



TRIBUNAL DE MILÃO - Secção Especializada em assuntos empresariais - A
O Tribunal, na pessoa da Dr.^a Paola Gandolfi

proferiu o seguinte

DESPACHO

no processo cautelar inscrito sob o N.º 10505 do ano 2014 R.G.

promovido por:

LUCINI&LUCINI HOLDINGS SRL (c.f. 02540880123), com o patrocínio dos advogados BARAZZETTA PAOLA e ORZALESI PIETRO (RZLPTR76C09B354Y) VIA CIMAROSA, 13 20144 MILÃO; CANCARINI STEFANO (CNCSFN78H10B157E) Viale Monte Rosa, 91 20149 MILÃO;

RECORRENTE;

LUCINI&LUCINI COMMUNICATIONS LTD (c.f. 08456040966), com o patrocínio dos advogados BARAZZETTA PAOLA e ORZALESI PIETRO (RZLPTR76C09B354Y) VIA CIMAROSA, 13 20144 MILÃO; CANCARINI STEFANO (CNCSFN78H10B157E) Viale Monte Rosa, 91 20149 MILÃO;

RECORRENTE;

Contra

ADGLAMOR SRL (C.F. 08157150965), com o patrocínio dos advogados NASTRI FRANCESCA (NSTFNC78H51F912C) VIA CHIOSSETTO, 2 20122 MILÃO; MERLO DAVIDE MASSIMILIANO (MRLDDM67M03D150N) VIA ZAMBIANCHI, 8 24121 BERGAMO;

RECORRIDO;

MARCO LANZOTTI (C.F. LNZMRC77E15F133U), com o patrocínio do advogado DI NOLA SERGIO e

RECORRIDO;

O Juiz Designado, afastando qualquer reserva,

DETERMINA:

O Juiz Designado, afastando qualquer reserva,

DETERMINA:

No recurso 20/2/14 a s.r.l. Lucini & Lucini Holding e Lucini & Lucini Communication Ltd - sociedades que se dedicam à distribuição via internet de um serviço de horóscopo em diversos idiomas, com dezenas de milhões de utilizadores - solicitaram a realização



da descrição de toda a base de dados dos utilizadores actualmente usada pela ADGLAMOR s.r.l., bem como do software operativo utilizado pela mesma para o envio de *direct e-mail marketing* e do correio electrónico transmitido a partir dos domínios relacionados com a mesma AdGlamor, para documentar o envio das mencionadas comunicações, envolvendo a violação dos direitos sobre a base de dados e a contrafacção dos sistemas informáticos propriedade da parte recorrente. Na sequência da descrição, a parte recorrente pedia também a realização da apreensão da base de dados e do software, a inibição da utilização dos dados, a fixação de pena e a publicação da medida. Alegava a recorrente que, a partir de finais de 2012, alguns dos seus funcionários desleais tinham constituído a AdGlamor, sociedade que, a partir de Maio de 2013, tinha transmitido milhares de comunicações de DEM (e-mail de marketing directo) evidenciando a posse de dezenas de milhões de utentes, que correspondiam aos contidos na *base de dados* da Lucini na data de saída do funcionário Marco Lanzotti e que, assim, teriam de considerar-se ilicitamente subtraídos, juntamente com o código e a metodologia para desenvolvimento do software e outras informações confidenciais, o que tinha permitido ao recorrido oferecer um serviço baseado no da recorrente, sem ter de suportar qualquer custo.

Tendo o Juiz Designado concedido a medida de descrição *sem audição da parte contrária*, veio a ADGLAMOR contestar todas as pretensões da contraparte, embora reconhecendo ter utilizado alguns endereços de correio coincidentes com os da Lucini, alegadamente adquiridos no mercado livre.

Considerados os pedidos de apreensão e inibição, realizou-se uma complexa perícia por um consultor técnico informático nomeado pelo tribunal (CTU), em relação à alegada natureza tributária do software da requerida face ao da recorrente, quanto à coincidência da base de dados e dos elementos do texto, em vários idiomas, na formulação dos horóscopos.

Tendo depositado o relatório no dia 8/10/14, as partes procederam à discussão do mesmo. A seguir, sob proposta do Juiz Designado, a recorrida declarava-se disponível para eliminar os dados identificados pelo consultor como correspondentes aos que se encontravam na base de dados da Lucini e as operações foram realizadas sob o controlo do consultor técnico designado pelo tribunal.

Na audiência do dia 02/12/14, a recorrente, na sequência da eliminação, renunciou ao pedido de apreensão e as partes debateram os restantes pedidos cautelares feitos pela Lucini e o Juiz Designado reservou a sua decisão.

Preliminarmente, considera-se que as condutas atribuídas pela Lucini&Lucini são imputadas tanto à concorrente AdGlamor como ao ex-funcionário Marco Lanzotti.

Este último é considerado como concorrente terceiro no ilícito.

A este propósito, deve ser recordado o ensinamento do Supremo Tribunal, nos termos do qual, em princípio, “a concorrência desleal deve ser considerada como um caso tipicamente atribuível ao sujeitos do mercado em concorrência, não configurável quando não existem condições subjectivas da chamada relação concorrencial”, todavia isto “não exclui a legítima predicabilidade do ilícito concorrencial, mesmo quando o acto lesivo do direito do concorrente seja praticado por uma pessoa que, embora não possua os necessários requisitos subjectivos (não sendo esse concorrente do lesado),



tenha actuado por conta (ou em articulação com) um concorrente desse lesado, estando ele próprio habilitado a praticar actos que conduzem a benefícios financeiros.

Nesse caso, portanto, o terceiro é legitimamente considerado responsável, solidariamente com o empresário que tenha apoiado a sua conduta, enquanto, faltando qualquer ligação entre o terceiro autor do comportamento lesivo do princípio da integridade profissional e o empresário concorrente do lesado, o mesmo terceiro é chamado a responder nos termos do Art. 2043 do Código Civil” (tal como Cass. 17459/07; conf. 9117/12; 6117/06; 13071/03)

Em substância, a parte recorrente alega ter sofrido, por acção da recorrida, uma transferência de pessoal chave, não facilmente substituível e na posse de informações que no seu conjunto constituem todos os activos empresariais da Lucini.

A este respeito, deve recordar-se brevemente que o chamado desvio de funcionários, através do qual o empresário pretende assegurar as prestações laborais de um ou mais colaboradores de uma empresa concorrente, representa uma normal expressão da liberdade de iniciativa económica, segundo o Art. 41 da Constituição e da liberdade de circulação da mão de obra, segundo o Art. 4 da Constituição (ver, entre outros, Cass. 5718/96; 6712/96; 5671/98). Assim, para que a actividade de aquisição de colaboradores e funcionários integre a hipótese da concorrência desleal, é necessário que seja realizada com o propósito de lesar a outra empresa, numa medida que exceda o prejuízo normal que pode decorrer da perda de trabalhadores que optem por trabalhar para outra empresa. A ilicitude da conduta, ao abrigo do Art. 2598 n.º 3 do Código Civil, deve por isso ser inferida do objectivo essencial que o empresário concorrente se proponha, através desta transferência de funcionários, para frustrar o esforço de investimento do seu opositor. Não basta, de facto, que o acto em questão se destine a conquistar o espaço de mercado do concorrente, mesmo através da admissão dos melhores colaboradores, sendo necessário que se destine a privá-lo do fruto do “seu” investimento (Cass. 5671/98). Para identificar essa concorrência injusta, devemos começar por considerar os meios usados, avaliando os métodos usados para recrutar os funcionários transferidos e os efeitos potencialmente “desestruturantes” sobre a outra organização empresarial, para o lançamento da subtracção parasitária (o que permite apoiar em provas circunstanciais objectivas o requisito do chamado “*animus nocendi*”).

Permanecem obscuros os efeitos sobre a organização empresarial da Lucini devidos à transferência de sete funcionários e um consultor externo: teria sido, de facto, obrigação da recorrente fornecer elementos probatórios suficientes sobre toda a conduta activa da AdGlamor, pelo menos para reforçar a vontade dos funcionários se demitirem, não sendo por isso possível considerar se a recorrida, que o nega terminantemente, tinha desenvolvido actividades para influenciar especificamente a decisão dos funcionários da Lucini de interromperem a relação laboral. Mas, acima de tudo, como fonte da contestação específica das testemunhas, teria cabido à parte recorrente oferecer, mesmo nesta sede cautelar, prova razoável dos efeitos concretos desestruturantes dessa transferência sobre a sua organização empresarial, fornecendo ao juiz elementos para conhecer o seu organigrama global, as funções desempenhadas pelos funcionários demissionários no âmbito do mesmo, a absoluta excepcionalidade do número de demissões em relação à habitual rotatividade nas empresas, a dificuldade



sentida para substituir os demissionários (com pessoal já contratado ou a admitir) em relação às tarefas concretamente realizadas por eles e a disponibilidade de profissionais com o mesmo nível de especialização, quer internamente quer no mercado de trabalho. No entanto, tais perfis não esgotam a avaliação da natureza anti-concorrencial da aquisição de funcionários de outros, em que surja como uma passagem mediante uma transferência de recursos, pela qual também se transferem dados e informações da propriedade exclusiva da recorrente, legitimamente adquiridos e detidos confidenciais, e que constituam parte relevante do património e da capacidade de concorrer no mercado.

Esta suposta subtração parasitária de iniciativa comercial, através de apreensão ilícita de informações e conhecimentos técnicos e comerciais, que permitem apresentar-se no mercado sem suportar os necessários custos e dificuldades de um início de actividade normal, representa uma presunção de ilícito comercial.

Particularmente preocupante é a transferência de informações sobre os utilizadores, certamente da competência da Lucini, que a recorrente alega serem tuteláveis também nos termos do Art. 98 do CPI, tratando-se de conhecimentos confidenciais, que não são do conhecimento geral ou facilmente acessíveis e ainda sujeitas a medidas que são razoavelmente adequadas para as manter confidenciais, ou pelo menos reservadas, conhecidas apenas por funcionários e colaboradores sujeitos a uma obrigação de confidencialidade (doc. 15). É especialmente inequívoco que as informações eram arquivadas no *data center* que está equipado com salvaguardas adequadas para assegurar a confidencialidade, garantida através de um *firewall* de acesso à rede empresarial, e por meio de diversos níveis de acreditação dos utilizadores empresariais, que têm acesso através de *user name* pessoal e *password* de acesso permanentemente renovados (doc. 16). Trata-se, por outro lado, de informações de inegável valor económico, para cuja realização foram necessários investimentos relevantes.

Na fase de avaliação do mérito da causa, deverão ser avaliados com maior profundidade os pressupostos para a aplicação do Art. 98 do CPI, mas parece que os elementos indiciários já fornecidos a este respeito já permitem à recorrente invocar a protecção da propriedade, e não só concorrencial, nos termos do Art. 2598, n.º 3 do Código Civil, das informações em questão.

Referimo-nos, em especial, aos dados relativos a cerca de 75 milhões de utentes, subdivididos por grupos linguísticos, em conjunto com dados pessoais, informações relativas à educação, profissão, local de residência e outras informações, necessárias para o envio de comunicações comerciais (DEM) personalizadas.

Tal acervo de dados, além de constituir património empresarial merecedor de tutela por força do Art. 98 do CPI, deve ser considerado nos mesmos termos como uma base de dados, segundo o Art. 102-bis da lei aplicável, entendida como “recolha de trabalhos, dados ou outros elementos independentes sistemática ou metodicamente organizados e individualmente acessíveis graças a meios electrónicos ou por outro meio”. O objectivo da norma é salvaguardar, além do direito de autor, os criadores da base de dados da indevida apropriação dos resultados do investimento financeiro e profissional realizado para obter e reunir o conteúdo. Os elementos essenciais constitutivos do direito são depois representados pelo investimento orientado para a consecução, a verificação e a



apresentação do conteúdo da base de dados, que deve ser relevante do ponto de vista quantitativo ou qualitativo. De facto, os investimentos relativos à verificação de uma base de dados são entendidos como os relativos aos meios para assegurar a fiabilidade das informações contidas nessa base de dados, para controlar a exactidão dos elementos reunidos -aquando da criação desta base de dados e durante o período de funcionamento da mesma - e para efeitos da sua utilização pelos utilizadores autorizados.

O Tribunal considera que os investimentos necessários para apresentar os dados e torná-los disponíveis externamente, através de uma organização e funcionalidade complexa, que não são o mero reflexo da geração dos dados, podem ser certamente considerados relevantes, também por via presuntiva, nos termos do Art. 2727 do Código Civil, sem necessidade de um aprofundamento instrutório, considerando também que essa protecção não deve ser fixada a um nível tão elevado que possa frustrar a finalidade protectiva da norma.

A reconhecida titularidade do direito *sui generis* confere ao criador o direito de proibir a extracção, ou seja, a transferência permanente ou temporária da totalidade ou de uma parte substancial dos dados para outro suporte, com qualquer meio ou de qualquer forma.

O limite dos poderes de exclusão concedidos ao criador da base de dados são marcados pela entidade que realiza a extracção e/ou reutilização (difusão pública) da “totalidade ou parte substancial do conteúdo da base de dados”, que permitiria a apropriação, sem encargos, dos resultados do seu investimento para construir a base de dados.

A definição de “parte substancial” impõe a consideração tanto de critérios quantitativos como qualitativos. No primeiro caso, refere-se ao volume dos dados extraídos e/o reutilizados da base de dados e deve ser avaliada em relação ao volume do conteúdo total da mesma. De facto, se um utilizador extrai e/ou reutiliza uma parte quantitativamente relevante do conteúdo de uma base de dados, cuja constituição exigiu a utilização de meios relevantes, o investimento relativo à parte extraída e/ou reutilizada é, proporcionalmente, igualmente relevante. No segundo caso, avaliado de um ponto de vista qualitativo, o conteúdo de uma base de dados protegida refere-se à relevância do investimento para a obtenção, verificação ou apresentação do conteúdo do objecto da operação de extracção e/ou reutilização, independentemente do facto de tal objecto representar uma parte quantitativamente sustentável do conteúdo geral da base de dados protegida.

Assim, do resultado da consulta constata-se que de 41.873.128 utilizadores de e-mail presentes na base de dados da Lucini (excluindo os duplicados relativos a pessoas que tenham aderido a mais serviços), pelo menos 26.645.952 estavam presentes, no momento da consulta, entre os utilizadores da AdGlamor. Por conseguinte, 63,63% dos dados da Lucini são resultados presentes na base de dados da AdGlamor.

Deve ainda considerar-se que o número total de utilizadores da recorrida ascendia a 28.416.893, pelo que a base de dados da AdGlamor era constituída pelos 93,76% de dados coincidentes com os da Lucini.

O Consultor teve ainda a possibilidade de adquirir elementos que permitem, nos limites do conhecimento cautelar, concluir no sentido de uma apreensão dos dados da base de



dados da Lucini e posterior transferência para a da AdGlamor.

Parece, de facto, que no PC de Marco Lanzotti, numa pasta de backup com data de 7/2/13, existem pastas com o nome Lucini e dados criptográficos, enquanto na pasta de Sottocornola existem e-mails em língua inglesa sobre dados disponíveis da AdGlamor para campanhas de marketing na China, correspondentes à quantidade de endereços relativos presentes na base de dados da Lucini.

Particularmente esclarecedor é o conteúdo de uma troca de e-mails com Elizabeth da Egentic, que mostra como os dados recebidos da AdGlamor em Outubro de 2013 estavam etiquetados pela Lucini&Lucini, recebendo uma resposta estranha da empregada da recorrida.

Por isso, estamos perante um quadro indiciário, nos termos do Art. 2729 do Código Civil, que aponta inequivocamente no sentido de uma operação contra a Lucini & Lucini de apreensão dos dados – protegida pelo Art. 98 CPI e 102-bis da lei aplicável - e a sua transferência para a concorrente para a qual transitaram os ex-funcionários da recorrente.

Deve acrescentar-se que na base de dados e nos elementos obtidos da requerida estão presentes elementos de textos utilizados nos horóscopos da recorrente.

Em especial, as tabelas da Lucini contêm 157.366 horóscopos, enquanto os da AdGlamor contêm 21.614, dos quais 81% (17.577) são imitações dos da recorrente, no sentido em que contêm pelo menos 30 caracteres consecutivos idênticos, em várias línguas.

Tal coincidência, apesar da generalidade e da repetição das frases livremente combinadas pelo sistema informático para criar os horóscopos, sugerem que mesmo os dados do texto, que merecem protecção ao abrigo do Art. 1 da lei aplicável, são retirados, desse modo poupando custos de elaboração e tradução para as diversas línguas.

Por outro lado, o consultor concluiu que o software utilizado pela AdGlamor não é tributário do da Lucini&Lucini, embora os programadores da requerida, tendo sido transferidos da recorrente, possam ter tido maior facilidade em implementar o novo ambiente, conhecendo os limites, particularidades e vantagens das soluções implementadas pela Lucini. No entanto, nada impede as pessoas que passaram para a AdGlamor de utilizar a sua competência profissional adquirida em experiências anteriores.

Conforme se referiu, os dados comprovadamente retirados da Lucini&Lucini foram eliminados do servidor da parte requerida, o que, mesmo com esse acto, não se destinou a reconhecer a validade das reclamações da recorrente. Por conseguinte, a Lucini&Lucini renunciou ao pedido de apreensão e manteve apenas o pedido de inibição e penalidade (além da publicação).

Entende este tribunal que o acto de eliminação dos dados não é suficiente para afastar o perigo de uma potencial futura utilização, considerando-se provável que os dados se encontrassem originariamente num computador pessoal dos funcionários da Lucini que passaram para a AdGlamor e que poderiam ter sido copiados para outro local.

Na verdade, subsistindo o *fumus* das condutas ilícitas invocadas, bem como o requisito do *periculum in mora* que estava e está presente, se considerarmos uma eventual



utilização posterior dos contactos dos utilizadores, com duplicação dos e-mails enviados aos utilizadores, com risco de danificar irremediavelmente a credibilidade do negócio da requerente, com efeitos sobre a sua colocação no mercado potencialmente irreparáveis em termos equivalentes.

Além disso, ao ocorrer definitivamente a eliminação (como parece plausível), a inibição seria uma sanção completamente neutra, impossibilitando qualquer utilização futura dos dados que se proíbe.

A medida inibitória, tal como é pedida pela própria recorrente, deve abranger o uso dos dados e informações, em especial os endereços de e-mail e os textos de horóscopos, provenientes da Lucini&Lucini, excepto prova, a expensas da AdGlamor, da sua aquisição legítima no mercado livre (a prova disco está em falta, apesar das alegações originais).

A medida inibitória pode ser apoiada por uma sanção de 0,15 Euros por cada dado, conforme se define anteriormente, que a partir de agora for utilizado (com referência ao dado e não à utilização individual).

Deve, por outro lado, considerar-se que a publicação da medida, que deverá ser indemnizatória, e não cautelar, deve aguardar pela decisão de mérito.

Uma vez que a medida da descrição deve necessariamente seguir o processo de mérito, no prazo de trinta dias de calendário a contar da notificação desta providência, nos termos do Art. 132, II do CPI, a regulação definitiva das despesas defesa e dos honorários do perito designado pelo tribunal deve ser requerida nessa sede.

Termos em que

o tribunal, tendo considerado que a conduta da AdGlamor s.r.l. e Marco Lanzotti se qualifica como um acto de concorrência desleal, nos termos do Art. 2598, n.º 3 do Código Civil, subtracção de segredos, nos termos do Art. 98 do CPI e violação dos direitos sobre bases de dados, nos termos do Art. 102-bis da lei aplicável, inibe o requerido de utilizar os dados e informações, em particular os endereços de e-mail e textos de horóscopo, provenientes da Lucini&Lucini, salvo a prova, a expensas da AdGlamor, da sua aquisição legítima no mercado livre, com fixação de sanções de 0,15 Euros por cada dado, nos termos acima definidos que for usado a partir de hoje; fixa o prazo de trinta dias a contar da notificação do presente despacho para o início do processo de mérito.

Publique-se Milão

12/12/14

O Juiz Designado
Dr.^a Paola Gandolfi

