

# ALGUMAS REFLEXÕES NA PERSPECTIVA DE UMA REFORMA DA LEI DA CONCORRÊNCIA

*João Espírito Santo Noronha*<sup>1</sup>

*ABSTRACT: Almost seven years after the entry into force of the current Portuguese Competition Act, it is time to make the balance on its application. This paper identifies some positive aspects as well as insufficiencies of the Competition Act and debates ways in which it could be improved, concerning its structure and both substantive and procedural aspects of the regimes pertaining antitrust and merger control.*

SUMÁRIO: I. Aspectos gerais. II. Práticas proibidas. III. Controlo de concentrações de empresas. IV. Estatutos da Autoridade da Concorrência.

## I. ASPECTOS GERAIS

A Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho) sucedeu – é sabido – a dois regimes jurídicos da concorrência, o primeiro, aprovado pelo DL n.º 422/83, de 3 de Dezembro, que antecipou a adesão de Portugal à então *Comunidade Económica Europeia*, e, o segundo, aprovado cerca de dez anos depois, constante do DL n.º 371/93, de 20 de Outubro.

Antecipando a aprovação da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, no início do ano de 2003 foi criada a Autoridade da Concorrência, através do DL n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, que, em anexo, aprovou os respectivos Estatutos.

---

<sup>1</sup> Vogal do Conselho da Autoridade da Concorrência.

Decorridos que estão quase sete anos de vigência da Lei n.º 18/2003, a experiência colhida na sua aplicação – que permitiu evidenciar as suas virtudes, mas também detectar as suas insuficiências – admite já equacionar a necessidade de uma reforma legislativa.

Idealmente, um novo Regime Jurídico da Concorrência deveria ser estruturado considerando uma planificação global, que, partindo do núcleo que corresponde à disciplina da Lei n.º 18/2003, projectasse igualmente as alterações ditadas pela coerência sistemática no que respeita aos Estatutos da Autoridade da Concorrência e ao regime da dispensa ou atenuação especial da coima que seria aplicada por infracção às normas da concorrência (Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto). Um exemplo: estabelece-se nos Estatutos da Autoridade (art. 38.º) que as respectivas decisões, proferidas em processos de contra-ordenação, são susceptíveis de impugnação judicial; a melhor colocação sistemática da norma é no núcleo adjectivo do Direito da Concorrência, no qual, de facto, surge (art. 50.º da Lei n.º 18/2003), gerando uma duplicação normativa destituída de sentido.

De um outro quadrante, se em sede de práticas restritivas da concorrência vier a admitir-se uma redução da coima aplicável, caso o arguido reconheça expressamente as imputações que lhe são feitas na nota de ilicitude, a regra teria que ser conjugada, num todo harmónico, com o referido regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contra-ordenação por infracção às normas da concorrência

Numa perspectiva *de iure condendo*, advoga-se frontalmente a alteração da estrutura sistemático-normativa da vigente Lei da Concorrência. Na sua actual configuração, a lei separa as questões substantivas e adjectivas em dois grandes blocos normativos, sendo que cada um deles trata simultaneamente todas as áreas de intervenção da Autoridade da Concorrência, designadamente as atinentes a práticas restritivas da concorrência e ao controlo de operações de concentração de empresas. Segundo cremos, o regime ganharia muito em clareza com uma orientação sistemática diversa, que fizesse corresponder a capítulos diferentes os poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação que legalmente são atribuídos à Autoridade da Concorrência. Dentro de cada um dessas áreas temáticas, deveriam conter-se, por um lado, as normas aplicáveis às questões substantivas, e, por outro lado, o seu enquadramento adjectivo. Em verdade, essas áreas de intervenção correspondem a compartimentos relativamente autónomos, obedecendo a lógicas jurídicas diversas. Afigura-se, por isso, aconselhá-

vel que ao intérprete-aplicador seja facultado um *instrumentário normativo integrado*. Nesse sentido, permitir-se-ia – no âmbito de um processo de controlo de concentração de empresas, por exemplo – que o intérprete pudesse tendencialmente fixar-se na aplicação de um único capítulo da lei, regulando de forma exaustiva todo o processo.

## II. PRÁTICAS PROIBIDAS

Na Lei n.º 18/2003 não há disposições sobre a constituição de arguido e o respectivo estatuto. As questões inerentes a essa temática regulam-se, assim, pela eventual aplicação subsidiária, em 2.ª via de remissão, do Código de Processo Penal. Como não poderia deixar de ser – crê-se –, a inexistência de um regime próprio sobre tais matérias, no âmbito do Direito da Concorrência, tem suscitado dúvidas sobre a amplitude dos direitos do arguido nos processos de contra-ordenação instaurados por indícios de práticas restritivas da concorrência.

Independentemente da discussão que possa travar-se sobre as fronteiras entre os deveres de cooperação do arguido com a Autoridade da Concorrência e a prerrogativa de não auto-incriminação (ou auto-inculpação), sempre seria clarificador que um futuro regime jurídico da concorrência criasse um elenco próprio dos *direitos e deveres do arguido* no âmbito dos processos por contra-ordenação de carácter anticoncorrencial. Recorde-se, a esse propósito, que no Acórdão de 18 de Outubro de 1989 (Processo 347/87, Orkem *vs.* Comissão), o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias declarou que a empresa estava obrigada a fornecer à Comissão toda a informação necessária estritamente factual, mesmo que pudesse ser usada contra ela, sendo-lhe embora reconhecido o direito de não responder a perguntas que implicassem uma admissão de práticas anticoncorrenciais.

A bem de uma saudável clarificação do regime adjectivo, advoga-se ainda que sejam definidos os casos de *obrigatória constituição de arguido*, que deveria passar a constituir objecto de acto formal, com comunicação e indicação dos direitos e deveres respectivos.

Um outro aspecto que merece reflexão no actual regime jurídico da concorrência prende-se com as circunstâncias que determinam a Autoridade da Concorrência à abertura de um inquérito. Nos termos do artigo 24.º da Lei n.º 18/2003, a Autoridade deve proceder à abertura de um inquérito sempre que tome conhecimento de “eventuais práticas proibidas”. No quadro geral de uma realidade económica cada vez mais vasta e sofisticada, a consagração

rígida do princípio de legalidade mostra-se excessivamente onerosa para o exercício da actividade de qualquer entidade administrativa que tenha como atribuição legal a defesa do processo concorrencial. Em boa verdade, aquela rigidez nenhuma margem consente às referidas entidades para a apreciação da idoneidade e robustez dos indícios de práticas proibidas que chegam ao seu conhecimento e que a obrigam à abertura de um inquérito. E porque razões de racionalidade e de eficácia devem permitir um diferente tratamento entre o que é essencial e o que o não é, impõe-se – julga-se – que seja legalmente consagrada alguma flexibilidade da entidade administrativa na aferição da seriedade dos indícios que justificam a abertura de um inquérito, sendo tal devido apenas quando se esteja perante factos que *indiciem razoavelmente* práticas restritivas da concorrência.

No que se refere à conclusão da instrução e ao conseqüente encerramento do processo, julga-se que seria ainda de clarificar a forma como as diversas possibilidades de actuação da Autoridade da Concorrência podem ser articuladas entre si. Assim, deveria estabelecer-se, por um lado, que a declaração da existência de uma prática restritiva da concorrência pode ser acompanhada quer da aplicação de uma coima e das demais sanções previstas na lei, quer da imposição de medidas consideradas indispensáveis à cessação daquela prática. Mais se advoga a possibilidade, estabelecida em vários ordenamentos jurídicos e à qual a Comissão Europeia também recorre, da imposição de *medidas de carácter estrutural*, muito embora se admita a sua limitação aos casos em que outro tipo de medidas, de conduta, se mostrem ineficazes para a obtenção do efeito pretendido.

Outro aspecto que deveria merecer consideração legal expressa é a possibilidade de a Autoridade da Concorrência arquivar o processo *com condições*, isto é, mediante a aceitação de compromissos propostos pelo arguido, que entenda serem susceptíveis de eliminar os efeitos sobre a concorrência decorrentes das práticas sob investigação.

Com essa possibilidade poderia substituir-se – sempre que considerado adequado – a aplicação de uma coima, a que a experiência demonstra seguir-se normalmente um longo período de litígio judicial, durante o qual o problema concorrencial pode continuar a verificar-se, pela sua resolução imediata. Sempre que tal seja possível e adequado, as vantagens para o arguido e, sobretudo, para o mercado são indubitáveis. Numa outra perspectiva, deverá, porém, ser salvaguardada a possibilidade de a Autoridade da Concorrência poder reabrir um processo sempre que os compromissos não forem cumpri-

dos ou quando se verificar uma alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de arquivamento.

A matéria do acesso aos processos contra-ordenacionais por práticas restritivas da concorrência a correr termos junto da Autoridade da Concorrência é de grande sensibilidade e importância para o arguido, mas também para eventuais terceiros com interesse na sua consulta, e, bem assim, para a própria Autoridade da Concorrência.

A Lei n.º 18/2003 é omissa nesta matéria, pelo que a sua regulamentação decorre da aplicação subsidiária do art. 371.º do Código Penal e do Código de Processo Penal, bem como da aplicação directa da Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto (Lei de Acesso aos Documentos Administrativos). Essa aplicação subsidiária tem suscitado várias dificuldades e incertezas. As dificuldades agudizaram-se com o início da vigência da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, que alterou o Código de Processo Penal, nomeadamente em sede de *segredo de justiça*. As dúvidas suscitadas sobre a aplicação das novas disposições do Código de Processo Penal aos processos a correr termos junto de autoridades de natureza administrativa deram mesmo origem a um Parecer pela Procuradoria-Geral da República, no qual se procurou adaptar o disposto naquelas disposições legais à natureza específica dos processos de contra-ordenação instruídos por aquelas entidades.

Uma vez que se trata de matéria especialmente sensível, é de toda a conveniência que sejam eliminadas, tanto quanto possível, as dúvidas de interpretação das normas relevantes e, bem assim, a incerteza jurídica daí decorrente, suscitadas pelo recurso por via subsidiária ao Código de Processo Penal. Advoga-se, assim, que a matéria seja objecto de regulação expressa numa perspectiva de reforma legislativa.

### III. CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS

No âmbito do controlo de operações de concentração, a lei não pode pretender abranger toda e qualquer alteração duradoura que se efective no mercado. Se, idealmente, todas as operações de concentração deveriam poder ser objecto de escrutínio, a verdade é que a maioria delas não representa qualquer problema de natureza concorrencial. A verificação deste facto permite concluir pela necessidade de concentrar os esforços da administração na análise das operações que possam ter efeitos nefastos para a concorrência.

Nesse sentido, advoga-se a eliminação do critério da quota de mercado enquanto elemento que determina a obrigatoriedade de notificação prévia de

uma operação de concentração [critério actualmente consagrado na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003].

A vigente solução legal oferece desvantagens. Antes de mais, o correcto exercício da definição de mercado relevante, pela sua potencial complexidade, pode revelar-se particularmente difícil para as empresas, aumentando a incerteza e a insegurança jurídicas quanto à existência, ou não, da obrigatoriedade de notificação prévia de uma operação de concentração, apenas com base nesse critério. Além disso, uma rigorosa definição do mercado relevante poderá, em certos casos, exigir a consulta de outros operadores, reguladores sectoriais ou outras entidades, o que só a Autoridade da Concorrência pode fazer.

Mais do que isso, a eliminação do critério da quota de mercado, enquanto requisito para aferir a obrigatoriedade de notificação prévia, apresenta vantagens significativas. A mais evidente é que permite aumentar o grau de certeza e segurança jurídicas, bastando às empresas potencialmente notificantes determinar qual o volume de negócios em causa – critério objectivo – para saberem se deverão notificar, ou não, determinada operação. Num outro plano, a solução avançada permite que o controlo de concentrações seja redireccionado para a análise das operações de concentração que, efectivamente, poderão ser geradoras de preocupações concorrenciais, podendo esperar-se uma redução dos tempos de análise dos processos e uma maior segurança na apreciação técnica, com claras vantagens para todas as partes envolvidas.

Por último, não será despidiendo atentar no facto de o critério da quota de mercado inexistir actualmente na maioria das jurisdições, operando-se desta forma uma harmonização da legislação portuguesa, desde logo, com a legislação comunitária aplicável.

Uma segunda proposta de alteração legislativa prende-se com a elevação do montante mínimo do volume de negócios que cada empresa em causa deve realizar – actualmente fixado em dois milhões de euros – para poder considerar-se a operação notificável. Tendo presentes os objectivos que subjazem ao controlo de operações de concentração de empresas enquanto instrumento de política de concorrência, importa actualizar os critérios existentes perante a realidade verificada pela experiência anterior.

O objectivo da imposição daquele limiar mínimo individual é o de impedir que um grande grupo seja obrigado a notificar a aquisição de empresas muito pequenas, sem qualquer impacto significativo na estrutura de mercado e na

economia nacional. Sendo esse o objectivo, o critério a adoptar – estabelecendo um limiar mínimo – poderá sempre comportar alguma margem de incerteza, devendo porém, tanto quanto possível, acompanhar a realidade e o desenvolvimento económico do país.

Advoga-se também a modificação do critério que norteia a apreciação de uma qualquer operação (artigo 12.º da Lei n.º 18/2003, que consagra a *dominância* enquanto elemento que deverá presidir a qualquer apreciação jusconcorrencial de uma operação de concentração). Assim, propõe-se a substituição o *teste da dominância* pelo critério dos *entraves significativos à concorrência efectiva*. Esta alteração permitiria a harmonização com o critério hoje vigente no direito comunitário – números 2 e 3 do artigo 2.º do Regulamento n.º 139/2004 – e, sobretudo, possibilitaria uma resposta eficaz aos oligopólios não colusivos (situações em que uma operação de concentração não gera uma posição dominante, mas origina efeitos nocivos para a concorrência).

Em termos práticos, e à semelhança, aliás, do que sucede nos países que adoptaram este teste ou na própria Comissão Europeia, a análise empreendida em sede de controlo de operações de concentração de empresas continuaria a processar-se da mesma forma, mas deixaria de estar circunscrita à obrigatoriedade de demonstrar que os entraves significativos para a concorrência resultam, necessariamente, da criação ou do reforço de uma posição dominante.

#### IV. ESTATUTOS DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

No que respeita aos Estatutos da Autoridade da Concorrência, há aspectos substantivos que merecem reflexão cuidada, designadamente o da composição quantitativa do Conselho (art. 12.º, n.º 1) e a regra do *desencontro de mandatos* (art. 13.º, n.º 2). Em boa verdade, a redacção do art. 13.º, n.º 2, permite a leitura de que tal desencontro só se imporia em relação ao primeiro Conselho nomeado. Mas, ainda que se entenda que o espírito legislativo foi o de assegurar esse desencontro em qualquer Conselho da Autoridade, sempre a eficácia da regra deveria ser equacionada em função da possibilidade de uma sucessão de Governos da mesma tendência política; o mesmo se diga da possibilidade da renovação do mandato de mais curta duração e da manutenção no exercício de funções prevista no n.º 6 do art. 15.º.

A reforma da administração pública a que assistimos desde o início de 2008 e que tem o seu núcleo na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro,

comporta alterações no ordenamento jurídico que têm igualmente reflexos nos Estatutos da Autoridade da Concorrência. Com efeito, se, num primeiro momento, a delimitação objectiva da Lei n.º 12-A/2008 permitiu a dúvida sobre a inclusão no seu âmbito das entidades reguladoras independentes (art. 3.º), esta foi esclarecida no sentido negativo pela Lei do Orçamento para 2009 (Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro; art. 23.º). Assim, se, por um lado, este aspecto clarificou as relações de mobilidade de recursos humanos entre a Autoridade e as instituições abrangidas pela Lei n.º 12-A/2008, que é de cedência de interesse público (art. 58.º), por outro lado, desarticulou o normativo estatutário em relação ao actual regime de vinculação de trabalhadores à administração pública (veja-se o art. 28.º, n.º 2). Seja como for, os Estatutos da Autoridade necessitam de sofrer as modificações tornadas necessárias pela convergência regimental imposta pelo art. 23.º, n.º 1, da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro.