

**Proposta de anteprojeto de diploma de transposição da Diretiva 2019/1/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno (Diretiva ECN+)**

**Consulta Pública da Autoridade da Concorrência**

**– Contributo da CIP –**

**1.**

A Diretiva (UE) 2019/01 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 (Diretiva ECN+), que ora se pretende transpor, visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a Lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno.

A Diretiva tem, assim, por objetivo, garantir a aplicação efetiva da política de concorrência da União Europeia e o bom funcionamento do mercado interno.

Segundo o Considerando 76 da Diretiva em causa, é necessário *"assegurar que as ANC dispõem das garantias de independência, dos recursos e das competências de execução e de aplicação de coimas necessários para poderem aplicar de forma eficaz os artigos 101.º e 102.º do TFUE e o direito nacional da concorrência em paralelo com os artigos 101.º e 102.º do TFUE, bem como garantir o bom funcionamento do mercado interno e da Rede Europeia da Concorrência (...)*.

**2.**

A Autoridade da Concorrência (AdC) lançou um processo de consulta pública relativamente à transposição da referida Diretiva no dia no dia 25 de outubro de 2019.

A CIP congratula o lançamento da consulta pública dado que o tema das práticas restritivas da concorrência, seus procedimentos e regras, é uma das áreas em que se justifica proceder a uma reflexão conjunta, com a participação da comunidade jurídica, das empresas e das demais entidades públicas ou privadas cujo contributo seja relevante.

### **3.**

No que diz respeito à concorrência, durante muito tempo, 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.

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 reforma 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.

Ativa também foi a sua participação na reforma introduzida em 2012, no quadro da vertente estrutural do programa de ajustamento, que fixou um conjunto de objetivos e de medidas a concretizar para promoção da concorrência nos mercados, com o objetivo de melhorar os índices de crescimento económico do País.

Com esta reforma, foi criado o Tribunal de Competência Especializada para a Concorrência, Regulação e Supervisão e estabelecido um novo Regime Jurídico da Concorrência, que

apresenta melhorias face ao regime anteriormente em vigor, mas não deixa de ser suscetível de algumas críticas e melhoramentos, que não caberá aqui desenvolver.

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 atividades, 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, a ação eficaz da Autoridade da Concorrência afigura-se como requisito essencial num modelo de desenvolvimento assente na economia de mercado e na livre iniciativa.

Uma ação exercida sob regras de funcionamento que devem ser ágeis, por forma a que, no exercício das suas competências, possa ser célere e eficaz na sua missão, sem onerar desnecessariamente as empresas.

Por outro lado, esta Confederação considera que deve ser dada uma maior prioridade à prevenção, uma vez que é muito melhor antecipar os riscos e os comportamentos ilícitos do que tentar atuar depois.

É, igualmente, importante, uma atuação pedagógica, junto da sociedade em geral, dando ênfase aos benefícios para o cidadão da sã concorrência entre as empresas e do bom funcionamento dos mercados.

É preciso interiorizar a noção de que as sociedades livres exigem mercados livres e de que só um grau de concorrência efetivo, no mercado doméstico, permite às empresas adquirirem a robustez necessária para enfrentarem os desafios da economia global.

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

Acresce ressaltar que a necessidade de promoção da concorrência não surpreende, uma vez que o modelo económico da União Europeia (UE) assenta em economias de mercado abertas e em clima de livre concorrência.

De facto, o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa refere, entre outros objetivos 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.

#### **4.**

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.

#### **5.**

A Proposta de Anteprojeto pretende reforçar, e muito, os poderes da Autoridade, indo, inclusivamente, para além do consignado na Diretiva a transpor.

Aliás, a própria Exposição de Motivos que acompanha a referida Proposta de Anteprojeto assume e justifica tal opção, a saber:

*"6. Como decorre do n.º 2 do artigo 1.º, em articulação com as definições constantes dos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º da Diretiva, esta apenas se aplica a infrações aos artigos 101.º (acordos anticoncorrenciais e outras formas de colusão) e 102.º (abuso de posição dominante) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (de ora em diante, "TFUE") e aos artigos nacionais equivalentes (artigos 9.º e 11.º da Lei da Concorrência – de ora em diante, "LdC")*

*quando aplicados ao mesmo processo e em paralelo, com exceção do que respeita ao artigo 31.º, n.ºs 3 e 4 da Diretiva.*

*Como é sabido, desde a entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003 que as autoridades de concorrência e tribunais nacionais dispõem de competência para aplicar na íntegra os referidos artigos do TFUE. Ou seja, salvo a referida exceção, a Diretiva não se aplica a infrações puramente nacionais, isto é, àquelas que não são suscetíveis de afetar o comércio transfronteiriço (e às quais não se aplicam, por isso, os artigos 101.º e 102.º do TFUE).*

*7. Não obstante, a presente Proposta estende o respetivo âmbito de aplicação às infrações puramente domésticas, pelos seguintes motivos:*

*(i) Unidade do sistema jurídico, evitando-se a criação de dois conjuntos diferentes de regras em função da natureza puramente nacional ou, ao invés, transfronteiriça, da infração em causa;*

*(ii) Igualdade de tratamento entre infratores;*

*(iii) Interpretação uniforme, sendo que a jurisprudência nacional tem consistentemente afirmado a pertinência de recorrer à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (de ora em diante, "TJUE") tendo em vista o interesse da interpretação uniforme do direito da concorrência, mesmo quando estejam porventura apenas em questão infrações puramente domésticas; e*

*(iv) Certeza jurídica, atento o facto de o critério sobre a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE – i.e. a suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros – ser significativamente elástico, o que poderá aumentar a litigiosidade relacionada com o seu preenchimento, dificultando, no limite, a própria aplicação efetiva do direito e política de concorrência da UE que a Diretiva visa assegurar.”(sublinhado nosso).*

Por outras palavras, a Autoridade da Concorrência entende que o reforço dos poderes previsto na Diretiva deve aplicar-se a situações exclusivamente nacionais e não, tal como previsto na Diretiva, a situações que possam afetar o comércio entre os Estados-Membros.

Como já se referiu anteriormente, na perspetiva desta Confederação, a Autoridade deve desempenhar o seu importante papel de forma isenta e eficaz.

No entanto, não pode esta Confederação deixar de questionar se o princípio da proporcionalidade se encontra presente na opção assumida pela Autoridade.

O reforço do poder das Autoridades previsto na Diretiva está direcionado para situações suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros.

Ora, julga-se que, em geral, tais situações assumem uma complexidade, nomeadamente ao nível da investigação, consideravelmente maior do que situações que estejam restringidas ou confinadas ao nível nacional de um Estado-Membro.

Assim sendo, dúvidas existem se a opção corporizada no n.º 3 aditado ao artigo 2º (Âmbito de aplicação) da Lei da Concorrência (LdC) respeita o princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, também é necessário vincar e deixar bem exposto que, não obstante a sintonia com a Diretiva a transpor, a reformulação da Lei da Concorrência apresenta de forma muito detalhada, se não mesmo minuciosa, os direitos adicionalmente atribuídos à Autoridade da Concorrência.

O mesmo já não se verifica, bem pelo contrário, quanto aos direitos de defesa das empresas e associações de empresas, uma vez que a Lei limita-se a referir no n.º 5 do artigo 2.º (Âmbito de aplicação) que *"A aplicação da presente lei deve respeitar os princípios gerais do direito da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia."*, não havendo qualquer densificação e/ou detalhe sobre a forma como se concretizam tais princípios ou direitos.

Na perspetiva da CIP, estamos perante uma discrepância e um desequilíbrio cuja eventual justificação se afigura de difícil compreensão, sobretudo tendo em conta que as alterações que ora se intenta introduzir, podem implicar consequências significativas no âmbito dos direitos e da própria vida pessoal dos proprietários, dos trabalhadores, dos investidores, dos parceiros empresariais, entre outros.

## **6.**

O n.º 5 do artigo 8.º (Processamento de denúncias) refere que *"Se o autor da denúncia não apresentar as suas observações dentro do prazo fixado pela AdC, a denúncia é considerada retirada."*

Na perspetiva da CIP, é necessário a densificação das consequências após a denúncia ser *"retirada"*, de modo a evitar denúncias levianas e infundadas.

Nesse sentido, considera-se que se devia prever um artigo específico sobre a faculdade, por parte do autor da denúncia, em retirar a denúncia a que a Lei alude.

## **7.**

Os n.ºs 3 e 4 do artigo 14.º (Regras gerais sobre prazos) preveem o seguinte:

*"3 – Os prazos fixados legalmente ou por decisão da AdC podem ser prorrogados, por igual período ou inferior, mediante requerimento fundamentado, apresentado antes do termo do prazo.*

*4 – A AdC recusa a prorrogação de prazo sempre que entenda, fundamentadamente, que a mesma é desnecessária ou que o requerimento tem intuito meramente dilatório ou não está suficientemente fundamentado."*(sublinhados nossos).

Na perspetiva da CIP, a opção adotada para as regras gerais de prazos é questionável.

Acresce que não se regista na Diretiva ECN+ qualquer apontamento em concreto a este propósito.

O n.º 4 do artigo 14.º da Lei da Concorrência foi alterado no sentido de permitir que a Autoridade da Concorrência recuse alterações de prorrogação do prazo fixado por esta Autoridade, no caso de considerar que a mesma é desnecessária ou, ainda, que o pedido não se encontra suficientemente fundamentado.

A Diretiva, no seu artigo 8.º (Pedidos de informação), tão só refere que *"as autoridades administrativas nacionais da concorrência podem exigir às empresas e associações de empresas que prestem, dentro de um prazo determinado e razoável, todas as informações necessárias para a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE"*.

Na perspetiva da CIP, a alteração em apreço baseia-se unicamente em critérios subjetivos – ser *"desnecessária"* e/ou o pedido não se encontrar *"suficientemente fundamentado"* -, pelo que se questiona: Como e com que base a Autoridade da Concorrência avalia a alegada desnecessidade e a insuficiência/suficiência de fundamentação ?

Mais, é perspetiva desta Confederação, que o dever geral de colaboração com a AdC já se encontra suficientemente previsto na lei e sujeito a um quadro sancionatório rigoroso.

Sendo o objetivo garantir que o pedido seja devidamente fundamentado, tal já se encontra igualmente previsto, sendo redundante a introdução, no n.º 4, do termo “*desnecessária*” ou da expressão “*não está suficientemente fundamentado*”.

Não sendo assim, cumpre referir que, atribuir, à autoridade fiscalizadora e sancionatória, a avaliação quanto à necessidade ou não do prazo de prorrogação, não será certamente equilibrado e conduzirá a avaliações desproporcionadas e descontextualizadas, podendo, em última instância, conduzir à prestação de informações pouco profícuas para os processos em curso e para as decisões que aquela mesma autoridade terá de adotar.

A avaliação das necessidades dos destinatários não deverá ser da competência daquela autoridade.

## **8.**

A alínea c) do n.º 3 do artigo 15.º (Prestação de informações) refere o seguinte:

*“A menção de que a destinatária deve identificar, de maneira fundamentada, as informações que considera confidenciais, por motivo de segredos de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos, ficheiros ou mensagens que contenham tais informações, expurgada das mesmas e incluindo descrição concisa e completa, da informação omitida;”*(sublinhado nosso).

Por outro lado, o n.º 2 do artigo 30.º (Segredos de negócio) prevê o seguinte:

*“Após a realização das diligências previstas no artigo 18.º e nas alíneas a) e d) do n.º 1 do artigo 18.º- A, a AdC concede à empresa objeto da medida de investigação prazo, não inferior a 10 dias úteis, para identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais por motivo de segredos de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgada das mesmas, incluindo descrição concisa, mas completa, da informação omitida.”*(sublinhado nosso).

Num apontamento introdutório, importa alertar para esta questão algo contraditória.

Ora vejamos: de acordo com o ponto 62 da Exposição de Motivos da AdC, verifica-se a necessidade de a destinatária incluir uma descrição concisa e completa com vista a permitir que quem tem acesso ao processo consiga perceber o conteúdo da informação sem aceder em concreto a elementos confidenciais.



Sem prejuízo de louvarmos a iniciativa de garantia dos direitos de defesa, questiona-se o uso conjunto da terminologia “*concisa*” e “*completa*” no enquadramento de proteção de segredos de negócio/informação confidencial, em conjugação com a justificação apresentada pela AdC para tal alteração de que “*permite que quem tenha acesso ao processo consiga perceber o conteúdo*”.

Conforme referido no Considerando 14 da Diretiva ECN+, o interesse legítimo das empresas na proteção dos seus segredos comerciais deve ser salvaguardado.

Assim, não se compreende o âmbito da presente alteração e o grau de discricionariedade que envolve a conclusão do que é, ou não, conciso e completo para permitir que quem tenha acesso ao processo consiga perceber o seu conteúdo.

## **9.**

A AdC deverá, nos termos do disposto no Considerando (35) da Diretiva em apreço, dispor de competência efetiva para “*exigir que as empresas ou associações de empresas lhes forneçam as informações necessárias para detetar infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE.*”

Com efeito, e tendo em vista a prossecução de tal objetivo, a AdC deverá “*poder exigir a divulgação de informações que (...) permitam investigar potenciais infrações. Tal deverá incluir o direito de exigir informações em qualquer formato digital, incluindo mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente do local em que estejam armazenadas, nomeadamente em nuvens e servidores, desde que a empresa ou associação de empresas destinatária do pedido de informações tenha acesso às mesmas.*”

Contudo, “*este direito não deverá impor à empresa ou associação de empresas uma obrigação desproporcionada em relação às exigências da investigação, não devendo, nomeadamente, comportar-lhe custos ou esforços excessivos*”. (sublinhado nosso).

“*Tais pedidos não deverão forçar uma empresa ou associação de empresas a admitir que cometeu uma infração*”, cabendo a prova da mesma à AdC.

Do mesmo modo, tal prerrogativa não deverá “*prejudicar as obrigações que incumbem às empresas ou às associações de empresas de responder a perguntas factuais e de facultar documentos*”.

Face ao supratranscrito e analisada a redação constante do Anteprojeto em análise, sugerimos o ajustamento do disposto no número 5 do Artigo 15.º (Prestação de informações), nos seguintes termos:

*"A destinatária é obrigada a fornecer as informações, dados ou esclarecimentos requeridos ou respetivos suportes a que tenha acesso nos termos dos n.ºs 1 e 2, consoante o caso, quando tal obrigação não se revele desproporcionada em relação às exigências de investigação **nem comporte custos ou esforços excessivos**, bem como a responder a perguntas factuais ou a prestar esclarecimentos factuais **e/ou a facultar documentos**, apenas podendo recusar prestar declarações que impliquem a admissão do cometimento de uma infração."*

#### **10.**

Sugere-se a seguinte precisão no n.º 1 do artigo 18.º (Poderes de inquirição):

*"Para efeitos da aplicação da presente lei, a AdC pode, designadamente, convocar para uma inquirição e inquirir empresas, associações de empresas ou qualquer outra pessoa, coletiva ou singular, através de representante legal ou pessoalmente, cujas declarações considere pertinentes, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que esse representante ou pessoa possa dispor e que a AdC repute relevantes **no âmbito da investigação para efeitos da aplicação da presente lei**".*

#### **11.**

O artigo 20.º (Apreensão) da Lei da Concorrência prevê uma nova redação para o seu n.º 6 da Lei da Concorrência, a saber:

*"6 — Os contactos envolvendo trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado não são abrangidos pelo segredo profissional referido no número anterior."*

A redação projetada contende frontalmente, pelo que deve ser eliminada, com o artigo 92.º (Segredo profissional) da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, que aprova o Estatuto da Ordem dos Advogados, em conformidade com a Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, e revoga a Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro, e o Decreto-Lei n.º 229/2004, de 10 de dezembro, e com Regulamento de Dispensa de Segredo Profissional [v. Regulamento n.º 94/2006 OA (2ª Série), de 25 de Maio de 2006 / Ordem dos Advogados. Conselho Geral. - Regulamento de dispensa de segredo profissional. Diário da República. – S.2 n.113 (12 junho

2006), p.8588-8589.], os quais não preveem exceções ao segredo profissional de acordo com o eventual vínculo laboral.

O referido estatuto não efetua qualquer discriminação legal e estatutária negativa dos “advogados de empresa”, sendo pacífico e assente que todos os advogados inscritos na Ordem dos Advogados beneficiam do regime de proteção legal do sigilo profissional.

Mais, o artigo 68.º (Consulta jurídica) do Estatuto compatibiliza o exercício da advocacia com o vínculo jurídico-laboral e garante mesmo tal exercício, nesse contexto, nos ditames da isenção, autonomia e independência técnicas do Advogado e dos princípios deontológicos e de disciplina da profissão.

Acresce que é também pacífico que o Acórdão de 14 de setembro de 2010 do Tribunal de Justiça da União Europeia, “AKZO”, processo C-550/07 P, não coloca em causa o acima exposto, pelo que AdC não deve ter o poder de aceder a documentos de advogados inscritos na Ordem dos Advogados.

Ainda sobre este artigo, é proposta a alteração do n.º 7, determinando que “*A apreensão em bancos ou outras instituições de crédito de documentos abrangidos por sigilo bancário é validada pelo juiz de instrução (...)*” (sublinhado nosso), em vez de “*efetuada*” por esse mesmo juiz, tal como consta da redação que ora se visa modificar.

Visto que a Exposição de Motivos apresentada pela Autoridade da Concorrência é omissa quanto a esta alteração, questiona-se qual a razão que subjaz a tal opção.

Cumprindo indagar se através desta “validação”, que não se sabe, por falta de especificação, se terá de ser concedida *a priori* ou, ao invés, se poderá ser dada já depois de concretizada a apreensão em questão, não se estará a procurar, sem aparente razão, diminuir as garantias que o sigilo bancário visa salvaguardar.

## **12.**

Projeta-se eliminar o n.º 9 do artigo 23.º (Decisão de imposição de condições no inquérito) da Lei da Concorrência com a seguinte redação:

“9 — *A verificação do cumprimento das condições impede a reabertura do processo, nos termos do n.º 7.*”

Neste âmbito questiona-se: O que subjaz à opção de eliminar o n.º 9 ? A criação de um estado de temor reverencial ou de intimação permanente sobre os destinatários ?

**13.**

A CIP discorda da alteração projetada ao n.º 4 do artigo 24.º (Decisão do Inquérito) dado que, por um lado, tornaria a decisão totalmente arbitrária, e, por outro lado, não consta nada na Diretiva sobre o tema.

**14.**

Relativamente à alínea a) do n.º 3 do artigo 29.º (Conclusão da instrução) questiona-se o seguinte: Qual o sentido e alcance da inclusão da expressão "*mesmo que ocorrida no passado*" ?

**15.**

O n.º 5 do artigo 30.º (Segredos de negócio), no que respeita à classificação provisória como segredo de negócio, refere o seguinte:

*"A AdC poderá aceitar provisoriamente a classificação da informação como segredo de negócio, bem como alterar a sua decisão de aceitação provisória do pedido de confidencialidade, no todo ou em parte, numa fase posterior ou após decisão final do processo."*

Em linha com os comentários anteriores, o interesse legítimo das empresas na proteção dos seus segredos comerciais deve ser salvaguardado, pelo que a discricionariedade e arbitrariedade presente neste número não se coadunam com esse interesse.

Acresce, ainda, que não se regista na Diretiva ECN+ qualquer apontamento a este propósito.

**16.**

Nos termos do n.º 3 do artigo 2.º da Proposta de Anteprojeto prevê-se a interpretação da lei de modo conforme ao direito da União Europeia, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

No entanto, no n.º 7 do artigo 30.º (Segredos de negócio) a AdC pretende aplicar a definição de segredo de negócio constante do Código de Propriedade Industrial, sem correspondência nem na *soft law* da Comissão nem na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Considera-se, ainda, que a qualificação de segredo de negócio/informação confidencial deverá, no âmbito da LdC, ancorar-se em dois direitos fundamentais, da categoria dos direitos, liberdades e garantias –, a saber, o direito à privacidade da empresa (n.º 1 do artigo 26º da Constituição da República Portuguesa) e o direito de propriedade privada (n.º 1 do artigo 62º da Constituição da República Portuguesa).

#### **17.**

Projeta-se aditar um novo artigo à Lei da Concorrência, o Artigo 30.º-A (Dados Pessoais) o qual refere o seguinte: *“Quaisquer dados pessoais contidos em documentos juntos ao processo não carecem de salvaguarda da respetiva confidencialidade face às empresas investigadas.”*

Segundo a Exposição de Motivos da consulta *“Aditou-se o artigo 30.º-A da LdC com o intuito de se isentar as empresas investigadas da necessidade de proteção de eventuais dados pessoais no âmbito intraprocessual, i.e. face às outras empresas investigadas. A ponderação dos interesses da investigação e dos direitos de defesa das empresas justificam a introdução da exceção à proteção dos dados pessoais e balizam os respetivos limites.”*

Neste âmbito, questiona-se: A exceção projetada está em consonância com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (2016/679), com a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que assegura a execução na ordem jurídica nacional do Regulamento e ainda com o entendimento da Comissão Nacional de Proteção de Dados ?

#### **18.**

O n.º 5 do artigo 32.º (Publicidade do processo e segredo de justiça) da Lei da Concorrência contém a seguinte alteração:

*“Sem prejuízo dos pedidos das autoridades judiciais, a AdC pode dar conhecimento a terceiros do conteúdo de ato ou de documento em segredo de justiça, se tal não puser em causa a investigação e se afigurar conveniente ao esclarecimento da verdade ou necessário à promoção de uma cultura favorável à liberdade de concorrência.”* (sublinhado nosso).

Adita-se, assim, uma nova circunstância em face da qual a Autoridade da Concorrência pode dar conhecimento a terceiros do conteúdo de ato ou de documento em segredo de justiça: serem necessários à promoção de uma cultura favorável à liberdade de concorrência.

A CIP considera que o recurso à justificação transcrita para levantar o segredo de justiça levanta sérias reservas no que respeita à certeza e segurança jurídicas, uma vez que se trata de um critério demasiado vago e subjetivo.

Nesse sentido, seria importante densificar algum critério ou critérios que imprimam maior objetividade à decisão de levantamento do segredo de justiça em relação ao conteúdo de atos ou documentos por ele salvaguardados.

#### **19.**

Sugere-se a seguinte precisão no n.º 1 do artigo 33.º (Acesso ao processo):

*"O acesso ao processo pode ser concedido pela AdC através de consulta nas instalações desta, do fornecimento de cópias em suporte papel, do fornecimento de cópias em suporte eletrónico de armazenagem de dados ou através da combinação de qualquer uma destas modalidades de acesso."*

#### **20.**

O artigo 34.º (Medidas cautelares) da Lei da Concorrência reflete o artigo 11.º (Medidas provisórias) da Diretiva ECN+.

Assim, em consonância com o preceito comunitário, que expressamente refere que a decisão relativa às medidas provisórias deve ser proporcionada, o artigo 34.º da lei nacional deverá também fazer referência a este princípio, omissis na redação proposta.

Assim, no entender da CIP, o n.º 2 do artigo 34.º deverá ter a seguinte redação:

*"As medidas previstas neste artigo podem ser adotadas pela AdC oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado respeitam o princípio da proporcionalidade e vigoram por período não superior a 90 dias, salvo prorrogação, devidamente fundamentada, até à sua revogação ou até à decisão final do processo." (sublinhado nosso).*

#### **21.**

No que respeita aos artigos 68.º (Contraordenações) e 69º (Determinação da medida da coima) da LdC, projetam-se as seguintes redações:

Artigo 68.º, n.º 1, alínea h) – *"A não prestação no prazo fixado ou a prestação de informações falsas, inexatas, incompletas ou enganosas, em resposta a pedido da AdC;"*

Artigo 68.º, n.º 1, alínea i) – *"A falta ou recusa de resposta ou o fornecimento de resposta falsa, inexata, incompleta ou enganosa, na sequência de pedido de esclarecimentos no decurso das diligências previstas nos artigos 18.º a 19.º";*

Artigo 69.º, n.º 6 – *"No caso das contraordenações referidas nas alíneas h) a i) do n.º 1 do artigo anterior, a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 1% do volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão condenatória, pelo conjunto de pessoas que constituam uma unidade económica com cada uma das empresas infratoras ou que mantenham com estas laços de interdependência, nos termos do artigo 3.º, ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas que exerçam atividades no mercado afetado."*

Artigo 69.º, n.º 7 – *"O volume de negócios total, a nível mundial, realizado por cada uma das empresas infratoras nos termos dos números anteriores, bem como o volume de negócios realizado por estas no mercado afetado pela infração, serão calculados de acordo com o previsto no artigo 39.º, podendo ser objeto de estimativa." (sublinhados nossos).*

Em complemento do que anteriormente se disse em relação às regras gerais sobre prazos – artigo 14.º da LdC -, cumpre referir que esta previsão de coima em caso de não cumprimento do prazo imposto pela AdC suscita dúvidas sobre a sua constitucionalidade, mormente face ao princípio da proporcionalidade.

O legislador ordinário goza de ampla liberdade na fixação dos montantes das coimas aplicáveis, desde que respeitados os limites fixados pelo regime geral do ilícito contraordenacional e desde que as sanções aplicadas sejam efetivas, proporcionadas e dissuasoras de modo a garantir o seu efeito preventivo.

O Tribunal Constitucional tem reconhecido ao legislador ordinário uma livre margem de decisão quanto à fixação legal dos montantes das coimas a aplicar, ainda que ressalvando que tal liberdade de definição de limites cessa em casos de manifesta e flagrante desproporcionalidade ou de excessiva amplitude entre os limites mínimo e máximo.

As referidas normas estabelecem um limite máximo para a coima aplicável desproporcionado face ao comportamento sob censura, abrangendo valores completamente discrepantes e sujeitos a elevada discricionariedade.

Mais, no que concerne, em concreto, às associações de empresas, projetam-se, igualmente, as seguintes redações para os n.ºs 4 e 5 do artigo 69.º da Lei da Concorrência:

*"4 - No caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo anterior, o montante máximo da coima aplicável não pode exceder 10% do volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC, pelo conjunto de pessoas que constituam uma unidade económica com cada uma das empresas infratoras ou que mantenham com estas laços de interdependência, nos termos do artigo 3.º, ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios total, a nível mundial, da associação de empresas, desde que esse montante não seja inferior a 10 % do volume de negócios total, agregado, a nível mundial, das pessoas que, constituindo as empresas associadas, exerçam atividades no mercado afetado pela infração cometida pela associação.*

*5 — No caso de infrações cometidas por associações de empresas, a responsabilidade financeira de cada empresa associada no que respeita ao pagamento da coima não exceder o montante máximo fixado no número anterior."*

Na perspetiva da CIP, não obstante a Diretiva prever os 10% em moldes similares, a coima máxima aplicável às associações de empresas não é adequada nem proporcional, dado que a sua efetivação representa, apenas e tão só, a falência das organizações, e, conseqüentemente, a destruição dos postos de trabalho que criaram.

Assim sendo, questiona-se o seguinte: Que efeito útil, quer ao nível pedagógico quer ao nível sancionatório, resulta da falência das organizações ?

O objetivo, ao invés, deveria ser o de sancionar, corrigir e promover a reformulação e enquadramento dos comportamentos de todas as organizações no âmbito do quadro legal vigente.

## **22.**

Ainda no artigo 69.º (Determinação da medida da coima), o n.º 3 deste preceito estabelece (de acordo com o Considerando 47 da Diretiva) que, na determinação da medida da coima, devem ser tidas em conta decisões previamente adotadas pela Comissão Europeia ou outras autoridades nacionais que tenham declarado que a empresa investigada participou numa infração dos artigos 101.º e 102.º TFUE, independentemente da pessoa que tenha respondido pela infração, desde que constitua com a empresa investigada uma unidade económica.



Sem prejuízo do invocado no ponto 93 da Exposição de Motivos da transposição da Diretiva, a CIP tem dúvidas sobre o equilíbrio da solução proposta.

**23.**

O n.º 8 do artigo 69.º (Determinação da medida da coima) prevê a seguinte redação:

*"No caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo anterior, a coima aplicável a pessoas singulares não pode exceder 10 % do respetivo rendimento do trabalho, incluindo rendimento empresarial e profissional, bruto anual, no último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida." (sublinhados nossos).*

De acordo com o referido pela AdC no ponto 84 da Exposição dos Motivos, a presente alteração visa assegurar os objetivos de efetividade da aplicação das regras da concorrência.

Salvo melhor entendimento, e em consonância com o referido anteriormente, um dos princípios basilares do regime geral do ilícito contraordenacional exige que as sanções aplicadas sejam efetivas e proporcionadas.

A efetividade e proporcionalidade está, parece-nos, garantida na referência a rendimento do trabalho que esteja em conexão com a prática em investigação ou objeto de condenação.

A inclusão do englobamento de "*rendimento empresarial e profissional*" apenas se pode configurar como uma previsão desequilibrada e impercetível, motivo pelo qual consideramos que deverá ser eliminada.

**24.**

A CIP discorda também do previsto no n.º 1 do artigo 69.º-A (Concurso de contraordenações e concurso de infrações), dado que se intenta derogar o princípio aplicável ao concurso de contraordenações, eliminando-o por completo e abrindo, assim, possibilidade à soma das coimas por todas as infrações.

Nada na Diretiva sugere esta alteração.

**25.**

Relativamente à parte final da alínea b) do n.º 1 do artigo 71.º (Sanções acessórias) da LdC, projeta-se a seguinte alteração:

*“b) Privação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos cujo objeto abranja prestações típicas dos contratos de empreitada, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços ou ainda em procedimentos destinados à atribuição de licenças ou alvarás, desde que a prática que constitui contraordenação punível com coima se tenha verificado durante ou por causa do procedimento relevante, por parte de qualquer pessoa que constitua uma unidade económica com a empresa infratora ou que mantenha com esta laços de interdependência, nos termos do artigo 3.º.” (sublinhado nosso).*

A CIP considera preocupante procurar-se, através da proposta de alteração em referência, estender a sanção acessória de privação do direito de participar em procedimentos de contratação pública a todas as empresas – e grupos de empresas – que façam parte da unidade económica da empresa infratora ou com ela mantenham laços de interdependência.

Tal extensão da penalização acessória em apreço, além de não estar prevista na Diretiva a transpor, parece-nos excessiva.

De facto, na perspetiva desta Confederação, afigura-se excessivo que, por um erro de apenas uma das empresas do grupo económico, se venha a penalizar todas as outras empresas a ele associadas, impossibilitando a sua participação em todos e quaisquer procedimentos concursais públicos.

Assim, no entender da CIP, tal proposta de alteração à alínea b) do n.º 1 do artigo 71.º da LdC deve ser suprimida.

## **26.**

Os n.ºs 11 e 12 do artigo 73.º (Responsabilidade) da LdC preveem o seguinte:

*“11 — As associações de empresas que sejam objeto de uma coima ou de uma sanção pecuniária compulsória, nos termos previstos nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo 68.º, no n.º 4 do artigo 69.º e no artigo anterior, e apresentem uma situação económica que impossibilite o pagamento dessa coima ou sanção pecuniária compulsória solicitam às empresas associadas uma contribuição com vista a assegurar aquele pagamento, fixando a AdC prazo para efeitos de prestação dessa contribuição.*

*12 — Caso as contribuições previstas no número anterior não sejam integralmente recebidas no prazo fixado pela AdC, as empresas cujos representantes, ao tempo da infração, eram*

*membros dos órgãos diretivos de uma associação de empresas que seja objeto de uma coima ou de uma sanção pecuniária compulsória, nos termos previstos nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo 68.º, no n.º 4 do artigo 69.º e no artigo anterior, são solidariamente responsáveis entre si pelo pagamento da coima ou sanção pecuniária compulsória, exceto quando demonstrem que desconheciam, ou se opuseram, por escrito, e não executaram, a decisão que constitui a infração ou da qual a mesma resultou.”*

Não obstante a consonância com a Diretiva (v. artigos 14.º, n.ºs 3 e 4, e 15.º, n.º 2, *in fine*, da Diretiva), não podemos deixar de ressaltar que a divulgação e/ou comunicação errónea do quadro legal e eventuais situações baseadas em “boatos” podem ter uma forte implicação na adesão das empresas às Associações, o que se considera, naturalmente, preocupante e negativo.

## **27.**

Nos termos do disposto no n.º 1 Artigo 20.º (Forma das declarações de clemência) da Diretiva, os Estados-Membros devem assegurar que *“os requerentes podem apresentar declarações de clemência em relação a pedidos completos ou sumários, por escrito, e que as autoridades nacionais da concorrência disponham igualmente de um sistema que lhes permita aceitar essas declarações quer oralmente quer por outros meios que permitam aos requerentes não terem na sua posse, ou sob a sua guarda ou controlo as declarações apresentadas”*.

Face ao exposto, considera-se que o número 5 do novo artigo 80.º-A (Pedido de dispensa ou redução da coima) seja ajustado nos seguintes termos (sem prejuízo de ajustamento do restante articulado em conformidade):

*“A apresentação de um pedido escrito pode ser substituída por declarações orais, prestadas na sede da AdC, ou através de outros meios que permitam aos requerentes não terem na sua posse ou sob a sua guarda ou controlo, as declarações apresentadas.”*

16.dezembro.2019