

# **Proposta de Lei n.º 45/XII que Aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência, revogando a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, e a Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto**

## **– Contributo da CIP –**

### **I – Em geral**

#### **1.**

A Proposta de Lei n.º 45/XII que Aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência, revogando a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, e a Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto, face o "*Projecto de Proposta de Lei da Concorrência*" - que se encontrou em discussão pública, até ao passado dia 5 de Dezembro de 2011 - ostenta algumas alterações e acolhe algumas – diga-se poucas – propostas de alteração apresentadas pela CIP no âmbito da citada consulta.

#### **2.**

A Proposta de Lei da Concorrência em epígrafe (doravante PL), aprova o Regime Jurídico da Concorrência.

No que diz respeito à concorrência, até recentemente, Portugal teve uma relação distante com a temática, a qual não era entendida como instrumento vital para uma actuação mais eficiente das empresas no mercado.

Na verdade, o regime normativo da concorrência surgiu apenas no ordenamento jurídico nacional em virtude da adesão efectiva à Comunidade Económica Europeia (CEE), em 1 de Janeiro de 1986.

### 3.

Em 2003, a legislação nacional de defesa da concorrência foi objecto de importante reforma.

Os pilares fundamentais dessa reforma assentaram na criação de uma Autoridade da Concorrência (v. Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, que cria a Autoridade da Concorrência, no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 24/2002 de 31 de Outubro).

O objectivo prioritário que presidiu a essa mesma revisão consistiu em agilizar e flexibilizar os mecanismos de acesso aos mercados por parte das empresas, retirando ao Estado o papel de actor directo nas actividades económicas e substituindo-o por entidades de supervisão, no caso português a citada Autoridade da Concorrência, já que, no passado, grande parte das autorizações dependiam em demasia do Estado.

Assim, a génese da referida Autoridade está, para além dos condicionalismos externos, em factores endógenos como a necessidade de aumentar a competitividade da economia Portuguesa, dotando-a de novo enquadramento normativo e de instituições capazes de procederem à sua implementação.

A reforma operada, na qual a CIP participou activamente, visou criar em Portugal uma verdadeira cultura de concorrência.

A prática das autoridades em Portugal vem evidenciando uma das principais críticas feitas às políticas "antitrust" noutros países, ou seja, o seu carácter reactivo muito tardio, fazendo emergir o desfasamento entre o *timing* dos juristas e das administrações e a economia real em que vivem as empresas.

Por esse motivo são fundamentais, por um lado, as acções preventivas e, por outro lado, a celeridade dos processos, tendo em conta que, quanto maior a capacidade interventiva, maior será o poder dissuasor da lei.

A falta de um verdadeiro "impulso concorrencial" na aplicação da legislação existente não poderá deixar de ter consequências nefastas sobre a competitividade internacional e a capacidade concorrencial das empresas nacionais.

#### 4.

No decurso do ano de 2011, foi celebrado o Memorando de Entendimento entre o Estado Português e o Fundo Monetário Internacional, o Banco Central Europeu e a Comissão Europeia, que fixa um conjunto de objectivos e de medidas que deverão ser concretizados pelo Estado Português para promoção da concorrência nos mercados com o objectivo de melhorar os índices de crescimento económico do País.

É importante destacar que as decisões dos operadores económicos, quanto à escolha e à localização dos seus investimentos e, ainda, quanto aos modos e métodos de desenvolvimento das suas actividades, têm cada vez mais em conta, não só a “qualidade” das regras de concorrência em vigor, mas também, em particular, a eficácia com que são aplicadas pelas autoridades reguladoras e pelos tribunais competentes.

Assim, o Estado Português ficou obrigado a proceder a uma série de alterações na legislação de concorrência que poderão ter um importante impacto na aplicação do direito da concorrência.

O destaque dado, no Memorando de Entendimento, à necessidade de promoção da concorrência não surpreende, uma vez que o modelo económico da União Europeia (UE) assenta em economias de mercado abertas com livre concorrência.

De facto, o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa refere, entre outros objectivos da União, o de proporcionar aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas e um mercado interno em que a concorrência é livre e não falseada (v. alínea 2 do artigo I-3º do Tratado).

Ao nível nacional, a presença activa da Autoridade da Concorrência e a existência de legislação que abone a favor da defesa da concorrência afiguram-se como requisitos essenciais num modelo de desenvolvimento assente na economia de mercado e na livre iniciativa.

A inexistência de um verdadeiro cariz concorrencial na aplicação da legislação existente terá, certamente, consequências negativas ao nível da competitividade das empresas.

Tendo presente que a acção governativa está sujeita ao cumprimento dos compromissos assumidos no supra-mencionado Memorando de Entendimento, sob pena de o nosso país correr o risco de supressão da ajuda financeira, importa proceder a uma análise das propostas aí apresentadas.

Em matéria de *“Concorrência, contratos públicos e ambiente empresarial”*, os Objectivos estabelecidos no Memorando são os seguintes:

- *“Assegurar condições concorrenciais equitativas e minimizar comportamentos abusivos de procura de rendimentos (rent-seeking behaviours), reforçando a concorrência e os reguladores sectoriais”;*
- *“Eliminar os direitos especiais do Estado em empresas privadas (golden shares)”* – neste âmbito é de realçar que já foram eliminadas as *“golden shares”* na EDP, GALP e PT (v. Decreto-Lei n.º 90/2011, de 25 de Julho);
- *“Reduzir a carga administrativa das empresas”;*
- *“Garantir processos de contratação pública justos”;*
- *“Melhorar a eficácia dos instrumentos existentes relativos à promoção das exportações e ao acesso a financiamento e apoiar a reafecção de recursos face ao sector transaccionável”.*

No que diz respeito, em particular, à concorrência e autoridades de regulação sectoriais, propõe-se um conjunto de objectivos no sentido de melhorar a celeridade e a eficácia da aplicação das regras da concorrência.

Relativamente à revisão da Lei da Concorrência, o principal objectivo da reforma é o de a tornar *“o mais autónoma possível do Direito Administrativo e do Código do Processo Penal e mais harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da UE”*.

Segundo o mesmo documento, a revisão da Lei da Concorrência deve, assim, em particular:

- *“Simplificar a lei, separando claramente as regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência das regras de procedimentos penais, no sentido de assegurar a aplicação efectiva da Lei da Concorrência”*(v. 1ª marca do subponto vi do ponto 7.20)

Na perspectiva da CIP, o objectivo em referência é positivo, uma vez que permitirá evitar que, nos processos de contra-ordenação por violação da Lei da Concorrência, a aplicação subsidiária das regras de processo penal conduza à observância de regras *“demasiado garantísticas”* – justificadas pela natureza penal do bem a proteger –, mas que não fazem sentido no âmbito do regime da concorrência.

Actualmente já existem alguns exemplos de instituições (v.g. o INAC - Instituto Nacional de Aviação Civil) em cujo estatuto está regulado, de forma autónoma e integrada, todo o processo contra-ordenacional.

Assim, a política da concorrência deve garantir, tanto quanto possível, um equilíbrio entre a segurança jurídica e a minimização de procedimentos.

O objectivo traçado no Memorando de Entendimento serve de princípio orientador à PL, embora, na perspectiva da CIP, não se tenha ido tão longe quanto o pretendido no Memorando.

A PL, face ao à Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprova o regime jurídico da concorrência, regula, de forma muito mais pormenorizada, o processo sancionatório relativo às práticas restritivas e às operações de concentração.

Porém, a referida PL mantém, no seu artigo 12º, a aplicação subsidiária do regime geral do ilícito de mera ordenação social, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, o que contende com o objectivo inicialmente proposto.

Se o objectivo era separar claramente as regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência das regras de procedimentos penais, tal objectivo não parece ter sido integralmente conseguido, pois nenhum operador poderá, com certeza absoluta, antecipar as situações que poderão acabar por ser reguladas pelo supra-mencionado Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro.

- *"Racionalizar as condições que determinam a abertura de investigações, permitindo à Autoridade da Concorrência efectuar uma avaliação sobre a importância das reclamações"* (v. 2ª marca do subponto vi do ponto 7.20)

Actualmente, existe a obrigação da Autoridade da Concorrência proceder à abertura de um inquérito *"sempre que a Autoridade tome conhecimento, por qualquer via, de eventuais práticas proibidas (...)"* (v. n.º 1 do artigo 24º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprova o regime jurídico da concorrência).

De acordo com o n.º 1 do artigo 16º da PL em referência, *"A Autoridade da Concorrência procede à abertura de inquérito por práticas proibidas pelos artigos 8.º, 10.º e 11.º da presente"*

*lei ou pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, oficiosamente ou na sequência de denúncia, respeitando o disposto no artigo 6.º da presente lei.”.*

A CIP entende que este poder não pode ser exercido sem vinculação a critérios pré-definidos e sujeição a controlo jurisdiccional efectivo.

- *“Estabelecer os procedimentos necessários para um maior alinhamento entre a lei portuguesa relativa ao controlo de fusões e o regulamento da UE sobre fusões, nomeadamente no que diz respeito aos critérios para tornar obrigatória a notificação ex ante de uma operação de concentração”*(v. 3ª marca do subponto vi do ponto 7.20)

Sobre esta matéria, constata-se que o legislador nacional pretende manter as operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia quando preencham dois critérios alternativos: i) volume de negócios; e ii) quota de mercado – v. alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 36º do Projecto de Proposta de Lei que aprova o Regime Jurídico da Concorrência (Anexo I).

A alínea c) desses mesmos número e artigo, continua a prever, no entanto, uma solução de compromisso, que combina o critério da quota de mercado com o critério relativo ao volume de negócios.

No domínio das concentrações revela-se, igualmente, importante proceder à simplificação das regras aplicáveis ao procedimento de apreciação das citadas concentrações, tendo por objectivo a remoção dos obstáculos administrativos desnecessários à actividade das empresas.

- *“Garantir mais clareza e segurança jurídica na aplicação do Código do Processo Administrativo ao controlo de fusões”*(v. 4ª marca do subponto vi do ponto 7.20)
- *“Avaliar o processo de recurso e ajustá-lo onde necessário para aumentar a equidade e a eficiência em termos das regras vigentes e da adequação dos procedimentos”*(v. 5ª marca do subponto vi do ponto 7.20)

A CIP concorda com as medidas supra-mencionadas.

Considera-se, aliás, que a criação do Tribunal de Competência Especializada para a Concorrência, Regulação e Supervisão (v. Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, que, entre outros aspectos, cria o Tribunal de Competência Especializada para Propriedade Intelectual e o Tribunal de Competência Especializada para a Concorrência, Regulação e Supervisão) poderá contribuir de forma positiva para este propósito.

Na perspectiva da CIP, tendo por base a necessidade de melhorar o funcionamento do sistema judicial, é necessário garantir, no menor espaço de tempo possível, a operacionalização desse Tribunal de Competência Especializada, tal como os outros previstos na referida Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho.

Destaca-se que o já mencionado Memorando de Entendimento prevê *“Tornar completamente operacionais os tribunais especializados em matéria de Concorrência e Direitos de Propriedade Intelectual”* no primeiro trimestre de 2012.

Ainda neste âmbito, é de realçar que, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 89º-B, da supra-mencionada Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho:

*“1 — Compete ao tribunal da concorrência, regulação e supervisão conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contra-ordenação legalmente susceptíveis de impugnação:*

- a) Da Autoridade da Concorrência (AdC);*
- b) Da Autoridade Nacional de Comunicações (ICP--ANACOM);*
- c) Do Banco de Portugal (BP);*
- d) Da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM);*
- e) Da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC);*
- f) Do Instituto de Seguros de Portugal (ISP);*
- g) Das demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão.*

*2 — Compete ainda ao tribunal da concorrência, regulação e supervisão conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução:*

- a) Das decisões da AdC proferidas em procedimentos administrativos a que se refere o regime jurídico da concorrência, bem como da decisão ministerial prevista no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro;*
- b) Das demais decisões da AdC que admitam recurso, nos termos previstos no regime jurídico da concorrência.”*

Não obstante a CIP pugnar por uma política de racionalização no que aos recursos diz respeito, julga-se que a acentuada abrangência ao nível da apreciação de recursos (v.g. as decisões proferidas por todas as entidades referidas no já referido artigo 89º-B) poderá, de alguma forma, colocar em causa a especificidade do tratamento nos processos em matéria de Concorrência.

Assim, consideramos que se deve proceder a uma avaliação, em termos de custo/benefício, sobre a possibilidade de se criar uma secção especializada em matéria de processos de concorrência, situada em Lisboa, com o objectivo de se assegurar, de forma célere e com menores custos, a promoção da concorrência.

Por outro lado, no que diz respeito, em concreto, ao já citado objectivo de *"Garantir mais clareza e segurança jurídica na aplicação do Código do Processo Administrativo ao controlo de fusões"* (v. 4ª marca do subponto vi do ponto 7.20), a CIP entende que tal objectivo parece não ter sido integralmente conseguido.

De facto, nenhum operador poderá, com certeza absoluta, antecipar as situações que poderão acabar por ser reguladas pelo Código do Processo Administrativo, na medida que a PL mantém, no seu artigo 41º, a aplicação subsidiária do Código do Procedimento Administrativo à matéria de controlo de operações de concentração de empresas não especificamente regulada na nova Lei.

Esta constatação sairia prejudicada caso a PL tivesse regulado de forma bastante exaustiva esta matéria, minimizando ao máximo a possibilidade de recurso à legislação administrativa para aplicação subsidiária, o que não acontece.

Efectivamente, os artigos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, afectos à regulação de controlo de operações de concentração de empresas são substituídos por novos artigos, mas que, no essencial, se equivalem.

Ainda no âmbito da concorrência e autoridades de regulação, o Memorando de Entendimento estabelece que se deve:

- *"Assegurar que a Autoridade de Concorrência dispõe de meios financeiros suficientes e estáveis para garantir o seu funcionamento eficaz e sustentável"* – a data limite é o quarto trimestre de 2011 (v. subponto vii do ponto 7.20); e



- *“Garantir que as Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN) têm a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades” – a data limite é o terceiro trimestre de 2012 para as principais ARN e o quarto trimestre de 2012 para as outras, de acordo com o calendário estabelecido no âmbito da revisão do Memorando de Entendimento, no passado dia 1 de Setembro (v. ponto 7.21).*

Com vista a concretizar e ajustar os desenvolvimentos que vão surgindo nesta matéria, o Memorando de Entendimento prevê, nos subpontos i e ii do ponto 7.21, o seguinte:

- “i. Elaborar um relatório independente (por especialistas reconhecidos internacionalmente) sobre as responsabilidades, recursos e características que determinam o nível de independência das principais ARN. O relatório indicará as práticas de nomeação, as responsabilidades, a independência e os recursos de cada ARN em relação à melhor prática internacional. Abrangerá igualmente o âmbito da actividade dos reguladores sectoriais, os seus poderes de intervenção, bem como os mecanismos de coordenação com a Autoridade da Concorrência;*
- ii. Com base no relatório, apresentar uma proposta para implementar as melhores práticas internacionais identificadas, a fim de reforçar a independência dos reguladores onde necessário e em plena observância da legislação comunitária.”.*

No que a este ponto diz respeito, a CIP sempre defendeu, e defende, que é necessário garantir que os requisitos destinados a assegurar a independência da(s) Autoridade(s) da Concorrência e de Regulação Sectorial, como sejam o regime financeiro, a composição do Conselho, a duração dos respectivos mandatos, o regime de incompatibilidades e impedimentos e o estatuto remuneratório dos mesmos, sejam mantidos de forma a que a fundamental independência desta(s) Autoridade(s) face ao poder económico e ao poder político não seja posta em causa.

As regras de funcionamento da Autoridade da Concorrência devem ser agilizadas, por forma a que a mesma passe a exercer a plenitude dos seus poderes, sem quaisquer receios das repercussões das suas decisões.

Só assim será possível implementar em Portugal uma cultura de concorrência leal e de respeito pelas regras existentes.

No Memorando de Entendimento estão, igualmente, previstas diversas medidas que visam aumentar a concorrência em sectores regulados, ou seja, no âmbito dos mercados de bens e serviços e também nas profissões reguladas.

## **5.**

Terminada a análise do Memorando de Entendimento, uma rápida referência quanto à importância das Acções de Indemnização devido à Violação das Regras Comunitárias no Domínio Antitrust.

A CIP considera que o recurso às acções de indemnização originadas pela violação das regras comunitárias no domínio "antitrust" não deve ser menosprezado.

O recurso às acções de indemnização é bastante vantajoso para empresas e consumidores, pois, desde logo, permitirá que as "vítimas" de uma conduta anticoncorrencial ilícita obtenham uma compensação pelo prejuízo sofrido.

O recurso a tais acções assume, também, um papel desincentivador do cometimento de infracções, contribuindo para o desenvolvimento de uma cultura de concorrência e para o conhecimento das suas regras e, em especial, no esbatimento das lacunas derivadas do facto de a Comissão Europeia e as autoridades da concorrência nacionais não terem tempo nem recursos suficientes para lidar com todas as condutas anticoncorrenciais.

## **6.**

Por outro lado, não pode a CIP deixar de realçar a existência de situações de concorrência desleal de entidades públicas ou parapúblicas e que, como tal, devem ser ponderadas no âmbito da PL em apreço.

Trata-se de situações em que, estando o sector privado plenamente apto a dar resposta a quaisquer exigências do mercado, nele subsistem entidades de cariz público ou parapúblico em concorrência que, não sendo ilegal, é claramente desleal, face à existência de mecanismos de exclusividade e/ou contratação preferencial que as colocam em posição de vantagem relativamente às congéneres privadas (v.g. INCM).

## **7.**

Na perspectiva da CIP, em geral, a PL que aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência constitui uma boa base de trabalho, mas é susceptível de algumas críticas e melhoramentos que serão seguidamente abordados na parte "*Em especial*".

## **II – Em especial**

- **Capítulo I – Promoção e defesa da concorrência**

O título do capítulo I “*Promoção e defesa da concorrência*” sugere, desde logo, uma perspectiva errada dos objectivos da lei.

Seria mais correcto e adequado denominar-se “Regime jurídico de defesa da concorrência”.

De facto, as leis de defesa da concorrência não regulam a concorrência nem têm o objectivo de a promover.

O direito da concorrência defende a concorrência com o intuito de a preservar, não de a regular ou promover.

Mesmo no exercício de poderes de supervisão, como é o caso do controlo de concentrações, a Autoridade da Concorrência defende a manutenção da concorrência efectiva – não a regula nem a promove.

O equívoco entre defesa da concorrência e regulação da concorrência está arreigado entre nós, sobretudo ao nível das autoridades administrativas, e tem sido fonte de um apreciável número de mal entendidos.

- **Artigo 4º (Serviços de interesse económico geral)**

- n.º 1**

O n.º 1 do artigo 4º em apreço, dispõe que o âmbito de aplicação do diploma abrange as empresas públicas, as entidades públicas empresariais e as empresas às quais o Estado tenha concedido direitos especiais ou exclusivos.

No que respeita à comparação do disposto neste artigo com o disposto no diploma actualmente em vigor e objecto de alteração, constata-se que a única alteração reside na introdução da expressão “as entidades públicas empresariais”.

Não se vislumbra a razão que subjaz à referida introdução pela razão que ora se expõe.

Nos termos do n.º 1 do artigo 2.º Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto, que estabelece o regime do sector empresarial do Estado, refere-se que este sector integra as empresas públicas e as empresas participadas.

Ora, definindo nos artigos seguintes – n.º 2 do artigo 2º e artigo 3º – o que são empresas participadas e empresas públicas, respectivamente, não parece que o mencionado diploma faça distinção entre empresas públicas e entidades públicas empresariais.

Distinção essa que, aliás, também não consta do n.º 1 do artigo 3º do diploma que ora se altera.

Assim, e para efeitos de uniformização de linguagem e mesmo clareza jurídica, dever-se-á optar por uma formulação que não suscite dúvidas ou comporte excepções, propondo-se, portanto, a seguinte redacção:

*“As empresas do sector empresarial do Estado e as empresas às quais o Estado tenha concedido direitos especiais ou exclusivos encontram-se abrangidas pela presente, sem prejuízo do disposto no número seguinte”.*

- **Artigo 5.º (Autoridade da Concorrência)**

Na perspectiva da CIP, é necessário clarificar que não cabe às autoridades reguladoras sectoriais assegurar o respeito pelas regras de concorrência.

Tal atribuição é exclusiva da Autoridade da Concorrência, sem prejuízo da competência dos Tribunais.

Infelizmente, as empresas confrontam-se, nos dias de hoje, com casos em que as autoridades reguladoras têm aplicado a Lei da Concorrência com base em critérios completamente distintos daqueles que devem nortear a sua interpretação.

- **Artigo 8.º (Acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas)**
- **Artigo 9.º (Justificação de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas)**

A disciplina dos acordos restritivos da concorrência, das práticas concertadas entre empresas e das decisões de associações de empresas foi harmonizada com a que consta do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), mas não sofreu alterações substanciais.

As empresas passam a ter de avaliar, por sua conta e risco, as justificações das restrições de concorrência baseadas em razões de eficiência e de proporcionalidade, de benefício para o consumidor e de manutenção da concorrência efectiva.

O ónus da prova dos pressupostos de uma eventual justificação dos acordos restritivos da concorrência passa a caber às empresas que a invocam e a Autoridade da Concorrência deixa de poder autorizá-los previamente.

Na perspectiva da CIP, este regime corresponde ao que vigora na União Europeia, mas não é compatível com a falta de orientação inerente à ausência de divulgação das decisões da Autoridade da Concorrência e dos Tribunais no sítio Internet da referida Autoridade.

- **Artigo 10.º (Abuso de posição dominante)**

A disciplina do abuso de posição dominante é harmonizada, em alguns aspectos, com a do artigo 102º do TFUE, mas não sofre alterações substanciais.

Todavia, projecta-se suprimir, face ao regime actual (constante da alínea b) do n.º 2 do artigo 6º da Lei n.º Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho) a definição de posição dominante colectiva, sem se apresentarem quaisquer motivos que o justifiquem.

Trata-se de uma noção que tem vindo a ser desenvolvida ao nível do TFUE, pelo que deve ser mantida e sofrer o respectivo desenvolvimento jurisprudencial.

- **Artigo 11.º (Abuso de dependência económica)**

A disciplina relativa ao abuso de dependência económica mantém-se, não tendo sofrido alterações substanciais.

Assim sendo, é de prever que o instituto mantenha uma aplicação reduzida ou, mesmo nula, como tem sucedido até aqui.

Com vista a melhorar a eficácia do instituto, considera-se que a situação de “*alternativa equivalente*”, constante do n.º 3 do preceito em apreço, deve ser complementada – no sentido de aumentar a sua latitude – com a introdução de limiares que conduzam à caracterização de dependência económica (p. ex.: um só comprador representa mais de determinada percentagem do seu volume de negócios, por referência ao território nacional) ou de posição dominante (p. ex.: o fornecimento do bem ou serviço em causa for assegurado por um número restrito de empresas cuja quota conjunta das duas principais empresas a operar no mercado em causa for superior a uma determinada percentagem).

De facto, na maioria dos casos, a proibição do abuso de dependência económica tem sido invocada para exigir de empresas que não são dominantes a continuidade do fornecimento em condições incompatíveis com a disciplina do abuso de posição dominante.

- **Artigo 12.º (Normas aplicáveis)**

Os n.ºs 1 e 2 do artigo 11º referem o seguinte:

*"1 - Os processos por infração ao disposto nos artigos 8.º, 10.º e 11.º regem-se pelo previsto na presente lei e, subsidiariamente, pelo regime geral do ilícito de mera ordenação social, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro.*

*2 - O disposto no número anterior é igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, aos processos por infração aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia instaurados pela Autoridade da Concorrência, ou em que esta seja chamada a intervir, ao abrigo das competências que lhe são conferidas pela alínea g) do n.º 1 do artigo 6.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro."*

Com já foi referido na parte "Em geral", o Memorando de Entendimento, nesta matéria, menciona o seguinte:

- *"Simplificar a lei, separando claramente as regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência das regras de procedimentos penais, no sentido de assegurar a aplicação efectiva da Lei da Concorrência"*(v. 2ª marca do subponto vi do ponto 7.20)

Na perspectiva da CIP, o objectivo em referência é positivo, uma vez que permitirá evitar que, nos processos de contra-ordenação por violação da Lei da Concorrência, a aplicação subsidiária das regras de processo penal conduza à observância de regras "demasiado garantísticas" – justificadas pela natureza penal do bem a proteger –, mas que não fazem sentido no âmbito do regime da concorrência.

Actualmente já existem alguns exemplos de instituições (v.g. o INAC - Instituto Nacional de Aviação Civil) em cujo estatuto está regulado de forma autónoma e integrada todo o processo contra-ordenacional.

Assim, a política da concorrência deve garantir, tanto quanto possível, um equilíbrio entre a segurança jurídica e a minimização de procedimentos.

O objectivo traçado no Memorando de Entendimento serve de princípio orientador à PL embora, na perspectiva da CIP, não se tenha ido tão longe quanto o pretendido no Memorando.

A PL, face ao à Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprova o regime jurídico da concorrência, regula de forma muito mais pormenorizada o processo sancionatório relativo às práticas restritivas e às operações de concentração.

Porém, o teor do artigo 12º em análise, ao aplicar subsidiariamente o regime geral do ilícito de mera ordenação social, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, contende com o objectivo inicialmente proposto.

Se o objectivo era separar claramente as regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência das regras de procedimentos penais, tal objectivo não parece ter sido integralmente conseguido, pois nenhum operador poderá, com certeza absoluta, antecipar as situações que poderão acabar por ser reguladas pelo supra-mencionado Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro.

- **Artigo 13.º (Regras gerais sobre prazos)**

**n.º 2**

No n.º 2 do artigo 13.º, refere-se que *“Na fixação dos prazos que, nos termos da lei, dependam de decisão da Autoridade da Concorrência, serão considerados os critérios do tempo razoavelmente necessário para a elaboração das observações ou comunicações a apresentar, bem como a urgência na prática do acto.”*

Na perspectiva da CIP, a Autoridade da Concorrência deve rapidamente proceder à definição de todos os prazos cuja fixação é da sua competência.

Este princípio dá-se por reproduzido em todas as situações similares previstas na PL da Concorrência, ou seja, em todos os casos nos quais os prazos são fixados pela referida Autoridade.

- **Artigo 14.º (Prestação de informações)**

**n.º 2**

No n.º 2 do artigo 14.º procede-se, face ao regime em vigor (cfr. n.º 2 do artigo 18º da já referida n.º Lei 18/2003, de 11 de Junho, que aprova o regime jurídico da concorrência), à alteração do prazo concedido ao inquirido para a prestação das informações solicitadas de 30 dias para um prazo não inferior a 10 dias úteis, ou não inferior a 5 dias úteis para pedidos concretos de resposta simples.

Tal alteração pode, em casos em que se solicitam muitas informações, dificultar a resposta dos prestadores dessas mesmas informações.

Face ao exposto, deve-se manter o prazo previsto actualmente.



- **Artigo 16.º (Abertura de Inquérito)**

**n.º 1**

Como já foi referido na parte “Em geral”, actualmente, existe a obrigação da Autoridade da Concorrência em proceder à abertura de um inquérito *“sempre que a Autoridade tome conhecimento, por qualquer via, de eventuais práticas proibidas (...)”* (v. n.º 1 do artigo 24º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprova o regime jurídico da concorrência).

De acordo com o n.º 1 do artigo 16º da PL em referência, *“A Autoridade da Concorrência procede à abertura de inquérito por práticas proibidas pelos artigos 8.º, 10.º e 11.º da presente lei ou pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, oficiosamente ou na sequência de denúncia, respeitando o disposto no artigo 6.º da presente lei.”*.

A CIP entende que este poder não pode ser exercido sem vinculação a critérios pré-definidos e sujeição a controlo jurisdicional efectivo.

**n.º 4**

De acordo com o n.º 4 do artigo em análise, *“Qualquer pessoa, singular ou coletiva, que tiver notícia de uma prática restritiva pode denunciá-la à Autoridade da Concorrência, desde que apresente denúncia usando para o efeito o formulário aprovado pela Autoridade da Concorrência e publicitado na sua página eletrónica.”*.

A CIP considera necessário prever-se, ao nível da presente PL ou em sede de Linhas de Orientação, a admissibilidade e a aceitação pela Autoridade da Concorrência, do pedido de confidencialidade quanto à identidade do denunciante.

Esta possibilidade, reserva de confidencialidade da identidade do denunciante, pode afigurar-se importante para que as empresas afectadas por eventuais práticas restritivas da concorrência não deixem de as denunciar por motivo de dependência económica e receio de perda de negócios.

- **Artigo 17.º (Poderes de inquirição, busca e apreensão)**
- **Artigo 18.º (Busca domiciliária) ver comentário na página seguinte**
- **Artigo 21.º (Procedimento de transacção no inquérito)**

- **Artigo 22.º (Arquivamento mediante imposição de condições no inquérito)**

Neste domínios, a CIP não vê razão para quadro que escape ao âmbito de aplicação do direito penal e regras de índole processual que, para esse mesmo ramo do direito, se mostrem consagradas.

- **Artigo 21.º (Procedimento de transacção no inquérito)**

**n.ºs 1 a 4 e 6 a 12**

O processo de contra-ordenação passa a poder ser decidido e encerrado com o acordo da Autoridade da Concorrência, com base numa proposta de transacção apresentada pelo visado, podendo, neste caso, a coima ser reduzida.

Na proposta de transacção o visado reconhece a sua responsabilidade na infracção de que é acusado.

Os factos confessados que constem da decisão condenatória não podem ser impugnados.

Porém, não se encontra devidamente esclarecida a questão de saber em que medida as declarações e a documentação fornecidas pela empresa arguida podem ser usadas contra ela sempre que a negociação com a Autoridade da Concorrência não conduzir a uma transacção.

**n.º 5**

No n.º 5 do artigo 21º, diz-se que *"A Autoridade da Concorrência pode, a qualquer momento, por decisão não susceptível de recurso, pôr termo às conversações, relativamente a um ou mais visados pelo inquérito, se considerar que não permitem alcançar ganhos processuais."* (sublinhado nosso).

Neste âmbito, questiona-se, por um lado, o que se entende por *"ganhos processuais"* ? Visa-se com tal medida impedir o recurso a manobras dilatórias ?

É necessário esclarecer.

Na perspectiva da CIP, na avaliação da decisão de pôr termo às conversações deve ser concedida maior relevância ao efeito útil da transacção do que a meras questões processuais.

- **Artigo 24.º (Instrução do processo)**

- n.ºs 1, 2 e 6**

De acordo com os n.ºs 1, 2 e 6 do artigo 24º, a Autoridade da Concorrência fixa um prazo mínimo de 20 dias úteis para apresentar resposta à nota de ilicitude, na qual o visado pode formular uma proposta de transacção.

Na generalidade dos casos, as notas de ilicitude são extensas e complexas, pelo que o prazo estabelecido será insuficiente para a defesa. É de realçar, nesta matéria, que a Comissão Europeia concede, em regra, um prazo de 2 meses para a resposta.

Por outro lado, as audições orais, havendo vários requerentes, devem ser realizadas separadamente, ainda que nenhum dos co-visados se oponha à presença dos demais.

Também neste aspecto a PL se afasta do direito comunitário, porquanto os co-visados são, regra geral, admitidos a assistir às audições a menos que isso comprometa segredos de negócio ou a condução normal da diligência.

A Autoridade da Concorrência passa a poder emitir uma segunda nota de ilicitude sempre que as diligências complementares de prova alterem substancialmente os factos inicialmente imputados ao visado ou a sua qualificação.

A CIP entende que não parece ser de incentivar a reiteração na possibilidade de a Autoridade da Concorrência afinar a factualidade relevante e, sobretudo, a qualificação do ilícito, em função da defesa escrita, quanto mais não seja, porque revela, à partida, uma incerteza quanto aos contornos do tipo.

Por outro lado, considera-se que a Autoridade da Concorrência deve obrigatoriamente notificar, não só o visado, mas também o denunciante da nota da ilicitude que determina a abertura da instrução, fixando-lhe prazo idêntico ao estabelecido para o visado para que o denunciante se pronuncie.

Do mesmo modo, ao denunciante deve ser concedido o direito de requerer diligências complementares de prova que considere convenientes e de solicitar à Autoridade da Concorrência uma audição oral.

- **Artigo 28.º (Conclusão da instrução)**

- n.ºs 4 e 5**

De acordo com o n.º 4 do preceito em referência, a Autoridade da Concorrência poderá, no futuro, determinar no âmbito de processos contra-ordenacionais a imposição de medidas de conduta ou de carácter estrutural que sejam indispensáveis à cessação da prática ou dos seus efeitos.

As medidas de carácter estrutural podem implicar, entre outras soluções, a separação jurídica de activos mantendo-os sob o mesmo controlo ou, pura e simplesmente, a obrigatoriedade da sua alienação a terceiros independentes.

Nos termos do n.º 5 do mesmo preceito, as medidas de carácter estrutural só podem ser impostas quando não existir qualquer medida de conduta eficaz ou, existindo, a mesma for mais onerosa para o visado do que as medidas de carácter estrutural.

É verdade que o poder de impor medidas de carácter estrutural tem sido uma reivindicação da Autoridade da Concorrência desde 2004.

A Comissão Europeia tem esse poder, de acordo com artigo 72.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 81.º e 82.º do Tratado, mas, tanto quanto se sabe, nunca o usou.

É legítimo o receio de que a Autoridade da Concorrência possa vir a actuar com injustificada ligeireza nesta matéria, tanto mais que, tratando-se de uma medida de natureza absolutamente excepcional, as condições do seu lançamento carecem de densificação.

O considerando 12 do referido Regulamento (CE) 1/2003, sugere uma limitada vocação para este tipo de “remédios”, a saber: reposição da estrutura de mercado anterior à infracção em caso de risco significativo de infracção persistente.

Parece-nos, assim, que o n.º 5 do artigo 28.º deverá ser afinado cuidadosamente caso se deseje dar à Autoridade da Concorrência poderes para imposição de medidas estruturais.

- **Artigo 29.º, n.º 1 e 5 (Segredos de negócio)**
- **Artigo 30.º, n.º 3 e 5 (Prova)**

A Autoridade da Concorrência passa a poder utilizar, como meios de prova, documentos que contenham segredos de negócio para a demonstração de uma infracção às normas da concorrência.

Consagra-se, assim, uma solução que a Autoridade da Concorrência não tem conseguido fazer vingar nos tribunais.

Sucedem que, nesta matéria, os tribunais, em especial o Tribunal do Comércio, estão perfeitamente alinhados com o direito comunitário.

A Autoridade da Concorrência tem poderes para, sob pena de aplicação de pesadas coimas, obrigar qualquer empresa ou associação de empresas a fornecer-lhe informações e documentos susceptíveis de conter segredos de negócio.

Não pode, em seguida, deixar de os proteger a pretexto de que lhe convém como meio de produção de prova.

O visado tem direito a conhecer, comentar e refutar toda a prova que é usada contra si.

Na prática, a Autoridade da Concorrência pode obrigar as empresas — visadas ou não — a fornecer-lhe informações e documentos, exigir-lhes que indiquem quais os que contêm segredos de negócios e que facultem versão não confidencial dos mesmos e, no final, pode torná-los públicos se lhe convier em termos de prova.

Para além da atribuição de um poder discricionário, sem qualquer justificação, também não parece que se deva fazer prevalecer o interesse da instrução e da prova sobre o interesse na protecção do segredo de negócio que, no fundo, é ainda uma manifestação do direito da propriedade.

Se o segredo de negócio for necessário para fazer prova porque a Autoridade da Concorrência não logrou obter outra prova, esta deve, ainda assim, proteger o segredo e dar-se ao trabalho de reunir outro tipo de prova, caso contrário não pode fundar a acusação.

É assim na União Europeia e é assim em Portugal por força de jurisprudência constante do Tribunal do Comércio.

Na nossa perspectiva, não é legítima a desprotecção do segredo de negócio face ao interesse, ou facilidade, da instrução.

- **Artigo 31.º (Publicidade do processo e segredo de justiça)**

A CIP considera que é necessário reforçar a transparência da actuação da Autoridade da Concorrência e, assim, promover um melhor conhecimento das suas decisões.

Assim, entende a CIP que, à semelhança do artigo 30.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 81.º e 82.º do Tratado, dever-se-ia prever a obrigatoriedade da Autoridade da Concorrência publicar todas as decisões finais que adopta, em sede de processos por práticas restritivas, sem prejuízo da necessária salvaguarda dos segredos de negócio e de outras informações consideradas confidenciais.

Do mesmo modo, também deverão ser publicadas no site da Autoridade da Concorrência as sentenças e acórdãos proferidos pelos Tribunais, no âmbito de recursos de decisões da citada Autoridade.

Por outro lado, considera-se que, para além do visado, o denunciante também poderá requerer o levantamento do segredo de justiça (v. n.º 4 do artigo 31.º em referência).

- **Artigo 36.º (Notificação prévia)**

Como já foi referido na parte “Em geral”, sobre esta matéria, constata-se que o legislador nacional pretende manter as operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia quando preenchem dois critérios alternativos: i) volume de negócios; e ii) quota de

mercado – v. alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 36º do Projecto de Proposta de Lei que aprova o Regime Jurídico da Concorrência (Anexo I).

A alínea c) desses mesmos número e artigo, continua a prever, no entanto, uma solução de compromisso, que combina o critério da quota de mercado com o critério relativo ao volume de negócios.

No domínio das concentrações revela-se, igualmente, importante proceder à simplificação das regras aplicáveis ao procedimento de apreciação das citadas concentrações, tendo por objectivo a remoção dos obstáculos administrativos desnecessários à actividade das empresas.

- **Artigo 40.º (Apreciação das operações de concentração)**

- n.º 2**

- No n.º 2 do artigo 40º referem-se os factores tidos em conta na apreciação das operações de concentração.

- Face ao regime actualmente em vigor, constata-se que foi eliminado o “*contributo da concentração para a competitividade internacional da economia nacional*” (cfr. al. I) do n.º 2 do artigo 12º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprova o regime jurídico da concorrência).

- Não se compreende o sentido e alcance desta alteração.

- De facto, tendo em conta que a competitividade internacional da economia nacional será certamente um objectivo relevante a prosseguir nas operações de fusões e aquisições em Portugal, a avaliação deste contributo deveria ser atendido em qualquer processo de análise de operações de concentração.

- Em face do exposto, o teor da al. I) do n.º 2 do artigo 12º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprova o regime jurídico da concorrência, deverá ser mantido no novo regime.

- **Artigo 41.º (Normas aplicáveis)**

O artigo em epígrafe refere que o *“procedimento em matéria de controlo de operações de concentração de empresas rege-se pelo disposto na presente secção e, subsidiariamente, pelo Código do Procedimento Administrativo.”*

Com já se referiu na parte “Em geral”, o Memorando de Entendimento, nesta matéria, estabelece como objectivo *“Garantir mais clareza e segurança jurídica na aplicação do Código do Processo Administrativo ao controlo de fusões”*(v. 4ª marca do subponto vi do ponto 7.20).

A CIP entende que o referido objectivo parece não ter sido integralmente conseguido.

De facto, nenhum operador poderá, com certeza absoluta, antecipar as situações que poderão acabar por ser reguladas pelo Código do Processo Administrativo na medida que a PL mantém no seu artigo 41.º a aplicação subsidiária do Código do Procedimento Administrativo à matéria de controlo de operações de concentração de empresas não especificamente regulada na nova Lei.

Esta constatação sairia prejudicada caso a PL tivesse regulado de forma bastante exaustiva esta matéria, minimizando ao máximo a possibilidade de recurso à legislação administrativa para aplicação subsidiária, o que não acontece.

Efectivamente, os artigos da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, afectos à regulação de controlo de operações de concentração de empresas são substituídos por novos artigos, mas que, no essencial, se equivalem.

- **Artigo 43.º (Notificação da operação)**

**n.ºs 3 e 4**

Nos dispositivos em referência, fala-se de formulários aprovados por regulamento da Autoridade da Concorrência.



Neste ponto, a CIP, naturalmente, entende que os formulários aqui enunciados, mas também quaisquer outros previstos, devem ser objecto de rápida publicação por forma a não pôr em causa o normal funcionamento do sistema.

Por outro lado, é necessário esclarecer as situações em que é possível apresentar-se uma notificação simplificada e, concretamente, em que consiste a dita simplificação em termos de informações a fornecer e prazos de decisão.

- **Artigo 47.º (Direito à informação)**

Os contra-interessados, incluindo as empresas alvo de uma OPA hostil, apenas têm direito à informação e acesso ao processo até ao termo do prazo para a apresentação de observações e durante a audiência de interessados.

Esta restrição dificulta desnecessariamente o acompanhamento do procedimento por parte dos terceiros interessados e, conjugada com os prazos de pronúncia, priva-os e à Autoridade da Concorrência de informação útil à avaliação dos efeitos das transacções.

- **Artigo 54.º (Articulação com autoridades reguladoras sectoriais no âmbito do controlo de concentrações)**

Quando a concentração tiver incidência num mercado objecto de regulação sectorial, a Autoridade da Concorrência deve pedir parecer à respectiva autoridade reguladora, suspendendo-se o prazo para adopção da decisão sempre que esse parecer seja vinculativo.

As concentrações entre meios de comunicação social continuam sujeitas a parecer vinculativo da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), que deverá ser negativo sempre que for posta em causa a liberdade de expressão e de confronto das diversas correntes de opinião.

Em casos como o da ERC, o parecer vinculativo pode conduzir a uma verdadeira decisão de oposição à operação por parte desta entidade, que se encontra enxertada no procedimento de controlo de concentrações perante a Autoridade da Concorrência.

Neste caso, o novo regime continua a não permitir qualquer defesa por parte da notificante e impede a Autoridade da Concorrência de autorizar uma concentração ainda que não suscite qualquer preocupação de direito da concorrência.

- **Artigo 60.º (Estudos de mercado e inquéritos por sectores económicos e por tipos de acordos)**

Neste âmbito, o problema que se tem suscitado a respeito dos poderes de supervisão e da prestação de informações diz respeito ao facto de essas informações poderem servir para instruir processos de natureza sancionatória.

Na perspectiva da CIP, é indispensável prever expressamente na lei que os elementos recolhidos no âmbito dos poderes de supervisão não podem ser usados para a instrução de procedimentos de contra-ordenação.

Por outro lado, são introduzidos melhoramentos na actual prática de elaboração de estudos e inquéritos sectoriais, com especial destaque para a possibilidade de consulta pública, ainda que não obrigatória.

Considera-se indispensável, no entanto, que essa consulta seja obrigatória de modo a que as empresas e sectores visados possam expressar os seus pontos de vista.

- **Artigo 62.º (Inspeções e auditorias)**
- **Artigo 63.º (Poderes em matéria de inspeção e auditoria)**

Também aqui, e tal como se deixou expresso a propósito dos artigos 17.º, 18.º, 21.º e 22.º, a CIP não vê razões para quadro, quer quanto ao âmbito de aplicação quer no que respeita aos aspectos processuais, que vá para além do que se encontra consagrado para o domínio penal.

- **Artigo 64.º (Auxílios públicos)**

O artigo 13.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprova o regime jurídico da concorrência, aborda os auxílios do Estado.

A referida Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, pretende dar concretização ao disposto na alínea f) do artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa, que determina que incumbe prioritariamente ao Estado, no âmbito económico e social, *"assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral"*.

Assim, o Regime Jurídico da Concorrência, previsto e regulado pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, visa, no essencial, disciplinar a actuação dos sujeitos económicos no mercado, ou seja, regular a concorrência entre as empresas no mercado.

Esta disciplina é criada e imposta pelo Estado através de normas jurídicas que devem ser aplicadas à generalidade dos sujeitos económicos e do mercado.

Neste âmbito, coloca-se a questão de saber se as suas normas jurídicas têm ou não uma vocação de não discriminação aquando da sua aplicação.

Parece-nos que não têm.

O actual Regime Jurídico da Concorrência, ao ser influenciado pelo Direito Comunitário, continua a ser discriminatório, nomeadamente no que diz respeito aos auxílios de Estado e às chamadas *"indenizações compensatórias"*, actos de intervenção do Estado na economia, desprovidos de qualquer critério e que se traduzem, em geral, numa forte e perigosa discriminação.

É que, através destes auxílios e daquelas indenizações, o Estado está a *"subsidiar"* algumas empresas em prejuízo de outras, sem que o regime jurídico da concorrência garanta ou previna o direito daquelas que não são *"beneficiadas"*.

Pelo exposto, entende-se importante a criação de mecanismos normativos que impeçam a possibilidade de tratamento discriminatório, fixando-se critérios rigorosos que justifiquem a atribuição dos referidos auxílios e/ou indenizações compensatórias.

A PL em análise, quanto a esta matéria, refere o seguinte:

*"1 - Os auxílios a empresas concedidos pelo Estado ou qualquer outro ente público não devem restringir, distorcer ou afetar de forma sensível a concorrência, no todo ou em parte substancial do mercado nacional."*

*2 - A Autoridade da Concorrência pode analisar qualquer auxílio ou projeto de auxílio e formular ao Governo ou a qualquer outro ente público as recomendações que entenda necessárias para eliminar os efeitos negativos sobre a concorrência.*

*3 - A Autoridade da Concorrência acompanha a execução das recomendações formuladas, podendo solicitar a quaisquer entidades informações relativas à sua implementação.*

*4 - A Autoridade da Concorrência divulga as recomendações que formula na sua página eletrónica.”*

Da análise do projectado artigo 64.º e com base no posicionamento assumido anteriormente pela CIP, constata-se o seguinte:

Em primeiro lugar, não são estabelecidos quaisquer critérios que devem presidir à decisão de atribuição dos auxílios às empresas, o que se revela negativo pelas razões já apontadas.

Em segundo lugar, é necessário que, no âmbito do n.º 2 do artigo em referência, se esclareça, tal como sucede no regime actual nesta matéria (v. n.º 2 do artigo 13.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho) que qualquer interessado possa solicitar que a Autoridade da Concorrência proceda à análise de qualquer auxílio ou projecto de auxílio.

Em terceiro lugar, verifica-se que o regime dos auxílios públicos que ora se projecta, não refere, tal como no regime actualmente em vigor, que para efeitos dos auxílios de Estado “*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*” (v. n.º 3 do referido artigo 13.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprova o regime jurídico da concorrência).

A ausência de referência às indemnizações compensatórias representa que as mesmas poderão vir a ser qualificadas como auxílios de Estado ?

É necessário esclarecer.

- **Artigo 65.º (Procedimento de regulamentação)**

Também neste caso, a CIP entende que os regulamentos necessários ao regular funcionamento do sistema devem ser publicados com a celeridade que se impõe.

- **Artigo 69.º (Dispensa ou redução da coima)**

O regime em referência, foi harmonizado com o vigente na União Europeia, está circunscrito aos casos de cartel e pode beneficiar as empresas e os titulares dos seus órgãos de administração.

Para além da empresa que primeiro forneça informações sobre um cartel, passam a beneficiar de redução da coima a primeira (30 a 50%), a segunda (20 a 30%) e as demais empresas (20%) participantes que transmitam informações de valor adicional.

Reveste-se, assim, de grande importância para as empresas interessadas o conhecimento dos critérios de valoração atribuídos pela Autoridade para efeitos de avaliação do seu nível de contributo em matéria de prova.

À semelhança do que se encontra definido relativamente à dispensa e redução da coima na Comunicação da Comissão Europeia seria útil que se contemplasse a definição do conceito de “*valor adicional*”, prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 77.º.

Na PL em apreço, a Autoridade da Concorrência classifica como confidencial o pedido de dispensa ou de redução do montante da coima, bem como todos os documentos e informações apresentados para o efeito.

Salvo autorização do requerente, o acesso de terceiros aos documentos e informações apresentados é proibido e os demais co-visados podem consultá-los, mas não reproduzi-los.

A imposição, por via legal, da confidencialidade de todo o processo pode ser excessiva e indesejável na medida em que bloqueie o acesso à informação por parte de quem dela necessite para acções indemnizatórias do tipo “follow-on”.

Para resolver este problema, a reserva de confidencialidade poderia ser limitada aos documentos preparados expressamente para apresentação do pedido de demência, mas já não à documentação pré-existente coligida para instruir o mesmo.

- **Artigo 72.º (Responsabilidade)**

**n.º 8**

As empresas cujos representantes, ao tempo da infracção, eram membros da direcção de uma associação são solidariamente responsáveis pelo pagamento das coimas, excepto se, por escrito, tiverem lavrado a sua oposição à decisão que constitui infracção ou da qual esta resultou.

A responsabilidade dos associados e membros dos órgãos directivos de uma associação de empresas fica assim sujeita a um regime injusto que deveria ser melhor conciliado com o disposto no já citado Regulamento (CE) 1/2003.

A solução do Regulamento (CE) 1/2003 garante que a associação é, em primeiro lugar, a entidade responsável pelo pagamento. Apenas quando insolvente pode ser feito apelo às contribuições dos seus membros para cobrir o montante da coima.

Nos casos em que esta via não permitir pagar integralmente a coima devida, poderá ser exigido o pagamento às empresas cujos representantes eram membros dos órgãos directivos à data da infracção.

Só nesta última hipótese, e na medida em que não se tenham oposto à decisão, as empresas cujos representantes eram membros da direcção são solidariamente responsáveis pelo pagamento das coimas.

- **Artigo 73.º (Prescrição)**

Na perspectiva da CIP, deve ser mantido o modelo e prazo previsto na atual Lei da Concorrência - prazo máximo de 8 anos para efeitos de prescrição do procedimento contra-ordenacional jusconcorrencial.

Por um lado, o regime previsto na PL dá azo a múltiplas interpretações subjetivas e revela-se pouco claro com remissões diretas e indiretas e simultâneas para o Código Penal, Código de Processo Penal e Regime Geral das Contraordenações e Coimas, circunstância que impede a necessária clareza e a segurança jurídica.

Por outro lado, a instalação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão também contribuirá para uma ainda maior celeridade do processo na fase judicial, pelo que também não encontra justificação para a dilatação prevista do prazo máximo de prescrição do procedimento contra-ordenacional jusconcorrencial para mais de 10 anos, que excede, em muito, o prazo previsto no Código Penal para um elevado número de ilícitos de natureza criminal, o que coloca em causa a coerência do edifício jurídico nacional (cfr. n.º 7 e 8 do artigo 73.º da PL) .

- **Artigo 74.º (Âmbito objectivo)**
- **Artigo 75.º (Âmbito subjectivo)**
- **Artigo 74.º (Dispensa da coima)**
- **Artigo 77.º (Redução da coima)**
- **Artigo 78.º (Titulares)**
- **Artigo 80.º (Documentação confidencial)**
- **Artigo 81.º (Decisão sobre o pedido de dispensa ou de redução da coima)**

Como já se referiu aquando da análise do artigo 69.º, o regime da dispensa e da redução do montante da coima foi harmonizado com o vigente na União Europeia, está circunscrito aos casos de cartel e pode beneficiar as empresas e os titulares dos seus órgãos de administração.

Para além da empresa que primeiro forneça informações sobre um cartel, passam a beneficiar de redução da coima a primeira (30 a 50%), a segunda (20 a 30%) e as demais empresas (20%) participantes que transmitam informações de valor adicional.

Reveste-se, assim, de grande importância para as empresas interessadas o conhecimento dos critérios de valoração atribuídos pela Autoridade para efeitos de avaliação do seu nível de contributo em matéria de prova.

À semelhança do que se encontra definido relativamente à dispensa e redução da coima na Comunicação da Comissão Europeia seria útil que se contemplasse a definição do conceito de "*valor adicional*", prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 77.º.

Na PL em referência, a Autoridade da Concorrência classifica como confidencial o pedido de dispensa ou de redução do montante da coima, bem como todos os documentos e informações apresentados para o efeito.

Salvo autorização do requerente, o acesso de terceiros aos documentos e informações apresentados é proibido e os demais co-visados podem consultá-los, mas não reproduzi-los.

A imposição, por via legal, da confidencialidade de todo o processo pode ser excessiva e indesejável na medida em que bloqueie o acesso à informação por parte de quem dela necessite para acções indemnizatórias do tipo "follow-on".

Para resolver este problema, a reserva de confidencialidade poderia ser limitada aos documentos preparados expressamente para apresentação do pedido de demência, mas já não à documentação pré-existente coligida para instruir o mesmo.

- **Artigo 79.º (Procedimento)**

De acordo com o artigo em epígrafe, *"O procedimento administrativo relativo à tramitação do pedido de dispensa ou de redução da coima é estabelecido por regulamento a aprovar pela Autoridade da Concorrência, nos termos do artigo 65.º."*

Tal como já foi referido aquando da análise do artigo 65.º da PL, a CIP entende que o regulamento previsto no artigo 79.º deve ser publicado com a celeridade que se impõe.

- **Artigo 83.º (Recurso, tribunal competente e efeitos do recurso)**

- n.º 3**

Segundo o n.º 3 do artigo 83.º das *"decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão."*

Como já se referiu na parte "Em geral", considera-se, aliás, que a criação do Tribunal de Competência Especializada para a Concorrência, Regulação e Supervisão (v. Lei nº 46/2011, de 24 de Junho, que, entre outros aspectos, cria o Tribunal de Competência Especializada para Propriedade Intelectual e o Tribunal de Competência Especializada para a Concorrência, Regulação e Supervisão) poderá contribuir de forma positiva para a resolução dos litígios em matéria da concorrência.



Na perspectiva da CIP, tendo por base a necessidade de melhorar o funcionamento do sistema judicial, é necessário garantir, no menor espaço de tempo possível, a operacionalização desse Tribunal de Competência Especializada, tal como os outros previstos na referida Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho.

Destaca-se que o já mencionado Memorando de Entendimento prevê "*Tornar completamente operacionais os tribunais especializados em matéria de Concorrência e Direitos de Propriedade Intelectual*" no primeiro trimestre de 2012.

Ainda neste âmbito, é de realçar que, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 89º-B, da supra-mencionada Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho:

*"1 — Compete ao tribunal da concorrência, regulação e supervisão conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contra-ordenação legalmente susceptíveis de impugnação:*

- a) Da Autoridade da Concorrência (AdC);*
- b) Da Autoridade Nacional de Comunicações (ICP--ANACOM);*
- c) Do Banco de Portugal (BP);*
- d) Da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM);*
- e) Da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC);*
- f) Do Instituto de Seguros de Portugal (ISP);*
- g) Das demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão.*

*2 — Compete ainda ao tribunal da concorrência, regulação e supervisão conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução:*

- a) Das decisões da AdC proferidas em procedimentos administrativos a que se refere o regime jurídico da concorrência, bem como da decisão ministerial prevista no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro;*
- b) Das demais decisões da AdC que admitam recurso, nos termos previstos no regime jurídico da concorrência."*

Não obstante a CIP pugnar por uma política de racionalização no que aos recursos diz respeito, julga-se que a acentuada abrangência ao nível da apreciação de recursos (v.g. as decisões proferidas por todas as entidades referidas no já referido artigo 89º B) poderá, de alguma forma, colocar em causa a especificidade do tratamento nos processos em matéria de Concorrência.

Assim, consideramos que se deve proceder a uma avaliação, em termos de custo/benefício, sobre a possibilidade de se criar uma secção especializada em matéria de processos de concorrência, situada em Lisboa, com o objectivo de se assegurar, de forma célere e com menores custos, a promoção da concorrência.

#### **n.ºs 4 e 5**

Nos n.ºs 4 e 5 do artigo 83.º da PL, refere-se o seguinte:

*"4 - O recurso tem efeito meramente devolutivo, exceto no que respeita a decisões que apliquem medidas de carácter estrutural determinadas nos termos do n.º 2 do artigo 28.º, cujo efeito é suspensivo.*

*5 - No caso de decisões que apliquem coimas ou outras sanções previstas na lei, o visado pode requerer, ao interpor o recurso, que o mesmo tenha efeito suspensivo quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e se ofereça para prestar caução em substituição, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efetiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal."*

Por sua vez, o regime actualmente em vigor nesta matéria prescreve o seguinte (v. artigo 50.º n.ºs 1 e 2 da Lei 18/2003, de 11 de Junho, na redacção conferida pelo artigo 10.º da Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho):

*1 — Das decisões proferidas pela autoridade que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei cabe recurso para o tribunal da concorrência, regulação e supervisão, com efeito suspensivo.*

*2 — Das demais decisões, despachos ou outras medidas adoptadas pela autoridade cabe recurso para o mesmo tribunal, com efeito meramente devolutivo, nos termos e limites fixados no n.º 2 do artigo 55.º do Decreto -Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro.*

Do confronto entre a PL e o regime em vigor, constata-se que, no caso de recurso de decisões que apliquem coimas ou outras sanções prevista na lei, o efeito do recurso passa de suspensivo a devolutivo, com possibilidade de o visado requerer a atribuição de efeito suspensivo, caso a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e este se ofereça para prestar caução em substituição, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efectiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal.

Esta é, seguramente, uma das inovações mais preocupantes da PL.

Na perspectiva da CIP, não se afigura adequado a atribuição de efeito devolutivo aos recursos de decisões que apliquem coimas ou outras sanções prevista na lei, coimas que podem chegar a 10% do volume de negócios anual de uma empresa, sendo certo que a caução para a atribuição de efeito suspensivo, face aos referidos limites das coimas, poderão implicar, seguramente, cauções de valor muito elevado.

Por outro lado, é reconhecida a dificuldade em reaver do Estado os montantes que lhe hajam sido pagos.

Face ao exposto, a CIP entende que o recurso de decisões que apliquem coimas ou outras sanções prevista na lei deve manter o efeito suspensivo actualmente previsto.

- **Artigo 87.º (Controlo pelo Tribunal competente)**

**n.ºs 1 e 2**

O preceito em análise, refere o seguinte:

*"1 - O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão conhece com plena jurisdição dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela Autoridade da Concorrência uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória, podendo reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória. (sublinhado nosso)*

*2 - As decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem sanções mencionam o disposto na parte final do número anterior."*

Em caso de recurso, e sem prejuízo do limite máximo da coima que ao caso couber, o Tribunal pode agravar a sanção aplicada pela Autoridade da Concorrência.

A referida Autoridade está obrigada a indicar, na decisão, esta hipótese.

A CIP entende que esta novidade, sem grande tradição no ordenamento jurídico português, visa claramente dissuadir o recurso aos tribunais e a tutela jurisdicional efectiva dos direitos das empresas.

Sendo o agravamento ditado por razões de interesse público, deveria ficar dependente de requerimento do Ministério Público, fundado na alteração daquela que foi a capacidade financeira do visado tida em conta na aplicação de uma coima reduzida.

- **Artigo 89.º (Divulgação de decisões)**

Na perspectiva da CIP, é necessário reforçar a transparência da actuação da Autoridade da Concorrência e, assim, promover um melhor conhecimento das suas decisões.

Neste contexto, todas as decisões, na versão não confidencial, referidas no artigo 80.º devem ser obrigatoriamente objecto de publicitação.

07.Março.2012