



EUROPEU E CONCORRÊNCIA

NESTA EDIÇÃO

ARTIGOS

A nova Lei da Concorrência de Moçambique	02
Modelo Continente autorizada pela Autoridade da Concorrência a adquirir rede de supermercados na Madeira com base no argumento da falência iminente	03
Comissão Europeia apresenta proposta de Directiva para promover acções de indemnização no âmbito de infracções às regras da concorrência	05
A Autoridade da Concorrência aprova novas Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos	06
Regulamento de formação obrigatória dos Técnicos Oficiais de Contas contrário ao direito da concorrência	07

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

Um ano da nova Lei de Defesa de Concorrência no Brasil	10
--	----



A nova Lei da Concorrência de Moçambique

Carlos Botelho Moniz / Pedro de Gouveia e Melo
cmoniz@mlgts.pt / pgmelo@mlgts.pt

Introdução

Passado dia 11 de Abril constituiu um marco importante para a economia moçambicana, com a publicação da Lei n.º 10/2013, que estabelece o regime jurídico da concorrência em Moçambique e institui a Autoridade Reguladora da Concorrência (“ARC”), que será responsável pela sua aplicação.

A nova lei, que se inspira nas legislações em vigor em Portugal e na generalidade dos países europeus (as quais, por seu turno, colhem inspiração do direito da União Europeia), vem na sequência dos esforços desenvolvidos nos últimos anos pelo Governo moçambicano para dinamizar a iniciativa económica e liberalizar alguns sectores-chave, como os das telecomunicações, portos, caminhos-de-ferro e serviços financeiros.

Moçambique torna-se assim o primeiro país africano de expressão portuguesa a estar dotado de um moderno sistema de promoção e defesa da concorrência.

Autoridade Reguladora da Concorrência

A ARC será uma autoridade independente, dotada de autonomia administrativa e financeira, com amplos poderes de supervisão, regulamentação, investigação e sancionatórios, no âmbito dos quais poderá fazer inquirições, solicitar documentos e proceder a buscas e apreensões e à selagem das instalações. Prevê-se uma articulação estreita entre a ARC e as restantes autoridades reguladoras sectoriais.

A ARC poderá atribuir graus de prioridade diferentes no tratamento das questões (ao abrigo do designado “princípio da oportunidade”, recentemente introduzido em Portugal), devendo publicitar no último trimestre de cada ano as prioridades da política de concorrência para o ano seguinte.

Práticas Proibidas

A nova lei tem um vasto âmbito de aplicação, na medida em que é aplicável tanto a empresas privadas como a empresas públicas, e abrange todas as actividades económicas exercidas no território moçambicano ou que nele produzam efeitos, embora admita algumas derrogações.

A exemplo dos direitos europeu e nacional, são proibidos os acordos e práticas restritivos da concorrência, tanto entre empresas concorrentes (as chamadas **práticas “horizontais”**, cujo exemplo mais grave é o dos chamados cartéis), bem como os acordos entre empresas e os seus fornecedores ou clientes, no âmbito de **relações “verticais”**.

São igualmente proibidas as condutas abusivas praticadas por **empresas em posição dominante** (incluindo, entre outras, a recusa de acesso a infra-estruturas essenciais e a ruptura injustificada de relação comercial), bem como a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do **estado de dependência económica** em que se encontrem os seus fornecedores ou clientes.

A Lei prevê, em todo o caso, que as **práticas proibidas poderão ser justificadas** se resultarem em eficiências económicas, bem como se promoverem a competitividade das pequenas e médias empresas ou a consolidação do empresariado nacional (desde que não eliminem a concorrência e sejam indispensáveis para o objectivo a realizar).

Controlo de Concentrações

A nova lei introduz o controlo prévio de concentrações em Moçambique. Todas as operações de concentração que preencham os critérios de quota de mercado ou de volume de negócios/facturação anual, ainda a determinar pelo Conselho de Ministros, passarão a estar sujeitas a comunicação prévia obrigatória à ARC, no prazo de 7 dias úteis após a conclusão do acordo ou do projecto, e não poderão ser implementadas antes de aprovadas. A validade dos negócios jurídicos realizados depende da autorização expressa ou tácita da ARC.

As concentrações sujeitas a comunicação prévia (bem como outras sobre as quais a ARC decida solicitar informações) deverão ser **proibidas** se forem susceptíveis de criar ou reforçar uma **posição dominante** da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva nos mercados relevantes.

Pesadas sanções

A violação das proibições constantes da nova lei sujeita as empresas infractoras a **multas que podem atingir até 5% do volume de negócios**

de cada empresa no ano anterior. Por outro lado, a falta de comunicação prévia de concentrações no prazo legal e a não colaboração com a ARC constituem infracções puníveis com **multa até 1% do volume de negócios anual**.

A lei prevê ainda **sanções pecuniárias compulsórias**, quando tal se justifique, bem como ainda sanções acessórias potencialmente muito graves, pois não só o infractor poderá ver-se **excluído de participar em concursos públicos** durante cinco anos, como poderá até ver-se confrontado com o **possível desmembramento da empresa infractora**. Por fim, os acordos e práticas celebrados em violação da lei são **nulos**.

Comentário

A lei entrará em vigor no próximo dia 10 de Julho, e deverá ser regulamentada (incluindo, entre outros, a aprovação dos Estatutos da ARC) até ao dia 8 de Outubro.

A aplicação prática da Lei dependerá em larga medida da organização e funcionamento da ARC, e das prioridades que esta vier definir para a sua actuação. Se a ARC seguir o exemplo da generalidade das autoridades europeias, entre os processos prioritários estarão os cartéis, os acordos de distribuição com fixação de preços de revenda, os abusos de exclusão de concorrentes por empresas dominantes, e a implementação de um sistema de controlo de concentrações eficaz.

Tal como reconhecido pelo próprio Governo moçambicano, a implementação da nova lei de concorrência deverá ser gradual, e entre os interesses a salvaguardar contam-se alguns que vão para além da protecção de um processo concorrencial, tais como a promoção dos produtos e serviços nacionais, a competitividade das pequenas e médias empresas e a consolidação do empresariado nacional (estes são aliás objectivos que poderão justificar acordos restritivos da concorrência).

Em todo o caso, tendo em conta os amplos poderes e as pesadas sanções ao dispor da ARC, **não temos dúvidas de que todas as empresas com presença – actual ou futura – em Moçambique deverão analisar com cuidado o impacto da nova lei sobre as suas actividades, com vista a afastar o risco de as suas condutas no mercado poderem vir a ser consideradas contrárias à Lei da Concorrência.** ■

Modelo Continente autorizada pela Autoridade da Concorrência a adquirir rede de supermercados na Madeira com base no argumento da falência iminente

Joaquim Vieira Peres / Inês Gouveia
vieira.peres@mlgts.pt / igouveia@mlgts.pt

No passado dia 2 de Maio de 2013, a Autoridade da Concorrência (“AdC”) autorizou uma operação de concentração relativa à aquisição, pela Modelo Continente Hipermercados, S.A. (“MCH”), de 9 supermercados de insígnia Hiper Sá (“Hiper Sá”), localizados na Ilha da Madeira, propriedade da sociedade Jorge Sá, S.A..

Tratou-se da primeira operação de concentração, no mercado nacional, a ser autorizada pela AdC exclusivamente com base na comumente designada “failing firm defence”, entre nós (re) denominado pela AdC como “argumento da falência iminente”.

Em que consiste o argumento da falência iminente?

Uma operação de concentração sujeita a notificação prévia é autorizada se da sua análise se concluir que ela não é susceptível de criar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado. A análise levada a cabo incide especificamente sobre a alteração das condições de concorrência introduzida pela concentração, por comparação com a situação de mercado na sua ausência, isto é, por comparação com um cenário hipotético alternativo também designado “contrafactual” (do inglês “counterfactual”).

Ora, quando uma operação de concentração envolve uma empresa em risco de saída iminente do mercado devido a dificuldades financeiras, o contrafactual adequado não será a situação vigente no momento da concentração mas sim um cenário (alternativo), que tenha em consideração a saída da empresa do mercado em análise. Nisto consiste o argumento da falência iminente.

Para que o argumento seja efectivamente atendível exige-se prova de certas condições ou requisitos que a AdC reconduz aos seguintes

pontos essenciais: (i) a empresa-alvo encontra-se efectivamente em dificuldades financeiras e (ii) não existem cenários alternativos com um impacto menos gravoso para a concorrência.

O argumento da falência iminente, na prática...

A Jorge Sá, SA é a sociedade-mãe de um grupo madeirense que desenvolve há várias décadas uma operação de retalho de base alimentar de sucesso à escala regional, assente em diferentes formatos e insígnias. Ao longo dos últimos dois anos, porém, a situação económica e financeira do Grupo Sá vinha-se degradando de forma considerável e, em Novembro de 2012, a sociedade foi submetida a Processo Especial de Revitalização (“PER”).

Para além do Grupo Sá, contam-se entre os principais operadores retalhistas de base alimentar na ilha da Madeira a MCH (Adquirente/Notificante na concentração referida) e a cadeia Pingo Doce. O restante aparelho retalhista “moderno” está distribuído entre supermercados da cadeia Spar (a operar, fundamentalmente, no Concelho do Funchal) e por outros operadores de pequena dimensão. A concentração notificada revestia, pois, natureza horizontal e envolvia dois dos três principais *players* do mercado. Os mercados locais relevantes apresentavam-se como muito concentrados e os 3 principais operadores constituíam concorrentes próximos entre si.

Uma análise da concentração notificada tendo em conta a situação de mercado existente previamente à concentração apontava, assim, para a susceptibilidade de a mesma dar origem a sérias preocupações jusconcorrenciais, atento o efeito de “eliminação” um dos principais concorrentes do mercado e a sua aquisição, por um dos concorrentes mais próximos (a MCH). No entanto, a apreciação da situação

TRATOU-SE DA PRIMEIRA OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO, NO MERCADO NACIONAL, A SER AUTORIZADA PELA AdC EXCLUSIVAMENTE COM BASE NA COMUMMENTE DESIGNADA “FAILING FIRM DEFENCE”



A AdC ENTENDEU LEVAR A CABO UM CONJUNTO DE DILIGÊNCIAS DESTINADAS A AVERIGUAR, JUNTO DE OPERADORES CONCORRENTES REPUTADOS COMO ALTERNATIVAS MENOS GRAVOSAS, DO SEU EVENTUAL INTERESSE EM ADQUIRIR OS ESTABELECIMENTOS OU OS ACTIVOS ASSOCIADOS, SEM TER RECEBIDO, CONTUDO, QUALQUER MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE CREDÍVEL NESSE SENTIDO

económico-financeira do Grupo Sá pôs em evidência a necessidade de uma apreciação dos efeitos reais da concentração por referência a um contrafactual bem distinto, atentas as efectivas dificuldades financeiras da empresa em questão e a inexistência de cenários alternativos menos gravosos.

Com efeito, a sociedade alienante debatia-se com uma evidente incapacidade para cumprir as suas obrigações legais perante fornecedores e trabalhadores, para obter financiamento e para assegurar a manutenção em funcionamento dos seus estabelecimentos comerciais. A circunstância de a sociedade ter sido sujeita um PER, embora fortemente indicativa de tais dificuldades financeiras poderia não ser, em si mesma, conclusiva, uma vez que o PER se destina, em primeira linha, a criar condições para a recuperação da empresa. No caso em apreço porém - e conforme a AdC teve oportunidade de apurar mediante várias diligências realizadas na fase de instrução do procedimento - essa recuperação tinha como pilar essencial a concretização do negócio notificado de tal modo que, sem ele, a sociedade seria alvo de um processo de insolvência.

Por outro lado, a informação factual quanto à *performance* dos estabelecimentos-alvo demonstrava que os mesmos vinham sofrendo uma diminuição drástica das suas vendas, uma degradação evidente das suas condições de exploração, agravada pela incapacidade do Grupo Sá conseguir assegurar a sua manutenção em funcionamento: dos 9 estabelecimentos alvo, 4 estavam já encerrados aquando da notificação da concentração e 3 outros foram encerrados na pendência do processo, fruto de dívidas acumuladas junto do fornecedor de electricidade (que resultaram no corte do fornecimento de energia eléctrica).

Verificada a existência de uma situação de efectivas dificuldades financeiras, restava apurar da inexistência, *in casu*, de alternativas menos restritivas à aquisição notificada. Ora, os acontecimentos recentes e anteriores ao PER indicavam que o Grupo Sá não havia logrado obter quaisquer ofertas alternativas da parte de (vários) outros operadores retalhistas contactados para o efeito nem havia conseguido

implementar soluções alternativas (à alienação definitiva dos estabelecimentos-alvo). Não obstante esse dado “histórico”, a AdC entendeu dever levar a cabo um conjunto de diligências destinadas a averiguar directamente, junto de operadores concorrentes reputados como alternativas menos gravosas, do seu eventual interesse em adquirir parte ou a totalidade dos estabelecimentos-alvo na operação de concentração em análise, ou os activos associados sem ter recebido, contudo, qualquer manifestação de interesse credível nesse sentido.

Numa outra vertente, verificava-se que a redução acentuadíssima das vendas dos estabelecimentos-alvo e o posterior encerramento da maioria deles (fenómenos exógenos à concentração notificada) havia criado já, no mercado, uma situação de transferência da procura, dos estabelecimentos-alvo para o estabelecimento comerciais da Notificante e do seu principal concorrente. Os cálculos da Notificante quanto aos rácios de “diversão” (ou seja, de transferência) reais e estimados indicavam que uma parte muito significativa das vendas perdidas dos estabelecimentos-alvo havia sido já transferida para os estabelecimentos da Notificante ou do seu principal concorrente.

Por outro lado ainda, o cenário alternativo de aquisição dos activos no âmbito de um processo de insolvência (isto é, caso se gorasse o PER) e a sua reabertura ao público a curto prazo revelava-se implausível e meramente teórico, face à informação disponível no processo.

Assim sendo, o contrafactual relevante para apreciação dos efeitos da concentração - de falência do grupo Sá - caracterizava-se por uma situação de interrupção do fornecimentos nos mercados relevantes, dispersão dos clientes pelos operadores concorrentes, diminuição da qualidade do serviço, desvalorização e deterioração do activos e um efeito de arrastamento susceptível de colocar em causa as restantes lojas de retalho alimentar do grupo Sá (não implicadas na concentração). Perante este contrafactual, concluiu-se que a operação notificada não seria susceptível de criar entraves significativos à concorrência nos mercados relevantes de distribuição retalhista alimentar, tendo a mesma sido aprovada pela AdC. ■

Comissão Europeia apresenta proposta de Directiva para promover acções de indemnização no âmbito de infracções às regras da concorrência

Eduardo Maia Cadete / Dzhamil Oda
maiacadete@mgts.pt / d.oda@mgts.pt

As práticas restritivas da concorrência, tais como cartéis ou abusos de posição dominante, podem ser prejudiciais para a economia considerada como um todo, mas também para as entidades privadas, incluindo agentes económicos e consumidores. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia¹ já reconheceu, em diversas decisões judiciais, que as vítimas afectadas por tais práticas restritivas da concorrência têm o direito de ser indemnizadas pelos prejuízos que tenham sofrido.

Neste contexto, a Comissão Europeia considera que as entidades afectadas por práticas anticoncorrenciais, quando tentam obter uma compensação adequada, enfrentam, actualmente, diversos obstáculos de natureza prática para intentarem as respectivas acções de indemnização pelos prejuízos que lhes tenham sido causados – tais como obstáculos de natureza processual e incerteza jurídica. De acordo com a Comissão Europeia, aparentemente, nos últimos sete anos apenas 25% das decisões adoptadas em processos de práticas restritivas da concorrência levaram à instauração de acções de indemnização pelas entidades afectadas.

Uma das principais razões para este resultado prende-se com a disparidade de regimes nacionais que regulam as acções de indemnização com fundamento na violação das regras da concorrência. Assim, e de acordo com a Comissão Europeia, na esmagadora maioria dos casos a probabilidade de as vítimas serem adequadamente indemnizadas pelos danos sofridos depende, em grande medida, do Estado Membro em que estas se encontrem estabelecidas ou tenham a sua residência.

Neste sentido, a Comissão apresentou uma proposta de Directiva [COM(2013) 404 Final, de 11 de Junho de 2013] com o objectivo de descontinuar diversos obstáculos de jaez prática, facilitando, assim, a instauração de acções de indemnização pelas entidades afectadas por condutas anticoncorrenciais. A proposta de Directiva tem por finalidade padronizar as regras processuais existentes nos Estados Membros e contém, entre outras, as seguintes medidas:

- Maior facilidade no acesso a meios de prova – as entidades afectadas passam a poder obter uma decisão judicial que obrigue as contrapartes ou terceiros a disponibilizar documentação necessária para a prova dos factos que fundamentam a acção;
- Clarificação das regras sobre a prescrição do procedimento, com o objectivo de reduzir a incerteza existente quanto aos limites temporais dentro dos quais as entidades poderão intentar uma acção de indemnização contra o alegado autor da infracção (é proposto, para a instauração de acção de indemnização, um período de pelo menos cinco anos a contar da data em que a entidade afectada teve conhecimento dos danos sofridos);
- Possibilidade de obter a plena reparação dos danos, incluindo lucros cessantes (*lucrus cessans*);
- Clarificação das regras de responsabilidade civil em casos em que o autor da infracção aplica ilegalmente preços mais elevados a um cliente (vítima directa) e este cliente repercute o correlativo aumento na sua própria clientela (vítimas indirectas);
- Estabelecimento de uma presunção ilidível de acordo com a qual os cartéis provocam danos, com o desiderato de facilitar a demonstração e determinação do dano sofrido;
- Responsabilidade solidária dos autores da infracção pela totalidade dos danos causados às entidades afectadas. Prevêem-se, no entanto, derrogações, por exemplo, quando os infractores cooperam com a investigação da autoridade da concorrência e obtêm imunidade à aplicação de coima, caso em que, em regra, terão apenas de ressarcir os danos causados aos respectivos clientes;
- Medidas destinadas a fomentar a resolução extrajudicial dos pedidos de indemnização, com o objectivo de reduzir o tempo e os custos para as partes envolvidas em tais litígios.

Para além da proposta de Directiva, a Comissão também adoptou uma *Comunicação sobre a quantificação dos danos* [C(2013) 3440, de 11 de

Junho de 2013] e um Guia Prático [SWD(2013) 205, de 11 de Junho de 2013] com a finalidade de auxiliar os tribunais e as partes no âmbito das acções de indemnização.

Adicionalmente, tendo em vista melhorar o acesso aos meios judiciais pelas vítimas das infracções jusconcorrenciais, a Comissão publicou ainda uma *Recomendação* [C(2013) 3539/3] sobre a implementação de *mecanismos de acção colectiva* dirigida aos Estados Membros.

Ademais, entendemos – conforme, aliás, considerado pela Comissão Europeia –, que a proposta de Directiva não tem por finalidade a adopção de um novo sistema no qual as funções de punição e de dissuasão ficam na esfera dos particulares. As autoridades de concorrência (tanto a europeia, como as nacionais) continuarão a desempenhar um papel muito relevante no âmbito da investigação e de aplicação de sanções às práticas restritivas da concorrência. A proposta de Directiva deve, assim, no nosso entendimento, ser apreendida como um elemento destinado a melhorar o recurso pelos particulares aos mecanismos que lhes permitam aceder a uma compensação adequada quando sejam afectados por práticas anticoncorrenciais. ■

A PROPOSTA DE DIRECTIVA, QUE VISA SIMPLIFICAR AS REGRAS APLICÁVEIS ÀS ACÇÕES DE INDEMNIZAÇÃO POR VIOLAÇÃO DE NORMAS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA, DEVE SER APREENDIDA COMO UM CONTRIBUTO SIGNIFICATIVO NO REFORÇO DA EFICÁCIA DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA, MAXIME AO CONTRIBUIR PARA O RESSARCIMENTO DOS DANOS PROVOCADOS POR PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS.

¹ Vide os processos C-453/99 *Courage e Crehan*, de 20 de Setembro de 2001; processos apensos C-295/04 a C-298/04 *Manfredi*, de 13 de Julho de 2006; C-360/09 *Pfleiderer*, de 14 de Junho de 2011; C-199/11 *Oris et al.*, de 6 de Novembro de 2012; e C-536/11 *Donau Chemie*, de 6 de Junho de 2013.



A Autoridade da Concorrência aprova novas Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos

Gonçalo Machado Borges
gmb@mlgts.pt

No final de Março de 2013, e após realização de consulta pública, a Autoridade da Concorrência (“AdC”) aprovou as Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos (“Linhas de Orientação”) relativos à aplicação dos artigos 9º, 11º e 12º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (nova “Lei da Concorrência”), isto é, sobre a instrução de processos de contra-ordenação por práticas restritivas da concorrência.

As Linhas de Orientação incidem sobre algumas das principais inovações da nova Lei da Concorrência, contribuindo para esclarecer a interpretação que a AdC faz de algumas das normas legais aplicáveis e tendo em vista “assegurar maior transparência e previsibilidade” quanto à tramitação dos processos de contra-ordenação (parágrafo 2 das Linhas de Orientação).

A AdC pode tomar conhecimento de uma infracção às regras de concorrência oficiosamente ou por denúncia de terceiros. Quanto à abertura da fase inicial de inquérito, a nova Lei da Concorrência introduziu um modelo baseado num princípio de oportunidade, segundo o qual a AdC deixa de estar legalmente obrigada a abrir inquérito de cada vez que receba uma denúncia mas, antes, pode aferir do interesse público em avançar com um inquérito em cada caso concreto, nomeadamente à luz das “prioridades da política de concorrência” (artigo 7º, números 2 e 3, da Lei da Concorrência) que devem ser definidas anualmente.

Entre os meios de obtenção de prova ao dispor da AdC, as Linhas de Orientação clarificam o entendimento da AdC nalguns aspectos como, por exemplo, a circunstância de se considerar admissível a apreensão de correspondência aberta (incluindo correio electrónico) em processo contra-ordenacional uma vez que “Depois de aberta, a correspondência passa a ser um mero documento escrito, que pode, sem qualquer reserva, ser apreendido no decurso de uma busca” (parágrafo 51 das Linhas de Orientação).

Por outro lado, são destacadas algumas novidades introduzidas pela Lei da Concorrência, tais como a (i) possibilidade de realização de buscas domiciliárias – a autorizar, necessariamente, por despacho do juiz de instrução – no domicílio de sócios, membros dos órgãos de administração, trabalhadores e colaboradores de empresas e associações de empresas (artigo 19º da Lei da Concorrência) ou (ii) a possibilidade de realização de inspecções e auditorias pela AdC, neste caso sujeito ao consentimento das entidades visadas que devem ser notificadas da intenção em realizar a diligência com uma antecedência mínima de 10 dias úteis.

Nos termos do artigo 24º, n.º 1, da Lei da Concorrência, a fase de inquérito passa a ter a duração máxima (meramente indicativa) de 18 meses, podendo agora ser concluída por uma de 4 tipos de decisões: (i) abertura de instrução, com uma acusação (nota de ilicitude) ao(s) visado(s), sempre que a AdC conclua que existe uma *possibilidade razoável* de vir a ser proferida decisão condenatória; (ii) arquivamento do processo; (iii) decisão condenatória pondo fim ao processo em procedimento de transacção; (iv) arquivamento do processo mediante imposição de condições.

No caso de o processo avançar para a fase de instrução, esta deverá ser concluída no prazo máximo (mais uma vez indicativo) de 12 meses a contar da notificação da nota de ilicitude. As entidades visadas dispõem de um prazo não inferior a 20 dias úteis para apresentar a sua defesa por escrito, embora a AdC afirme que “Normalmente, a Autoridade fixará um prazo de 30 dias úteis” (parágrafo 93 das Linhas de Orientação). O prazo é prorrogável, no máximo por igual período, mediante pedido fundamentado. Na sua pronúncia escrita à nota de ilicitude, os visados poderão requerer uma audiência oral para complementar a sua defesa escrita, sendo aquela gravada.

As duas grandes novidades na tramitação processual das práticas restritivas da concorrência são, no entanto, a possibilidade

de arquivamento do processo mediante *apresentação de compromissos* pelos visados e o *procedimento de transacção*.

As empresas arguidas podem agora, quer na fase de inquérito quer em instrução, propor compromissos voluntários para eliminar os efeitos anticoncorrenciais das práticas em investigação. Caso os compromissos, estruturais ou comportamentais, sejam aceites pela AdC, esta adopta uma decisão de arquivamento mediante a aceitação desses compromissos e a imposição de condições. Esta possibilidade – que não está disponível no caso de infracções mais graves, como cartéis – permite aos visados evitarem uma decisão condenatória e a correspondente coima, tendo para a AdC a vantagem de permitir uma reposição mais rápida das condições de concorrência no mercado. Os compromissos devem ser plenamente implementados no prazo de 2 anos após a decisão de arquivamento e o incumprimento de condições impostas por decisão adoptada em fase de instrução constitui contra-ordenação punível com coima de até 10% do volume de negócios.

Por outro lado, a Lei da Concorrência introduziu o procedimento de transacção que permite a uma empresa visada reconhecer a sua responsabilidade na infracção em causa e, desse modo, obter uma redução de coima, apresentando, quer na fase de inquérito quer em instrução, uma proposta de transacção (não revogável). Contrariamente à apresentação de compromissos, em caso de transacção a AdC adopta uma decisão condenatória. Os factos confessados pela arguida não podem ser impugnados judicialmente para efeitos de recurso e, sendo paga a coima, a transacção convola-se em decisão condenatória definitiva.

As Linhas de Orientação fornecem, nestas e noutras matérias, uma indicação útil de como a AdC se propõe aplicar a nova Lei da Concorrência em matéria de processos contra-ordenacionais. ■

Regulamento de formação obrigatória dos Técnicos Oficiais de Contas contrário ao direito da concorrência

Pedro de Gouveia e Melo
pgmelo@mlgts.pt

Introdução

Num acórdão de reenvio prejudicial recente (proc. C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c. Autoridade da Concorrência*, de 28 de Fevereiro de 2013, ainda não publicado), o Tribunal de Justiça da União Europeia clarificou que um regulamento adoptado por uma associação profissional que estabelece um sistema de formação obrigatória para os seus membros deve ser considerado uma **decisão de associação de empresas** nos termos do artigo 101.º, n.º 1 TFUE, e constitui uma **restrição da concorrência proibida**, na medida em que **elimine a concorrência** numa parte substancial do mercado relevante e imponha **condições discriminatórias** prejudiciais para os concorrentes.

O processo OTOC c. AdC

Em 2007, a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (OTOC), uma associação profissional de direito público com amplos poderes em matéria de deontologia, formação e disciplina, estabeleceu por regulamento um **sistema de formação obrigatória** para os técnicos oficiais de contas (TOC), em que estes deviam obter anualmente pelo menos 35 créditos de formação proporcionada pela OTOC ou por esta aprovada. Os organismos de formação que pretendessem oferecer “formação profissional”, também prestada pela OTOC, **deveriam inscrever-se** nesta Ordem, **pagar uma taxa** pela inscrição e por cada acção prevista, e **cumprir os critérios** definidos pela associação, que detinha tinha o **poder para decidir sobre a aprovação das sessões**. Pelo menos 12 créditos deviam ser obtidos a partir de “formação institucional”, que só poderia ser fornecida pela Ordem.

Na sequência de denúncias, a Autoridade da Concorrência decidiu em 7 de Maio de 2010 que, ao adoptar o regulamento em questão, **a OTOC havia infringido os artigos 101.º e**

102.º TFUE e as disposições equivalentes da Lei da Concorrência portuguesa (cfr. [Newsletter de Junho de 2010](#)). A Autoridade considerou que o regulamento constituía tanto uma decisão de associação de empresas como um abuso de posição dominante no mercado para a formação obrigatória para TOC em Portugal, e aplicou uma **multa de € 229.300** à Ordem. **A decisão foi confirmada em recurso** pelo Tribunal de Comércio de Lisboa no que respeita à violação do artigo 101.º, embora tenha rejeitado a alegada violação do artigo 102.º. A Ordem recorreu para o Tribunal da Relação de Lisboa, que suspendeu a instância e apresentou quatro **questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça**.

Normas de direito público como decisão de associação de empresas

A qualificação dos TOC como «empresas» para os efeitos do artigo 101.º TFUE não suscitou controvérsia. No entanto a Relação de Lisboa tinha dúvidas sobre se um regulamento adoptado por uma ordem profissional, como a OTOC, que estava obrigada por lei a estabelecer um sistema de formação obrigatória para os seus membros, a fim de proporcionar aos cidadãos e às empresas serviços de contabilidade fiáveis e de qualidade, devia ser considerado como uma **decisão de associação** de empresas na acepção do artigo 101.º, n.º 1 TFUE, ou devia ser considerada, pelo contrário, uma **decisão de autoridade pública**, fora do âmbito desta disposição.

O Tribunal começou por recordar que, nos termos da jurisprudência *Wouters*¹, as regras europeias de concorrência apenas não são aplicáveis a determinada actividade quando esta, tendo em conta a sua natureza, as regras a que está sujeita e o seu objecto, é estranha à esfera das trocas económicas. A Ordem alegou que o regulamento não tinha influência directa na actividade económica dos TOC. No entanto, o Tribunal constatou que o regulamento estabelecia as regras a ser cumprida por outros

AS REGRAS EUROPEIAS DE CONCORRÊNCIA APENAS NÃO SÃO APLICÁVEIS A DETERMINADA ACTIVIDADE QUANDO ESTA, TENDO EM CONTA A SUA NATUREZA, AS REGRAS A QUE ESTÁ SUJEITA E O SEU OBJECTO, É ESTRANHA À ESFERA DAS TROCAS ECONÓMICAS.

¹ Acórdão de 19 de Fevereiro de 2002, proc. C-309/99 *Wouters e o. Colect.* 2002 I-01577.



O TRIBUNAL DECLAROU CLARAMENTE QUE A ELIMINAÇÃO DA CONCORRÊNCIA PARA AS SESSÕES DE TREINAMENTO COM DURAÇÃO INFERIOR A 16 HORAS NÃO PODERIA “EM NENHUM CASO” SER CONSIDERADA COMO NECESSÁRIA PARA GARANTIR A QUALIDADE DOS SERVIÇOS DOS TOC

operadores que também desejavam prestar serviços de formação oferecidos pela OTOC, pelo que teve um **impacto directo no mercado da formação obrigatória dos TOC**.

O fato de a OTOC estar legalmente obrigada a estabelecer um sistema de formação obrigatória para os seus membros foi considerado irrelevante. As normas adoptadas por uma associação profissional conservam uma natureza de poder público, e estão fora do âmbito das regras da UE aplicáveis às empresas, apenas quando o Estado-Membro define os critérios de interesse público e os princípios essenciais a cumprir por tais normas, e conserva o poder para tomar decisões em última instância. Este não era o caso da OTOC, uma vez que **a lei conferia à Ordem uma ampla margem de apreciação** quanto aos princípios, condições e métodos a respeitar pelo sistema de formação obrigatória, e não previa as condições para o acesso de organismos de formação ao mercado da formação obrigatória dos TOC.

O Tribunal concluiu assim que o regulamento em causa deve ser considerado uma decisão de associação de empresas na acepção do artigo 101.º, n.º 1 TFUE.

Efeitos restritivos: eliminação da concorrência e condições discriminatórias

Respondendo à questão de saber se o **regulamento impugnado violava o artigo 101.º do TFUE, o Tribunal observou à partida que o regulamento era susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros**, pois não só era aplicável a todo o território nacional, mas, mais importante ainda, as disposições relativas ao acesso ao mercado de formação obrigatória pareciam ser de grande importância para empresas de formação de outros Estados-Membros decidirem sobre se entravam ou não no mercado Português.

O Tribunal reconheceu que **o regulamento controvertido não tinha o objecto de restringir a concorrência**, uma vez que procurava garantir a qualidade dos serviços oferecidos pelos TOC, ao prever um sistema de formação obrigatória. No entanto, o Tribunal concluiu que o normativo em questão

produzia efeitos anticoncorrenciais em duas dimensões.

Em primeiro lugar, ao determinar que 12 dos 35 créditos anuais obrigatórios tinham que ser provir de “formação institucional”, que só poderia ser fornecida pelo OTOC, **o regulamento reservava para a Ordem uma parte significativa do mercado relevante**. Para além disso, cada programa de “formação profissional” (a categoria que estava aberta à concorrência de entidades formadoras privadas) devia durar mais de 16 horas, o que poderia ter o resultado de dissuadir organismos de formação alternativos que desejassem oferecer programas de formação de curta duração. Tais regras, portanto, eram susceptíveis de **distorcer a concorrência no mercado**, “afectando o jogo normal da oferta e da procura”.

Em segundo lugar, as **condições de acesso ao mercado relevante** (para organismos que não a OTOC) foram consideradas pelo Tribunal como sendo **discriminatórias**. Embora organismos privados tivessem de pedir aprovação específica de cada acção de formação, com pelo menos 3 meses de antecedência, e pagar uma taxa para cada acção, a OTOC (que também fornecia sessões de formação em concorrência com os organismos de formação) não estava sujeita a qualquer procedimento de aprovação.

Por outro lado, as regras que deveriam ser cumpridas pelas entidades formadoras estavam, de acordo com o Tribunal, redigidas em termos pouco precisos, o que poderia levar a OTOC (que detinha o poder de decidir unilateralmente sobre os pedidos de inscrição) a falsear a concorrência, favorecendo a formação por si organizada. A exigência de três meses de antecedência antes do início da sessão, também foi considerada como impedindo os organismos de formação alternativos de oferecerem, de imediato, acções de formação sobre temas atuais, ao mesmo tempo que lhes impunha “a divulgação sistemática das informações detalhadas relativas a qualquer acção prevista”.

Novamente evocando o acórdão *Wouters*, o Tribunal declarou claramente que a eliminação

da concorrência para as sessões de treinamento com duração inferior a 16 horas não poderia “em nenhum caso” ser considerada como necessária para garantir a qualidade dos serviços dos TOC. Da mesma forma, os objectivos subjacentes às condições de acesso poderiam ser alcançados através de um sistema de monitorização com base em critérios claramente definidos, transparentes, não discriminatórios e que garantissem aos organismos de formação igualdade de acesso ao mercado relevante. Por estas razões, o Tribunal concluiu que o regulamento em questão era contrário ao artigo 101.º, n.º 1 TFUE.

O Tribunal de Justiça, finalmente, rejeitou o argumento de que o regulamento era justificado à luz dos artigos 101.º, n.º 3 e 106.º, n.º 2 TFUE. **As restrições de concorrência impostas pelo regulamento pareciam ir além do que era necessário** para garantir tanto as melhorias nos serviços dos TOC, nos termos do artigo 101.º, n.º 3, ou o desempenho de funções específicas atribuídas à OTOC, nos termos do artigo 106.º, n.º 2, mesmo que a formação obrigatória pudesse ser vista como uma actividade de interesse económico geral, o que não era claro para o Tribunal. O regulamento também **torrava possível à OTC eliminar a concorrência** numa parte substancial dos serviços de formação para os TOC, o que constituía um impedimento adicional à aplicação do artigo 101.º, n.º 3.

Comentário

O pedido prejudicial no processo OTOC deu o Tribunal de Justiça oportunidade de recordar e articular **princípios basilares do direito da concorrência**, como o de que entidades de direito público que realizam actividades económicas estão sujeitas às regras do direito da concorrência, e o de que as associações profissionais, ao aprovarem regras de aplicação geral, devem tomar cuidado para garantir que essas regras não distorcem a concorrência, “afectando o jogo normal da oferta e da procura”, e garantem a “igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores económicos”.

O Tribunal também confirmou que a **excepção de interesse público** prevista no acórdão *Wouters* está sujeita a um **teste de**

proporcionalidade restritivo, à semelhança das apreciações realizadas nos termos dos artigos 101.º, n.º 3 e 106.º, n.º 2, TFUE, as quais têm sido tornadas mais exigentes pela jurisprudência dos anos mais recentes.

O acórdão oferece elementos de reflexão às associações profissionais que organizam acções de formação obrigatória que podem ser ministradas por entidades privadas, o que é prática comum em muitos países, entre os quais Portugal, para as chamadas “profissões liberais”, como as de advogado, médico, farmacêutico, TOC, arquitecto, engenheiro, etc. Em particular, **quando as próprias associações prestação de serviços de formação, ou seja, operam no mercado, as regras de acesso ao mercado (inclusivamente em matéria de procedimentos de aprovação), devem ser claras, objectivas, transparentes e não discriminatórias, e permitir um controlo subsequente** – inclusivamente por um tribunal. O Tribunal exprimiu preocupação com a “igualdade de oportunidade” de terceiros no acesso ao mercado, e com aquisição sistemática, pela ordem em causa, de “informações detalhadas” (ou seja, informações comercialmente sensíveis) sobre todas as acções de formação propostas por fornecedores concorrentes.

O acórdão OTOC parece sugerir que, nesses casos, **as funções “comercial” e “de regulamentação” da ordem profissional devem ser autonomizadas**, para evitar que a associação tenha a capacidade de falsear a concorrência ao favorecer a formação por si organizada, uma linha de raciocínio que recorda o **princípio da separação de actividades** (*unbundling*) que tem sido desenvolvido e detalhado pela legislação da UE em determinadas indústrias de rede, tais como o sector de energia².

Associações profissionais que estejam sujeitas a obrigações de direito público e desenvolvam simultaneamente actividades económicas, em (real ou potencial) concorrência com outros operadores económicos, deverão, portanto, adoptar especial cautela ao regulamentar e exercer actividades que são, ou não tem nenhuma razão para não ser, abertas à concorrência. ■

² Cfr. *inter alia* as Directivas 2009/72/CE e 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho de 2009, sobre regras comuns para o Mercado interno da electricidade e do gás natural, respectivamente (JO L 211, 14.8.2009, p. 55–136).



MATTOS FILHO > Mattos Filho, Veiga Filho,
Marrey Jr e Quiroga Advogados

CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

Um ano da nova Lei de Defesa de Concorrência no Brasil

www.mattosfilho.com.br

A PRINCIPAL NOVIDADE FOI A INTRODUÇÃO DO SISTEMA DE CONTROLE PRÉVIO DE OPERAÇÕES, QUE NÃO MAIS PODEM SER CONSUMADAS ANTES DE SUA APROVAÇÃO PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

F em 29 de maio de 2013, a nova Lei de Defesa da Concorrência no Brasil – Lei 11.259, de 2011 – completou um ano de vigência. A nova Lei trouxe profundas e importantes mudanças nos procedimentos de análise de concentrações econômicas, nas sanções aplicáveis em casos de infração concorrencial e na própria estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A nova lei unificou as funções de instrução e julgamento no Cade, que passou a ser constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos. O Tribunal Administrativo é composto por sete membros, um Presidente e seis Conselheiros, que decidem a existência de infração à ordem econômica e apreciam atos de concentração. A Superintendência Geral é composta por um Superintendente Geral, dois Superintendentes Adjuntos e por Coordenadores Gerais de Análise Antitruste. O Departamento de Estudos Econômicos é responsável pela elaboração de estudos e pareceres econômicos para fundamentar as decisões do Cade.

A principal novidade foi a introdução do sistema de controle prévio de operações, que não mais podem ser consumadas antes de sua aprovação pela autoridade brasileira de defesa da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Respondendo às preocupações do mercado com a celeridade e eficiência na análise das operações, o CADE reduziu o prazo médio de análise de atos de 154 dias em 2011, para 25 dias em 2012.

Das 250 operações aprovadas neste primeiro ano de vigência da nova Lei, 227 foram analisadas sob o rito sumário, que é mais simples e rápido. As demais 23 operações foram analisadas pelo rito ordinário, mais complexo e demorado. Operações analisadas pelo rito sumário foram decididas em até 20 dias, enquanto operações revistas pelo rito ordinário foram decididas em aproximadamente 69 dias.

A grande maioria dos casos foi aprovada pela Superintendência Geral do CADE, por não terem potencial de limitar a concorrência. Apenas seis operações foram analisadas pelo Tribunal do CADE. Em três delas, houve a recomendação

de adequação da cláusula de não concorrência constante do contrato que formalizou as operações (AC n. 08700.009303/2012-54 – Kinea / Delfpar, AC n. 08700.008751/2012-31 – Proair Serviços Auxiliares de Transporte Aéreo Ltda./Seaviation Serviços Aeroportuários Ltda. e AC n. 08700.004809/2013-58 – União de Lojas Leader S.A e outros). Uma das operações foi avocada por um dos Conselheiros, que desejava revisar as informações prestadas pelas partes (AC n. 08700.011105/2012-51 – Grupo Laureate / Anhembi Morumbi).

Nos dois últimos casos, houve a celebração de Acordo em Controle de Concentrações (ACs n. 08700.009882/2012-35 – Ahlstrom Corporation/Munksjö AB e AC n. 08700.006437/2012-13 - WP Roaming III S.A.R.L. (MACH)/Syniverse Holdings, Inc). Em ambos os casos, as autoridades brasileiras trocaram informações com suas contrapartes europeias, o que agilizou a instrução dos processos e facilitou a identificação dos remédios necessários e a consequente celebração do acordo.

Para assegurar celeridade e eficiência na análise das operações, o CADE também passou a adotar maior rigidez no controle das informações prestadas pelas partes. No último ano, foram aplicadas multas que totalizam R\$ 5,7 milhões – aproximadamente € 2,27 milhões – a empresas

que apresentaram informações incompletas ou incorretas na notificação de operações. Em todos os casos, o CADE ponderou que a inexatidão de informações poderia levar a resultados diferentes da análise concorrencial das operações – o que é inaceitável.

Outro importante foco de atenção do CADE no último ano foi a conclusão de investigações de infrações à ordem econômica que estavam em andamento. Em 2012 foram julgados 23 processos administrativos, dos quais 11 resultaram em condenações e multas que totalizam R\$ R\$ 170,5 milhões – aproximadamente € 68 milhões. Trata-se de número substancialmente maior que 2011, quando 16 processos administrativos foram julgados com apenas uma condenação.

O CADE também inovou nas regras para propositura e negociação de Termos de Compromisso de Cessação de Prática, acordo que interrompe investigações e previne condenações contra empresas, associações e pessoas físicas. Agora, para celebrar acordos em investigações de cartel, o investigado deverá pagar uma contribuição pecuniária, cujo valor não poderá ser inferior à multa mínima prevista pela lei. Além disso, o investigado precisará confessar sua participação na conduta investigada e colaborar com a investigação. ■

EM 2012 FORAM JULGADOS
23 PROCESSOS ADMINISTRATIVOS,
DOS QUAIS 11 RESULTARAM EM
CONDENAÇÕES E MULTAS QUE
TOTALIZAM APROXIMADAMENTE
€ 68 MILHÕES



MLGTS LEGAL CIRCLE
INTERNATIONAL TIES WITH THE PORTUGUESE-SPEAKING WORLD

Procurando responder às necessidades crescentes dos seus clientes um pouco por todo o mundo, nomeadamente nos países de expressão portuguesa, a MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA estabeleceu parcerias institucionais com sociedades de advogados líderes de mercado em Angola, Macau e Moçambique.

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

LISBOA

Rua Castilho, 165
1070-050 Lisboa
Tel.: (+351) 213 817 400
Fax: (+351) 213 817 499
mlgtslisboa@mlgts.pt

Luanda, Angola (em parceria)
Angola Legal Circle Advogados

PORTO

Av. da Boavista, 3265 - 5.2
Edifício Oceanvs – 4100-137 Porto
Tel.: (+351) 226 166 950
Fax: (+351) 226 163 810
mlgtsporto@mlgts.pt

Maputo, Moçambique (em parceria)
Mozambique Legal Circle Advogados

MADEIRA

Avenida Arriaga, Edifício Marina Club, 73, 1º
Sala 113 – 9000-060 Funchal
Tel.: (+351) 291 200 040
Fax: (+351) 291 200 049
mlgtsmadeira@mlgts.pt

Macau, Macau (em parceria)
MdME | Lawyers | Private Notary

Member

LexMundi
World Ready

www.mlgts.pt