

Consulta pública sobre
Proposta de anteprojeto de diploma de
transposição da Diretiva 2019/1/UE
(Diretiva ECN+)

Janeiro 2020

Consulta pública sobre
Proposta de anteprojeto de diploma de transposição da
Diretiva 2019/1/UE (Diretiva ECN+)

I. Introdução e razão de ordem

A consulta pública lançada em final de outubro passado pela Autoridade da Concorrência (AdC) sobre a proposta de anteprojeto de diploma de transposição da Diretiva 2019/1/UE (Diretiva ECN+)¹ (doravante “proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+”) tem por objeto um conjunto muito apreciável de alterações legislativas que, embora identificadas globalmente como “*anteprojeto de diploma*”, se estendem por um conjunto de cinco diplomas, a saber: (i) a Lei da Concorrência (LdC)²; (ii) os estatutos da Autoridade da Concorrência (estatutos da AdC), (iii) o Código de Processo Penal (CPP); (iv) o Código dos Contratos Públicos (CCP); e (v) a Lei de Enquadramento Orçamental (LEO).

O número de diplomas abrangidos e a diversidade das matérias pelos mesmos versada indicia já a extensão das alterações que a AdC propõe e cujo âmbito extravasa o da LdC. É nesta última, no entanto, que se concentram as

¹ 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.

² Aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

maiores alterações – seja do ponto de vista *quantitativo*, seja *qualitativo* –, e são estas que em grande medida justificam que a proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ ora sujeito a consulta pública venha acompanhado por uma “*Exposição de motivos*”.

A comparação entre o âmbito dos diplomas que integram a consulta pública e o âmbito da Diretiva ECN+ revela, desde logo, que mais do que um exercício de transposição está em causa a introdução um conjunto muito significativo de alterações cuja justificação não decorre de todo do texto da Diretiva ECN+ e cuja oportunidade não parece encontrar outra razão que não seja a coincidência temporal com a transposição da Diretiva ECN+. Pese embora esta opção da AdC não encerrar de *per se* uma solução que se afigure *prima facie* contrária ao Direito da União ou ao Direito nacional – referimo-nos à opção de incluir no exercício de transposição um conjunto de alterações não relacionadas com esta, e não concretamente à materialidade das soluções propostas, as quais serão objeto de comentário infra (III.) –, não deixa ainda assim de ser uma solução que justifica apreciáveis dúvidas a dois títulos:

- a) Por um lado, trata-se de uma solução que, não sendo inédita noutros quadrantes do ordenamento jurídico, não prima pela transparência, circunstância que se afigura particularmente digna de reparo no âmbito de um diploma com amplas e gravosas implicações em sede contraordenacional (ponto em que existe marcada diferença face à aplicação das regras de concorrência do TFUE, revestindo-se estas de natureza exclusivamente *administrativa*) e relativamente ao qual

deveria vigorar uma exigência de transparência reforçada no que concerne a alterações legislativas;

b) Por outro lado, enxertar no exercício de transposição da Diretiva ECN+ um conjunto de alterações que manifestamente excedem o âmbito desta configura uma opção que, pela sua extensão e implicações, justifica um período de reflexão mais alargado do que aquele que foi concedido para a consulta pública (mesmo ligeiramente alargado) e que, no limite, muito beneficiará em ser realizado a dois tempos, através do desdobramento da consulta pública em momentos diversos de forma a abranger, por um lado, as alterações que decorrem (efetivamente) da Diretiva ECN+ e, por outro lado, aquelas que a AdC ponderou ser oportuno contemplar no contexto, em sentido lato, da transposição da Diretiva ECN+ (mas que marcadamente não decorrem desta). Tal opção de política legislativa, desdobrando os momentos de reforma, permitirá, assim, a devida ponderação quanto a opções legiferantes de largo alcance e que transcendem o quadro normativo mais restrito da Diretiva ECN+, assegurando, do mesmo passo, uma adequada e fundamental discussão pública apenas possível num horizonte temporal mais alargado.

Neste contexto, e com as significativas limitações temporais existentes, bem como ponderando os aspetos estruturais ora trazidos à colação, as observações ora formuladas revestem-se de carácter extremamente sucinto, concentrando-se, muito seletivamente, num conjunto restrito de aspetos que não esgotam o universo de questões relevantes suscitadas pelo Anteprojeto

e cuja análise teríamos certamente ensejo de desenvolver ‘ex professo’ noutra quadro de política legislativa e num horizonte temporal mais dilatado.

Não deixa, aliás, de ser muito sintomático que, comentando a propósito da Proposta que veio a resultar na Diretiva ECN+, opções e soluções mais abrangentes em sede de direito da concorrência (v.g. harmonização extensa do estatuto e direitos dos queixosos e outras matérias) como reflexões *de iure condendo* para o futuro, Wouter Wils conclua que esse tipo de aspetos transcende claramente o âmbito “relativamente modesto” da Diretiva em causa³.

De resto, o núcleo de propostas de alteração que resultam explicitamente da Diretiva ECN+ não se afigura difícil de delimitar, reconduzindo-se – no essencial, *brevitatis causae* - a dois grupos de normas claramente identificáveis e que correspondem *grosso modo* aos artigos aditados à proposta de alteração da LdC. Versam os mesmos sobre (i) cooperação entre autoridades nacionais da concorrência (artigos 35.º-A a 35.º-E); e (ii) pedido de dispensa ou redução da coima (artigo 80.º-A a 80.º-E). Nos demais casos, como adiante se observará, as soluções ora contempladas não careceriam, na generalidade dos casos, da introdução de normas autónomas uma vez que já foram objeto de decisões jurisprudenciais, de resto em muitos casos num

³ Cfr. nesse sentido Wouter Wils, *Competition authorities: Towards more independence and prioritisation? – The European Commission's 'ECN+' Proposal for a Directive to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers*, Paper presented at New Frontiers of Antitrust 8th International Concurrences Review Conference (Paris, 26 June 2017), accessible at <http://ssrn.com/author=456087>

“(…) That would however go beyond the *relatively modest ECN+ Proposal*, but could conceivably be a *further step for the future*”. P. 54 (ênfase acrescentada)

sentido favorável à AdC (sendo noutros casos aconselhável o benefício de uma consolidação de jurisprudência num quadro de adequada ponderação). Ora, o que parece suceder em alguns casos (v.g. 18.º-A, n.º 1, alínea b)) é uma tentativa de, utilizando o Anteprojeto e a pretexto da transposição da Diretiva ECN+, dirimir por via legislativa e em sentido favorável à AdC questões que têm sido objeto de decisões judiciais nem sempre favoráveis a esta última.

Não parece ter sido essa a opção subjacente ao Anteprojeto em consulta, procurando-se de algum modo no mesmo ‘ancorar’ a transposição da Diretiva ECN+ não apenas no articulado desta Diretiva ECN+, mas igualmente nos respetivos considerandos, por vezes reconhecendo a estes últimos uma vinculatividade autónoma que extravasa o seu papel de meros auxiliares interpretativos das normas da Diretiva com o intuito de caucionar soluções que não só não decorrem da mesma como suscitam fundadas dúvidas (inclusive jurisprudenciais) no plano interno,⁴ mormente à luz do **enquadramento contraordenacional** do Direito da Concorrência. Sem preocupações de exaustividade refiram-se os seguintes exemplos mencionados em sede de exposição de motivos:

- Alteração do n.º 2 do artigo 3.º (“*Noção de empresa*”), com base na terminologia adotada pela Diretiva ECN+ e consagrada na definição de “*empresa*” (artigo 2.º, n.º 1, 10)) (p. 5, §§ 13-15 da exposição de motivos);

⁴ Cfr. Karl Riesenhuber (ed.), *European Legal Methodology*, Intersentia, 2017.

- Aditamento do artigo 18.º-A (“Poderes de busca, exame, recolha e apreensão”), com base no artigo 6.º e nos considerandos 30 a 32 e 35 da Diretiva ECN + (p. 12, § 55 da exposição de motivos);
- Alteração dos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º da LdC (“Busca domiciliária”), com base no artigo 7.º, n.º 1 e no considerando 34 da Diretiva ECN + (p. 13, § 60 da exposição de motivos);
- Aditamento do artigo 69.º-A, n.º 1 (“Concurso de contraordenações e concurso de infrações”), com base no artigo 15.º e no considerando 49 da Diretiva ECN + (p. 17, § 87 da exposição de motivos)

Antes de passarmos à análise do conteúdo (II.) e à apreciação crítica – intencionalmente muito telegráfica e seletiva ou circunscrita neste momento pelas razões já expostas - algumas das soluções propostas (III.) importa ainda deixar uma nota de carácter geral que se prende com a circunstância de, em diversas instâncias, a maior aproximação ao Direito europeu da concorrência – quando não *uniformização* – ensaiada no Anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ parecer relegar para segundo plano a **diversa natureza dos processos no plano europeu e nacional**. Ora, a aproximação do Direito nacional da concorrência ao congénere Direito europeu não deve desconsiderar a **matriz contraordenacional do primeiro** – e as inegáveis exigências que do mesmo decorrem – e matriz administrativista do segundo (sem prejuízo de desenvolvimentos como os que decorrem da jurisprudência “Menarini”⁵ e que não temos ora aqui espaço para abordar ‘*ex professo*’), nem tão pouco que o afastamento do Direito contraordenacional do Direito

⁵ Ver TEDH, *A. Menarini Diagnostics srl c. Italia*, segunda secção, 27 de setembro de 2011.



7

sancionatório clássico (o Direito Penal) possa significar a sua diluição numa espécie de ramo especial do Direito Administrativo. Assim, neste contexto, afigura-se que o Anteprojeto se socorre com excessiva facilidade do figurino europeu em obediência a uma ideia difusa de eficácia sem cuidar, caso a caso e com o necessário rigor jurídico, se tal aproximação é efetivamente tolerada pela diversa natureza das regras concorrenciais no plano europeu e nacional.

Não obstante as alterações que resultam da proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ abrangerem um conjunto mais amplo de diplomas, centraremos os nossos comentários nas alterações propostas à LdC e, dentro destas, num conjunto muito limitado e circunscrito de aspetos que se nos afiguram mais problemáticos, sem prejuízo de outras considerações que seriam exequíveis num horizonte temporal mais dilatado, como já se enfatizou.

II. Conteúdo

A proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ abrange um conjunto de diplomas, sendo mais expressivas as alterações propostas à LdC. Com efeito, as modificações inseridas no novo articulado abrangem a totalidade dos capítulos da LdC⁶, embora as alterações mais substanciais se

⁶ A LdC integra atualmente onze capítulos, a saber: capítulo I (“*Promoção e defesa da concorrência*”), capítulo II (“*Práticas restritivas da concorrência*”); capítulo III (“*Operações de concentração de empresas*”); capítulo IV (“*Estudos, inspeções e auditorias*”); capítulo V (“*Auxílios públicos*”); capítulo VI (“*Regulamentação*”); capítulo VII (“*Infrações e sanções*”); capítulo VIII (“*Dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência*”); capítulo IX (“*Recursos judiciais*”); capítulo X (“*Taxas*”); e capítulo XI (“*Disposições finais e transitórias*”).

concentrem no capítulo I (“*Promoção e defesa da concorrência*”)⁷, nas disposições adjetivas do capítulo II (“*Práticas restritivas da concorrência*”), secção II (“*Processo sancionatório relativo a práticas restritivas da concorrência*”)⁸, no capítulo VII (“*Infrações e sanções*”)⁹, no capítulo VIII (“*Dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência*”)¹⁰, e nas disposições do capítulo IX (“*Recursos judiciais*”) referentes a processos contraordenacionais (secção I)¹¹. Na impossibilidade de analisar exaustivamente cada uma das alterações propostas, que justificariam outro enquadramento temporal de intervenção e também, como já se sublinhou outros contornos e faseamento do processo legislativo, centraremos tão só, por ora, a nossa atenção na apreciação crítica de algumas propostas que nos parecem ser merecedoras de maior ponderação.

Concretamente, analisaremos em moldes extremamente sucintos de seguida a redação proposta para um conjunto de artigos agrupados em torno dos seguintes tópicos:

1. Noção de empresa (artigo 3.º);
2. Aplicação paralela do direito europeu e nacional da concorrência à luz das suas consequências adjetivas (artigos 13.º, n.ºs 1 a 3 e 69.º-A, n.º 1);
3. Questões atinentes ao processo sancionatório: prazos e poderes de busca e apreensão (artigos 14.º, n.º 4, 18.º, n.º 2 e 18.º-A, n.º 2); e

⁷ Artigos 1.º a 8.º.

⁸ Artigos 13.º a 35.º-E.

⁹ Artigos 67.º a 74.º

¹⁰ Artigos 75.º a 82.º

¹¹ Artigos 83.º a 90.º-A.

4. Prazo para interposição de recurso judicial (artigo 87.º, n.º 1).

III. Apreciação crítica de algumas soluções propostas

1. Noção de empresa (artigo 3.º)

A nova redação proposta para o artigo 3.º configura um exemplo em que a proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ vai além do âmbito desta última. Invocando a necessidade de uniformização de terminologia, mormente a substituição da expressão “visado” pela de “*empresa investigada*” (n.ºs 3 e 4 do artigo 3.º), a verdade é que a nova redação do n.º 2 do artigo 3.º não se limitou a uma alteração terminológica, tendo também ampliado o perímetro de “*única empresa*” (*single economic unit*) ao substituir a expressão “*empresas*” pela de “*pessoas*”. Tal alteração não se afigura portadora de nenhum benefício palpável – com efeito, já a atual redação do n.º 2 do artigo 3.º identifica de forma clara as situações em que o âmbito subjetivo das normas abrange as pessoas singulares (mormente em sede de responsabilidade contraordenacional no artigo 73.º, n.º 2) –, comportando ao invés efeitos potencialmente negativos, desde logo por suscitar dúvidas quanto ao âmbito de aplicação da LdC a pessoas singulares independentemente da sua qualificação como empresa. A ser adotada *quale* a redação proposta para o n.º 2 do artigo 3.º, a mesma tenderia a introduzir um elemento de incerteza sobre o âmbito de aplicação das normas referentes às práticas restritivas da concorrência e ao controlo de concentrações, ao qual acresce a desarmonia sistemática entre a delimitação

do âmbito das referidas normas e o âmbito da responsabilidade contraordenacional das pessoas singulares (artigo 73.º, n.º 2). De resto, é sabido que os princípios da legalidade e da tipicidade contraordenacional quadram mal com esta indeterminação na imputação de comportamentos contraordenacionais, aspeto que seria agravado pelas alterações de redação propostas.

Neste ponto como noutros, importaria ter presente o diferente enquadramento das infrações ao direito da concorrência no plano europeu e no plano nacional. É que se o enquadramento jusadministrativo das regras europeias da concorrência não se revela incompatível com a consabida maleabilidade de alguns conceitos, mormente no que respeita à redução à unidade de um conjunto de empresas (*single economic unit*)¹², a transposição de idêntico exercício para o plano nacional deve ser acompanhado das devidas cautelas em face das maiores exigências que rodeiam o enquadramento contraordenacional da matéria.

¹² Veja-se, neste sentido e com referência à flexibilidade na apreciação da existência de uma influência dominante das empresas-mãe relativamente a uma *joint-venture* comum, o acórdão do Tribunal Geral de 9 de setembro de 2015, *LG Electronics Inc c Comissão*, processo T-91/13, ECLI:EU:T:2015:609; e o acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2017, *LG Electronics Inc c. Comissão*, processos apensos C-588/15P e C-622/15P, ECLI:EU:C:2017:679.

2. Aplicação paralela do direito europeu e nacional da concorrência à luz das suas consequências adjetivas (artigos 13.º, n.ºs 1 a 3 e 69.º-A, n.º 1)

O aditamento do n.º 3 ao artigo 13.º (“Normas aplicáveis”) constante da proposta de alteração à LdC introduz a possibilidade de as infrações ao disposto nos artigos 9.º a 11.º da LdC poderem igualmente configurar “*a possibilidade de aplicação paralela dos artigos 101.º e 102.º do TFUE ao mesmo processo*”. Trata-se, como de resto é reconhecido na exposição de motivos e não obstante os motivos aduzidos em defesa desta solução¹³, de uma alteração que não decorre da Diretiva ECN+ em virtude de esta não se aplicar a infrações ao direito da concorrência puramente nacionais, ou seja, àquelas que se apresentam como insuscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros¹⁴.

Não obstante o n.º 3 representar o elemento mais inovador que a proposta de transposição da Diretiva ECN+ introduz na atual redação do artigo 13.º, o alcance desta norma deve ser enquadrado no contexto das alterações mais cirúrgicas propostas para o n.º 1 e da redação largamente inalterada do n.º 2 do artigo 13.º. Uma leitura global dos n.ºs 1 a 3 do artigo 13.º revela, a nosso ver, uma intenção de estabelecer, de algum modo, uma intercomunicabilidade entre os regimes adjetivo e substantivo da concorrência nos planos nacional e europeu tendo por base a *diluição da*

¹³ Pp. 3-4, §§ 6-8.

¹⁴ A exceção é, como refere a exposição de motivos (*idem, ibidem*) o artigo 31.º, n.ºs 3 e 4 referentes ao regime aplicável ao acesso às declarações de clemência e propostas de transação e à utilização da informação obtida com base nesses documentos.

*relevância do Regime Geral das Contraordenações (RGCO) no âmbito da LdC e a emergência de um regime processual autónomo (contraordenacional mitigado, dir-se-ia). Tal alteração, a confirmar-se na prática, afigura-se questionável e problemática em razão de não levar em devida conta a natureza diversa dos regimes europeu (de carácter essencialmente jusadministrativo, não obstante desenvolvimentos jurisprudenciais já *supra* afluídos) e nacional (de carácter contraordenacional) da concorrência.*

Com efeito, a aplicação do n.º 1 do artigo 13.º (tramitação dos processos sancionatórios relativos a práticas restritivas da concorrência) à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE em processos instaurados pela AdC (n.º 2), outrossim no contexto da aplicação paralela dos artigos 9.º, 10.º e 11.º da LdC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (n.º 3) assenta numa autonomização e hibridização (entre o administrativo e contraordenacional) do processo sancionatório relativo a práticas restritivas da concorrência. Na prática, tal pressupõe o retrocesso da aplicação do RGCO no âmbito dos referidos processos possibilitada pelo aditamento (cirúrgico, mas nem por isso menos relevante) da expressão “*com as devidas adaptações*” ao n.º 1 do artigo 13.º. Do aditamento desta expressão parece decorrer que a aplicação do RGCO aos processos abertos por infração dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da LdC passará a ser não *apenas subsidiária (como já sucede)*, mas *também sujeita a adaptações*. O exato alcance e sentido destas *adaptações* não é esclarecido pela norma, mas a *ratio* que lhe subjaz e que percorre a proposta de transposição da Diretiva ECN+ aponta inequivocamente no sentido do retrocesso da aplicação do RGCO à tramitação dos processos referentes a práticas restritivas da concorrência. Esta afigura-se ser, de resto, a única

interpretação plausível da expressão “*com as devidas adaptações*” à luz das boas regras de interpretação normativa plasmadas no CC¹⁵, já que a alternativa seria considerar que o aditamento nada acrescentava ao sentido atual da norma.

Aliás, no mesmo sentido de diluição da relevância do RGCO no âmbito dos processos referentes práticas restritivas, encontramos o artigo 69.º-A, n.º 1. Com efeito, o objetivo da norma em apreço é o de, declaradamente, afastar a aplicação dos limites da coima aplicável em caso de concurso de contraordenações decorrentes do artigo 19.º do RGCO em termos que excedem o que seria exigido pela correspondente norma da Diretiva ECN+ (artigo 15.º) invocada na exposição de motivos¹⁶. Com efeito, o artigo 15.º, n.º 1 da Diretiva ECN+ refere que impende sobre os Estados-Membros a obrigação de assegurar que o montante máximo da coima aplicável a cada empresa ou associação de empresas que tenha participado numa infração ao artigo 101.º ou 102.º do TFUE “*não é inferior a 10% do volume de negócios global total da empresa ou associação de empresas no exercício anterior à decisão*”. No entanto, o n.º 1 do artigo 69.º-A afasta a aplicação dos limites decorrentes do artigo 19.º do RGCO ao concurso de infrações previstas nas alíneas *a*) a *g*) do n.º 1 do artigo 68.¹⁷ nas quais se compreende não apenas “[*a*] violação do disposto nos artigos 101.º e 102.º do TFUE”, mas também um conjunto de outras contraordenações a que a Diretiva ECN+ não alude.

¹⁵ Mais concretamente, à luz dos cânones interpretativos consagrados no artigo 9.º, n.º 3 do CC.

¹⁶ P. 17, §§ 86-87. Dir-se-ia que há um reconhecimento implícito da falta de correspondência entre a redação do artigo 69.º, n.º 1 e o articulado da Diretiva ECN+ quando, a este propósito, a AdC se limita a afirmar que “[*e*]sta solução encontra ainda apoio no artigo 15.º e considerando 49 da Diretiva” (p. 17, § 87, *in fine*).

¹⁷ Por lapso, o texto do artigo 69.º-A, n.º 1 constante da proposta de transposição da Diretiva ECN+ alude ao artigo 69.º (“*Determinação da medida da coima*”) ao invés do artigo 68.º (“*Contraordenações*”).

No limite, o afastamento dos limites previstos no artigo 19.º do RGCO e sua substituição pelos que se encontram previstos nos n.ºs 4 a 9 do artigo 69.º estender-se-ia à infrações com carácter puramente interno (i.e. não suscetíveis de afetar o comércio intracomunitário), não fosse a circunstância de, à luz do novo 13.º, n.º 3, os artigos 101.º e 102.º do TFUE poderem ser aplicados a situações puramente internas.

Mais do que a discussão sobre se estas alterações são impostas ou sequer decorrem da Diretiva ECN+ – *o que, salvo o devido respeito, não nos parece suceder em qualquer dos casos* –, a questão de fundo é, afinal, a de saber se tais opções são compatíveis com a natureza contraordenacional das infrações ao direito da concorrência ou, dito de outra forma, se o carácter substancialmente contraordenacional das infrações comporta uma hibridização do procedimento de tramitação perante a AdC, desde logo pelo que tal implica de *compressão sobre os direitos de audiência e de defesa* decorrentes do artigo 32.º, n.º 10 da CRP (matéria de extrema sensibilidade e que justifica as maiores cautelas em sede de intervenção legiferante).

Em última análise afigura-se-nos que, de alguma forma no Anteprojeto, seja por convicção, seja por conveniência, se pretende ver na Diretiva ECN+ – *que de uma Diretiva se trata, sublinhe-se* – uma versão adjetiva do Regulamento n.º 1/2003. Ora, a convivência de regimes adjetivos diversos, mesmo o âmbito de aplicação das regras de concorrência, corresponde a uma realidade nos diferentes Estados-Membros a qual convive bem, *respeitados determinados limites que não estão minimamente em causa no caso*

*português*¹⁸ (mormente a dimensão de efeito útil do primado do direito europeu), com a convergência substantiva de regras da concorrência decorrente do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003. A aplicação paralela dos direitos europeu e nacional da concorrência não visa os objetivos (porventura estimáveis) articulados na exposição de motivos¹⁹, pelo que a aplicação do direito europeu não poderá nem deverá servir para introduzir convergência adjetiva onde a mesma não é reclamada pela Diretiva ECN+.

3. Questões atinentes ao processo sancionatório: prazos e poderes de busca e apreensão (artigos 14.º, n.º 4, 18.º, n.º 2 e 18.º-A, n.º 2)

Em sede das alterações propostas ao processo relativo a práticas restritivas da concorrência avultam duas grandes tendências cuja justificação parece assentar mais numa hipotética preocupação de eficácia do que em soluções decorrentes da Diretiva ECN+: por um lado, reforçar os poderes e a margem de discricionariedade da AdC, mormente no que toca à recolha de prova; por outro, dirimir pela via legislativa questões controvertidas – ou pelo menos não inteiramente pacíficas – na jurisprudência. Refiram-se, unicamente a título de exemplo paradigmático, dois casos que se nos afiguram ilustrativos, embora não sejam os únicos, assim evidenciando a necessidade de maior

¹⁸ Sem prejuízo do aprofundamento noutra sede dos limites e aspetos a ponderar que aqui não temos manifestamente espaço para desenvolver.

¹⁹ Unidade do sistema jurídico, igualdade de tratamento entre infratores, interpretação uniforme e certeza jurídica (p. 4, § 7).

ponderação global nestas matérias de grande sensibilidade para os direitos de defesa e ‘*due process*’: os artigos 14.º e 18.º

No que respeita ao artigo 14.º (“*Regras gerais sobre prazos*”), cumpre destacar a possibilidade ora incluída no n.º 4 da proposta de alteração da LdC de a AdC poder recusar o pedido de prorrogação de prazo quando, em aditamento ao fundamento já atualmente previsto (*requerimento com intuito meramente dilatório*), entenda que o mesmo (i) é *desnecessário* ou (ii) não está suficientemente fundamentado. Tal alargamento afigura-se desproporcionalmente gravoso e eventualmente inconstitucional seja por conferir à AdC uma margem de discricionariedade excessivamente ampla (no limite possibilitando ‘vitórias na secretaria’, mormente em processos de elevada complexidade relativamente aos quais a AdC permanece sujeita a prazos meramente dilatórios, diversamente das empresas visadas), seja por se afigurar incompatível com o sentido geral das alterações incluídas na proposta de alteração da LdC e que vão no sentido de dotar a AdC de instrumentos de atuação e investigação mais agressivos e, como tal, potencialmente mais penalizadores dos direitos de defesa das empresas visadas. A tudo acresce a circunstância, agravante *hoc sensu*, de esta decisão da AdC ser insuscetível de recurso, solução que já resultava do artigo 14.º, n.º 5 mas que no presente contexto assume contornos claramente mais gravosos.

Por outro lado, face ao reforço dos poderes da AdC que transparece de muitas das alterações propostas, seria de toda a conveniência salvaguardar explicitamente em sede de artigo 18.º, n.º 2, alínea d) o princípio do *nemo*

tenetur, bem como extrair as devidas consequências do seu desrespeito, mormente em sede da invalidade da prova recolhida em tal contexto.

No que toca ao n.º 2 do artigo 18.º-A (“*Poderes de busca, exame, recolha e apreensão*”) da proposta de alteração da LdC, pese embora a mesma se filiar no artigo 6.º da Diretiva ECN+²⁰, a fundamentação na simples existência de motivos razoáveis para suspeitar da existência de uma infração da concorrência afigura-se problemática – quando não inconstitucional – quando está em causa não apenas a justificação do exercício de poderes de busca, exame, recolha e apreensão, mas também a determinação da sua extensão. Acresce que a redação proposta favorece a interpretação de que a margem de apreciação da autoridade judiciária competente fica aquém da plena jurisdição, convertendo-se num exercício de mera verificação de requisitos gerais e razoavelmente vagos quando a AdC “*se encontre em condições de demonstrar que existem motivos razoáveis para suspeitar*” de uma infração às regras nacionais ou europeia da concorrência.

4. Prazo para interposição de recurso judicial (artigo 87.º, n.º 1)

Dado o reforço considerável dos poderes da AdC no articulado da proposta de alteração à LdC e a especial complexidade de alguns dos processos que envolvem práticas restritivas da concorrência, afigura-se recomendável a previsão de uma dilação a acrescer ao prazo geral de recurso das decisões

²⁰ P. 12, § 56 da exposição de motivos.

finais previsto no artigo 87.º, n.º 1. A caracterização da especial complexidade de um processo pode ser determinada com base em critérios de fácil verificação como o número de empresas visadas/investigadas, a duração da prática ou práticas em causa ou o acervo probatório recolhido e utilizado pela AdC. *Mutatis mutandis* e por idênticas razões seria igualmente recomendável que as empresas visadas/investigadas dispusessem de semelhante dilação a acrescer ao prazo geral de resposta à nota de ilicitude previsto no artigo 25.º, n.º 1.

IV. Ponderações Conclusivas

A consulta pública sobre a proposta de transposição da Diretiva ECN+ constitui um exercício não só oportuno mas igualmente imprescindível de reflexão sobre um conjunto muito significativo de alterações que abrangem não apenas a LdC, mas igualmente os estatutos da AdC, o CPP, o CCP e a LEO. Dada a extensão e a profundidade das alterações em apreço, e não obstante a curta prorrogação verificada no final de 2019, mostra-se em nosso entender absolutamente essencial que a reflexão solicitada aos *stakeholders* e à comunidade científica jusconcorrencial não beneficie de um prazo mais extenso e também – o que aqui se preconiza - de uma segmentação que separe em diferentes momentos de intervenção legiferante, por um lado, as alterações que decorrem diretamente da Diretiva ECN+ e, por outro lado, as demais que AdC entendeu oportuno introduzir neste contexto mas que, em bom rigor, não seriam exigidas pela referida transposição.

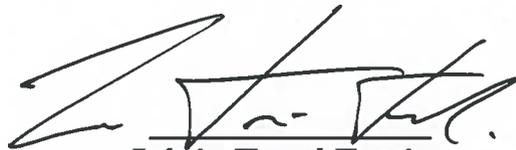
Como ficou patente na apreciação crítica e extremamente seletiva (por manifesta impossibilidade de cobrir a totalidade das alterações previstas no horizonte temporal ora em causa) que se procurou fazer, algumas das soluções propostas suscitam preocupações, em particular no que respeita ao retrocesso da aplicação do RGCO e no que tal pode significar no plano dos direitos de audição e defesa em sede contraordenacional. Como nota mais geral (e concetual), encara-se com igual preocupação aquilo que se nos afigura ser um *decoupling* do regime substantivo contraordenacional e o respetivo regime adjetivo, caminhando este último para uma hibridização que não se afigura consentânea com a natureza contraordenacional das

infrações. cremos que, neste particular, haveria outras formas de conciliar as legítimas preocupações de eficácia da AdC (e de efeito útil do direito europeu) e o respeito pela natureza contraordenacional das infrações ao direito da concorrência no plano nacional. Em muitos dos domínios em causa, e em matérias de extrema sensibilidade, antecipam-se por via legiferante soluções que podem – e devem – ser justamente decantadas na jurisprudência ora em consolidação no plano nacional, daí emergindo o risco de outras formas de litigância cujo resultado seja afinal o inverso do pretendido em termos de estabilização de soluções, *maxime* no campo processual relacionado com essenciais direitos de defesa.

Lisboa, janeiro de 2020



Luís Silva Morais
Sócio Fundador Luís Silva Morais/Sérgio Gonçalves do Cabo e
Associados, rl
Doutor em Direito
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Cátedra Jean Monnet em Regulação Económica na EU



Lúcio Tomé Feteira
Associado Luís Silva Morais/Sérgio Gonçalves do Cabo e Associados,
rl
Doutor em Direito
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

