existiam operações entre as Rés sem observância do princípio da negociação em condições de igualdade com outros concorrentes.

2.º - Cerca de 98% das vendas da Ré DMP em 2006 foram realizadas à Ré DME.

3.º - Para conhecer em detalhe os preços de transferência praticados entre as Rés, a Autora precisava de saber a percentagem de alteração naqueles preços ao longo dos anos e de ter acesso a cópia do dossier respectivo.

4.º - Conhecendo o dossier de preços de transferência, a Autora poderia apurar se a Ré DMP pratica preços abaixo dos de mercado nas suas relações com a Ré DME.

6.º - A TRW, o grupo DM e a Autora vendem os seus produtos (volantes e airbags) aos mesmos fabricantes de automóveis, designados por "Original Equipment Manufacturers" (OEM).

7.º - Após a aquisição referida em H), tal mercado passou a contar com três concorrentes principais: a A., a TRW e a Autora.

8.º e 9.º - O mercado automóvel associado à actividade da TRW, DM e Autora é caracterizado pelo número reduzido de clientes e fornecedores, e pelo sistema de adjudicação de contratos consistente no lançamento de concursos pelos OEM.

10.º - Na fase final de cada concurso, e face à semelhança entre os produtos, o preço é o elemento essencial de desempate entre os proponentes.

11.º e 12.º - O acesso da Autora à formação dos preços de transferência, a que se referem as alíneas X) e Y), permitiria

à Autora aceder à estrutura de custos de produção e processo de formação de preços das Rés e de todo o grupo DM, colocando a Autora numa posição de vantagem nos concursos para adjudicação de encomendas junto dos OEM.

13.º - A actual política de preços de transferência da DMP (preço dos produtos vendidos à Ré DME) e do grupo DM segundo o método do custo majorado vem sendo seguida desde 2004.

15.º - As aquisições da Ré DME à Ré DMP representam cerca de 19,5% do volume de negócios daquela.

VI.- Transcrita a facticidade provada, vejamos então a questão sob a perspectiva das regras da concorrência. Corolário do princípio da lealdade, que decorre do compromisso dos países aderentes (ou admitidos) à (na) Comunidade Europeia, o princípio do primado do Direito da União Europeia sobre o direito nacional implica a não aplicação do direito nacional que seja incompatível com o Direito da União (cfr. Alessandra Silveira, in “Princípios de Direito da União Europeia”, págs. 95 e sgs.).

Este princípio, que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) enunciou no Ac. de 15/07/64 (Procº. 6/64, Costa v. ENEL), parte, no essencial, da consideração de que: o Tratado constitui “a carta constitucional da Comunidade baseada no princípio da Comunidade de Direito”; Os Estados-Membros ao subscreverem o Tratado obrigaram-se a assegurar a sua efectiva aplicação; é fundamental que ele seja aplicado uniformemente em todos os Estados-Membros para se evitarem discriminações; não é admissível que qualquer Estado-Membro, através de legislação posterior ponha em causa as obrigações que assumiu com a assinatura do Tratado.

O referido princípio, da primazia do Direito Comunitário sobre o direito interno, veio a ser acolhido no n.º. 4 do artº. 8º., da nossa Constituição.

Assim, quando houver divergência entre a nossa lei da concorrência – Lei **18/2003**, de 11 de Junho – e o Direito Comunitário é este o aplicável.

A ter em consideração, pois, os artos. 4º. e 5º. da Lei n.º. **18/2003**, e o artº. 81º. do Tratado – 101º. do TFUE -, e os artos. 6º. e 7º., daquela Lei e o artº. 82º., do Tratado – 102º. do TFUE, se bem que neste último nada disponha quanto ao abuso de dependência económica.

Sem embargo, o Regulamento (CE) 1/2003, que veio uniformizar a aplicação daqueles artigos do Tratado para

que não haja “distorção da concorrência no mercado comum”, permite que os Estados-Membros criem e apliquem no seu território legislação mais restritiva, que proíba actos unilaterais de empresas.

O que está na base das proibições constantes daqueles dispositivos legais é o princípio de que num mercado concorrencial cada operador económico deve determinar-se e conduzir-se livremente e de forma autónoma no mercado. Visam aqueles artos. 101º. e 102º. (por comodidade é a estes que nos passamos a referir) proteger a concorrência no mercado, impedindo que as empresas restrinjam a concorrência entre si ou relativamente a terceiros mediante a coordenação entre elas.

São, pois, proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.

Como se refere no ponto 8 do preâmbulo daquele Regulamento “As noções de acordos, decisões e práticas concertadas são conceitos autónomos da legislação comunitária em matéria de concorrência que abrangem a coordenação do comportamento das empresas no mercado tal como interpretado pelos tribunais da Comunidade”.

Seguindo de perto as Comunicações da Comissão Europeia de 27/04/2004, que dão orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previstos nos artigos 81º. e 82º., do Tratado (publicada no JO nº C-101, a págs. 81 e sgs.), e sobre a aplicação do nº. 3 daquele artigo 81º. (publicada no mesmo JO a págs. 97 e sgs.), e ainda a Comunicação de 14/01/2011, que dá orientações sobre a aplicação do artº. 101º. do TFUE aos acordos de cooperação horizontal (publicada no JO nº C 11/1), a jurisprudência comunitária entende que no conceito de “acordo” cabem os contratos celebrados por duas ou mais empresas, sejam eles escritos ou verbais, sendo relevantes os simples “acordos de cavalheiros” (Ac. do TJUE de 15/07/1970, ACF Chemiefarma, Procº 41/69, parágrafos 110 a 114), desde que as empresas em causa manifestem uma vontade de se comportarem no mercado de uma forma determinada.

Como refere a Comissão, “Só os acordos que são susceptíveis de ter um impacto negativo apreciável nos parâmetros da concorrência no mercado, como o preço, a produção, qualidade do produto, variedade do produto e inovação” é que estão abrangidos pelo nº. 1 do artº. 81º., do

Tratado.

O impacto no mercado pode resultar de uma redução considerável “da rivalidade entre as partes no acordo ou entre estas e terceiros” (cfr. ponto 16 da Comunicação relativa à aplicação do n.º 3 do art.º 81.º).

No que se refere à “prática concertada entre empresas” trata-se de uma “coordenação de conduta ou colusão entre empresas ... em que pelo menos uma empresa se comprometa perante outra a adoptar determinada conduta no mercado ou que, na sequência de contactos entre elas, seja eliminada ou, pelo menos, substancialmente reduzida a incerteza quanto à sua conduta no mercado” (cfr. ponto n.º 15 e Proc.º T-25/95).

Como vem referido no Ac. do TJUE de 14/07/72, “basta que se informem previamente da atitude recíproca que têm a intenção de adoptar, de forma a que cada um possa delinear a sua acção na perspectiva de um comportamento análogo da parte dos seus concorrentes” (n.º 56. Proc.º 48/69).

A “prática concertada” é, pois, uma forma de coordenação entre empresas, sem que estas tenham chegado a estabelecer um acordo, sensu próprio.

Não é necessário que a coordenação seja do interesse de todas as empresas em causa.

A coordenação não tem de ser expressa, podendo manifestar-se apenas pelo comportamento das empresas participantes – neste caso, a avaliação da afectação do mercado deve considerar a natureza dos produtos, a importância e o número de empresas concertadas e o volume do mercado.

Relativamente às decisões de associações de empresas, como refere Miguel Moura e Silva, está em causa a possibilidade de coordenação das empresas associadas através de “actos formalmente unilaterais porque imputáveis à vontade da associação, mas que partilham da natureza dos acordos e práticas concertadas” (in “Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial”, Almedina, 2008, pág. 386. Cfr. ainda a nota-de-rodapé n.º 161, que transcreve António José da Silva Robalo Cordeiro na parte em que este distingue o “acordo” enquanto “radica num concurso de vontades individuais”, e as “decisões de associações de empresas” enquanto “actos de vontade colectiva organizados pela própria associação”).

No artigo 82.º do Tratado (102.º do TFUE) estão previstas condutas unilaterais de uma ou mais empresas que abusa(m) da sua posição dominante no mercado, podendo distinguir-se os “abusos de exclusão”, que são os que criam

entraves à entrada de novos operadores ou eliminam os concorrentes, e os “abusos de exploração”, pelos quais a empresa dominante aproveita o seu poder de mercado para, p. ex., praticar preços excessivos ou discriminatórios (cfr. as Orientações sobre ... artigos 81º. e 82º., parágrafo 73).

Posto que a situação sub judicio, tal como vem configurada, não pode ser enquadrada neste artº. 82º. (102º.), tanto mais que, como a Comissão averiguou, fazendo, embora, parte das três maiores empresas ou grupo de empresas, a actuar neste nicho do mercado, nem uma nem a outra é a líder, não nos alongaremos mais sobre ele.

O que, verdadeiramente, está em causa nestes autos é a prestação de informações sobre a estrutura de custos das Rés, relativamente aos produtos que estas e a Apelante produzem e vendem – volantes e airbags.

Em primeiro lugar, convém recordar que uma das razões pelas quais a Comissão não se opôs à operação de concentração da TRW e o Grupo DM, foi por haver considerado que ela não aumentava a possibilidade de coordenação entre aquelas e a apelante “T..” no sentido de subirem os preços, e isto por não aumentar a oportunidade para elas “trocarem ou acederem mutuamente à respectiva informação de negócio tal como preço, estrutura de custos, etc.” (cfr. parágrafo 28, pág. 2208).

No Parecer ao Tribunal de Comércio de Madrid, depois de haver considerado que o facto de a concorrência se estabelecer através de adjudicações em concurso organizado por compradores que têm um forte poder de mercado diminui a possibilidade de uma colusão entre os fornecedores (resposta à pergunta nº. 1), a Comissão afirma: “No que se refere ao direito de informação do accionista minoritário, convém destacar que a T.. é um concorrente da DME e que, portanto, deve abster-se de exigir informação que lhe permita conhecer as posições no mercado e as estratégias da DME, o que alteraria sensivelmente a concorrência entre estes dois agentes económicos” (resposta à pergunta nº. 3, quarto parágrafo de fls. 1823 dos autos).

E posta perante a questão se “a troca de informações entre concorrentes, mesmo quando é «unidireccional», ou seja, quando apenas um concorrente proporciona informação ao outro, deve considerar-se um «acordo» segundo o disposto no artigo 81º. do Tratado”, respondeu: “Se um intercâmbio de informação «unidireccional», ... ocorre no âmbito de contactos contínuos decorrentes da participação de uma empresa no capital social da outra empresa concorrente e

se tal intercâmbio permite que a empresa utilize a informação recebida para coordenar o seu comportamento com o da empresa que fornece a informação, esta prática pode constituir um «acordo» ou uma «prática concertada» no sentido do artigo [101.º do TFUE]”, louvando-se, para tanto, no Ac. do Tribunal de Primeira Instância de 12/07/2001 (proferido nos Procos. T-202/98, T-204/98 e T-207/98, Tate e Lyle v/ Comissão, pontos 35, 39 e 60 a 68). E, prossegue a Comissão, o princípio de que todos os agentes económicos devem determinar de forma autónoma a política comercial que se propõem seguir no mercado “opõe-se rigorosamente a qualquer contacto directo ou indirecto entre os operadores capaz de influenciar o comportamento de um concorrente actual ou potencial no mercado bem como revelar a tal concorrente o comportamento que outro decidiu adoptar, quando estes contactos têm por objecto ou por efeito obter condições de concorrência que não corresponderiam às condições normais do mercado relevante” (cfr. resposta à pergunta G, fls. 1831 dos autos (19 do Parecer), sendo aquela a transcrição do parágrafo 87 do Ac. do TJUE de 28/05/1998, John Deere Ldª. v/ Comissão, que considerou que um sistema de troca de informações ofende as regras da concorrência pela simples diminuição do grau de incerteza sobre o funcionamento do mercado, por restringir a autonomia decisional das empresas).

Chamando à colacção o que se referiu já quanto à “prática concertada”, como supra se deixa expresso, para que se considera inclusa no artº. 101º., do TFUE basta que dela resulte (causalidade adequada) a obtenção de condições de concorrência diversas das normais. Basta, pois, que dela resulte a diminuição do grau de incerteza em que se baseia a concorrência.

Ora, a avaliação da afectação da concorrência baseia-se em factores objectivos. Não releva a motivação das partes.

A estrutura de custos de produção é informação sensível (cfr., na resposta à “pergunta 3”, o terceiro parágrafo de fls. 9 do Parecer – 1821 dos autos), que, sem excepção, é rodeada do maior secretismo por ser um elemento essencial da definição da estratégia da empresa.

E, na situação sub judicio não colhe a argumentação de se tratar de “informação histórica”.

A Comissão, na resposta à “pergunta 3”, de facto, confirmou que “na sua prática decisória tem vindo a estimar que a informação que data de mais de um ano é histórica”, mas logo alerta que “a natureza recente ou histórica da

informação deve ser avaliada com uma certa flexibilidade, tendo em conta a medida em que os dados se tornam caducos no mercado em causa” (cfr. fls. 1822 – VI volume, pág. 10 do Parecer).

Este entendimento foi agora “institucionalizado” na Comunicação de 14/01/2011 (acima mencionada), aí se referindo que a classificação dos dados como “históricos” depende “da frequência das renegociações de preços no sector” e “do tipo dos dados, do seu grau de agregação, da frequência do intercâmbio e das características do mercado relevante (ou seja, da sua estabilidade e transparência) (cfr. parágrafo 90).

Como acima se deixou referido a estrutura de preços de uma empresa sofre alterações mas muito lentamente, o que não permite classificar de “histórica” a informação pretendida.

Como se sabe, quer pelo lado da oferta, quer pelo lado da procura, o mercado em que se movem a Apelante e as Rés é de natureza oligopolística.

Ainda que se restrinjam os contactos entre a Apelante e as Rés às assembleias, eles terão, pelo menos, uma periodicidade anual.

Uma vez conhecida a estrutura de custos de produção das Rés, a Apelante podia alterar os seus próprios preços em função dos preços praticados por aquelas, destarte utilizando a informação em seu benefício (cfr., na facticidade provada, nos. 11º. e 12º.).

Como refere a Comissão (nas Orientações sobre o conceito de afectação do comércio), acima referida, “o conceito de afectação do comércio integra um elemento quantitativo que limita a aplicabilidade do direito comunitário a acordos e práticas susceptíveis de produzir efeitos de certa magnitude”, sendo que “o carácter sensível pode ser apreciado, nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa” (cfr. parágrafo nº. 44).

Assim, “quanto mais forte for a posição de mercado das empresas em causa, maior é a probabilidade de um acordo ou prática susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros o vir a afectar de forma sensível”, tendo o Tribunal de Justiça decidido que estava satisfeito este requisito quando as vendas das empresas em causa representassem 5% do mercado (idem nos. 45 e 46).

A Comissão entende que não são susceptíveis de afectar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros os acordos que satisfaçam cumulativamente, as seguintes

condições:

a) A quota de mercado agregada das partes em qualquer mercado relevante da Comunidade afectado pelo acordo não ultrapassa os 5%; e

b) No caso de acordos horizontais (como o das Apelante e Rés por serem empresas que se situam ao mesmo nível do mercado) o volume de negócios anual agregado na Comunidade das empresas em causa em relação aos produtos objecto do acordo não é superior a 40 milhões de euros (cfr. parágrafo 52 da mencionada comunicação).

Tanto quanto podemos avaliar do estudo de mercado feito pela Comissão quando proferiu a sua decisão sobre a operação de concentração das empresas do Grupo “DM” e a TRW (fls. 2199 a 2271 dos autos), podemos considerar que aqueles valor e percentagem são ultrapassados (o valor de vendas da Ré DMP no ano de 2006 foi de € 48.195.788, 98% dos quais à Ré DME – cfr. o Balanço, na parte constante de fls. 169).

Assim sendo, temos de concluir que a “troca de informações” pretendida pela Apelante, constituindo «prática concertada» susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, é proibida pelo artº. 101º., do TFUE pelo que, atento o primado do Direito Europeu, esta proibição, prevalecendo sobre o direito interno, tornava inoperante o direito à informação invocado pela Apelante.

VII.- Sem embargo, e no que respeita ao direito interno, o direito à informação surge como um dos direitos essenciais dos sócios e accionistas, a ponto de o Código das Sociedades Comerciais (CSC) cominar com a anulabilidade as deliberações que não tenham sido precedidas do fornecimento àqueles dos elementos mínimos de informação – cfr. alínea c) do nº. 1, do artº. 21º., e alínea c), do nº. 1, do artº. 58º. - que são os que constam das alíneas a) e b) do nº. 4, do referido C.S.C. (como o serão as disposições legais infra citadas, sem a menção do Diploma a que pertencem).

Contudo, não se trata de um direito absoluto, conhecendo algumas limitações.

No que se refere às sociedades anónimas a justificação apontada para que ele seja mais limitado é (precisamente) a possibilidade de um concorrente entrar na sociedade, adquirindo acções (cfr. Luís Brito Correia, in “Direito Comercial”, 2º. Volume, edição da AAFDL, 1989, págs. 316 e sgs.).

Neste tipo de sociedades, ainda que tal direito revista um

maior grau de exigência na assembleia geral, na qual o accionista pode requerer que lhe sejam prestadas informações verdadeiras, completas e elucidativas que lhe permitam formar opinião fundamentada sobre os assuntos sujeitos a deliberação, tais informações podem ser-lhe recusadas se a sua prestação puder ocasionar grave prejuízo à sociedade ou a outra sociedade com ela coligada ou violação de segredo imposto por lei - cfr. artº. 290º., nos. 1 e 2.

Sem embargo, se a recusa for injustificada a deliberação pode ser anulada, ex vi do nº. 3.

A anulabilidade só se justifica quando a falta de informação tenha, de facto, viciado a manifestação da vontade do accionista, ou seja, tenha exercido uma influência directa e decisiva no sentido da deliberação por ter impedido que a vontade daquele se tivesse manifestado de uma forma totalmente esclarecida.

O prejuízo, fundamento da recusa da informação, há-de ser objectivamente grave, referindo Coutinho de Abreu que “a recusa é lícita quando, num juízo empresarial razoável, se conclua que a comunicação da informação é apta ou idónea para causar prejuízos” (in “Curso de Direito Comercial”, vol. II, Almedina, 4ª. ed., págs. 265 e 266).

No que se refere ao designado direito colectivo à informação, podem ser negadas aos accionistas (que atinjam 10% do capital) informações sobre assuntos sociais: a) Quando for de recear que o accionista as utilize para fins estranhos à sociedade e com prejuízo desta ou de algum dos accionistas; b) quando a divulgação, embora sem aqueles fins, seja susceptível de prejudicar relevantemente a sociedade ou os accionistas (nº. 4 do artº. 291º.).

Relativamente à utilização indevida da informação, com prejuízo para a sociedade, refere Sofia de Melo Branco ser de prever que tal venha a acontecer com “um accionista de uma sociedade concorrente” ou “nos casos de litígio em que o accionista pede constantemente informações à sociedade” (in “O Direito dos Accionistas à Informação”, Almedina, pág. 380).

Coutinho de Abreu refere que “o receio há-de ser objectivamente fundado”, devendo considerar-se legitimador de recusa quando “atendendo à natureza da informação pedida e à situação do sócio requerente na sociedade e fora dela, haja forte probabilidade de a mesma informação ser utilizada para fins diferentes dos lícitamente prosseguíveis pelos sócios na ou através da sociedade”, dando como exemplo o de um sócio concorrente pretender consultar os

documentos sociais donde constem “... e os preços de venda praticados pela sociedade” (ob. cit. pág. 267).

Como se vê das citações que vêm de fazer-se, são sérias as reservas que se colocam quando o accionista que pede a informação é um concorrente da sociedade, o que torna sério o perigo, e consistente a desconfiança, de utilização dessa informação em prejuízo dela, porque a “luta pela sobrevivência”, para mais nuns tempos de crise económica que atravessamos, predispõe à utilização de todas as “armas”.

E não colhe opor a este argumento o da responsabilização do accionista que cause dano à sociedade, prevista no n.º 6 do art.º 291.º. – é que o uso indevido da informação por um concorrente pode levar ao definhamento total da sociedade, constituindo, assim, um dano de muito difícil reparação, se não mesmo irreparável na sua totalidade, com o que perfeitamente integra o conceito de “gravidade” justificadora da recusa da informação.

Na situação sub judicio, a Apelante e as Apeladas concorrem no mesmo nicho do mercado – fabrico de volantes e airbags – e são duas das três maiores fornecedoras deste tipo de peças para veículos automóveis. Ambas concorrem a todos os concursos lançados pelos fabricantes de automóveis (OEM).

Quer do lado da oferta quer do lado da procura, o mercado funciona em sistema de oligopólio, o que aumenta ainda mais a concorrência.

Como se extrai dos factos acima transcritos em O), R) e S) a Apelante exerceu o seu direito de consulta, na sede da Ré DMP, dos elementos informativos que pretendia, apenas lhe tendo sido vedado o acesso ao dossier de Preços de Transferência, por conter informação relativa aos custos de produção.

Como se vê de fls. 137 e sgs., dos autos, a Ré “DMP” prestou à Apelante as informações que esta solicitara e forneceu-lhe as explicações necessárias à elucidação daquelas informações.

A questão que se coloca é se se justifica a recusa da consulta ao dossier dos preços de transferência.

E a resposta a esta questão exige que se equacionem todas as especiais circunstâncias que caracterizam e condicionam o relacionamento da Apelante com as Rés.

Como já se referiu, trata-se de empresas concorrentes; movem-se num nicho de mercado muito especializado e competitivo; competem nos mesmos concursos públicos, nos quais, pelo menos numa fase final, o preço é que

determina quem é o “vencedor”; os produtos que fabricam e comercializam exigem uma tecnologia que é a mesma para quase todas as empresas que competem neste mercado (cfr. o estudo de mercado feito pela Comissão aquando da decisão sobre a concentração da “TRW” e das empresas do Grupo “DM”, a que acima se fez referência, no nº. 8 (fls. 2201) e no nº. 9 (fls. 2202)).

Ora, sabendo-se, como se ficou a saber, que o dossier dos preços de transferência contém informações precisas sobre os custos de produção, (até porque estes são um dos elementos que entram no cálculo do valor daqueles), é intuitivo que a Apelante fica igualmente com acesso à informação sobre a margem praticada pelas Rés (assim como pelas demais empresas do grupo, das quais é também accionista, visto que o mesmo método e critérios de preços de transferência são aplicados, quer nas compras, quer nas vendas, entre a Ré DMP e quaisquer outras empresas do grupo – cfr. resposta à pergunta 2, na carta remetida pela Ré à Apelante, mencionada em Z, constante de fls. 137 a 145).

Assim, esta informação ia permitir-lhe tornar os seus preços mais competitivos, ganhando as adjudicações nos concursos ou, então, ia obrigar as Rés a baixar os seus preços para níveis que, por certo, haveriam de ficar bem próximos do custo.

É apodíctico, pois, que a revelação do dossier de “Preços de Transferência” pode ocasionar prejuízos muito graves às rés “DMP” e “DME” assim como às demais empresas do Grupo (a própria Comissão Europeia, na resposta à “Pergunta nº. 4”, do Parecer solicitado pelo Tribunal de Comércio de Madrid a que acima se fez referência, reconhece que “o preço de transferência de um produto a uma empresa que vende, posteriormente, esse produto (com prévia transformação ...) no mercado pode constituir uma informação importante sobre os custos suportados por esta última empresa” – cfr. fls. 1824).

E assim como a Apelante justifica o seu pedido de informação numa simples desconfiança (de que nas relações comerciais entre as Rés não estão a ser praticados os preços de mercado, apesar do relatório da KPMG ter concluído pela regularidade e legalidade da política de preços de transferência aplicada no grupo DM – cfr. supra alínea S) da facticidade provada) também é legítimo que as Rés desconfiem que, de posse daqueles elementos, a Apelante não deixe de agir como acima vem descrito (até porque, pelo que os autos noticiam, a Ré DMP tem

conseguido gerar lucros, que a Apelante recebeu, e, por isso, o capital que investiu já terá tido retorno). Por outro lado, há certas situações no mercado em que se obtêm réditos mais elevados do enfraquecimento de um concorrente do que os que se obterão na divisão dos dividendos, ao final do exercício.

Não é lícito, pois, que a Apelante use o seu direito à informação como um verdadeiro “cavalo de Tróia” para obter conhecimentos que devem permanecer no mais absoluto secretismo por deles depender a actividade da empresa. Cumpre, pois, responder na forma positiva à questão inicialmente enunciada – a recusa das Rés em fornecer à Apelante as informações que esta pretende é perfeitamente justificada, com o que não pode ter o efeito pretendido, de anulação da deliberação que aprovou o relatório e as contas do exercício.

C) DECISÃO

Considerando, agora, tudo quanto acima se expõe, acordam os Juízes desta Relação em negar provimento ao presente recurso de apelação, consequentemente, confirmando a decisão recorrida.

Custas pela Apelante.

Guimarães, 20/Novº./2012

(escrito em computador e revisto)

Fernando F. Freitas

Purificação Carvalho

Rosa Tching