

NOVA LEI DA CONCORRÊNCIA – O QUE MUDA?

ENQUADRAMENTO

Foi hoje publicada em Diário da República a Lei 19/2012, que aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência¹ – doravante ‘Nova Lei da Concorrência’ ou ‘**NLdC**’. Trata-se de uma das reformas acordadas nos termos do *Memorando da Troika*, que pretende alinhar o nosso ordenamento jus-concorrencial com o direito europeu e acolher os ensinamentos jurisprudenciais e a experiência obtida pela Autoridade da Concorrência (‘AdC’). Constitui um diploma de extrema importância para as empresas, na medida em que cria condições para uma etapa mais exigente na aplicação das regras de concorrência em Portugal, sendo globalmente um progresso de grande significado. A AdC ficará dotada de toda a panóplia de instrumentos de investigação, ao nível das autoridades congêneres mais avançadas no Mundo, não se podendo, infelizmente, dizer o mesmo no que concerne aos mecanismos de controlo.

PRÁTICAS RESTRITIVAS

Buscas Domiciliárias

É uma das novidades mais controversas da nova lei e de questionável constitucionalidade. Tendo presente que estamos perante ilícitos contra-ordenacionais, dificilmente se compreende que a AdC possa efectuar buscas ao domicílio de pessoas, violando a esfera privada e familiar. Com efeito, a Constituição proíbe a ingerência das autoridades públicas na correspondência, telecomunicações e nos demais meios de comunicação,

"salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal" (artigo 32.º, n.º 4 da Constituição).

Arquivamento Mediante Condições

No decurso do procedimento administrativo, a AdC pode aceitar compromissos propostos pelo visado que sejam susceptíveis de eliminar os efeitos sobre a concorrência decorrentes das práticas em causa. Muito embora não exista uma admissão formal da culpa pelo visado, a AdC pode arquivar o processo mediante a imposição de condições destinadas a garantir o cumprimento dos compromissos propostos. Este novo procedimento permite um encerramento mais célere dos procedimentos, evitando litígios complexos, aplicação de coimas, recursos judiciais e a estigmatização das empresas ao nível da imagem.

Procedimento de Transacção

O visado pode apresentar uma proposta de transacção à AdC, mediante admissão da culpa pela infracção. Daqui resultam três consequências essenciais, a saber: *i)* redução da coima, *ii)* os factos não podem voltar a ser apreciados como contra-ordenação, e *iii)* os factos confessados não podem ser judicialmente impugnados para efeitos de recurso.

Medidas Estruturais

Para além da eventual aplicação de coimas, as decisões condenatórias podem ser acompanhadas da imposição de medidas de conduta ou de carácter estrutural que sejam indispensáveis à cessação da prática restritiva da concorrência ou dos seus efeitos. Contudo, as “medidas de carácter estrutural” (por exemplo, alienação de activos

¹ A nova Lei da Concorrência procede à revogação da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e da Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto.

da empresa) só podem ser impostas quando não exista qualquer medida de conduta igualmente eficaz ou, existindo, a mesma seja mais onerosa para o visado do que as medidas de carácter estrutural.

Estudos, Inspecções, Auditorias

Pretende-se pôr fim a uma recorrente querela sobre se a informação e a documentação obtidas na supervisão, ou em processos sancionatórios, podem ser utilizadas em processos sancionatórios em curso ou a instaurar. Na medida em que é permitido à AdC juntar documentos aos autos de um processo contra-ordenacional como meio de prova, oriundos de um procedimento de supervisão que não acautela adequadamente os direitos dos visados, está em causa a violação de um princípio fundamental e constitucional do Estado de Direito, o da não auto-inculpação.

Publicitação das Decisões Condenatórias

Na linha do praticado pela Comissão Europeia, passa agora a estar expressamente prevista a publicação, na página electrónica da AdC, das decisões finais adoptadas em sede de processos por práticas restritivas, sem prejuízo da salvaguarda dos segredos de negócio e de outras informações consideradas confidenciais.

Critérios para Determinação de Coimas

A AdC tem obrigatoriamente que publicar orientações contendo a metodologia a utilizar para aplicação das coimas, o que, à semelhança das práticas da Comissão Europeia e das autoridades da concorrência mais conceituadas, conferirá maior segurança jurídica às empresas e previsibilidade ao sistema.

Suspensão da Prescrição

A lei consagra a suspensão da prescrição do processo de contra-ordenação pelo período de tempo em que a decisão da AdC seja objecto de recurso judicial.

Clemência

Em termos de inserção sistemática, o regime jurídico da clemência integra a própria NLdC. Note-se que o mesmo se encontra agora mais alinhado com o direito europeu, aplicando-se apenas aos casos de cartéis e com alargamento do leque de empresas que pode beneficiar

deste regime em termos de dispensa ou redução de coimas.

Recurso não Suspende Pagamento da Coima

O recurso judicial não suspende os efeitos da decisão condenatória (*i.e.*, os efeitos são meramente devolutivos), sendo as empresas obrigadas a pagar imediatamente a coima, tal como é a regra europeia. Contudo, a taxa de confirmação das decisões condenatórias pelos respectivos tribunais de recurso é totalmente distinta. Tal preceito suscita ainda sérias dúvidas constitucionais à luz do princípio de presunção de inocência (*in dubio pro reo*).

Na interposição do recurso abre-se a possibilidade de o visado se oferecer a prestar caução em substituição da coima quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável. Em tempos de austeridade e de dificuldades de acesso ao crédito, esta norma afectará seriamente a própria sustentabilidade das empresas que se vêm confrontadas com asfixia de crédito, ausência de liquidez e dificuldades de acesso a garantias bancárias ou cauções.

Prazo de Recurso das Decisões Condenatórias

Diferentemente do prazo de dois meses a nível europeu para recurso das decisões condenatórias, o novo prazo de 30 dias úteis é manifestamente insuficiente, pois está em causa uma resposta a decisões preparadas durante vários meses, tipicamente muito extensas e de grande complexidade jurídico-económica, e envolvendo sanções que podem ascender a dezenas (ou mesmo centenas) de milhões de euros.

Tribunais podem Aumentar as Coimas

Ao arrepio da nossa tradição penal, a NLdC elimina a proibição da *reformatio in pejus*, o que significa que uma vez impugnada a decisão administrativa ou interposto recurso da decisão judicial, a sanção aplicada pode ser modificada em prejuízo da empresa (designadamente, o tribunal pode aumentar a coima aplicada pela AdC).

Liberdade de Actuação da AdC

Do outro lado do espectro, é significativa a liberdade de actuação dada à AdC:

- a) Atribuição de graus de prioridade diferentes no tratamento das denúncias;
- b) Concessão de apenas 10 dias úteis para a empresa responder a pedidos de informação;
- c) Possibilidade de fazer apreensões de documentos não previamente autorizadas ou ordenadas por uma autoridade judiciária (apenas têm de ser validadas *a posteriori* pelo Ministério Público);
- d) Possibilidade de vedar ao visado o acesso ao processo até à notificação da nota de ilicitude com base no segredo de justiça.

CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

Apresentação da Notificação

Foi suprimido o prazo de sete dias úteis para notificar uma concentração à AdC, adoptando-se a solução vigente na UE. Por outro lado, as empresas podem, antecipadamente e de forma voluntária, apresentar à AdC uma notificação antes mesmo da conclusão do acordo que desencadeia a obrigatoriedade de notificar.

Alteração dos Critérios de Notificação

Os limiares que determinam a obrigatoriedade de notificar foram elevados. Assim, as operações de concentração de empresas estão sujeitas a notificação prévia quando preenchem uma das seguintes condições:

- a) Quota de mercado igual ou superior a 50%; ou
- b) Quota de mercado igual ou superior a 30% e inferior a 50%, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal, por pelo menos duas das empresas, seja superior a 5 milhões de euros; ou
- c) O conjunto das empresas que participam na concentração tenha realizado em Portugal um volume de negócios superior a 100 milhões de euros, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por, pelo menos, duas dessas empresas, seja superior a 5 milhões de euros.

Teste Substantivo

Em linha com o direito da UE, foi alterado o actual teste substantivo de domínio de mercado e a substituição pela noção de “entreve significativo a uma concorrência efectiva”, o que representa um critério mais exigente e permite, eventualmente, proibir concentrações de que resultem efeitos não coordenados em mercados oligopolistas.

TRIBUNAL DE CONCORRÊNCIA

Apesar de não se tratar de uma matéria regulada directamente pela NLdC, foi recentemente criado um Tribunal de competência especializada que agrega as matérias de concorrência, regulação e supervisão, o qual ficará sediado em Santarém. Das respectivas decisões caberá recurso para o Tribunal da Relação de Évora.

QUANDO ENTRA EM VIGOR

Haverá uma *vacatio legis* de 60 dias pelo que a nova lei entrará em vigor no dia 7 de Julho.

CONTACTOS

www.srslegal.pt

_LISBOA

R. Dom Francisco Manuel de Melo nº21,
1070-085
T +351 21 313 2000
F +351 21 313 2001

_FUNCHAL

Av. Zarco nº2, 2º,
9000-069 Funchal
T +351 29 120 2260
F +351 29 120 2261

_PORTO (*)

R. Tenente Valadim nº215,
4100-479
T +351 22 543 2610
F +351 22 543 2611



_1



_2



_3



_4



_5



_6



_7

1_ GONÇALO ANASTÁCIO
goncalo.anastacio@srslegal.pt

2_ ANA RITA ANDRADE
ana.andrade@srslegal.pt

3_ DUARTE PIRRA XAREPE
duarte.pirra@srslegal.pt

4_ ALBERTO SAAVEDRA
alberto.saavedra@srslegal.pt

5_ DIANA ALFAFAR
diana.alfafar@srslegal.pt

6_ LESLIE CARVALHO
leslie.carvalho@srslegal.pt

7_ MANUEL LOPES PORTO
Of Counsel

Sociedade
Rebello de Sousa
& Advogados
Associados, RL

Este apontamento é geral e abstracto, não constituindo aconselhamento jurídico a qualquer caso concreto.

Os curricula dos contactos podem ser consultados em www.srslegal.pt

Em parceria com_
Veirano Advogados_BRASIL
(*) Andreia Lima Carneiro & Associados
LCF Leg Couns.Firm_ANGOLA
SAL & Caldeira_MOÇAMBIQUE
Amado & Medina_CABO VERDE