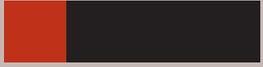


PLMJ 

SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL

A.M.PEREIRA, SÁRAGGA LEAL, OLIVEIRA MARTINS, JÚDICE
E ASSOCIADOS

RESUMO DOS ASPECTOS ESSENCIAIS DA NOVA LEI DA CONCORRÊNCIA



SAIBA TUDO SOBRE A NOVA LEI DA CONCORRÊNCIA ANALISADA PELOS ESPECIALISTAS DA
ÁREA DE PRÁTICA DE DIREITO EUROPEU E DA CONCORRÊNCIA DE PLMJ.





ANÁLISE CRÍTICA DA NOVA LEI DA CONCORRÊNCIA

INDICE

1. SÍNTESE	2
2. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS – ENTRADA EM VIGOR	3
3. ANÁLISE CRÍTICA	3
3.1. Regras substantivas em matéria de práticas anticoncorrenciais	3
3.2. O processo sancionatório relativo a práticas anticoncorrenciais	3
3.2.1. A marcha do procedimento por violação das regras da concorrência	4
a) Fase de inquérito	4
b) A fase de instrução	5
3.3. Controlo de operações de concentração	6
3.3.1. Operações sujeitas a controlo	6
3.3.2. O procedimento de controlo de concentrações	6
3.3.3. Análise substantiva da operação de concentração	7
3.4. Sanções	7
3.5. O programa de dispensa e redução de coimas	8
3.6. Recursos jurisdicionais das decisões da Autoridade da Concorrência	8
4. CONCLUSÃO	9

ANÁLISE CRÍTICA NOVA LEI DA CONCORRÊNCIA

1. SÍNTESE

Após aprovação pela Assembleia da República, no passado dia 22 de Março, foi nesta data publicada em Diário da República a Lei n.º19/2012, que estabelece o novo regime jurídico de defesa e promoção da concorrência em Portugal, revogando a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

As principais alterações ao regime vigente, ora introduzidas, poderão sintetizar-se da seguinte forma:

1. Os poderes de investigação da AdC incluirão especificamente a possibilidade de buscas e apreensões domiciliárias, a veículos ou outros locais pertencentes a sócios, membros dos órgãos de administração, trabalhadores ou quaisquer outros colaboradores de empresas/associações.
2. No âmbito dos seus poderes de supervisão, a AdC pode realizar inspeções e auditorias nas instalações das empresas, mesmo sem mandado do Ministério Público ou juiz, mediante cumprimento de um pré-aviso de 10 dias. A prova aí recolhida pode ser utilizada noutros processos, incluindo processos sancionatórios, contra a empresa em questão.
3. A atuação da AdC passa formalmente a orientar-se por referência a um princípio de oportunidade, podendo, com base nesse critério, atribuir graus de prioridade diferentes no tratamento das questões que é chamada a analisar.
4. Os limiares de notificação de operações de concentração foram significativamente alterados. Devem ser notificadas as concentrações que impliquem:
 - a. A criação ou reforço de uma quota de mercado igual ou superior a 50% (o anterior limiar era de “superior a 30%”); *ou*
 - b. A criação ou reforço de uma quota de mercado superior a 30% e inferior a 50%, desde que o volume de negócios em Portugal, no último exercício, de pelo menos 2 das empresas participantes tenha sido superior a €5 milhões; *ou quando:*
 - c. O volume de negócios de todas as empresas participantes em Portugal, no último exercício, tenha sido superior a €100 milhões (anteriormente €150 milhões) e o de pelo menos 2 das empresas participantes tenha sido superior a €5 milhões (anteriormente €2 milhões).
5. Poderão ser pessoalmente responsabilizados, mediante pagamento de coima, não apenas os titulares de órgãos de administração, como até agora sucedia, mas também os responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada a contraordenação (e.g. diretores comerciais, financeiros, jurídicos) sempre que estes, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infração, não adotem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente;
6. Coimas aplicáveis a pessoas físicas não deverão exceder 10% da respetiva remuneração anual bruta, nesta se incluindo todos os benefícios auferidos na empresa infratora, independentemente da sua natureza, no último ano completo da prática proibida;
7. Os recursos de decisões da AdC serão julgados pelo novo Tribunal especializado da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS), entretanto já instalado na cidade de Santarém;
8. Os recursos de decisões condenatórias da AdC deixam de possuir, como regra, efeito suspensivo. No entanto, os visados poderão requerer, nos seus recursos, o efeito suspensivo de decisões finais condenatórias que apliquem uma coima ou outras sanções. Para o efeito, deverão (i) demonstrar que a execução de tais decisões lhes causará prejuízo considerável; e (ii) oferecer-se para prestar caução em substituição (sem montante predefinido) no prazo a fixar pelo TCRS;
9. O TCRS julgará de plena jurisdição os recursos das decisões da AdC que apliquem uma coima (e/ou uma sanção pecuniária compulsória), podendo reduzir ou *aumentar* as coimas (e/ou sanções pecuniárias compulsórias) determinadas pela AdC;
10. O prazo máximo de prescrição aumentará de 8 anos para 10,5 anos;

2. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS – ENTRADA EM VIGOR

A nova lei entrará em vigor em próximo dia 9 de Julho, aplicando-se a:

- a) Processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto
- b) Operações de concentração que sejam notificadas à AdC
- c) Estudos, inspeções e auditorias cuja realização seja deliberada pela AdC
- d) Pedidos apresentados à AdC

Após a respetiva entrada em vigor.

3. ANÁLISE CRÍTICA

A aprovação da nova Lei da Concorrência (LdC), praticamente uma década após a publicação da Lei 18/2003, enquadra-se num momento extraordinário da vida nacional. Efetivamente, a necessidade de rever o quadro jus-concorrencial português, muito embora fosse há muito discutida pela comunidade jurídica nacional, resultou do memorando de entendimento celebrado entre o governo português e a *troika* composta pelo Fundo Monetário Internacional, o Banco Central Europeu e a União Europeia.¹

De forma consistente com o processo de reformas estruturais acordado, a nova LdC pretende operar um conjunto de relevantes transformações no quadro legislativo vigente. Desde logo aproximando-o do atual quadro europeu em matéria de concorrência, mas, igualmente, reforçando amplamente os poderes investigatórios e sancionatórios da Autoridade da Concorrência (“AdC”). Trata-se, porém, de uma mudança legislativa que não se encontra isenta de críticas, tendo suscitado inúmeras interrogações que apenas a futura prática decisória da Autoridade e respetiva interpretação judicial poderão contribuir para clarificar.

No presente texto, procuramos dar conta das principais alterações previstas neste novo diploma, bem como alertar para alguns dos aspetos controversos que certamente se irão colocar perante os tribunais nacionais.

3.1. Regras substantivas em matéria de práticas anticoncorrenciais

Quanto às regras substantivas, mantém-se a tripla proibição prevista na Lei 18/2003, i.e. proíbem-se: (i) os acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas de caráter anticoncorrencial; (ii) os abusos de posição dominante; e (iii) os abusos de dependência económica. Destaque-se, porém, a eliminação da definição normativa de posição dominante, solução porventura decorrente de ser hoje bem conhecido e estabilizado o conteúdo desta noção de natureza económica.² Quanto ao conteúdo da proibição de abuso de domínio, mostra-se ainda relevante a eliminação da referência à circunstância de um abuso poder ter por objeto ou efeito a restrição da concorrência. Desta eliminação resulta claro o intuito não só de alinhar o texto da lei portuguesa com a disposição correspondente do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, como de privilegiar uma análise das condutas de empresas dominantes baseada nos respetivos efeitos, em linha, de resto, com a prática decisória da Comissão Europeia sobre a matéria.

3.2 O processo sancionatório relativo a práticas anticoncorrenciais

Se em grande medida as regras substantivas em sede de práticas restritivas não realizam mais do que ajustamentos ao texto legislativo vigente, a nova lei opera uma relevante mudança relativamente aos paradigmas do anterior quadro legislativo no que se refere ao processo e poderes da Autoridade. Dois vetores de mudança merecem, portanto, particular destaque: por um lado, uma maior discricionariedade por parte da AdC na seleção de prioridades de política de concorrência e de gestão de processos e, por outro lado, um substancial reforço dos poderes investigatórios e sancionatórios da AdC na perseguição de práticas anticoncorrenciais.

¹ Assim, sob a égide da adopção de medidas para melhorar a celeridade e a eficácia da aplicação das regras da concorrência, estabelecia-se no Memorando de Entendimento como coordenadas fundamentais: 1) estabelecer um tribunal especializado no contexto das reformas do sistema judicial; 2) propor uma revisão da Lei da Concorrência, tornando-a o mais autónoma possível do Direito Administrativo e do Código do Processo Penal e mais harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da UE; e 3) assegurar que a Autoridade de Concorrência dispõe de meios financeiros suficientes e estáveis para garantir o seu funcionamento eficaz e sustentável.

² Recordando o texto da Lei 18/2003, era considerada como estando em posição dominante, nos termos do art. 6.º n.º 2 al. a), “uma empresa que atuasse num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes”. Ainda, nos termos da al. b) do mesmo preceito, estabelecia-se que duas ou mais empresas que acum concertadamente num mercado, no qual não sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros poderiam igualmente ser suscetíveis de se encontrar em posição dominante.

Demonstrando de forma inequívoca a ampla margem atribuída à Autoridade na seleção de prioridades de ação, afirma o art. 7.º n.º 1 que «no desempenho das suas atribuições legais, a Autoridade da Concorrência é orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência, podendo, com base nesse critério, atribuir graus de prioridade diferentes no tratamento das questões que é chamada a analisar.»³ Pretende-se, desta forma, permitir uma gestão mais eficiente de recursos disponíveis, ao mesmo tempo que se atribui um papel de acrescida responsabilidade à Autoridade na perseguição e sanção das condutas que entenda investigar.

Diga-se, porém, que a substituição de um princípio de legalidade de atuação por um princípio de oportunidade não se opera sem dificuldades. A gestão e seleção de uma política de concorrência que rejeite um número significativo de denúncias podem deixar sem modo de reação eficaz contra violações do direito da concorrência os operadores económicos e consumidores afetados por infrações. Conhecendo-se as dificuldades e fragilidades de reação através dos meios civilísticos clássicos, não poderá, certamente, a Autoridade deixar de intervir sempre que se verificarem violações graves dos preceitos substantivos da nova Lei.

3.2.1. A marcha do procedimento por violação das regras da concorrência

a) Fase de inquérito

A abertura de um processo por violação das regras de concorrência pode ter, tipicamente, origem na iniciativa oficiosa da AdC, na denúncia de um lesado ou na sequência de um requerimento de imunidade por parte de uma empresa ou particular envolvido na infração que denuncia.

Por força da consagração legislativa do princípio da oportunidade, a decisão de abertura de inquérito dependerá da ponderação pela AdC dos seguintes aspetos: (i) as suas próprias prioridades da política de concorrência, (ii) os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados, (iii) a gravidade das eventuais infrações, (iv) a probabilidade de provar a existência de uma infração, e (v) a extensão das diligências de investigação necessárias.

A lei procura salvaguardar, em certa medida, os interesses dos denunciantes, na medida em que as decisões da AdC que rejeitem uma denúncia ou arquivem o processo, na sequência de inquérito, são suscetíveis de recurso para o TCRS nos termos dos artigos 8.º, n.º 4 e 24.º, n.º 5. No entanto, a compatibilização destas disposições com o artigo 84.º, n.º 2 da nova LdC suscitará certamente algumas perplexidades, na medida em que esta última norma estabelece que “não é admissível recurso de decisões de arquivamento, com ou sem imposição de condições.”

Por força de contributos resultantes da consulta pública, a nova LdC estabelece prazos máximos de duração de cada etapa processual, de 18 meses para o inquérito e 12 meses para a instrução. Caso não seja possível o respetivo cumprimento pela AdC, caberá ao Conselho da Autoridade dar conhecimento ao visado pelo processo dessa circunstância e do período necessário para a conclusão da investigação. Os prazos estabelecidos no novo texto legislativo constituem, pois, um incentivo para que a AdC atue e investigue em tempo útil, contribuindo para um maior controlo do trajeto temporal do processo e proporcionando às partes uma maior previsibilidade da ação da Autoridade.

A fase de inquérito poderá ser concluída pela AdC de uma de quatro formas: (1) dando início à instrução do processo, quando conclua, com base nas investigações realizadas, que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória; (2) procedendo ao arquivamento do processo, quando pelo contrário, as investigações realizadas não permitam concluir pela possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória; (3) dando fim ao processo, por decisão condenatória, em procedimento de transação; e (4) procedendo ao arquivamento do processo mediante a imposição de condições.

³ Por oposição, o texto da Lei 18/2003 descrevia, no seu art. 24.º, que «sempre que a Autoridade tome conhecimento, por qualquer via, de eventuais práticas proibidas pelos artigos 4.º, 6.º e 7.º, procede à abertura de um inquérito, em cujo âmbito promoverá as diligências de investigação necessárias à identificação dessas práticas e dos respetivos agentes.»

Os dois últimos modos citados de conclusão da fase de inquérito – condenação por transação e arquivamento com condições – demonstram uma relevante e inovadora (pelo menos na vertente de expressa previsão legislativa) flexibilidade quanto ao término do inquérito. Fica, pois, evidente o reconhecimento de que resultados pró-concorrenciais da atividade da Autoridade podem, por vezes, ser mais facilmente conseguidos na sequência de um processo de cooperação entre as partes e a Autoridade do que num processo adversativo.

Não deixam, porém, de se suscitar algumas dificuldades no que se refere à solução de pôr fim ao processo, por decisão condenatória, em procedimento de transação, na medida em que este implica um reconhecimento pelo visado na sua responsabilidade no cometimento da infração. Ora, uma vez que a violação das regras de concorrência importa a responsabilidade civil dos infratores perante os lesados, a reconhecer no âmbito de potenciais ações de indemnização, sucessivas ou paralelas, o acordo de transação com reconhecimento de culpa deverá vir a ser encarado com especial precaução pelos agentes económicos que optem por esta solução. Importa pois que as vantagens de recurso a este mecanismo em sede de redução da coima aplicável sejam futuramente divulgadas pela AdC, sob pena de ineficácia.

Em contrapartida, o arquivamento do processo mediante imposição de condições visa tipicamente condutas menos graves ou cujo caráter restritivo da concorrência seja ambíguo. Como tal, a lei esclarece – em solução igualmente decorrente dos contributos apresentados em sede de consulta pública – que a respetiva decisão final não implica imputação ou assunção de responsabilidade por parte da empresa visada, i.e. “não conclui pela existência de uma infração à presente lei, mas torna obrigatório para os destinatários o cumprimento dos compromissos assumidos.” Pretende-se, assim, fomentar a utilização desse instrumento com as inerentes poupanças administrativas. Sem uma tal salvaguarda, as empresas visadas ver-se-iam desencorajadas de a ele recorrer por legítimo receio de repercussões em sede de responsabilidade civil.

Por último, cumpre salientar que ao lado de amplos poderes para a inquirição, busca e apreensão, a lei prevê, ainda, pela primeira vez no quadro nacional, a possibilidade de a Autoridade proceder a buscas domiciliárias. Trata-se de conceito amplo, abarcando não só o domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas como, igualmente, veículos e outros locais, nos quais razoavelmente se suspeite que se possam encontrar provas relevantes.⁴ Para o efeito deverá a AdC obter prévio mandado judicial.

Ainda que se compreenda a teleologia da norma descrita, não se poderá, ainda assim, deixar de questionar se a solução prevista se coaduna corretamente com a natureza meramente contra-ordenacional dos processos relativos a infrações de Direito da Concorrência. É que a amplitude dos poderes investigatórios deverá habitualmente ser proporcional à gravidade e ressonância ética do ilícito.

b) A fase de instrução

No caso de a Autoridade concluir, com base nas investigações realizadas, que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória, iniciará a fase de instrução através da notificação de nota de ilicitude ao visado. Este terá um prazo não inferior a 20 dias úteis para se pronunciar por escrito sobre: 1) as questões que possam interessar à decisão do processo; 2) as provas produzidas; e 3) para requerer as diligências complementares de prova que considere convenientes.

O visado pelo processo pode requerer, na sua resposta à Nota de Ilcitude, que a mesma seja complementada por uma audição oral.⁵ As referidas audições, no âmbito das quais a AdC pode formular perguntas, serão gravadas, sendo disponibilizadas cópias das respetivas gravações aos demais visados (caso existam co-audiados).

⁴ A possibilidade de buscas domiciliárias não é, porém, solução nacional original encontrando-se já presente, igualmente, no art. 21.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 no que se refere aos poderes de investigação da Comissão Europeia.

⁵ Nos termos da Lei 18/2003, por oposição, a audição oral poderia substituir ou complementar a audição por escrito no caso de assim as empresas ou associações de empresas arguidas o desejarem, se fosse apresentado requerimento à Autoridade no prazo de cinco dias a contar da notificação

Deverá ainda destacar-se que a Nota de Ilícitude não estabiliza a atividade de investigação da Autoridade, continuando esta a ter possibilidade de realizar oficiosamente diligências complementares de prova, nos termos do art. 25.º n.º 4 da nova LdC. Contudo, se dos novos elementos de prova recolhidos resultar uma alteração substancial dos factos inicialmente imputados ou da sua qualificação, a AdC deverá emitir uma nova Nota de Ilícitude, à qual haverá lugar a nova resposta por parte do visado, em homenagem ao direito de defesa e audição prévia.

3.3. Controlo de operações de concentração

A nova LdC apresenta ainda novidades relevantes no que se refere ao controlo de concentrações. Efetivamente, a evolução da regulamentação europeia exigia uma correspondente adaptação da legislação portuguesa, neste ponto.

3.3.1. Operações sujeitas a controlo

Assim, operam-se mudanças relevantes quanto à definição dos limites de notificação à AdC de operações de concentração. Estas devem ser notificadas, sempre que das mesmas resulte: 1) a criação ou reforço de uma quota superior a 50%; 2) a criação ou reforço de uma quota superior a 30% e inferior a 50%, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por pelo menos 2 das empresas participantes seja superior a 5 milhões de euros; ou quando 3) o volume de negócios em Portugal do conjunto de empresas participantes na operação seja superior a 100 milhões de euros, desde que pelo menos 2 das empresas realizem individualmente um volume de negócios de 5 milhões de euros.⁶

Não se optou, por conseguinte por um critério único, por referência ao volume de negócios das empresas à semelhança do que sucede no atual quadro da UE. Os limiares estabelecidos compreendem-se à luz da reduzida dimensão de muitos mercados no plano doméstico. Uma parte significativa da economia nacional correria o risco de ficar, pois, fora do controlo da AdC caso se optasse por limiares de notificação exclusivamente baseados em volume de negócios.

Saliente-se, ainda, que fica expressamente prevista a obrigação de notificar conjuntos de operações. Assim, quando duas ou mais operações de concentração sejam realizadas num período de 2 anos entre os mesmos sujeitos, atingindo os valores de volume de negócios já referidos, deverão ser notificadas mesmo que, se individualmente consideradas, não estivessem sujeitas àquela obrigação.⁷

3.3.2. O procedimento de controlo de concentrações

O início do procedimento de controlo de concentrações ocorre, como supra referido, por força de uma notificação por parte das empresas participantes. A obrigação de notificação das operações de concentração de empresas recai: 1) conjuntamente nas partes quando esteja em causa uma fusão, a criação de uma empresa comum ou a aquisição de controlo conjunto sobre a totalidade ou parte de uma ou várias empresas; ou 2) na parte que adquire o controlo de uma ou várias empresas, nas restantes situações.

Uma das novidades na presente Lei reside na inexistência de um prazo para notificação de operações de concentração. Estas poderão ser notificadas a qualquer momento após a celebração dos acordos que lhes estejam subjacentes. Contudo, não poderão ser implementadas antes de terem sido objeto de uma decisão de não oposição ou de a Autoridade considerar que a operação não se encontra abrangida pelo procedimento de controlo prévio de concentrações.⁸ A notificação pode ser ainda voluntariamente apresentada em fase anterior à conclusão do acordo subjacente à operação quando as empresas demonstrem uma intenção séria de o concluir. A presente lei oferece, assim, uma maior flexibilidade às empresas para a conjugação dos seus *timings* internos com os prazos de notificação à Autoridade.

⁶ Vide, art. 37 n.º 1 do novo diploma. Por oposição previa-se obrigações de notificação mais amplas ao abrigo da Lei 18/2003, onde se determinava o dever de notificar quando: 1) em consequência da realização da operação se criasse ou se reforçasse uma quota superior a 30% no mercado nacional; ou 2) quando o conjunto das empresas participantes na operação de concentração tivesse realizado em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior a 150 milhões de euros, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por, pelo menos, duas dessas empresas tivesse sido superior a dois milhões de euros.

⁷ Vide art. 38.º do novo diploma.

⁸ Assim decorre do art. 40.º da nova LdC. De acordo com o art. 7.º do Regulamento (CE) 139/2004, a mesma solução encontra-se preconizada para as operações de dimensão comunitária.

Após a notificação, prevê-se um prazo de 30 dias úteis findo o qual caberá à Autoridade, nos termos do art. 50.º da nova Lei, decidir: 1) que a operação não se encontra abrangida pelo procedimento de controlo de concentrações; 2) não se opor à concentração de empresas; ou 3) dar início a uma investigação aprofundada.

No caso de a Autoridade decidir dar início a uma investigação aprofundada, esta deverá ser concluída no prazo regra de 90 dias úteis contados a partir da notificação. A decisão final da AdC poderá, nos termos do art. 53.º, ser no sentido: 1) de não se opor à concentração de empresas como foi notificada, ou na sequência de alterações introduzidas pela notificante; ou 2) de proibir a operação de concentração de empresas em causa.

3.3.3. Análise substantiva da operação de concentração

Os critérios subjacentes à apreciação substantiva de concentrações foram também revistos no novo diploma. Podem agora ser proibidas concentrações suscetíveis de criar «entraves significativos à concorrência efetiva», ao invés do critério anterior, presente na Lei 18/2003, que impunha que uma decisão de proibição se fundamentasse na «criação ou reforço de uma posição dominante». Também, neste ponto, é evidente a aproximação do texto legislativo relativamente ao ordenamento jurídico da UE. Trata-se de uma mudança legislativa que se encontra longe de ter um caráter meramente cosmético, permitindo que sejam controladas operações de concentração que ainda que não se apresentem suscetíveis de reforçar uma posição dominante individual, mas cuja realização possa gerar consequências negativas para o processo concorrencial em virtude de reforçarem fenómenos de coordenação em mercados de caráter tendencialmente oligopolístico.

Quanto aos critérios de avaliação da concentração, cumpre salientar o desaparecimento do texto legislativo da referência ao contributo da concentração para a competitividade internacional da economia nacional, visto tratar-se de uma consideração de política industrial alheia aos objetivos das regras de concorrência que à AdC cumpre prosseguir.

3.4. Sanções

A disciplina legal das sanções a aplicar pela Autoridade sofreu alguns acertos no novo diploma. Assim: 1) a prática de acordos anticoncorrenciais, abusos de posição dominante e abusos de dependência económica; 2) o incumprimento de condições impostas na sequência de um arquivamento da infração ou o desrespeito por medidas de caráter estrutural impostas na sequência de uma decisão de condenação; e 3) o desrespeito de decisão que decreta medidas cautelares, poderão ser punidos com uma coima até 10% do volume de negócios do “exercício anterior à decisão”.

Cumpram ainda lembrar encontrar-se expressamente prevista a possibilidade de imposição de medidas estruturais como consequência de uma infração ao direito da concorrência, quando tais medidas se revelem indispensáveis à cessação da prática ou dos seus efeitos. Diga-se, porém, que a aplicação de medidas estruturais se encontra sujeita a um estrito teste de proporcionalidade, apenas podendo ser impostas quando não existir qualquer medida de conduta igualmente eficaz ou, existindo, a mesma for mais onerosa para a empresa visada.

Quanto às infrações relativas ao procedimento de controlo de concentrações, prevê-se igualmente que: 1) a realização de operação de concentração de empresas antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição; e 2) o desrespeito de condições, obrigações ou medidas impostas às empresas pela AdC nessa sede, determinem igualmente a imposição de uma coima até 10% do volume de negócios anual.⁹

⁹ Prevêem-se ainda coimas até 1% do volume de negócios para os casos de: 1) não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas; 2) a não colaboração com a Autoridade da Concorrência ou a obstrução aos poderes desta; e 3) a falta injustificada de comparência de denunciante, testemunha ou perito, em diligência de processo para que tenha sido regularmente notificado.

ANÁLISE CRÍTICA NOVA LEI DA CONCORRÊNCIA

Uma das inovações mais relevantes neste âmbito diz respeito à responsabilidade de pessoas singulares por violações do direito da concorrência, alargando-se o leque de pessoas suscetíveis de serem responsabilizadas. Para além dos titulares do órgão de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas, também agora os responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma contraordenação podem ser sancionados mediante o pagamento de coimas, quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática de infração, não adotem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente.

As coimas aplicáveis a pessoas físicas não deverão exceder 10% da respetiva remuneração anual bruta auferida na empresa infratora no último ano completo da prática proibida. O conceito de remuneração para este efeito possui um carácter muito amplo, de forma a incluir ordenados, salários, vencimentos, gratificações, percentagens, comissões, participações, subsídios ou prémios, senhas de presença, emolumentos e remunerações acessórias.

3.5. O programa de dispensa e redução de coimas

No que se refere à possibilidade de um infrator obter uma dispensa ou redução de coima na sequência da respetiva denúncia à Autoridade, assistiu-se, também, a alguns ajustamentos relevantes. A lei clarifica que tal instrumento se destina apenas à deteção de práticas anticoncorrenciais horizontais, i.e. entre concorrentes.

Com vista a evitar comportamentos cartelizantes, a nova legislação oferece a possibilidade de tanto pessoas coletivas como pessoas singulares poderem beneficiar de uma dispensa total de coima. Para o efeito, o requerente de imunidade deve ser o *primeiro* a contribuir com informações e elementos de prova relevantes para a demonstração da infração.¹⁰ Podem ainda beneficiar de reduções de coima sucessivas aqueles que, não sendo os primeiros a apresentar a denúncia, forneçam à AdC informações ou elementos de prova que apresentem um valor adicional significativo para a investigação.

3.6. Recursos jurisdicionais das decisões da Autoridade da Concorrência

Por fim, deverá fazer-se referência às profundas transformações que o novo diploma opera no campo dos recursos judiciais das decisões da AdC em matéria de processos sancionatórios, algumas das quais estão longe de ser pacíficas.

Em primeiro lugar, os recursos de decisões da AdC passam a ser da competência do novo Tribunal especializado da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Em segundo lugar, tais recursos passam a dispor de efeito meramente devolutivo, como regra.¹¹ O efeito suspensivo de decisões finais condenatórias que apliquem uma coima ou outras sanções pode, porém, ser requerido no âmbito do respetivo recurso, incumbindo neste caso ao requerente: 1) demonstrar que a execução da decisão lhe causará prejuízo considerável; e 2) oferecer-se para prestar caução em substituição, no prazo a fixar pelo Tribunal.

Em terceiro lugar, o Tribunal julga os recursos de processos de contraordenação de plena jurisdição, podendo reduzir ou aumentar qualquer coima ou sanção pecuniária compulsória aplicada pela Autoridade. Afasta-se, assim, o princípio da proibição da *reformatio in pejus* decorrente do quadro legal anterior e que constitui a regra geral do sistema penal e contra-ordenacional português. Será, pois, expectável que as primeiras decisões do recentemente instalado TCRS tenham de encontrar resposta para a melhor compreensão destas novas disposições e respetiva compatibilização com os princípios dominantes em matéria penal e para-penal, designadamente, no que se refere ao princípio da presunção da inocência, à estrutura acusatória do processo e aos direitos de audiência e defesa dos arguidos.

¹⁰ Fica porém a dispensa de coima dependente da verificação cumulativa, nos termos do art. 77.º da nova lei, dos requisitos de: 1) cooperação plena e continuada com a Autoridade da Concorrência; 2) de que se tenha posto já termo à infração, por parte da denunciante; e 3) que esta não tenha exercido coação sobre as demais empresas para participarem na infração.

¹¹ A nova Lei apenas mantém a regra do efeito suspensivo no que respeita a decisões que apliquem medidas de carácter estrutural, determinadas como consequência de uma infração.

4. CONCLUSÃO

As diversas transformações do atual quadro legal concedem à Autoridade uma vasta margem de apreciação para definir onde agir e com que meios. Em grande medida, a ação da Autoridade passará a estar sujeita a um elevado nível de discricionariedade, procurando-se, expectavelmente, que uma seleção de prioridades leve a uma atuação mais decisiva nos setores assim definidos. Com efeito, ao reforço dos poderes da AdC, por esta reclamados, segue-se necessariamente uma responsabilização acrescida da mesma, como motor do desenvolvimento do processo concorrencial em Portugal.

Coloca-se, naturalmente, a questão de saber se o objetivo de reforço dos poderes sancionatórios e investigatórios da AdC não terá sido porventura obtido a troco de uma compressão excessiva dos direitos das empresas e cidadãos. Caberá, em primeira linha, à Autoridade responder a esta questão, demonstrando, através de uma aplicação transparente do dispositivo legal, conforme às melhores práticas administrativas, que se trata de receios infundados. Caberá, em derradeira instância, aos Tribunais corrigir, sendo o caso, o sentido da prática decisória da AdC. Será, pois, indispensável seguir a evolução da ação da Autoridade e aguardar pelas primeiras decisões judiciais que interpretem o novo normativo. Serão, certamente, momentos chave para o desenvolvimento do direito e da cultura de concorrência em Portugal.

“Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano”

Chambers European Excellence Awards, 2009, 2012; Shortlisted 2010, 2011/ Who's Who Legal Awards, 2006, 2008, 2009, 2010, 2011/The Lawyer European Awards-Shortlisted, 2010, 2011

“Melhor Sociedade de Advogados no Serviço ao Cliente”

Clients Choice Award - International Law Office, 2008, 2010, 2011

“5ª Sociedade de Advogados mais Inovadora da Europa”

Financial Times – Innovative Lawyers Awards, 2011

“Melhor Sociedade de Advocacia de negócios da Europa do Sul”

ACQ Finance Magazine, 2009

“Melhor Departamento Fiscal do Ano”

International Tax Review - Tax Awards 2006, 2008

Prémio Mind Leaders Awards™

Human Resources Suppliers 2007

A presente Análise destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Nota Informativa não pode ser reproduzido, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este assunto contacte **Ricardo Oliveira** (ricardo.oliveira@plmj.pt), **Maria João Melícias** (mariajoao.melicias@plmj.pt) ou **João Ilhão Moreira** (joao.ilhaomoreira@plmj.pt).