

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E FUNDOS DE INVESTIMENTO

Neste *briefing* alertaremos para a potencial exposição das sociedades de capital de risco e empresas de *private equity* aos riscos de direito da concorrência em resultado da actuação das suas participadas e elencamos formas práticas de os minimizar.

PORQUÊ PREVENIR?

As infracções ao direito da concorrência por empresas a operar na União Europeia (UE) podem ser alvo de uma investigação por parte da Comissão Europeia ou de uma autoridade da concorrência nacional.

As consequências poderão ser as seguintes:

- Coimas que podem ascender a 10% do volume de negócios mundial do grupo (a Comissão Europeia aplica regularmente coimas que atingem as centenas de milhões de euros; em Portugal, a Autoridade da Concorrência já aplicou coimas de dezenas de milhões de euros);
- Invalidez dos acordos;
- Acções de indemnização por parte de terceiros lesados;
- Responsabilidade dos administradores /gestores e dos directores (comerciais, financeiros ou jurídicos);
- Diminuição do valor da empresa participada;
- Danos de imagem e reputação; e
- Alocação intensa de recursos humanos para acompanhamento do tema.

EMPRESA-MÃE PODE SER RESPONSÁVEL PELAS COIMAS

A responsabilidade pelas coimas pode não ser exclusiva da empresa participada, podendo afectar igualmente a empresa-mãe. Nos termos do direito da concorrência, da UE e nacional, a responsabilidade pela infracção por parte de uma determinada empresa afecta todo o “grupo económico”. Por outras palavras, uma infracção poderá afectar o conjunto de empresas, do qual essa empresa faz parte que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação.

Consequentemente, a Autoridade da Concorrência e a Comissão Europeia podem responsabilizar a empresa-mãe pela infracção cometida pela sua participada no caso de a empresa-mãe exercer “*influência decisiva*” sobre a actividade dessa subsidiária, mesmo que não exista qualquer participação ou conhecimento da infracção. Acresce que existe uma presunção (ilidível) da existência da referida influência determinante quando a empresa-mãe detém, directa ou indirectamente, a totalidade das participações sociais na empresa infractora.

Neste sentido, uma empresa de *private equity* pode ser directamente responsabilizada pelo comportamento da sua empresa participada. Pode até dar-se o caso de a responsabilidade ocorrer após a empresa participada ter sido vendida a terceiros.

LITÍGIOS COM OS INVESTIDORES

Tipicamente, os fundos de capital de risco remuneram a respectiva sociedade de capital de risco, podendo, em tese, essa remuneração ser utilizada para o pagamento de coimas aplicadas à sociedade de capital de risco. Contudo, os investidores do fundo de capital de risco podem mostrar-se relutantes em pagar tais quantias. Dependendo do acordado em sede do contrato de gestão, os investidores podem recusar o pagamento da remuneração, aduzindo a circunstância de a sociedade de capital de risco ter sido negligente em adoptar medidas de prevenção e de *compliance* adequadas a assegurar que a respectiva empresa participada cumpriu com o direito da concorrência. No fundo, pode ser argumentado que a sociedade de capital de risco não praticou todos os actos e operações necessários ou convenientes à boa administração do fundo de capital de risco, de acordo com critérios de elevada diligência e competência profissional.

RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES E DIRECTORES

Pela prática de contra-ordenações jus-concorrenciais podem ser responsabilizadas pessoas singulares, designadamente os titulares dos órgãos sociais (por exemplo, órgãos de administração), ou representantes. Com a Nova Lei da Concorrência também os directores (comerciais, financeiros, jurídicos, etc.) podem ser alvo de coimas pela violação das regras de direito da concorrência.

DUE DILIGENCE E MEDIDAS DE COMPLIANCE

Em primeiro lugar, as empresas de *private equity* devem considerar se os processos de *due diligence* são suficientes para cobrir os potenciais riscos de violação das regras de direito da concorrência por parte das empresas que passarão a integrar o portfólio e que declarações e garantias ("*reps & warranties*")

são exigidas nos termos da aquisição. Relativamente às empresas que já integram a carteira, as sociedades de capital de risco devem considerar a hipótese de implementar um programa de *compliance*.

No que toca ao cumprimento e implementação de regras de *compliance*, as autoridades da concorrência têm sublinhado que o empenho, dos órgãos de administração das empresas, é essencial e carece de ser expressamente comunicado a todas as empresas do grupo e aos respectivos trabalhadores. Advoga-se:

- Nomeação de um administrador executivo responsável pela *compliance* da empresa;
- Formação regular dos trabalhadores;
- Implementação de procedimentos de controlo por parte da administração de áreas sensíveis (por exemplo, supervisão dos departamentos em que existe contacto com os concorrentes); e
- Mecanismos de reporte efectivos.

QUAIS OS CONHECIMENTOS QUE OS GESTORES DEVEM TER?

É importante assegurar que as equipas de gestão e os administradores percepcionem quais os comportamentos que são susceptíveis de violar o direito da concorrência e quais as consequências previsíveis de tais práticas. Apesar de não ser suposto que se tornem especialistas em concorrência, é expectável que os administradores (incluindo os não executivos) saibam que determinados acordos com os concorrentes são susceptíveis de constituir restrições graves à concorrência, designadamente:

- Fixação de preços;
- Limitação da produção ou distribuição;
- Repartição de mercados ou de clientes;
- Partilha de informação sensível com concorrentes (por exemplo, sobre as intenções futuras de preços).

Acresce que os gestores devem estar cientes de que, no caso das respectivas empresas deterem

uma posição dominante, as seguintes práticas podem ser proibidas:

- Estabelecimento de preços excessivos;
- Recusa de fornecimento, sem justificação;
- Concessão de descontos que não esteja ligada a critérios objectivos (por exemplo, relacionada com o volume de compras);
- Práticas de *tying* ou de *bundling*, em que o comprador é incentivado a adquirir um conjunto de dois ou mais produtos); e
- Recusa, a outra empresa, de acesso a uma rede ou a uma infra-estrutura essencial.

Também é desejável que mesmo os administradores não executivos, envolvidos na aprovação de decisões comerciais estratégicas (por exemplo, a criação de uma *joint venture* com um concorrente, actual ou potencial), tenham obtido, quando necessário, o aconselhamento de especialistas em direito da concorrência.

QUESTÕES PARA OS GESTORES

Sugere-se que todos os gestores (incluindo os não executivos) se coloquem as seguintes questões:

- Quais são os nossos actuais riscos de concorrência?
- Quais são as medidas que estão a ser implementadas para mitigar tais riscos?
- Qual o nosso programa de *compliance*?

PORQUÊ AGORA?

Em 7 de Julho de 2012 vai entrar em vigor a Nova Lei da Concorrência, que constitui uma etapa muito mais exigente na aplicação das regras de concorrência em Portugal e que confere poderes muito acrescidos à Autoridade da Concorrência.

WHAT THEY SAY ABOUT US

The team is diligent, proactive and quick to answer, has broad experience of the market, and provides prompt responses, attention to detail, and easy access to financial institutions and regulators. – Chambers, 2012

Within EU and Competition, SRS Advogados is a first tier firm. – Legal 500, 2012

The lawyers are close to their clients, produce high-quality work and actively follow up on all aspects of a process until it has been completed. – Chambers, 2011

KEY INDIVIDUALS:

Alexandra Maia de Loureiro is described as 'straight to the point and clear in her advice' and impresses sources with 'her keen understanding of business and her ability to offer tailored solutions.' – Chambers, 2012

Team leader Gonçalo Anastácio has 'astonishing knowledge of European legal matters.' – Chambers, 2012

Gustavo Ordonhas Oliveira is 'well known within the financial sector and is extremely skilful for complex transactions'. He's one of the talents of the team, 'knowledgeable and dedicated to financial operations', sources say. – Chambers, 2012

Ana Rita Andrade is lauded for 'her great ability to write concise, clear and objective reports.' – Chambers, 2011

CONTACTOS

www.srslegal.pt

LISBOA

R. Dom Francisco Manuel de Melo n.º
21, 1070-085 Lisboa
T +351 21 313 2000
F +351 21 313 2001

FUNCHAL

Av. Zarco n.º 2, 2.º
9000-069 Funchal
T +351 29 120 2260
F +351 29 120 2261

PORTO (*)

R. Tenente Valadim n.º 215
4100-479 Porto
T +351 22 543 2610
F +351 22 543 2611



_1



_3



_5



_2



_4



_6

1_ **ALEXANDRA MAIA DE LOUREIRO**
Sócia – Financeiro
alexandra.loureiro@srslegal.pt

2_ **GONÇALO ANASTÁCIO**
Sócio – Concorrência
goncalo.anastacio@srslegal.pt

3_ **GUSTAVO ORDONHAS OLIVEIRA**
Advogado Coordenador – Financeiro
gustavo.oliveira@srslegal.pt

4_ **ANA RITA ANDRADE**
Advogada Sénior – Concorrência
ana.andrade@srslegal.pt

5_ **NEUZA PEREIRA DE CAMPOS**
Advogada Sénior – Financeiro
neuza.campos@srslegal.pt

6_ **ALBERTO SAAVEDRA**
Advogado Associado – Concorrência
alberto.saavedra@srslegal.pt

Este apontamento é geral e abstracto, não constituindo aconselhamento jurídico a qualquer caso concreto.

Os currícula dos contactos podem ser consultados em www.srslegal.pt

Em parceria com_
Veirano Advogados_BRASIL
(*) Andreia Lima Carneiro & Associados
LCF Leg Couns.Firm_ANGOLA
SAL & Caldeira_MOÇAMBIQUE
Amado & Medina_CABO VERDE

Sociedade
Rebello de Sousa
& Advogados
Associados, RL