

O NOVO REGIME SANCIONATÓRIO DO SETOR ENERGÉTICO EM PORTUGAL E O SEU PARALELISMO COM LEI DA CONCORRÊNCIA

O novo regime sancionatório do setor energético em Portugal e o seu paralelismo com Lei da Concorrência

O novo regime sancionatório do setor energético, constante da Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro, cria um conjunto de regras de processo contraordenacional e confere alargados poderes de investigação à ERSE - Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, muito baseados nas regras e poderes relativos a processos contraordenacionais da Autoridade da Concorrência. Este artigo explora esse paralelismo, entre o novo regime sancionatório do setor energético e o regime decorrente da nova Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio).

Introdução

Entrou em vigor no dia 27 de fevereiro de 2013 a Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro (a «Lei 9/2013»), que aprova o regime sancionatório do setor energético e transpõe, de forma complementar à alteração dos Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos («ERSE»), as Diretivas n.ºs 2009/72/CE e 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelecem regras comuns para o mercado interno da eletricidade e do gás natural. A Lei 9/2013 vem estabelecer um conjunto de contraordenações relacionadas com a violação de normas relativas à regulamentação do setor energético, bem como o processo contraordenacional e de recurso seguido para eventual aplicação de coimas respeitantes às referidas contraordenações.

Uma leitura paralela da Lei 9/2013 e da nova Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) permite sem dificuldade notar que as normas relativas ao processo contraordenacional, à aplicação de coimas e a recursos previstas na Lei 9/2013 são quase decalcadas das disposições análogas presentes na Lei da Concorrência, no que toca aos procedimentos contraordenacionais relativos a práticas restritivas da concorrência, o que poderá indiciar a eventual utilização futura do regime processual previsto para a Autoridade da Concorrência («AdC») como padrão para outras entidades reguladoras.

Ainda antes de se avançar para uma análise crítica do regime, nos seus aspetos mais relevantes, relacionados com o tema em epígrafe, importa recordar que este diploma surge já num contexto de liberalização do setor energético (eletricidade e gás natural), sendo todavia este sector fortemente regulado. Desse

The new energy sector sanctions framework and its parallelism with the Competition Act

The new energy sector sanctions framework, included in Law 9/2013 of 28 January, creates a set of administrative offence procedural rules and gives ERSE – the Energy Services Regulatory Entity (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos) broader investigation powers based largely on the rules and powers related to administrative offence procedures of the Portuguese Competition Authority. This article analyses what the new regime and the competition law regime under the new Competition Act (Law 19/2012 of 8 May) have in common.

modo, a ERSE surge não apenas como responsável pela aplicação da regulação no seu contexto puramente sectorial, mas também como um importante garante de um *level playing field* no mercado (a par da AdC), impedindo, designadamente, que quaisquer operadores obtenham vantagens em relação aos demais por simplesmente não cumprirem as regras do sector a que se encontram adstritos.

Processamento de denúncias

A Lei 9/2013 confere à ERSE a faculdade de, no tratamento das denúncias, seleccionar aquelas que considera estarem devidamente fundamentadas e que, relativamente às quais, faça sentido avançar com um processo contraordenacional, possibilidade de esta aberta na Lei da Concorrência no tocante à AdC. Em nossa opinião, o objetivo desta medida será o de permitir à ERSE uma gestão mais eficiente dos seus recursos.

Contrariamente à Lei da Concorrência, não é expressamente atribuída à ERSE a possibilidade de dar prioridades diferentes ao tratamento de questões que lhe incumbam, no âmbito da Lei 9/2013.

Procedimento contraordenacional

O procedimento contraordenacional divide-se em fases, cada qual com um determinado prazo (aberto a prorrogações), iniciando-se com uma fase de inquérito, a que se poderá seguir uma fase de instrução, e com uma decisão final.

Em sede de inquérito, que pode ser aberto oficiosamente ou por denúncia, a ERSE vai investigar o caso,

determinando se existem ou não infrações administrativas à legislação do sector energético, bem como recolher prova relevante. Analogamente à AdC, a ERSE possui agora diversos poderes de inquérito e inspeção, de apreensão de documentos e até a possibilidade de realizar buscas domiciliárias durante a fase de inquérito, incluindo ou noutros locais (incluindo veículos), caso existam fundadas suspeitas da existência de provas relevantes nesses locais e mediante pertinente despacho judicial a autorizar.

Estes poderes, análogos aos da AdC, fortalecem de forma relevante a capacidade de angariação de informação e da pertinente prova durante o inquérito.

Transação e arquivamento com base na apresentação de compromissos

A Lei 9/2013 também permite a transação e o arquivamento do processo contraordenacional com base na apresentação de compromissos, na fase de inquérito e na fase de instrução, tal como a Lei da Concorrência.

Em caso de transação, o visado, após conversações com a ERSE, e tendo em conta o teor das mesmas, confessa a prática das infrações, beneficiando em contrapartida de uma redução de coima (redução essa, que poderá eventualmente acumular com a redução de coima advinda do regime da clemência, que detalharemos adiante). Os factos confessados nestes termos não poderão ser judicialmente impugnados.

No caso de arquivamento mediante a apresentação de compromissos, a ERSE aceita arquivar o processo, com base na assunção, por parte do visado, de um conjunto de compromissos suscetíveis de eliminar os efeitos decorrentes das infrações em causa, cujo cumprimento será fiscalizado pela ERSE e impedirá a reabertura do processo. Contrariamente aos casos de transação, o visado não confessa a prática de qualquer infração, podendo a ERSE reabrir o processo, no prazo de dois anos, caso as condições não sejam cumpridas e caso tenha ocorrido uma alteração substancial da situação de facto em que a decisão se fundou.

O objetivo destas medidas é o de aumentar a celeridade e a eficiência dos processos contraordenacionais. Por um lado, permitem aos visados, no caso da transação, assumir a infração (em troca de uma redução da coima), possibilitando poupar recursos relativos à investigação e a um previsível processo judicial subsequente. Por outro lado, ao nível da possibilidade de assunção de compromissos, tal permitirá a resolução dos problemas regulatórios

que a ERSE tenha identificado, recebendo o visado, em troca, a inexistência de uma decisão relativa à infração e a correspondente ausência de coima.

Contraordenações, coimas e regime de clemência

A Lei 9/2013 estabelece um conjunto alargado de contraordenações aplicáveis a entidades intervenientes no Sistema Elétrico Nacional («SEN») e no Sistema Nacional de Gás Natural («SNGN») que exerçam atividades sujeitas à supervisão da ERSE, utilizando a já tradicional divisão de contraordenações muito graves, graves e leves.

Os critérios utilizados para determinar a medida da coima são essencialmente os mesmos utilizados na mesma sede pela AdC, incluindo a duração da infração, o seu impacto no cumprimento das atribuições da ERSE e interesse geral dos setores regulados, os benefícios patrimoniais e não patrimoniais de que hajam beneficiado as entidades infratoras em consequência da infração, o grau de participação e a gravidade da conduta da entidade infratora, o comportamento da mesma na eliminação das práticas faltosas e na reparação dos prejuízos causados, a situação económica dos visados pelo processo, os antecedentes contraordenacionais e a colaboração com a ERSE.

Em caso de infração de reduzida gravidade, sanável, da qual não tenham resultado danos para o setor regulado em causa, para os consumidores e para a atividade regulatória da ERSE, poderá a entidade infratora ser apenas punida com admoestação escrita, publicada no site de Internet daquela entidade reguladora.

O valor das coimas é determinado com base no volume de negócios da empresa infratora, ou volumes de negócios agregado no caso de associações de empresas, tal como na Lei da Concorrência, bem como no valor da remuneração anual no caso de pessoas singulares (uma vez que estas também podem ser sancionadas no âmbito deste regime, em determinadas circunstâncias, concretamente: os titulares dos órgãos de administração ou os responsáveis pela direção ou fiscalização de certas áreas de atividade), não podendo as coimas ultrapassar 10% do volume de negócios do ano imediatamente anterior.

Tal como também previsto na Lei da Concorrência, e em condições algo similares, também se encontra estabelecido na Lei 9/2013 um regime de dispensa ou redução da coima (denominado regime da «clemência» - um instituto típico a nível europeu, e

mesmo à escala internacional, dos sistemas de defesa da concorrência, utilizado em particular para a deteção de cartéis, que por natureza são secretos e dificilmente descobertos pelas autoridades).

O intuito da inclusão do regime da clemência na Lei 9/2013, prender-se-á, certamente, com o incentivo à cooperação com a ERSE no âmbito dos processos de contraordenação, no sentido do arguido confessar a sua participação na infração, necessariamente carreando também prova da participação de terceiros. Poderá a ERSE, neste âmbito, conceder dispensa (total) da aplicação de coima, ou a redução da mesma até 50% do seu montante, caso se cumpram cumulativamente os requisitos previstos na Lei 9/2013, em particular o da cooperação plena e continuada com a ERSE (desde o momento da apresentação do pedido de dispensa ou redução e até ao fim do processo contraordenacional). Esta dispensa ou redução pode também abranger os titulares dos órgãos de administração, ou os responsáveis na empresa em causa pela direção ou fiscalização das áreas de atividade em que foi praticada a infração.

Considerações finais

Em suma, o novo regime sancionatório do setor energético prevê uma enumeração alargada de contraordenações aplicáveis a entidades intervenientes no SEN e no SNGN, bem como de um conjunto relevante de poderes de investigação por parte da ERSE, incluindo ainda regimes típicos do direito europeu e nacional de defesa da concorrência, relativos à transação, arquivamento com compromissos e clemência, vocacionados (na intenção do legislador) para melhorar a eficiência do processo contraordenacional.

Conforme referido acima, muitas disposições da Lei 9/2013 foram essencialmente decalcadas da nova Lei da Concorrência, podendo indiciar que esta última possa servir como padrão no futuro, eventualmente, no âmbito de outras reestruturações de regimes sancionatórios de distintos setores regulados em Portugal.

Também não poderíamos deixar de salientar, a expressa intervenção do recém criado Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que servirá de primeira instância judicial de recurso das decisões da ERSE.

Não obstante, a opção do legislador aqui vincada - de algum paralelismo deste novo regime sancionatório do setor energético à Lei da Concorrência - poderá merecer algumas críticas, ou melhor, não se encontra livre de alguns receios.

Desde logo, a (nova) Lei da Concorrência (onde, conforme vimos, o legislador se inspira, em particular, ao nível da inclusão dos regimes da transação, arquivamento com compromissos e da clemência) ainda está longe de se encontrar efetivamente testada, na prática, em Portugal.

Por exemplo, não obstante o instituto da clemência já se encontrar vigente no regime português da defesa da concorrência desde 2006, somente existiram até agora três casos (públicos) de utilização daquele instituto por parte da AdC, o que poderá indiciar que, ao nível de um sector tão específico como o da Energia, se afigure ainda mais escassa a sua possibilidade de utilização durante a vigência da Lei 9/2013. Por sua vez, os regimes da transação e de arquivamento com compromissos, constantes da Lei da Concorrência, ainda não foram efetivamente testados pela AdC (o que, em abono da verdade, também seria difícil, pois o novo regime de defesa da concorrência, onde eles aparecem pela primeira vez, fez somente agora um ano de vigência).

Por último, devemos também salientar que existirá necessariamente um «fator cultural» a ter em conta, relativamente à pretensa utilização de um regime como o da clemência no âmbito da Lei 9/2013. Considerando a notória dificuldade por parte de muitas autoridades da concorrência nacionais (sobretudo da Europa continental, e em particular do sul, com uma tradição distinta da dos países anglo-saxónicos) em implementar o regime da clemência junto do tecido empresarial, mesmo ao nível do combate aos cartéis (v.g., quiçá, por uma certa cultura de aversão à «delação» nos países em causa), poderá em nossa opinião parecer eventualmente um pouco vanguardista a implementação, desde já, de um instituto de «autodenúncia» no seio do regime regulatório energético em Portugal, sem ao menos ter «amadurecido» o suficiente tal regime da clemência no âmbito do sistema de defesa da concorrência neste país.

JOAQUIM CAIMOTO DUARTE
e JOÃO PEDRO CASTRO MENDES*

* Advogados. Joaquim Caimoto é Counsel, Concorrência e Direito da UE, e João Pedro Castro Mendes é Estagiário, Comercial. Uría Menéndez (Lisboa).