

Exma Senhora

Presidente da

Autoridade da Concorrência

Data: 20 de dezembro de 2019

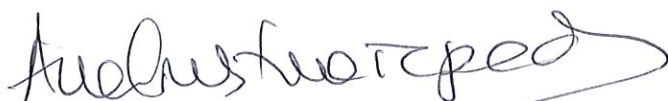
N. Refª : PARC-000205-2019

Assunto: Consulta Pública sobre a 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+)

Na sequência do solicitado, junto enviamos os nossos comentários, mantendo-nos ao dispor para quaisquer esclarecimentos adicionais,

Com os meus melhores cumprimentos,

A Diretora Geral

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Ana Cristina Tapadinhas", with a long horizontal flourish extending to the right.

(Ana Cristina Tapadinhas)

Apreciação na generalidade

A proposta de anteprojeto legislativo em apreço visa a transposição para o ordenamento jurídico nacional da Diretiva (EU) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 que versa sobre a atribuição às autoridades da concorrência dos Estados-membros de competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno (doravante, Diretiva).

Esta Diretiva, tem como propósito essencial, garantir a aplicação efetiva da política de concorrência da União Europeia, estabelecendo um conjunto de regras destinadas a assegurar que as autoridades nacionais da concorrência dispõem das garantias de independência, de meios e competências de execução e de aplicação de coimas necessários à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, e por outro lado, garantir o bom funcionamento do mercado interno.

Desde logo, é de salientar a opção vertida no presente proposta de anteprojeto com vista a estender o âmbito de aplicação da Diretiva às infrações puramente domésticas, que nos parece suficientemente bem justificada no documento e alicerçada na necessidade de garantir a unidade do sistema jurídico, a igualdade de tratamento entre infratores, maior certeza jurídica e, ainda, uma interpretação uniforme e em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Com vista a assegurar a imparcialidade das autoridades administrativas nacionais da concorrência, a Diretiva prescreve que a atividade das mesmas não deve ser financiada através do produto das coimas aplicadas por infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Nesse sentido, a presente proposta prevê a alteração dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, com referência a todas as infrações, seja no âmbito dos artigos 101.º e 102.º do TFUE seja em relação às restantes infrações ao regime jurídico da concorrência, eliminando-se a disposição que previa constituir receita da Autoridade 40% do produto das coimas aplicadas pelos ilícitos que lhe competia investigar ou sancionar, revertendo os 60% remanescentes para o Estado.

Não se vislumbra, contudo, no documento em apreço, em que sentido é revista a afetação do produto das coimas, considerando a DECO que seria justificado que, parte do produto das coimas revertesse para projetos relacionados com a proteção de consumidores.

A Diretiva vem reforçar a cooperação entre autoridades nacionais de concorrência, designadamente no âmbito da realização de diligências probatórias, instituindo ademais o

intercâmbio de informações entre estas autoridades e a utilização das mesmas como meio de prova de infrações às regras de concorrência, desde que respeitadas as garantias previstas no artigo 12º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

É sobejamente reconhecida como profícua a cooperação entre autoridades nacionais de concorrência, e bem assim como com autoridades reguladoras sectoriais. No entendimento da DECO, seria, contudo, igualmente vantajoso que as autoridades nacionais de concorrência cooperassem e trocassem informações com outras autoridades e organizações ao nível nacional, mormente com organizações de consumidores.

Na verdade, a linha entre a proteção dos consumidores e a promoção e defesa da concorrência é, por vezes, muito ténue, pelo que se considera que seria avisada e frutífera uma cooperação mais estreita e efetiva, com benefícios para a atividade de autoridades e consumidores.

A implementação de uma cooperação estreita entre autoridades nacionais e organizações de consumidores permitiria, em particular, tirar proveito do especial posicionamento das organizações de consumidores no que respeita à informação sobre eventuais infrações, decorrente da análise e tratamento de reclamações. Por outro lado, parecer-nos-ia igualmente pertinente fomentar uma cooperação mais estreita entre a Rede Europeia de Concorrência e a Rede de Cooperação entre as Autoridades Nacionais responsáveis pela aplicação da legislação no âmbito da proteção e defesa dos consumidores (Rede CPC).

Tendo presente que a presente proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva promove alterações à Lei da Concorrência e aos estatutos da Autoridade da Concorrência, e que estes últimos, em matéria de cooperação, preveem apenas a cooperação com entidades reguladoras setoriais e com autoridades e serviços públicos integrantes da administração direta, indireta ou autónoma do Estado e com entidades administrativas independentes, consideramos que a presente iniciativa seria oportuna para concretizar uma verdadeira e maior cooperação com associações de consumidores, não se limitando à cooperação atualmente plasmada nestes estatutos que se cinge à prestação pela Autoridade de Concorrência de informação, orientação e apoio, ou ainda no âmbito das suas atribuições à possibilidade de celebração de protocolos.

Por outro lado, os mercados têm vindo a tornar-se cada vez mais complexos, realidade que não se cinge apenas ao mercado digital, mas também cada vez mais aos mercados tradicionais, em que uma mesma empresa pode disponibilizar ou prestar serviços sujeitos a diferentes regimes

de regulação, como é o caso de serviços associados no mercado da energia ou telecomunicações, e em que, uma mesma prática ou conduta pode ser da competência de diferentes autoridades.

As autoridades nacionais de concorrência, os reguladores, autoridades nacionais para proteção dos consumidores e organizações de consumidores têm evidentemente um diferente papel atendendo às respetivas atribuições, mas devem, na perspetiva da Deco, cooperar com vista a garantir que os mercados ofereçam escolha, proteção e qualidade dos serviços aos consumidores.

Apreciação na especialidade

Alterações à Lei da Concorrência

Artigo 2.º

Âmbito de aplicação

São introduzidos os n.º 3 e 4, disposições que surgem como corolários dos princípios da efetividade e da interpretação conforme ao Direito da União, e em linha com o prescrito na Diretiva, consagra-se, agora expressamente, no n.º 5 que a aplicação da lei que estabelece o regime jurídico da concorrência deve respeitar os princípios gerais do direito da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

O n.º 3 estende o âmbito de aplicação às infrações puramente domésticas, opção que se afigura na nossa perspetiva acertada, designadamente por ser decisiva à unidade do sistema jurídico, e dessa forma, evitando-se a existência de diferentes regras em função da natureza puramente nacional ou transfronteiriça de eventuais infrações.

Artigo 7.º

Prioridades no exercício da sua missão

A presente norma vem clarificar e reforçar a competência da Autoridade da Concorrência para estabelecer prioridades no desempenho das suas atribuições legais, prescrevendo agora, em conformidade com o artigo 4.º, n.º 5 da Diretiva que esta Autoridade poderá rejeitar denúncias que não considere de execução prioritária.

Ora, muito embora se veja vantagens e possíveis ganhos no estabelecimento de prioridades para a política da concorrência, a DECO não pode deixar de criticar a possibilidade aberta pela redação da Diretiva, conduzindo à possibilidade de rejeição de denúncias que não se enquadrem nas prioridades de execução definidas pela Autoridade da Concorrência.

Com efeito, afigura-se-nos manifestamente diferente estabelecer prioridades de atuação ou algo que se pode perigosamente aproximar de arquivamentos liminares de denúncias, as quais, muito embora possam não se enquadrar como prioridades de ação da autoridade podem ter manifesto impacto e distorcer o mercado.

A Deco consideraria, por outro lado, favorável que a definição das prioridades da política de concorrência cuja publicitação se encontra prevista no n.º 3 da presente norma fosse precedida de uma consulta prévia junto, designadamente, de autoridades reguladoras setoriais, de associações de consumidores e outros *stakeholders* considerados relevantes. Tal, será, ainda mais pertinente, atentas as alterações promovidas.

Artigo 8.º

Processamento de denúncias

Tememos que a possibilidade de rejeição de denúncias com fundamento na circunstância de não constituírem prioridades, esvazie inexoravelmente a prerrogativa de exercício de denúncia. Com efeito, não só por si pode desincentivar a denúncia de situações que, embora graves, não se enquadrem nas prioridades previamente estabelecidas, como no limite se pode entender que constituindo fundamento expressamente previsto para a rejeição de denúncias, a apresentação por escrito de observações face à informação pela Autoridade da Concorrência de que não será dado seguimento à denúncia, constitua uma mera formalidade, sem efeito útil.

Mais uma vez, no limite, tal pode ter o efeito pernicioso de não chegando ao conhecimento da Autoridade da Concorrência, via denúncia, determinadas situações, a mesma não lograr ter conhecimento de determinados factos ou elementos suficientes, para, em conformidade, rever as respetivas prioridades de atuação.

Não podemos, por outro lado, deixar de criticar a alteração proposta ao n.º 5 da presente norma que, contrariamente à versão da lei em vigor que determina que se o autor da denúncia não apresentar as suas observações dentro do prazo fixado pela Autoridade da Concorrência, a denúncia é arquivada, pretende determinar que, em tais situações, é retirada e não arquivada.

Entendemos que, em tais casos se trata efetivamente de um arquivamento e não da retirada de uma denúncia, pelo que deve ser considerada como tal.

Considera-se, por outro lado, que até para efeitos de avaliação da implementação das alterações propostas, as denúncias rejeitadas com fundamento no facto de não se enquadrarem nas matérias de investigação prioritária, deveriam ser identificadas separadamente por forma a permitir uma correta avaliação e quantificação.

Artigo 15.º

Prestação de informações

Amplia-se, em conformidade com a Diretiva, o tipo de elementos que podem ser abrangidos pelos pedidos de informação da Autoridade da Concorrência, bem como os suportes de onde tais documentos podem ser obtidos.

Consagra-se, ainda, o dever geral de prestação da informação, limitado pelo princípio da proporcionalidade e pelo direito de recusa de declarações que impliquem a admissão da existência de uma infração pela destinatária.

Com vista a uma plena harmonização da terminologia sugere-se, porém, a substituição do termo «destinatária», por «empresa».

Artigo 17.º

Abertura do inquérito

Entende-se ser criticável a limitação que resultava já da anterior redação da Lei da Concorrência ao exercício de denúncia, na medida em que exige a apresentação de denúncia através de formulário aprovado e constante da página eletrónica da Autoridade da Concorrência.

Artigo 18.º- A

Poderes de inquirição, busca, exame, recolha e apreensão

A Diretiva atribui às autoridades de concorrência dos Estados-Membros competências reforçadas para aplicação das regras de concorrência europeias de forma mais eficaz, promovendo uma melhor adaptação ao ambiente digital.

Com efeito, a evolução tecnológica significou determinantes alterações aos padrões comunicacionais, pelo que uma aplicação eficaz do direito da concorrência exige uma adaptação ao panorama atual em que se vive, e a possibilidade de acesso e recolha de elementos de prova que espelhe a nova realidade de atuação dos agentes económicos, e que nessa medida, não se poderia encontrar limitada aos meios tradicionais que, em alguns casos, podem até não ter qualquer expressão na prática atual.

Compreende-se, nesse sentido, que se ampliem e melhor concretizem, o tipo de elementos que podem ser abrangidos pelas diligências de busca e apreensão, que incluem qualquer forma de informações ou dados, em qualquer formato, físico ou digital, designadamente, documentos, ficheiros, livros registos ou mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente do suporte, estado ou local em que estejam armazenadas, nomeadamente num sistema informático ou noutra a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, servidores, computadores portáteis, telemóveis, outros dispositivos móveis ou outros dispositivos não previamente identificados com precisão, incluindo mensagens não lidas ou informação apagada, desde que acessíveis à empresa ou associação de empresas ou à pessoa sujeita a busca e relacionadas com a empresa investigada.

Artigo 24.º

Decisão do inquérito

Reiterando o supra exposto a respeito da rejeição de denúncias com fundamento no fato de não se enquadrarem nas prioridades de atuação da Autoridade, e por maioria de razão, não se nos afigura razoável que após as diligências de inquérito, e uma vez este terminado, o processo possa, nesta fase, ser arquivado com fundamento no facto de se tratar de um processo de investigação não prioritária.

Com efeito, realizadas as investigações, o arquivamento do processo deverá depender da inexistência de indícios ou elementos que permitam concluir pela possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória, e não de uma apreciação tardia de prioridades para execução da política de concorrência.

Artigo 69.º

Determinação da medida da coima

Refletindo a solução imposta pela Diretiva, passa a calcular-se o montante máximo da coima aplicável nos termos das alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo 68.º por referência ao volume de negócios total, a nível mundial, solução que se nos oferece proporcional tendo em atenção que o volume de negócios é um importante indicador da capacidade financeira da empresa, bem como por ter em consideração uma abrangência territorial de cariz mundial.

Lamentamos, porém, que se prescrevam exclusivamente regras atinentes ao cálculo do montante máximo da coima, e não igualmente do montante mínimo, na medida em que a aplicação de coimas muito díspares e a verificação de resultados processuais muito diferentes consoante o Estado-Membro em que a empresa exerce atividade pode comprometer a sua eficácia, criar fragmentação e não ser bem acolhidas quer por empresas, quer por consumidores.