



Momentum

Europeu e Concorrência

5 de julho de 2012

NOVO REGIME DA CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL

Entra em vigor a 7 de julho a nova lei da concorrência ou, como se chama a si própria, o Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012 de 8 de maio (“RJC” ou “Lei n.º 19/2012”), e que revoga a Lei n.º 18/2003 de 11 de junho (e diplomas que a alteraram e complementaram).

Antecedentes

MoU. O Memorando de Entendimento (Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality) celebrado entre Portugal, o Conselho da UE (nas formações Ecofin e Eurogrupo), a Comissão Europeia e o FMI (com a participação do BCE), a 17 de maio de 2011, impôs, como condição para o empréstimo, a aprovação de uma nova lei da concorrência, chegando a definir as linhas-mestras do novo



Momentum

Europeu e Concorrência

diploma. No essencial, de acordo com esse MoU, trata-se de “improve the speed and effectiveness of competition rules’ enforcement”, designadamente através da criação de um tribunal especializado¹ e da revisão da lei da concorrência com o objetivo primordial de “making it as autonomous as possible from the Administrative Law and the Penal Procedural Law and more harmonized with the European Union competition legal framework”.

Consulta pública. A apresentação da proposta de lei pelo Governo foi, de forma inédita, precedida de consulta pública, entre 4 de novembro e 5 de dezembro de 2011. Em resultado disso, o texto submetido à AR sofreu alterações muito significativas, tanto formais como materiais, introduzidas, no texto final, em resultado, quer dos extensos comentários apresentados pelos stakeholders (incluindo pela Sérvulo & Associados), quer da intervenção do Grupo de Trabalho que funcionou junto do Gabinete do Senhor Ministro da Economia e do Emprego, e no qual participou o sócio da Sérvulo & Associados Miguel

¹ O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCSR) encontra-se instalado desde 30 de março de 2012 (Portaria n.º 84/2012 de 29 de março). O TCSR foi criado pelo Decreto-Lei n.º 67/2012 de 20 de março, que localizou a sua sede em Santarém e fixou a sua composição em dois juízos, com um juiz por juízo. Por enquanto, o TCSR irá funcionar apenas com o 1º juízo que julga os processos que derem entrada após a sua instalação.



Momentum

Europeu e Concorrência

Gorjão-Henriques, quer do amplo debate gerado entre os operadores jurídicos do setor.

O novo quadro jurídico aplicável

Importa destacar alguns dos principais pontos de interesse do novo RJC:

- I. Maior autonomia processual nos processos sancionatórios especiais. Embora se mantenha a aplicação subsidiária do já antigo regime processual das contraordenações, o RJC introduz um conjunto significativo de regras processuais específicas a aplicar aos processos por práticas restritivas da concorrência (v.g. cartéis, abusos de posição dominante ou abusos de dependência económica), algumas também aplicáveis a processos sancionatórios por infração ao regime de controlo das concentrações entre empresas. Para além disso, reforçando a transparência e a segurança jurídica, a AdC encontra-se, a partir de agora, obrigada a adotar, ao abrigo de



Momentum

Europeu e Concorrência

poderes de regulamentação, linhas de orientação sobre a investigação e tramitação processual².

- II. Princípio da autonomia procedimental. O RJC atribui à AdC, na sequência do MoU, a possibilidade de, no quadro das suas atribuições legais, definir prioridades de ação. Trata-se de uma norma que deve ser lida no respeito pelas diretrizes da legalidade e do interesse público (matriz da atividade administrativa nos Estados de Direito), mas que, no domínio dos poderes sancionatórios por prática restritiva da concorrência, reconhece à AdC um menor grau de vinculação face a um entendimento estrito do princípio da legalidade. Em contrapartida, além do reforço do controlo parlamentar da AdC, o RJC impõe também à AdC que, durante o último trimestre de cada ano, publique na sua página eletrónica as prioridades da política de concorrência para o ano seguinte.

² No final de 2010 a AdC tinha submetido a consulta pública um projeto de linhas de orientação nesta matéria.



Momentum

Europeu e Concorrência

- III. Intensificação dos meios coercivos ao dispor da AdC. A partir do RJC, a AdC passa a poder realizar buscas domiciliárias nos processos por práticas restritivas da concorrência, incluindo à residência de sócios, administradores, trabalhadores e até colaboradores da empresa, ou em veículos (ou outros locais) das mesmas pessoas, em caso de fundada suspeita de que nesses locais existam provas de violação grave das normas que proíbem práticas restritivas. Trata-se de uma solução de constitucionalidade duvidosa, até porque possibilidade semelhante só existe entre nós em relação à prática de certos tipos legais de crime, e portanto desproporcionada, atenta a circunstância de nenhuma infração ao RJC constituir prática de um crime mas um ilícito contraordenacional. A busca é autorizada por despacho do juiz de instrução e, sendo efetuada em casa habitada ou numa sua dependência fechada, deve ter lugar entre as 7 e as 21 horas. Igualmente de realçar é a possibilidade expressa de apreensão de “documentos, independentemente da sua natureza ou suporte”, a acrescer à já anteriormente prevista apreensão de “cópias ou extratos da escrita ou demais documentação” (que se mantém). Esta nova norma parece visar permitir a apreensão de documentos



Momentum

Europeu e Concorrência

informáticos, incluindo, porventura, mensagens de correio eletrónico, o que coloca especiais dúvidas quanto à sua compatibilidade com os direitos fundamentais à privacidade e à inviolabilidade da correspondência.

- IV. O RJC vem prever formas de resolução de litígios antes da adoção de uma decisão condenatória no final do processo de contraordenação, à semelhança do que sucede com a Comissão Europeia. Consagra-se assim o procedimento de transação, durante a fase do inquérito ou da instrução. Neste, o visado reconhece a prática da infração e, em contrapartida, a AdC premeia a cooperação, reduzindo-lhe a coima. O objetivo, moderno, é o de melhorar a eficiência processual e reduzir a litigiosidade em tribunal. A prática da Comissão Europeia mostra que se trata de um procedimento particularmente adequado no caso de cartéis secretos entre concorrentes.
- V. O RJC prevê também expressamente que a AdC possa arquivar um processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência mediante a imposição de compromissos. Tal já



Momentum

Europeu e Concorrência

sucedida, sem fundamento legal expresso, ao abrigo da Lei n.º 18/2003. Os compromissos impostos são, pelo menos formalmente, inicialmente propostos pelo visado. A AdC não aplica coimas e não se pronuncia sobre a existência ou não de uma infração. Por isso, a infração não é tida em conta a título de antecedentes contraordenacionais em futuros processos. Tratando-se de compromissos, não será adequado fazer uso deste procedimento quando estejam em causa práticas que já cessaram.

- VI. Tal como a Comissão Europeia pode fazer desde maio de 2004, também a AdC poderá impor de medidas de carácter estrutural (alienação de participações sociais ou de áreas de negócio, etc.) na decisão final condenatória, quando tal for indispensável para fazer efetivamente cessar a infração e a aplicação de medidas de conduta não seja igualmente eficaz ou se revele mais onerosa.
- VII. Em matéria de infrações e sanções, é também de assinalar a obrigação para a AdC de adotar linhas de orientação sobre a



Momentum

Europeu e Concorrência

metodologia para a cálculo das coimas e o alargamento dos prazos máximos de prescrição.

- VIII. Aspeto muito significativo é a previsão como regra do efeito devolutivo dos recursos contra decisões condenatórias da AdC que apliquem coimas ou sanções pecuniárias. Isto implica que, para os processos de contraordenação iniciados após 7 de Julho de 2012, as empresas pagam primeiro e depois recorrem, salvo se (i) requererem providência cautelar de suspensão da eficácia da decisão, cumprindo os respetivos pressupostos e mediante a prestação de caução; ou (ii) no que toca a soluções estruturais impostas pela AdC na sua decisão. Considerando que as coimas a aplicar pela AdC podem atingir, no máximo, 10% do volume de negócios da empresa (entendida não como pessoa jurídica, mas incluindo para este efeito o grupo empresarial em que se insere), dada a situação que se vive na economia portuguesa, esta solução normativa é da maior importância e gravidade.
- IX. Ao nível do programa de clemência (dispensa ou redução da coima do participante em cartel que o denuncie junto da AdC),



Momentum

Europeu e Concorrência

circunscreve-se expressamente o seu âmbito de aplicação aos acordos ou práticas concertadas entre empresas concorrentes, restringindo o âmbito literal de aplicação da lei anterior, apesar de a AdC, inconstitucionalmente, já interpretar restritivamente a lei anterior. Segundo o novo modelo, a primeira empresa a denunciar o cartel (cumprindo os demais requisitos legais) pode beneficiar de dispensa total da coima que lhe seria aplicada. As empresas seguintes apenas podem beneficiar de redução da coima, até, respetivamente, 50%, 30, e 20%. Recorde-se que, ao abrigo da lei anterior, só a segunda empresa podia beneficiar, a este título, de uma redução da coima. É de salientar outra alteração significativa: ao abrigo da Lei n.º 39/2006, a clemência só podia ser utilizada pelas empresas infratoras nos casos em que “a AdC não tenha ainda procedido à abertura de um inquérito” (artigo 4.º, n.º 1), enquanto o RJC apenas determina a diminuição para metade dos limites de redução da coima aplicável, não estabelecendo qualquer outra limitação nesse sentido e, antes, pondo o acento tónico no valor adicional da informação (i) para a realização de determinadas diligências de busca e apreensão; ou para (ii) a comprovação da infração.



Momentum

Europeu e Concorrência

- X. Essencial é também a consideração dos reforçados poderes de supervisão da AdC, em particular para a realização de inspeções e auditorias, que transformam a AdC num regulador horizontal com poderes cada vez mais próximos dos poderes que os reguladores setoriais têm sobre os seus regulados. A interligação destes novos poderes com os poderes sancionatórios e os direitos de defesa é matéria também de extrema complexidade jurídica e de impacto jusconstitucional ainda incerto.

- XI. Finalmente, no domínio das concentrações de empresas, há a assinalar as seguintes alterações principais, sem exaustividade:
 - (i) Previsão expressa de que a mera aquisição de quota está sujeita a notificação prévia, quando aplicável;
 - (ii) Aumento de 30% para 50% do limiar da quota de mercado que determina a obrigação de notificação prévia de uma concentração;
 - (iii) Previsão de que a notificação no caso de quotas de mercado de 30% só se aplica quando pelo menos duas empresas tenham tido 5 milhões de euros de volume de negócios em Portugal no ano anterior (cláusula de minimis);
 - (iv) Redução do limiar de



Momentum

Europeu e Concorrência

notificação por volume de negócios de 150 para 100 milhões de euros, com aumento da cláusula de minimis de 2 para 5 milhões de euros; (v) Eliminação da obrigação de notificação prévia no prazo de sete dias úteis a contar do triggering event.

- XII. De destacar ainda que, no caso de contratos públicos, a notificação deve ter lugar depois da adjudicação definitiva e antes de realizada a operação, devendo a entidade adjudicante regular no programa do procedimento para a formação de contrato público a articulação entre este e o procedimento de controlo de concentrações.

Miguel Gorjão-Henriques | Carla Abrantes Farinhas

mgh@servulo.com | caf@servulo.com

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

A presente publicação da Sérvulo & Associados tem fins exclusivamente informativos. O seu conteúdo não constitui aconselhamento jurídico nem implica a existência de relação entre advogado cliente. A reprodução total ou parcial do conteúdo depende da autorização expressa da Sérvulo & Associados.

Rua Garrett, n.º 64 1200-204 Lisboa - Portugal Tel: (+351) 21 093 30 00 Fax: (+351) 21 093 30 01/02
geral@servulo.com www.servulo.com