

Newsletter

Concorrência e União Europeia

Linhas de orientação sobre a instrução de processos



About Law.
Around People.



No dia 3 de janeiro do presente ano, a Autoridade da Concorrência comunicou a aprovação das novas Linhas de Orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência, e dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

O longo arco temporal desde a adoção das anteriores linhas de orientação, as várias alterações que a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“Lei da Concorrência”) tem vindo a sofrer e a experiência adquirida pela Autoridade da Concorrência (“AdC”) na sua aplicação ditaram a necessidade de uma revisão deste documento.

Tal necessidade levou a AdC, em 7 de julho de 2023, a colocar o Projeto das novas Linhas de Orientação em consulta pública, de forma que os interessados pudessem dar o seu contributo e opinião relativamente aos aspetos que entendiam carecer de atualização, como foi o caso do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência (CAPDC).

Estrutura das Linhas de Orientação:

As Linhas de Orientação encontram-se estruturadas da seguinte forma: **secção I**, referente ao objeto e finalidade das Linhas de Orientação, **secção II** que se ocupa do procedimento adotado pela AdC na fase de inquérito dos processos, **secção III** referente à fase de instrução dos mesmos, **secção IV**, que respeita à apresentação de compromissos junto da AdC, **secção V**, que se reporta ao procedimento de transação, **secção VI**, que regula a matéria de publicidade e acesso ao processo, **secção VII**, relativa à publicação das decisões da AdC, **secção VIII**, que trata da cooperação entre a AdC e as autoridades congéneres dos outros Estados-Membros da União Europeia e, por último, **secção IX**, que diz respeito a disposições gerais aplicáveis a todas as secções precedentes. As Linhas de Orientação encontram-se disponíveis [aqui](#).

Será feito um levantamento de alguns dos pontos mais relevantes de cada secção.

I. Fase de inquérito

As Linhas de Orientação ditam que a AdC pode tomar conhecimento de alegadas infrações às regras da concorrência por duas vias (i) oficiosamente, nomeadamente através da atividade da autoridade de acompanhamento ao mercado ou mesmo até através de indícios presentes em notícias divulgadas pela comunicação social, ou (ii) na sequência de uma denúncia, que pode ser apresentada tanto por pessoa singular como por pessoa coletiva.

Contrariamente ao que constava do Projeto de Linhas de Orientação, a AdC acabou por colher a sugestão do CAPDC, incluindo na redação final do documento, um capítulo referente ao **tratamento de infrações conhecidas ex officio**. Define a AdC, nesse capítulo, que será proposta a abertura de instrução do correspondente processo se os referidos elementos forem considerados como bastantes para determinar a aplicação dos poderes sancionatórios ou de supervisão da AdC, tendo em conta as razões de interesse público na investigação e punição de infrações às normas de defesa da concorrência, as prioridades da política de concorrência e a probabilidade de se provar a existência de uma infração e da sua consequente gravidade.

Já no que concerne à **apreciação preliminar de denúncias**, tal como acontece na apreciação *ex officio*, a mesma tem como finalidade a aferição da existência (ou não), de elementos e informações que permitam abertura de um processo de contraordenação ou de um processo de supervisão.

Nessa modalidade de apreciação, existem duas consequências possíveis: (i) a abertura de instrução, se os referidos elementos forem considerados como bastantes, ou (ii) caso os elementos não revelem fundamentos bastantes, ou se a denúncia não for considerada prioritária, a AdC terá de informar o denunciante das razões que justificam essa apreciação, estabelecendo um prazo de resposta, por escrito, não inferior a 10 dias úteis.

A fase de inquérito tem um período máximo, suscetível de prorrogação, de 12 meses.

Diligências de investigação nos processos contraordenacionais e de supervisão

Na fase de inquérito, a AdC tem o poder de promover diligências de investigação, que são importantes na determinação da existência (ou não) de uma prática restritiva da concorrência.

Buscas, exames e apreensões

No âmbito das diligências de investigação, importa sinalizar as buscas, exames e apreensões.

Em linha com o disposto na Lei da Concorrência, dispõe o ponto 53 das Linhas de Orientação que a AdC pode, a fim de proceder à recolha de elementos de prova, aceder a instalações, terrenos, meios de transporte, dispositivos ou equipamentos de empresas ou associações de empresas, ou que às mesmas sejam afetos.

Este subcapítulo foi alvo de controvérsia em sede de consulta pública, uma vez que foi manifestado,

por vários intervenientes, o desalinhamento do então Projeto de Linhas de Orientação com a jurisprudência constitucional mais recente, que determina a necessidade de mandado judicial – e não do Ministério Público - para busca e apreensão de correio eletrónico em processos contraordenacionais por práticas restritivas da concorrência.

Nas Linhas de Orientação, a AdC refere apenas que a apreensão de mensagens eletrónicas “é admissível no âmbito de processo contraordenacional, sendo o despacho da autoridade judiciária competente suficiente para a sua realização”, não esclarecendo, assim, qual é a referida autoridade judiciária competente.

II. Fase de instrução

Sempre que a AdC conclua que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão que declare a existência de uma infração, inicia-se, através da notificação da nota de ilicitude, a fase de instrução, nos termos do artigo 24.º, n.º 3 da Lei da Concorrência.

Após ter sido notificada a nota de ilicitude, é conferida aos visados a oportunidade de se pronunciarem sobre os factos, provas produzidas, qualificação jurídica da contraordenação e a moldura sancionatória aplicável. O prazo para a referida pronúncia é fixado pela AdC, nos termos do artigo 25.º, n.º 1 da Lei da Concorrência, nunca sendo inferior a 30 dias úteis.

A fase de instrução tem um período máximo, suscetível de prorrogação, de 12 meses contado a partir da nota de ilicitude.

No final da instrução, o Conselho de Administração da AdC adota uma decisão final, com um de três desfechos possíveis:

- declarar a existência de uma prática restritiva da concorrência, podendo admoestar ou aplicar coimas e demais sanções previstas na Lei da Concorrência, bem como, impor as medidas de conduta ou de carácter estrutural indispensáveis à cessação da prática restritiva ou dos seus efeitos ou, em alternativa, considerá-la justificada nos termos do artigo 10.º da Lei da Concorrência;
- pôr fim ao processo mediante a aceitação de compromissos e imposição de condições; ou
- encerrar o processo sem condições.

III. Apresentação de compromissos

Tal como já prescreviam as Linhas de Orientação de 2013, refere a AdC neste guia que nada obsta a que as empresas visadas apresentem, de forma voluntária, compromissos – que podem ser de natureza estrutural ou comportamental – que sejam passíveis de eliminar os efeitos anticoncorrenciais das práticas que deram origem a determinado processo contraordenacional, podendo ser apresentados em qualquer fase do processo.

Previamente à eventual aceitação dos compromissos, a AdC divulga no seu *site* e em dois jornais de grande circulação nacional (i) a identidade do visado e (ii) o conteúdo essencial dos compromissos propostos.

Após esta publicação, e num prazo não inferior a 20 dias úteis, poderão os interessados apresentar os seus comentários aos compromissos propostos.

Na eventualidade de os comentários dos interessados revelarem, de forma fundamentada, a inaptidão dos compromissos para a resolução dos problemas identificados, sendo esses comentários validados pela AdC, a mesma notifica essas mesmas conclusões ao visado para que altere, se possível, esses compromissos.

Quando, após análise de todos os comentários, a AdC entenda que os compromissos propostos pelos visados são suscetíveis de eliminar os efeitos anticoncorrenciais das práticas em questão, a mesma autoridade aceita os compromissos e, conseqüentemente, impõe condições.

Neste sentido, importa frisar que uma aceitação de compromissos não corresponde a uma declaração de existência de uma infração, mas antes define a obrigatoriedade de cumprimento dos compromissos assumidos e condições impostas pela AdC, de modo a arquivar o processo.

Não obstante o disposto acima, a AdC configura uma possibilidade de reabertura do caso, ainda que aceite os compromissos, mediante a verificação de uma de três das seguintes circunstâncias:

- ocorrência de uma alteração substancial da situação de facto em que a decisão se fundou;
- incumprimento das condições impostas;

- caso se apure que a decisão de aceitação de compromissos e imposição de condições se fundou em informações falsas, inexatas ou incompletas.

IV. Processo de transação

A Transação constitui um instrumento de celeridade e simplificação do procedimento contraordenacional.

Nos termos da Lei da Concorrência, um processo de transação qualifica-se como sendo um procedimento através do qual um visado num processo de contraordenação reconhece ou renuncia a contestar a sua participação na infração em causa e a sua responsabilidade pela mesma, tendo como contrapartida pela sua cooperação, uma redução do valor da coima.

Transação na fase de inquérito

Nesta fase do processo, pode ocorrer tanto por iniciativa oficiosa da AdC, como por requerimento do visado a fim de estabelecer conversações, tendo como consequência (i) a apresentação uma proposta de transação ou (ii) caso tal não se verifique, o encerramento do procedimento de transação, prossequindo o processo de contraordenação nos seus termos.

Caso seja feita uma proposta de transação pelo visado, a AdC avalia-a, podendo rejeitar, por decisão não suscetível de recurso, ou aceitar, mediante elaboração e notificação ao visado da minuta de transação, num prazo não inferior a 10 dias úteis.

Concluir-se-á o processo com:

- **A confirmação, pelo visado, da minuta de transação** e, conseqüentemente, a sua convalidação em decisão definitiva condenatória, após o pagamento da coima fixada;
- **A falta de confirmação da minuta pelo visado**, por discordância ou ausência de resposta no prazo fixado pela AdC, pelo que se encerra o procedimento de transação, prosseguindo o processo de contraordenação os seus termos, nunca podendo a proposta de transação valer como prova contra o seu autor, nestas situações.

Transação na fase de instrução

Na fase de instrução, o processo inicia-se, após notificação da nota de ilicitude, com a apresentação pelo visado, de uma proposta de transação, submetida para avaliação pela AdC, que a pode rejeitar, por decisão não suscetível de recurso, ou aceitar, mediante elaboração e notificação ao visado da minuta de transação. Concluir-se-á a processo nos mesmos termos da fase de inquérito.

V. Publicidade e acesso ao processo

No que concerne ao tema da publicidade e do acesso ao processo, algumas considerações merecem ser feitas, dada a grande relevância e extensão deste capítulo.

Proteção de segredos de negócio e outra informação confidencial

Nesta subsecção, a AdC ocupa-se da proteção não só dos segredos de negócio como também de

outra informação confidencial, tanto na fase de inquérito como na fase de instrução.

Nos termos do ponto 212 das Linhas de Orientação, constituem segredos de negócio “as informações acerca da atividade de uma empresa cuja divulgação seja suscetível de a lesar gravemente”, dando como exemplo, nomeadamente, informações técnicas e/ou financeiras relativas ao *know-how*, ou métodos de cálculo dos custos.

Já no que concerne às outras informações consideradas como confidenciais, o ponto seguinte das Linhas de Orientação define-as como “informações cuja divulgação seja suscetível de lesar gravemente uma pessoa ou empresa ou outra informação qualificada como confidencial e sujeita a regimes de sigilo dispersos por diversa legislação.” Esperava-se que, após comentários recebidos na sequência da consulta pública, a AdC densificasse, pelo menos através de exemplos – tal como faz relativamente aos segredos de negócio – o conceito de “outra informação considerada confidencial”. Contudo, não o fez, o que continuará a gerar alguma incerteza quanto ao escopo do referido conceito.

Sempre que for necessário prestar informações à AdC, a mesma autoridade dará indicação de que o visado terá de identificar, de forma fundamentada, as informações que considera confidenciais por segredo de negócio.

A AdC poderá solicitar esclarecimentos adicionais quanto às informações prestadas.

A AdC reservou, nestas Linhas de Orientação, a possibilidade de poder alterar a sua decisão de aceitação provisória do pedido de confidencialidade, até que esteja definitivamente consolidada a decisão final do processo.

As Linhas de Orientação reconhecem, ainda, a possibilidade de pedido de proteção de informação por motivos de tutela de dados pessoais.

Acesso ao processo

Esta subsecção ocupa-se do regime de acesso aos processos contraordenacionais que, mediante requerimento dos visados (a expensas suas), pode ser concedido por três vias: (i) através da consulta nas instalações da AdC; (ii) através do fornecimento de cópias, ou (iii) através da combinação das duas modalidades anteriores.

Após a notificação da Nota de Ilícitude adotada pela AdC, que não pressupõe a comunicação integral do conteúdo do processo nem o envio de documentação nele constante, os visados poderão consultar, nas instalações da AdC, a versão confidencial do processo e/ou obter cópias ou certidões das versões não confidenciais dos elementos nele constantes, mediante apresentação de requerimento e com os limites previstos na Lei da Concorrência.

As Linhas de Orientação também regulam, embora sem pormenor, o acesso ao processo por terceiros não envolvidos no processo, estipulando que este acesso apenas será autorizado se se demonstrar um interesse legítimo, que deve ser apresentado em requerimento escrito fundamentado. Sendo este um ponto bastante

importante, e alvo de várias questões em sede de consulta pública, esperava-se uma maior densificação quanto ao tema.

O direito de acesso ao processo não abrange:

- o conhecimento de segredos de negócio e outras informações confidenciais;
- a documentação constante dos autos relativa a eventuais pedidos de dispensa ou redução da coima;
- o acesso de terceiros às propostas de transação apresentadas em fase de inquérito e em fase de instrução;
- documentos internos da AdC, nem a comunicação da mesma com a Comissão Europeia.

O acesso a documentos que contêm informação classificada como confidencial, é permitido apenas ao advogado ou ao assessor económico externo do visado (ou outros por estes autorizados e devidamente identificados) e estritamente para efeitos do exercício de defesa.

Levantamento das confidencialidades

Tal como resulta do artigo 31.º, n.º3 da Lei da Concorrência, o facto de se identificar determinada informação como confidencial não prejudica que a mesma possa vir a ser divulgada se tal for considerado como necessário para provar determinada infração. Tal resultará de um juízo de ponderação de interesses da AdC, após ser dada a possibilidade aos visados de se pronunciarem sobre o projetado levantamento de confidencialidades.

VI. Publicação de decisões

Em cumprimento do disposto no artigo 32.º, n.º 6 da Lei da Concorrência, a AdC deverá publicar, no seu *site*, as informações essenciais sobre processos pendentes.

Paralelamente a essa publicação, a AdC procede também à emissão de um comunicado de imprensa, no qual inclui: uma descrição sintética do processo, a identificação dos visados, a natureza da infração, e as sanções aplicadas.

Contrariamente ao que seria a expectativa dos vários intervenientes na consulta pública – que referiram a jurisprudência dos tribunais administrativos superiores, a qual determina a ilegalidade da inclusão, nos comunicados da AdC, do nome dos visados, respetivas marcas e excertos de elementos de prova –, a AdC mantém a identificação dos visados como elemento essencial a ser mencionado.

VII. Disposições gerais

Tramitação eletrónica

Dita a AdC, nas referidas Linhas de Orientação que, de modo a promover uma maior eficiência e transparência administrativas, deve recorrer a meios eletrónicos no desempenho das suas funções.

Notificações

Em matéria de notificações, segue-se o disposto no artigo 16.º da Lei da Concorrência, que prescreve que as notificações são feitas (i) por correio eletrónico previamente indicado pelo destinatário, (ii) por carta registada, para o

domicílio ou sede estatutária, ou (iii) pessoalmente, se necessário.

Não tendo o destinatário sede estatutária em Portugal, será a notificação feita na sucursal, agência ou representação em Portugal. Caso não exista, será feita na sede estatutária ou domicílio estrangeiro.

As notificações também são sempre feitas ao advogado ou defensor, quando constituído ou nomeado.

Prazos

Em matéria de prazos na instrução de processos, na falta de disposição especial, aplicam-se as regras gerais previstas no artigo 14.º da Lei da Concorrência, sendo a regra o prazo de 10 dias úteis para ser requerido qualquer ato ou diligência, serem arguidas nulidades, deduzidos incidentes ou exercidos quaisquer outros poderes processuais.

Os prazos fixados legalmente ou por decisão da AdC podem ser prorrogados, uma única vez, pelo período máximo de 30 dias úteis, mediante requerimento fundamentado, apresentado antes do termo do prazo.

Conheça a equipa:

