



Ministério da Economia e do Emprego
e
Autoridade da Concorrência

Por Correio Electrónico (consulta.publica@mee.gov.pt e AdC_RJC2011@concorrenca.pt)

Lisboa, 5 de Dezembro de 2011

Assunto: Resposta à consulta pública do regime jurídico da concorrência

Exmos. Senhores,

Na sequência da aprovação do projecto de proposta de lei do regime jurídico da concorrência pelo Conselho de Ministros no dia 27 de Outubro de 2011, a Macedo Vitorino & Associados vem apresentar os seus contributos ao projecto de proposta de lei, que integra o regime jurídico da concorrência, no Anexo I, (“Projecto de Proposta de Lei da Concorrência”), e o regime jurídico da dispensa e da redução do montante da coima em processos de contra-ordenação por infracção às normas de concorrência, no Anexo II, (“Projecto de Proposta do Estatuto de Clemência”).

Antes de mais, gostaríamos de assinalar a oportunidade da iniciativa legislativa, por considerarmos que, decorridos mais de sete anos sobre a entrada em vigor da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (“Lei da Concorrência”), se justificava rever a Lei da Concorrência, bem como os outros diplomas relativos à aplicação das regras de concorrência, por forma a melhorar a eficácia da defesa da concorrência em Portugal e uniformizar o direito nacional com o direito da concorrência da União Europeia.

Consideramos, em termos gerais, que a sistematização adoptada pelo Projecto de Proposta de Lei da Concorrência é de elogiar, por proceder à separação de matérias materialmente distintas no âmbito do direito de concorrência (como as práticas restritivas da concorrência e as operações de concentração), e por, em cada respectivo capítulo, separar a aplicação das regras substantivas das regras relativas ao procedimento e processo sancionatório.

Uma vez feitas as considerações anteriores, os nossos comentários e sugestões são os que a seguir se descrevem por ordem dos capítulos do Projecto de Proposta de Lei da Concorrência.

1. Capítulo I – Promoção e defesa da concorrência

O Capítulo I constitui um capítulo de disposições gerais, que, sobretudo, introduz alterações de âmbito formal, justificadas, em nossa opinião, pela uma nova sistematização da lei, com a qual concordamos, em termos gerais, como referimos.

Contudo, salientamos, com ressalvas, a alteração introduzida ao conceito de “*única empresa*”, previsto no actual artigo 2.º, n.º 2 da Lei da Concorrência, pelo artigo 3.º, n.º 2 do Projecto de Proposta de Lei da Concorrência. Para além de eliminar a remissão feita

para o artigo 10.º, n.º 1 da Lei da Concorrência, que concretiza os direitos ou poderes para que se possa considerar a existência de uma relação de interdependência ou de subordinação entre duas ou mais pessoas colectivas, o Projecto de Proposta de Lei da Concorrência elimina a referência a “subordinação”, mantendo apenas a relação de alternatividade entre a “unidade económica” e a “manutenção de laços de interdependência entre si”. Se a eliminação da remissão para o artigo 10.º, n.º 1 nos parece ser de aceitar, pois sempre será preferível que a enumeração dos direitos ou poderes seja feita na mesma disposição normativa, e a título exemplificativo, por se tratar de um conceito que se encontra concretizado pela jurisprudência da União Europeia, é questionável que se tenha mantido a relação de alternatividade entre a “unidade económica” e a “manutenção de laços de interdependência”, quando este último conceito visa concretizar o conceito de unidade económica.

Sugerimos, por conseguinte, a seguinte redacção para o artigo 3.º, n.º 2 do Projecto de Proposta de Lei da Concorrência:

“2- Considera-se como uma única empresa, o conjunto de empresas, que embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica por, nomeadamente, manterem entre si laços de interdependência decorrentes, entre outros, dos seguintes direitos ou poderes:

- a) De uma participação maioritária no capital;*
- b) De mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais;*
- c) Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; ou*
- d) Do poder de gerir negócios.”*

2. Capítulo II – Práticas restritivas da concorrência

2.1. Regras substantivas e processo sancionatório

O Capítulo II é dedicado às regras sobre práticas restritivas da concorrência e encontra-se, em termos sistemáticos, dividido em duas secções: (i) a secção I relativa às regras substantivas aplicáveis aos tipos de práticas restritivas e (ii) a secção II relativa ao processo sancionatório.

Quanto à aplicação das regras substantivas, consideramos que as principais alterações introduzidas pelo Projecto de Proposta de Lei da Concorrência se justificam, na sua maioria, por uma questão de coerência e uniformização com o Direito da União Europeia, em particular (i) a enumeração exemplificativa das práticas restritivas proibidas, que segue a enumeração prevista nos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), (ii) a eliminação do procedimento de avaliação prévia pela Autoridade da Concorrência (“AdC”) e (iii) a introdução de uma disposição sobre o ónus da prova do preenchimento das condições para que uma prática proibida seja considerada justificada, em termos semelhantes ao previsto na segunda parte do artigo 2.º do

Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

No que diz respeito ao processo sancionatório, consideramos positiva a adopção de um regime processual, que, embora subsidiariamente sujeito ao regime geral do ilícito de mera ordenação social, introduz uma regra geral sobre prazos, prevendo, como prazo geral e supletivo, o prazo de 5 dias úteis, bem como regras especiais aplicáveis a este tipo de ilícitos de natureza jusconcorrencial, em particular (i) a consagração expressa da apreensão de dados informáticos pela AdC, no âmbito dos poderes de inquirição, busca e apreensão da AdC, mediante prévio despacho de um juiz de instrução, (ii) a possibilidade de realização de buscas nos domicílios de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas, mediante prévio despacho de um juiz de instrução, já previsto, no âmbito do direito da concorrência da União Europeia, no artigo 21.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, (iii) o procedimento de transacção nas fases de inquérito e instrução, em que ao visado é conferida a possibilidade de, por iniciativa própria ou a pedido da AdC, apresentar uma proposta de transacção, já previsto no Regulamento (CE) n.º 622/2008 da Comissão, de 30 de Junho de 2008, que altera o Regulamento (CE) n.º 773/2004, no que se refere à condução de procedimentos de transacção nos processos de cartéis, (iv) a possibilidade de aceitação pela AdC de compromissos susceptíveis de eliminar os efeitos anticoncorrenciais no inquérito e na instrução, também previsto no artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, (v) a consagração de uma disposição relativa a meios de prova e apreciação da prova pela AdC e (vi) a introdução de regras sobre publicidade do processo e segredo de justiça e sobre acesso ao processo.

2.2. Acções de indemnização por infracção das regras de concorrência

O Projecto de Proposta de Lei da Concorrência não regula, todavia, o âmbito das relações entre a AdC e os tribunais, em particular no que diz respeito às acções de indemnização por infracção das regras de concorrência. Dessa falta de regulamentação resulta que, por força do princípio da independência dos tribunais, os tribunais, quando decidam no âmbito de uma acção de indemnização por infracção às regras de concorrência, não se encontram vinculados às decisões da AdC, ainda que estas sejam definitivas, pelo que poderão adoptar decisões contrárias. Por outro lado, os tribunais também não estarão vinculados às decisões judiciais proferidas em sede de recurso das decisões da AdC.

À semelhança do que acontece em outros Estados-Membros da União Europeia, como é o caso de Espanha, Alemanha, Reino Unido e Hungria, consideramos que esta seria uma boa oportunidade para se proceder à introdução de normas relativas às acções de indemnização por violação das regras de concorrência e, em particular, criar mecanismos para se evitarem potenciais situações de conflito entre a AdC e os tribunais, uma duplicação da análise factual e jurídica dos processos e dos seus custos e uma agravação dos prazos de decisão.

Sugerimos, assim, a adopção das seguintes medidas:

- (a) Possibilidade de intervenção da AdC, a título de *amicus curiae*, junto dos tribunais, por iniciativa destes, da própria AdC ou a pedido das partes processuais nos

processos judiciais relativos a práticas restritivas da concorrência de âmbito nacional e comunitário. A intervenção da AdC poderia assumir as seguintes formas: (i) transmissão de informações aos tribunais pela AdC, (ii) elaboração de parecer pela AdC sobre questões relativas à aplicação das regras de concorrência, na sequência de um pedido dos tribunais e (iii) apresentação de observações escritas ou orais aos tribunais pela AdC;

- (b) Possibilidade de suspensão da instância em processos judiciais em que esteja em causa a aplicação das regras de concorrência, nos casos em que o tribunal tenha conhecimento de processos em curso pela AdC ou pela Comissão Europeia e seja necessário aguardar pela decisão da autoridade competente;
- (c) Imposição aos tribunais de um dever de não adopção de decisões contrárias a decisões definitivas da AdC que declarem a existência de uma infracção às regras de concorrência, o que constituiria um incentivo às “acções cíveis de seguimento” (da expressão anglo-saxónica *follow-on litigation*), permitindo, assim, que os particulares invocassem essas decisões em vez de terem que fazer novamente prova de uma infracção às regras de concorrência para obter o ressarcimento dos prejuízos sofridos;
- (d) Comunicação obrigatória pelos tribunais à AdC de todas as sentenças e recursos em processos judiciais que digam respeito à aplicação das regras de concorrência de âmbito nacional e comunitário; e
- (e) Publicação no sítio de Internet da AdC de informação relativa à actividade processual da AdC e das decisões proferidas pelos tribunais no âmbito de processos judiciais em matéria de concorrência. O artigo 80.º, n.º 3 do Projecto de Proposta de Lei da Concorrência visa, de certa forma, dar cumprimento a esta medida, apesar de não lhe conferir, de forma, em nossa opinião, criticável, um carácter obrigatório.

No âmbito das acções de indemnização por infracção das regras de concorrência, outras questões ficam igualmente por responder, nomeadamente, quanto: (i) aos requisitos das acções de indemnização, (ii) à possibilidade de uma acção de indemnização ser intentada por adquirentes indirectos ou com recurso a mecanismos colectivos de reparação, (iii) ao acesso aos elementos de prova por parte dos particulares lesados por infracções às regras de concorrência, (iv) aos critérios de cálculo das indemnizações, (v) aos prazos de prescrição e (vi) à interacção entre estas acções e os programas de clemência. Esta constitui, no entanto, uma oportunidade, que não deveria ser perdida, para se desenvolver as matérias relativas às acções de *enforcement* do direito da concorrência.

3. Capítulo III – Operações de concentração de empresas

O Capítulo III é dedicado às operações de concentração e encontra-se dividido em duas secções: (i) a secção I relativa à supervisão, que inclui uma subsecção I sobre as operações sujeitas a controlo e uma subsecção II sobre o procedimento de controlo e (ii) a secção II relativa ao processo sancionatório.

Quanto à noção de concentração, o Projecto de Proposta de Lei da Concorrência mantém, em termos gerais, o previsto no artigo 8.º da Lei da Concorrência com duas alterações que são, de forma positiva, de assinalar: (i) a consagração que não é havida como concentração de empresas a aquisição de participações ou de activos pelo administrador de insolvência, no artigo 35.º, n.º 4, alínea a) do Projecto de Proposta de Lei da Concorrência, ficando, portanto, expressamente excluída a aquisição por terceiros, e (ii) a harmonização do artigo 35.º, n.º 4, alínea c) do Projecto de Proposta de Lei da Concorrência com o artigo 3.º, n.º 5, alínea a) e c) do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas.

Sem prejuízo das alterações anteriores, consideramos que deveria ser ainda de incluir no artigo 35.º, n.º 4, alínea a) do Projecto de Proposta de Lei da Concorrência, que prevê que *“não é havida como concentração de empresas: a) a aquisição de participações ou de activos pelo administrador de insolvência no âmbito do processo de insolvência”*, uma referência a *“qualquer outro processo análogo”*, incluindo assim o procedimento extrajudicial de conciliação mediado pelo IAPMEI, em harmonia com o previsto no artigo 3.º, n.º 5, alínea b) do Regulamento (CE) n.º 139/2004.

Quanto à obrigação de notificação prévia à AdC, salientamos, igualmente, de forma positiva: (i) a eliminação do prazo de sete dias úteis para efeitos de notificação à AdC, de harmonia com o Regulamento (CE) n.º 139/2004, que não prevê qualquer prazo de notificação, (ii) a possibilidade de apresentação de uma notificação voluntária à AdC em fase anterior à de constituição da obrigação de notificação e (iii) a adopção de um processo simplificado para as operações de concentração, que, numa apreciação preliminar, não suscitem entraves significativos à concorrência e de acordo com critérios a estabelecer e a aprovar por regulamento da AdC e que, em nossa opinião, deveriam continuar a ser os previstos no Comunicado 12/2007 da AdC, acrescentando-se ainda os casos de passagem de controlo conjunto a controlo exclusivo.

Quanto aos prazos de decisão da AdC seria desejável que os prazos previstos para cada uma das fases do procedimento de controlo fossem harmonizados com os prazos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 e, conseqüentemente, que o prazo da fase inicial fosse reduzido de 30 para 25 dias úteis. Além disso, todos os prazos deveriam estar expressamente estabelecidos na Proposta de Projecto de Lei da Concorrência, o que permitiria, já se contando com a possibilidade de suspensão dos prazos, formular uma cronologia do processo de controlo para cada uma das fases e aumentar o grau de certeza jurídica quanto à sua duração para os respectivos intervenientes.

A Proposta de Projecto de Lei da Concorrência não prevê, todavia, um prazo máximo de suspensão dos prazos, tendo, inclusivamente, eliminado a referência ao limite máximo de 10 dias úteis de suspensão estabelecido pelo artigo 36.º, n.º 3 da Lei da Concorrência para a fase de investigação aprofundada.

Em nossa opinião, o ideal seria que esse prazo máximo de suspensão de 10 dias úteis se mantivesse e que também fosse aplicável à fase inicial do procedimento de controlo. Por outro lado, a ser assim, sugeríamos que o prazo de suspensão de 20 dias úteis previsto no artigo 49.º do Projecto de Proposta de Lei da Concorrência, para os casos em que a

empresa notificante de uma operação de concentração apresente compromissos, fosse reduzido para 10 dias úteis, com a ressalva de ser prorrogado por mais 10 dias úteis, a pedido das empresas, nos casos em que essa prorrogação fosse necessária para a conclusão da negociação dos compromissos e desde que esse pedido de prorrogação fosse justificado pelas empresas requerentes.

4. Capítulo IV – Estudos, inspeções e auditorias

No Capítulo IV encontram-se definidos os poderes da AdC para realizar estudos de mercados e inquéritos sectoriais e por tipos de acordo e emitir recomendações, assistindo-se, também neste âmbito, a uma harmonização desejável das regras de concorrência nacionais com as regras de concorrência da União Europeia.

O Capítulo IV especifica ainda os poderes da AdC em matéria de inspeções e auditorias, que, dada a sua relevância para a salvaguarda dos direitos das empresas, não poderiam, em nossa opinião, deixar de estar expressamente consagrados na lei, sendo, portanto, de elogiar a opção do Projecto de Proposta de Lei da Concorrência.

5. Capítulo V – Auxílios públicos

O Capítulo V é constituído por um único artigo, que estabelece o regime dos auxílios públicos e os poderes da AdC nesta matéria, sendo de destacar as seguintes principais alterações: (i) a substituição da expressão “*restringir ou afectar de forma significativa a concorrência*” constante do n.º 1 do artigo 13.º da Lei da Concorrência por “*restringir, distorcer ou afectar de forma sensível a concorrência*” constante do n.º 1 do artigo 63.º do Projecto de Proposta de Lei da Concorrência, em conformidade com a prática decisória da Comissão Europeia e a jurisprudência da União Europeia em matéria de auxílios de Estado e (ii) a eliminação do n.º 3 do artigo 13.º da Lei da Concorrência, que prevê que “*não se consideram auxílios as indemnizações compensatórias, qualquer que seja a forma que revistam, concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público*”.

Em nossa opinião, é, todavia, discutível a eliminação da referência às indemnizações compensatórias do regime dos auxílios públicos, ainda que admitamos que esta opção se possa justificar por as indemnizações compensatórias deverem estar integradas no âmbito dos serviços de interesse económico geral, pelo que a manter-se uma disposição como a do artigo 13.º, n.º 3 da Lei da Concorrência, ela poderia ser, eventualmente, redundante. Contudo, esta não parece ter sido a opção seguida, uma vez que o artigo 4.º do Projecto de Proposta de Lei da Concorrência, que se refere aos serviços de interesse económico geral, é omissivo quanto à matéria das indemnizações compensatórias.

Admitimos também que pelo facto de a matéria das indemnizações compensatórias se tratar de uma matéria que está a ser revista no âmbito do Direito da União Europeia, não terá sido intenção do legislador antecipar o regime resultante dessa revisão, que terá posteriores repercussões no âmbito da aplicação das regras de concorrência nacionais.

6. **Capítulo VI – Regulamentação**

O Capítulo VI é constituído por um único artigo, que estabelece o procedimento de regulamentação por parte da AdC, a qual antes da emissão de qualquer regulamentação com eficácia externa continua a estar obrigada à divulgação do respectivo projecto para fins de discussão pública. Os procedimentos de regulamentação já se encontram previstos no artigo 21.º da Lei da Concorrência, não havendo alterações significativas introduzidas pelo artigo 64.º do Projecto de Proposta de Lei da Concorrência.

7. **Capítulo VII – Infracções e sanções**

O Capítulo VII estabelece as contra-ordenações por violação do regime de concorrência e respectivas sanções, bem como a responsabilidade pela prática dessas contra-ordenações e o regime de prescrição. No mesmo capítulo, o Projecto de Proposta de Lei da Concorrência estabelece o regime de dispensa ou atenuação especial da coima por remissão para um diploma avulso, que faz parte do Anexo II do projecto de proposta do regime de concorrência – o Projecto de Proposta do Estatuto de Clemência.

Em relação ao actual estatuto de clemência, aprovado pela Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto, o Projecto de Proposta do Estatuto de Clemência introduz alterações relevantes, que, em nossa opinião, se justificam pela necessidade de aproximação do estatuto de clemência de cada um dos Estados-membros e, nomeadamente, de Portugal com o do direito da concorrência da União Europeia.

São de destacar as seguintes medidas introduzidas pelo Projecto de Proposta de Estatuto de Clemência: (i) protecção conferida ao requerente por ordem de apresentação do pedido de dispensa ou redução do montante da coima, (ii) introdução de patamares intermédios do montante de redução da coima, (iii) possibilidade de apresentação do pedido de redução da coima na fase de instrução e não somente na fase de inquérito e (iv) restrição do acesso de terceiros ao pedido, documentos e informações apresentadas no âmbito do estatuto de clemência.

Embora estas medidas introduzam importantes alterações no actual estatuto de clemência, faltam ainda acrescentar, entre outras, as seguintes medidas:

- (a) Previsão de que se o requerente de um pedido de redução de coima for o primeiro a apresentar elementos de prova decisivos, que a AdC utilize para determinar factos adicionais que venham aumentar a gravidade ou a duração da infracção, a AdC não tomará em consideração esses elementos de prova ao fixar o montante da coima à empresa que os forneceu, à semelhança do previsto no parágrafo 26 da comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis;
- (b) Previsão de que quando a cooperação prestada por uma empresa seja simultaneamente elegível ao abrigo do procedimento de transacção e do estatuto de clemência, a empresa poderá ser cumulativamente recompensada, sendo a redução do montante da coima que vier a ser aplicada a uma empresa por motivo da transacção somada à recompensa decorrente da clemência, à semelhança do previsto

nos parágrafos 1 e 33 da comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transacção para efeitos da adopção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis; e

- (c) Previsão de que o facto de ser concedida dispensa em matéria de coimas ou uma redução do seu montante não protegerá a empresa das consequências de direito civil da sua participação numa infracção às regras de concorrência, à semelhança do também previsto no parágrafo 39 da comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis.

Em nossa opinião, faltarão também, uma vez determinado o regime que será aplicável às acções de indemnização por infracção das regras de concorrência, definir a articulação deste regime com o do estatuto de clemência, o que não se poderá bastar com a previsão de uma norma como a do artigo 8.º do Projecto de Proposta do Estatuto de Clemência, estabelecendo limites para o acesso ao pedido, documentos e informações prestadas pelos requerentes do estatuto de clemência.

8. Capítulo VIII – Recursos

O Capítulo VIII encontra-se dividido em duas secções. A secção I é dedicada aos processos contra-ordenacionais e a secção II aos procedimentos administrativos, encontrando-se, por conseguinte, previstas regras de processo específicas e ajustadas aos ilícitos de contra-ordenação social e ao contencioso administrativo.

Em ambas as situações, a criação de um tribunal de competência especializada para a concorrência, regulação e supervisão constitui uma das medidas ambicionadas e que, em nossa opinião, terá vantagens em relação ao actual regime, que concentra a fiscalização da legalidade das decisões da AdC no Tribunal de Comércio de Lisboa.

A adopção desta medida poderá, todavia, não ser suficiente, se não for acompanhada por um conjunto de medidas de organização interna, que promovam a criação de secções especializadas, por forma a separar as áreas da concorrência das de regulação e supervisão. Por outro lado, consideramos que seria desvantajosa uma pulverização de competências por várias comarcas do país, sendo antes desejável que se proceda à criação de um único tribunal com competência em matéria de concorrência sobre todo o território nacional.

Apesar de esta não ser uma matéria que deva ser regulada pelo Projecto de Proposta de Lei da Concorrência, cabendo antes essa tarefa à lei de organização e funcionamento dos tribunais, consideramos que não poderíamos, nesta sede, de deixar de assinalar estas questões dada a sua relevância. A formação especializada dos juízes será também um outro aspecto relevante a considerar dada a especificidade das matérias em questão.

9. Capítulo IX - Taxas

Quanto ao Capítulo IX, o qual estabelece os actos sujeitos ao pagamento de taxas à AdC e remete a sua fixação, liquidação e cobrança para regulamento da AdC, nada temos a acrescentar ao previsto no Projecto de Proposta de Lei da Concorrência, uma vez que tudo



ficará dependente do que ficar estabelecido no referido regulamento, cujo teor desconhecemos se será idêntico ou distinto ao regulamento actualmente em vigor.

De qualquer forma, pensamos que uma revisão em alta das taxas actualmente em vigor não é, em termos gerais, justificável, e que, eventualmente, seria de reduzir a taxa do processo simplificado das operações de concentração, tendo em conta a sua natureza.

Sem outro assunto de momento, subscrevemo-nos com os melhores cumprimentos.

Atentamente,

Cláudia Fernandes Martins

António de Macedo Vitorino

Macedo Vitorino & Associados, Sociedade de Advogados, RL