

COMENTÁRIO ÀS ALTERAÇÕES MAIS RELEVANTES INTRODUZIDAS PELA NOVA LEI DA CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL

Comentário às alterações mais relevantes introduzidas pela nova Lei da Concorrência em Portugal

Este artigo pretende explicitar as principais alterações introduzidas pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio de 2012, em relação ao regime anteriormente vigente, a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho. Procuraremos ainda contextualizar as alterações introduzidas pelo novo regime da concorrência e antecipar as eventuais consequências do mesmo na aplicação do direito da concorrência em Portugal.

Introdução

Após alguns meses de preparação, que incluíram uma fase de consulta pública que teve lugar no fim do ano de 2011 e uma proposta de lei do Governo à Assembleia da República, foi publicada, no dia 8 de maio, a Lei n.º 19/2012 que passará a constituir, decorridos os 60 dias de *vacatio legis* previstos neste diploma, o regime jurídico da concorrência vigente em Portugal («Lei da Concorrência»).

Este artigo procura explicitar, de forma sucinta, as alterações mais significativas introduzidas pela nova Lei da Concorrência em relação ao regime jurídico da concorrência anteriormente vigente, a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, cuja revogação se prevê no diploma agora publicado. A nova Lei da Concorrência revoga ainda a Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto, que estabelece o regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contraordenação por infração às normas nacionais de concorrência («Estatuto da Clemência»), regime este agora integrado na Lei da Concorrência.

Deverá ainda referir-se que a nova Lei da Concorrência surge na sequência do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, relativo à concessão de assistência financeira a Portugal, que prevê o reforço da regulação da concorrência por parte da entidade competente para o efeito em Portugal, a Autoridade da Concorrência («AdC»), prevendo expressamente o referido documento uma lei da concorrência mais harmonizada com o enquadramento legal da concorrência na União Europeia («UE»).

Para além deste novo regime, destinado, nos termos do referido memorando, a reforçar a competitividade da economia portuguesa, prevê-se ainda a instalação, atualmente em curso, de um tribunal especializado em matérias de concorrência.

Comments to the main amendments introduced by the new Competition Law in Portugal

This article aims to explain the main amendments introduced by Law 19/2012, of 8 May 2012, in view of the legal regime previously in force, Law 18/2003, of 11 June 2003. We will contextualize the amendments introduced by the new competition law regime and anticipate the potential consequences of the said regime to the enforcement of competition law in Portugal.

As alterações de que daremos conta no decurso deste artigo visam, em grande medida, suprir as insuficiências detetadas durante a vigência do anterior regime da concorrência, em particular no que respeita à investigação e sanção de práticas restritivas da concorrência.

Com efeito, de acordo com os dados disponíveis (v.g., intervenção do Presidente da AdC na Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública da Assembleia da República, de 14 de março de 2012), a AdC, em funcionamento desde 2003, terá concluído com a imposição de sanções um número muito limitado de processos de práticas restritivas, registando, ao invés, um número relativamente elevado de arquivamentos. Por outro lado, também de acordo com a informação pública disponível, a AdC terá sido confrontada com um número relevante de anulações das suas decisões quando sujeitas ao escrutínio judicial em sede recurso.

Questões relativas a matérias de controlo de concentrações

No que concerne a matéria de controlo de operações de concentração de empresas (operações que visam a alteração duradora da estrutura de controlo sobre uma determinada empresa), a principal modificação introduzida pela Lei da Concorrência respeita aos limiares de notificação obrigatória. Com efeito, o regime vigente em Portugal, contrariamente ao que sucede na generalidade dos Estados Membros (à exceção de Espanha), bem como no que respeita às notificações junto da Comissão Europeia («CE»), prevê limiares alternativos de volume de negócios e de quota de mercado.

Ao contrário do critério do volume de negócios, que se caracteriza por uma maior objetividade, o critério da quota de mercado suscitou tradicionalmente algumas hesitações, em virtude de uma alegada subjetividade e ausência de segurança jurídica que lhe podem estar associadas. Com efeito, a apreciação do critério da quota de mercado exige a determinação prévia do mercado relevante, o que pode suscitar dúvidas significativas quanto à delimitação dos mercados relevantes do produto, bem como em termos geográficos, em particular quando não existe prática decisória relativa às atividades em causa.

Nesta matéria, a opção consagrada na nova Lei da Concorrência não tem em consideração a recomendação de harmonização com o regime vigente na UE, uma vez que o limiar da quota de mercado permanecerá, embora com algumas adaptações correspondentes à introdução de um critério *de minimis* de volume de negócios suscetível de afastar o preenchimento deste limiar (inclusivamente em termos paralelos ao regime atualmente vigente em Espanha).

Deste modo, nos termos do novo regime da concorrência, as operações de concentração de empresas estão sujeitas a notificação prévia quando preenchem uma das seguintes condições:

(i) O conjunto das empresas que participam na concentração tenha realizado, em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior a 100 milhões de euros, líquidos dos impostos com este diretamente relacionados, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por pelo menos duas dessas empresas, seja superior a 5 milhões de euros; ou

(ii) Em consequência da sua realização se adquira, crie ou reforce uma quota igual ou superior a 50% no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste; ou

(iii) Em consequência da sua realização se adquira, crie ou reforce uma quota igual ou superior a 30% e inferior a 50% no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal, no último exercício, por pelo menos duas das empresas que participam na operação de concentração seja superior a 5 milhões de euros, líquidos dos impostos com estes diretamente relacionados.

Quanto aos prazos para a AdC decidir em sede de concentrações, mantêm-se estes idênticos à lei anterior —30 dias úteis em processos normais e 90 dias úteis para investigações aprofundadas—, destacando-se somente a possibilidade de suspensão desses prazos por 20 dias úteis caso se apresentem compromissos, ou a requerimento das partes.

Refira-se ainda que, com a entrada em vigor da nova lei, outra das particularidades nacionais em termos de controlo de concentrações, a existência de um o prazo de 7 dias úteis para notificar uma concentração, a partir da celebração do acordo respetivo (ou do ato, independentemente da forma que assuma, que permite exercer uma influência determinante sobre a empresa adquirida), deixará de ser aplicável.

Manter-se-á, todavia, à semelhança da generalidade dos regimes de autorização prévia de operações de concentração, a obrigação de suspensão da implementação de uma operação de concentração sujeita a notificação prévia antes de notificada ou, tendo-o sido, antes da decisão de aprovação da AdC (sob pena da aplicação de uma coima que não poderá ser superior a 10% do volume de negócios da empresa infratora). Nos termos da nova Lei da Concorrência, qualquer negócio jurídico de implementação da operação antes da notificação, quando devida, ou antes da obtenção da autorização por parte da AdC é ineficaz.

Alterações relativas a processos de práticas restritivas

A introdução do Princípio da Oportunidade

As previsões relativas a práticas restritivas correspondendo, em termos gerais, a formas ilícitas de as empresas se comportarem nos mercados, que resultam ou são suscetíveis de resultar em restrições concorrenciais, manter-se-ão, em termos substantivos, em grande medida inalteradas no regime que entrará proximamente em vigor (refira-se que as práticas restritivas da concorrência incluem os acordos, as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas - práticas colusivas, atualmente previstas no artigo 9.º da Lei da Concorrência, bem como no artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; os abusos de posição dominante, previstos no artigo 11.º da Lei da Concorrência e no artigo 102.º do Tratado sobre

o Funcionamento da União Europeia; e os abusos de dependência económica, previstos no artigo 12.º da Lei da Concorrência).

Estas infrações continuam a poder ser sancionadas pela AdC com coimas que não podem exceder 10% do volume de negócios da empresa infratora no ano anterior à decisão desta autoridade.

A primeira alteração muito relevante quanto ao processamento de denúncias por parte da AdC é a introdução de um princípio da oportunidade na abertura dos processos por parte desta autoridade, o que lhe confere uma discricionariedade significativa neste contexto, à semelhança do que sucede em relação à CE (pautando-se a atuação da CE neste âmbito pelo «interesse comunitário», tal como reconhecido pela jurisprudência da UE). Sempre que a AdC considere, com base nas informações de que dispõe, que não existem fundamentos bastantes para dar seguimento a uma denúncia, após permitir o contraditório por parte do autor desta, pode proceder ao arquivamento da denúncia sem iniciar um processo.

Com efeito, a nova Lei da Concorrência reconhece, ao contrário do que sucedia anteriormente, que a AdC, no desempenho das suas atribuições legais, é orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência, podendo, com base nesse critério, atribuir graus de prioridade diferentes no tratamento das questões que é chamada a analisar.

A AdC exercerá, deste modo, o seu poder sancionatório sempre que existam razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência, tendo em conta, na abertura de processos de contraordenação, em particular, as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados, bem como a gravidade da eventual infração, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias.

Esta alteração visa aligeirar o fardo administrativo da AdC, que existiria anteriormente em virtude da obrigação de abrir processos correspondentes a todas as denúncias recebidas. Contudo, a existência de critérios muito amplos poderá também suscitar alguns receios de denegação de justiça.

Buscas domiciliárias no âmbito de processos de práticas restritivas da concorrência

Outra das alterações mais profundas neste contexto é a possibilidade de realizar buscas domiciliárias à

semelhança do que previa o regime da UE, nos termos do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002.

Com efeito, ao contrário do que sucedia anteriormente, em que as buscas estavam limitadas às instalações das empresas e às dependências destas, são permitidas buscas domiciliárias no contexto de processos relativos a práticas restritivas da concorrência desde que sejam cumpridos determinado requisitos.

Deste modo, havendo fundada suspeita de que existem, no domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas, provas de violação grave dos artigos da Lei da Concorrência e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia relativos à proibição de acordos ou práticas restritivas da concorrência, bem como de abuso de posição dominante, podem ser realizadas buscas domiciliárias, que devem ser autorizadas, por despacho, pelo juiz de instrução, a requerimento da AdC.

Refira-se que são também permitidas buscas a outros locais, incluindo veículos de sócios, dos membros de órgãos de administração e trabalhadores, ou de colaboradores de empresas ou associações de empresas, aplicando-se no demais as regras que regem as buscas deste tipo, incluindo o horário em que podem ser realizadas e as regras especiais aplicáveis a escritórios de advogados ou consultórios médicos.

Possibilidade de transação e de arquivamento mediante a apresentação de compromissos no âmbito de um processo de práticas restritivas da concorrência

A nova Lei da Concorrência permite, à semelhança do que já acontecia nos processos junto da CE (em particular, Regulamento (CE) n.º 622/2008 da Comissão, de 30 de Junho de 2008), que o visado pela investigação da AdC no contexto de um processo de práticas restritivas da concorrência possa iniciar conversações com a autoridade e apresentar uma proposta de transação (de acordo) ainda na fase de inquérito ou já durante a instrução do processo.

A proposta de transação apresentada pelo visado deve refletir o resultado das conversações mantidas com a AdC e reconhecer a sua responsabilidade na infração em causa, não podendo ser por este unilateralmente revogada.

Recebida a proposta de transação, a AdC procede à sua avaliação, podendo rejeitá-la por decisão não suscetível de recurso, se a considerar infundada, ou aceitá-la, procedendo, nesse caso, à elaboração e à notificação da minuta de transação, que se converte em decisão definitiva condenatória com a confirmação do visado pelo processo. A coima a ser aplicada contemplará uma redução.

Este mecanismo poderá ser particularmente útil para simplificar os processos e reduzir a conflitualidade dos mesmos, uma vez que os factos confessados pelo visado não podem voltar a ser apreciados como contraordenação no contexto do direito da concorrência e não podem ser judicialmente impugnados para efeitos de recurso.

Refira-se que a redução da coima em resultado de uma transação pode ser somada à obtida no contexto de um pedido de redução da coima no âmbito do Estatuto da Clemência, a que nos referiremos mais detidamente *infra*.

A AdC pode ainda aceitar o arquivamento do processo, na fase de instrução ou no inquérito, mediante compromissos propostos pelo visado que sejam suscetíveis de eliminar os efeitos sobre a concorrência decorrentes das práticas em causa, arquivando-se subsequentemente o processo com a imposição de condições destinadas a garantir o cumprimento dos compromissos propostos. Neste caso não é declarada a existência de uma infração, não há qualquer decisão condenatória, nem são aplicadas coimas, podendo a AdC, se existirem motivos que o justifiquem, reabrir os processo nos dois anos seguintes.

Existência de um prazo para conclusão das fases de inquérito e de instrução por parte da AdC nos processos por práticas restritivas da concorrência

O novo regime da concorrência introduz um princípio de celeridade nos processos relativos a práticas restritivas, que anteriormente não estavam sujeitos a qualquer prazo em termos de tramitação por parte de AdC (salvo os prazos gerais de prescrição previstos na lei).

Deste modo, o inquérito deve ser encerrado, sempre que possível, no prazo máximo de 18 meses a contar do despacho de abertura do processo e a instrução no prazo de 12 meses após a nota de ilicitude. Todavia, tais prazos poderão não ser cumpridos pela AdC em face das circunstâncias do caso concreto, sendo que nesta situa-

ção a AdC dará conhecimento desse facto ao visado pelo processo, comunicando ainda o período necessário para a conclusão da fase processual em causa.

Não obstante o aparente avanço em termos de celeridade e certeza jurídica em relação ao regime anterior, a previsão pela Lei da Concorrência de exceções aos prazos anteriores referidos, em termos muito amplos, poderá de alguma maneira comprometer os objetivos de celeridade previstos na nova Lei da Concorrência.

Revisão do estatuto da clemência

O regime da clemência —mediante o qual participantes em cartéis (pessoas coletivas ou singulares) podem obter dispensa ou redução da coima se revelarem à AdC, em determinadas circunstâncias, a infração de que são parte— anteriormente incluído no Estatuto da Clemência de 2006, será agora formalmente integrado no texto da nova Lei da Concorrência.

Talvez a integração destas previsões no regime basilar do direito da concorrência em Portugal lhes confira maior visibilidade, uma vez que, apesar de constituir um instrumento tipicamente muito eficaz na descoberta e prova de infrações de cartel (com grande sucesso, por exemplo, na condenação de tais práticas por parte da CE), a sua utilização em Portugal tem sido muito escassa, existindo, até à data, apenas um caso decidido pela AdC em que o estatuto da clemência foi utilizado.

A principal alteração neste contexto, para além de alguma harmonização da redação em relação ao regime da UE, diz respeito aos patamares de redução da coima que passaram a ser idênticos aos previstos no programa de clemência da CE (em particular, *Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*, in JOUE n.º C 298, de 08/12/2006, p. 17 - 22). Deste modo, se já não for possível obter a dispensa da coima (imunidade), à primeira empresa que forneça informações e provas de valor adicional significativo é concedida uma redução de 30 a 50% da coima que lhe vier a ser aplicada. A segunda empresa poderá beneficiar de uma redução de 20 a 30% da coima e às empresas seguintes que forneçam informações e provas de valor adicional significativo é concedida uma redução até 20% da coima que lhes for aplicada.

Recurso judicial das decisões da AdC

Recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

O tribunal competente para efeitos de recurso das decisões da AdC, quer em processos administrativos, quer em processos de contraordenação, será o recém criado Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (pertencendo anteriormente esta competência ao Tribunal do Comércio).

Refira-se que os recursos em processos de contraordenação por infração de regras da concorrência, que deverão ser agora interpostos no prazo de 30 dias úteis, terão com a nova lei efeito meramente devolutivo, salvo se lhe for atribuído, exclusiva ou cumulativamente com outras medidas provisórias, o efeito suspensivo (*i.e.*, no caso de decisões que imponham coimas, o montante deve ser pago ainda que a entidade sancionada interponha recurso da decisão condenatória).

Todavia, o visado pode requerer, ao interpor o recurso, que o mesmo tenha efeito suspensivo quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e este se ofereça para prestar caução em substituição do pagamento, ficando a atribuição desse efeito condicionada a efetiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal (num regime agora mais próximo do da UE).

O prazo de 30 dias úteis para o recurso poderá ser considerado insuficiente, uma vez que, em geral, os processos relativos a práticas restritivas são extensos e complexos, sendo que, por exemplo, o prazo de recurso das decisões da CE neste contexto corresponde a um período superior, de dois meses, a que acrescem dilações em função da distância.

Possibilidade do tribunal agravar a sanção aplicada pela AdC (*Reformatio in Pejus*)

Outra das alterações muito relevantes no âmbito do recurso das decisões da AdC é o facto de ser consagrada a plena jurisdição do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em relação aos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada

pela AdC uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória, podendo tal tribunal reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória em causa.

Uma vez que existe agora o risco de agravamento da decisão da AdC é possível equacionar que as partes ponderem mais detidamente a interposição de recursos judiciais, permitindo, eventualmente, a esta autoridade libertar recursos, frequentemente consumidos por processos desta natureza.

Conclusão

O novo regime jurídico da concorrência que passará a vigorar em Portugal, em virtude do contexto que presidiu a sua aprovação, pretende ser um instrumento determinante na promoção de uma concorrência eficaz no tocante ao fornecimento de bens e prestação de serviços, suscetível de aumentar a qualidade destes, permitindo preços mais competitivos, uma escolha mais vasta para os consumidores e um desempenho mais eficiente da economia.

Da análise da nova Lei da Concorrência emerge a constatação do reforço dos poderes da AdC em matéria de investigação de práticas restritivas, mormente na determinação das prioridades da investigação e na recolha de prova. Parece também ter-se dotado a AdC de mecanismos suscetíveis de reduzir a conflitualidade relacionada com os processos, passível ainda de criar condições para a formação de uma jurisprudência altamente especializada em questões de concorrência.

Todavia, o grande teste à adequação das soluções preconizadas por esta nova lei será a aplicação da mesma, âmbito em que assumirá especial protagonismo a AdC, sendo a interpretação que esta autoridade fizer da lei e dos poderes que lhe são conferidos, bem como o controlo exercido pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, determinante para aferir se estas alterações às normas da concorrência vigentes em Portugal marcam verdadeiramente o ponto de viragem na regulação da concorrência nesta jurisdição.

JOAQUIM CAIMOTO DUARTE E TÂNIA LUÍSA FARIA*

* Advogados da Área de distrito comercial da Uría Menéndez preença de carvalho (Lisboa).