



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

# Update

## Europeu e Concorrência

Agosto 2022

### This is not a drill A Transposição da Diretiva ECN+ em Portugal

Miguel Gorjão-Henriques

mg@servulo.com

Alberto Saavedra

as@servulo.com

Francisco Marques de Azevedo

fma@servulo.com

Foi publicada a tão aguardada [Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto](#), que, após um processo legislativo complexo, transpõe para o nosso ordenamento jurídico a Diretiva ECN+ ([Diretiva \(UE\) 2019/1, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados membros competências para uma aplicação mais eficaz](#)). A **SÉRVULO** teve oportunidade de se pronunciar publicamente sobre a proposta de Anteprojeto apresentada pela Autoridade da Concorrência (“AdC”), e saliente-se, desde já, a eliminação de várias alterações que considerámos controversas, por irem para além do âmbito da própria Diretiva e poderem violar a Constituição.

A importância deste diploma na vida diária das empresas é notória. A conformidade com o Direito da Concorrência ocupa um destaque cada vez maior na estrutura das empresas. Só este Verão ficou marcado por diversas decisões da AdC em sectores económicos como o desporto, a segurança privada ou o retalho alimentar, a um ritmo praticamente semanal. A transposição da Diretiva não é sequer necessária para mostrar a eficácia da ação da AdC. Mas a verdade é que a nova lei consagra alterações de enorme relevo. Percorramos, então, algumas das principais alterações à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“Regime Jurídico da Concorrência” ou “RJC”), embora um sem número de matérias que são modificadas estruturalmente e de modo significativo não serão aqui abordadas<sup>1</sup>.

#### **Poderes de investigação da AdC**

A nova legislação reformulou os artigos 18.º e 19.º do RJC, relativos aos poderes de busca, exame, recolha e apreensão, bem como ao regime das buscas domiciliárias, respetivamente, e adita um novo

artigo 17.º-A, que passa a regular de modo autónomo os **poderes de inquirição**. O artigo enuncia os requisitos essenciais a que deve obedecer a convocatória para inquirição.

No que toca aos **poderes de busca, exame, recolha e apreensão**, o leque de poderes mantém-se em tudo semelhante ao que já vigorava entre nós. Mas deve salientar-se que, se em todos os momentos a AdC e o Governo propuseram a previsão da apreensão de mensagens de correio eletrónico, a lei não o consagra, uma vez mais. Fica assim claro que tal não é admissível em processos contraordenacionais por violação do Direito da Concorrência. Além de diversos pareceres negativos<sup>ii</sup>, no último processo legislativo são as próprias Nota de Admissibilidade e Nota Técnica dos serviços do Parlamento que referem estarem ultrapassadas as questões de inconstitucionalidade, **na medida em que deixou de ser referida a possibilidade de apreensão e utilização como prova de correspondência e mensagens eletrónicas, respeitando-se assim o artigo 34.º, n.º 4, da Constituição**.

Quanto às **buscas domiciliárias**, para além de permitidas para as situações de fundadas suspeitas de que existem provas da violação das regras sobre práticas restritivas da concorrência (artigo 9.º RJC) e abusos de posição dominante (artigo 11.º), passam também a ser possíveis em relação a abusos de dependência económica (artigo 12.º do RJC). Adicionalmente, a realização de buscas em escritório de revisor oficial de contas é equiparada às buscas em escritório de advogados ou consultórios médicos.

### **Prescrição**

O tema da prescrição foi também revisto no processo de transposição da Diretiva. Saliente-se a introdução do artigo 74.º, n.º 9, do RJC, nos termos do qual **a prescrição do procedimento por infração suspende-se** pelo período de tempo em que a decisão da AdC for objeto de recurso judicial (incluindo recursos interlocutórios ou recursos para o Tribunal Constitucional), **sem qualquer limitação temporal**. A solução é excessiva e claramente desproporcional, violando também princípios de segurança e certeza jurídica. Se passar o juízo de constitucionalidade, o que se duvida, significaria que, durante a pendência de qualquer litígio perante um tribunal no âmbito de um procedimento sancionatório da AdC, o prazo de prescrição não correria. Note-se que o próprio Supremo Tribunal Administrativo já admitia esta inconstitucionalidade nas [Observações](#) que apresentou à Consulta Pública do Anteprojeto preparado pela AdC.

### **Recursos**

A nova redação clarifica o prazo de interposição de **recursos de decisões interlocutórias: 20 dias úteis** (artigo 85.º, n.º 1, do RJC). A decisão dos recursos será feita por despacho, salvo se o Tribunal considerar necessária a audiência de julgamento.

Também o prazo de interposição de **recurso de decisões finais** é alterado, **passando de 30 dias úteis para 60 dias**.

No entanto, a lei mantém a regra geral do efeito devolutivo dos recursos das decisões da AdC, incluindo nos recursos interlocutórios. Para ser atribuído **efeito suspensivo** a um recurso de uma decisão que imponha sanções, o visado deixa de ter de demonstrar o prejuízo considerável que a execução da decisão lhe traria, mas fica obrigatoriamente condicionado ao pagamento de uma **caução no valor de 50% da coima aplicada**.

Destaque-se ainda a introdução do artigo 86.º-A relativo às reações a decisões no âmbito de diligências de buscas e apreensões, em que todos os incidentes, arguições de nulidade e requerimentos devem ser dirigidos à autoridade judiciária que autorizou o respetivo ato.

### **Coimas**

Em último lugar, também as normas que se referem aos limites máximos das coimas foram alteradas. Assim, as coimas que a AdC passa a poder aplicar terão como **limite máximo 10% do volume de negócios total, a nível mundial**, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC, pelo conjunto de pessoas que integrem cada uma das empresas infratoras (artigo 69.º, n.º 4, do RJC). Contudo, como válvula de escape, estabelece o artigo 69.º, n.º 7, do RJC, que esse valor não pode ser superior ao que resultaria tendo por referência o valor correspondente ao ano económico anterior ao ano da infração.

Esta solução é atentatória do princípio da igualdade, nomeadamente entre aqueles grupos empresariais que tenham uma dimensão multinacional e aqueles que atuam predominantemente em Portugal. Deixa de ser aplicada a regra, até agora vigente, de o limiar máximo da coima corresponder a 10% do volume de negócios da empresa (a qual era, tipicamente, circunscrita ao território nacional).

### **Conclusão**

A presente **lei entrará em vigor já a 17 de setembro de 2022**.

Estão em causa alterações ao RJC de largo espectro e enorme relevo para as empresas. Globalmente, a AdC vê-se munida de mais vastos poderes de investigação e os direitos das empresas arguidas são comprimidos. Uma vez que as empresas se veem confrontadas com consequências potencialmente mais gravosas, é conveniente que haja lugar ao desenvolvimento de programas de *compliance* destinados a prevenir, detetar e fazer cessar eventuais infrações ao direito da concorrência.

---

<sup>i</sup> A Lei n.º 17/2022 modifica normas sobre pedidos de elementos, inquirições de pessoas coletivas e singulares (incluindo durante as buscas, sobre factos ou documentos relacionados com a infração); segredo de justiça e publicidade das decisões; procedimentos de clemência, de transação e arquivamento mediante imposição de condições; elaboração de versões não confidenciais; acesso ao processo por parte de co-visadas e de terceiros; meios de prova; medidas provisórias; critérios para a determinação da medida da coima; pagamento a prestações das coimas; sanções pecuniárias compulsórias; responsabilidade pela prática das infrações, etc. Vejam-se ainda as alterações aos Estatutos da AdC no sentido de lhe conferir uma maior independência (por exemplo, através da alteração das suas regras de financiamento).

<sup>ii</sup> Destacamos os pareceres dados pela Comissão da Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação (CEIOPH) e pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias (CACDLG) no âmbito do processo legislativo ambos no sentido da inconstitucionalidade da redação proposta pelo Governo para a alínea b), do n.º 1, do artigo 18.º do RJC relativa à apreensão de correio eletrónico, por violação do artigo 34.º, n.º 4, da CRP.