

# FLASH CONCORRÊNCIA / COMPETITION

## CONCORRÊNCIA: O NOVO REGIME JURÍDICO

No passado dia 8 de Maio foi publicada a Lei n.º 19/2012, que aprovou o novo regime jurídico da concorrência. Trata-se da concretização de mais um dos compromissos assumidos pelo Estado Português no memorando de entendimento celebrado com o FMI, a UE e o BCE, no contexto do programa de assistência financeira actualmente em implementação no nosso país.

### Principais alterações ao anterior regime da concorrência

#### a) Novos critérios para a notificação de concentração de empresas

No âmbito da regulação das operações de concentração de empresas, a nova lei introduz alterações aos critérios de aferição da obrigatoriedade de notificação prévia de tal concentração à Autoridade da Concorrência (adiante, a «AdC»). Assim, ao abrigo do novo regime, deverão ser notificadas as operações de concentração de empresas quando:

Criem ou reforcem uma quota igual ou superior a 50% no mercado nacional, independentemente do volume de negócios das empresas envolvidas;

Criem ou reforcem uma quota igual ou superior a 30% no mercado nacional, desde que o volume de negócios individualmente realizado em Portugal no último exercício, por pelo menos duas das empresas envolvidas, supere os cinco milhões de euros líquidos; ou

No último exercício, o volume de negócios em Portugal do conjunto das empresas envolvidas supere os cem milhões de euros líquidos, independentemente da quota de mercado criada ou reforçada pela concentração, desde que pelo menos duas dessas empresas tenham individualmente realizado um volume de negócios superior a cinco milhões de euros líquidos em Portugal nesse mesmo período.

#### b) Reforço dos poderes da AdC

A nova lei determina que a AdC pode atribuir diferente prioridade às questões que lhe são submetidas, de forma a flexibilizar a alocação dos seus recursos. Ou seja, a actuação da AdC deixa de se reger por critérios de estrita legalidade, passando a poder decidir qual o melhor momento para iniciar ou prosseguir as suas atribuições.

Por outro lado, o novo regime jurídico da concorrência vem alargar os poderes de inquirição, busca e apreensão da AdC. Possibilita-se agora a realização de buscas domiciliárias e em veículos dos sócios, membros de órgãos da administração e trabalhadores ou colaboradores das empresas, desde que autorizadas pelo juiz de instrução competente. Quando se afigure urgente, a apreensão de documentos, independentemente da sua natureza ou suporte (incluindo o correio electrónico), poderá ser feita antes da respectiva autorização judicial, embora deva ser posteriormente validada pela autoridade judiciária no prazo máximo de 72 horas.

#### c) Transacção e arquivamento mediante compromissos durante o inquérito

Na fase de inquérito de um processo instaurado pela AdC contra uma empresa indiciada de práticas restritivas da concorrência, as partes poderão levar a cabo conversações tendo em vista a celebração de uma transacção para pôr termo a tal processo. Por esta via, a empresa visada confessa os factos de que vinha indiciada e reconhece a sua responsabilidade na infracção em causa, beneficiando assim de uma redução da coima aplicada (cumulável com a redução da coima aplicável ao abrigo do estatuto de clemência).

Além disso, as empresas visadas por inquéritos por práticas restritivas da concorrência poderão propor à AdC compromissos para pôr fim a tais práticas e aos efeitos anti-concorrências destas. Caso aceite os compromissos propostos, a AdC arquivará o respectivo inquérito, mediante a imposição de condições destinadas a garantir o cumprimento dos mesmos. Nestes casos, a decisão da AdC não implica o reconhecimento de uma infracção concorrencial, mas obriga os destinatários ao cumprimento dos compromissos assumidos, sob pena de reabertura do inquérito.

#### d) Medidas de carácter estrutural

A nova lei determina que a AdC pode atribuir diferente prioridade às questões que lhe são submetidas, de forma a flexibilizar a alocação dos seus recursos. Ou seja, a actuação da AdC deixa de se reger por critérios de estrita legalidade, passando a poder decidir qual o melhor momento para iniciar ou prosseguir as suas atribuições.

#### e) Efeito devolutivo do recurso judicial e *reformatio in pejus*

Ao contrário do que se verifica actualmente, os recursos judiciais das decisões condenatórias da AdC passam a ter efeito meramente devolutivo. Quer isto dizer que, na generalidade dos casos, a impugnação judicial da decisão da AdC não isenta o visado de cumprir as sanções aplicadas (nomeadamente, as coimas ou sanções pecuniárias compulsórias). Esta nova regra tem sido alvo de críticas, sendo inclusivamente posta em causa a constitucionalidade da mesma face ao princípio da presunção de inocência.

Por outro lado, a nova lei prevê expressamente a possibilidade de *reformatio in pejus* das decisões condenatórias da AdC. Ou seja, em sede de recurso judicial o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão poderá reduzir as coimas e/ou as sanções pecuniárias compulsórias aplicadas pela AdC, mas ficará também com poderes para aumentá-las.

#### f) Alargamento dos prazos de prescrição

O novo regime jurídico da concorrência vem alargar o prazo máximo da prescrição do procedimento contraordenacional para dez anos e meio, ao invés dos oito anos actualmente em vigor.

#### g) Redução da coima ao abrigo do estatuto de clemência

A redução será graduada de acordo com a ordem com que as empresas prestem informações relevantes à AdC: dispensa ou redução entre 30 % e 50% para a primeira empresa a fazê-lo; redução de 20 % a 30 % para a segunda e até 20 % para as demais.

## Entrada em vigor

O novo regime jurídico da concorrência entrará em vigor no dia 7 de Julho de 2012.

## COMPETITION: THE NEW REGIME

On May 8<sup>th</sup>, Law no. 19/2012 was published, approving the new competition regime. It concerns the fulfilment of one more commitment taken by the Portuguese State in the memorandum of understanding celebrated with IMF, the EU and ECB, within the financial assistance program currently implemented in our country.

### Key changes to the previous competition regime

#### (a) New criteria for notification of company mergers

Within the regulation of company mergers, the new law introduces changes to the criteria that measures the requirement of prior notifications for such a merger with Portuguese Competition Authority (hereinafter, "PCA"). Therefore, under the new regime, these company mergers should be notified when:

Creating or strengthening a market share greater than 50% within the national market,

Creating or strengthening a market share greater than or equal to 30% within the national market, provided that the turnover individually held in Portugal during the last financial year exceeds five million Euros net, for at least two of the companies involved, or

In the last financial year, the turnover in Portugal of the companies involved exceeds one hundred million Euros net, regardless of the market share created or strengthened by the merger; provided that at least two of these companies have individually achieved a turnover exceeding five hundred million Euros net during the same period in Portugal.

#### (b) Reinforcement of PCA's powers

The new law establishes that PCA can assign different priority to submitted matters, in order to flex the allocation of its resources. In other words, PCA's activity fails to abide by the criteria of strict legality, having the power to decide the best moment to commence or continue their duties.

On the other hand, the new regulatory regime for competition will extend PCA's powers of investigation, search and seizure, making it possible to carry out searches in houses and vehicles belonging to partners, administration members, company employees or assistants, if authorized by the competent investigating judge. When urgent, the seizure of documents, regardless of their nature or storage media (including e-mail), may be done before obtaining court authorization, although it should be subsequently validated by the judicial authority within 72 hours.

#### (c) Transaction and closing through commitments taken during the investigation phase

During the investigation phase of proceedings initiated by PCA against a company indicted for anti-competitive practices, parties may negotiate a settlement to close such proceedings. This way, the targeted company admits the indictable facts and recognizes its responsibility to the infringement in question, benefiting from a reduction to the applicable fine (combined with the reduction of the fine under the clemency regime, if applicable).

Furthermore, companies targeted by investigations of anticompetitive practices may propose commitments to the PCA in order to end such practices and their effects. If such commitments offered are accepted, PCA will close its investigation by imposing conditions destined to ensure the fulfillment of the same. Hence, PCA's decision does not imply recognition of a competition infringement, but requires the recipients to fulfill the commitments, or the investigation will be reopened.

#### (d) Structural measures

In addition to the measures of conduct considered essential for the termination of an anti-competitive practice or its effects, the new law allows PCA to impose structural measures to the undertaking, regarding the same purposes (for example, the sale of an asset).

#### (e) Non-suspensive effect of the judicial and *reformatio in pejus*

Contrary to current rules, challenges to PCA's decisions will not have suspensive effects. This means that, in most cases, challenging PCA's decisions before a court does not exempt the company from complying with the applied sanctions (including fines or periodic penalty payments). This new rule has been criticized, and even challenged as far as its constitutionality is concerned considering the principle of presumption of innocence.

On the other hand, the new law expressly foresees the possibility of *reformatio in pejus* of PCA's decisions. That is, the Court of Competition, Regulation and Supervision may, on appeal, reduce fines and/or penalty payments applied by PCA, but will also be empowered to raise them.

#### (f) Extension of period of limitation

The new regulatory regime for competition will extend the maximum period of limitation of the proceedings to ten and a half years, instead of the eight years currently in force.

#### (g) Fine reduction under the clemency regime

In accordance with the new law, the fine reduction under the clemency regime will benefit all companies who cooperate with PCA. The reduction will be graded according to the order in which the companies provide PCA with relevant information; i.e. exemption or reduction between 30% and 50% for the first company, reduction from 20% to 30% for the second and up to 20% for all other companies.

## Entry into force

The new competition regime will enter into force on July 7<sup>th</sup>, 2012.