

O LUGAR DA PROTEÇÃO DE DADOS NA EFETIVIDADE NECESSÁRIA AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Inês Neves

ABSTRACT: The EU citizens right to protection of their personal data, the EU Charter of Fundamental Rights and the new data protection package adopted in May 2016, leads us to question whether the Portuguese Competition Authority and the undertakings are aware of the need to balance the data subject rights with the effectiveness in implementing competition law. This paper aims to explore an appropriate interpretation of the General Data Protection Regulation (GDPR), bearing in mind three interrelated objectives pursued by Competition law enforcement – injunctive, punitive and compensatory.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os Direitos Fundamentais e o Direito da Concorrência. 3. Justificação do tema. 4. O Novo Regulamento Geral sobre Proteção de Dados. 4.1 A licitude do tratamento de dados. 5. A licitude da atuação na lógica do Direito da Concorrência. 5.1 O interesse legítimo em colaborar com a AdC. 6. A força aplicativa do princípio da Efetividade. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A especificidade do Direito da Concorrência reclama soluções de efetividade que não se compreendem nos estritos cânones tradicionais do Direito Processual Penal, do Direito Civil ou do Direito Administrativo. Tecendo íntimas ligações com todos estes ramos, de todos eles se distancia, bebendo de uma lógica própria e empregando uma linguagem singular. A defesa do interesse público na preservação da liberdade de concorrência, assegurando um funcionamento eficiente do mercado e uma concorrência equilibrada entre agentes económicos não é, porém, uma bolha imune a jogos de interferências externos, os quais limitam o seu âmbito e restringem a sua margem de atuação. Entre os mais destacados agentes conformadores se encontram os Direitos Fundamentais dos particulares.

Com o novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados¹ e a elevação do “direito à proteção dos dados de caráter pessoal” a Direito Fundamental cumpre repensar uma outra frente de conformação do Direito da Concorrência. O nosso escopo é o de colocar em diálogo complexos normativos que, prosseguindo valores distintos, se compreendem numa moldura harmónica que permite conciliar os vários interesses, sem prejudicar a força de nenhum deles.

Analisaremos a amplitude de poderes conferidos à Autoridade da Concorrência na prossecução de fins sancionatórios, reguladores e de supervisão, bem assim a necessária colaboração imposta às entidades visadas em processos de investigação. Tentaremos encontrar o lugar da Proteção de Dados no seio dessas ações e concluir por uma resposta que olhe ao interesse público em causa, sem esquecer o pesado colete de forças que são os direitos dos particulares. Para o efeito, cumpre considerar o peso não menos significativo do princípio da Efetividade, amplamente tratado e desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Não poderemos concluir sem referir, portanto, o que poderá resultar deste jogo de valores. Adiantamos, desde já, uma primeira conclusão que serve, aliás, como nosso ponto de partida: não consideramos que um Direito Fundamental sirva para delimitar o âmbito de outro. Pelo contrário, os seus limites estão traçados. Simplesmente, a colisão recíproca que possa existir em concreto reclama uma ponderação que permita aferir qual deles deve prevalecer.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A aplicação das normas do Direito da Concorrência pelas Autoridades Nacionais (ANC's) não é feita nos quadros de uma total discricionariedade e sem cuidar dos interesses dos administrados. Apesar de o complexo normativo da Lei n.º 19/2012 de 8 de maio (doravante RJC) visar sobretudo a defesa de um interesse público, consagrado na alínea f) do artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa (CRP)², o certo é que há toda uma malha legislativa que orienta e legítima a atuação daquelas entidades, seja a título preventivo, na sua ação fiscalizadora, seja *ex post*, aquando da aplicação de sanções relativas a infrações

1 REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

2 Falamos da preocupação com a estrutura do mercado, a garantia de uma pluralidade de agentes e o relativo equilíbrio de poder entre eles.

anticoncorrenciais. Com efeito, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), da qual todos os Estados Membros são parte, bem assim a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDF), conjugadas com a CRP, a nível nacional, dão aos particulares suficientes garantias de que os seus interesses e direitos não são afetados em ações que não os envolvem diretamente (protegem-se, pois, os direitos de terceiros). Note-se ainda que, por via da entrada em vigor da CDF, se recoloca a discussão em torno do relevo eventual de valores não económicos no Direito da Concorrência.³

A par de Direitos Fundamentais considerados tradicionais, a Carta considera, também, a proteção de dados, o que implica repensar os limites e as interferências entre o Direito da Concorrência e a Proteção de dados.

Pois bem: a existência desta malha densa de legislação leva a que as ANC's e bem assim as autoridades jurisdicionais, estejam, na sua concreta ação, e independentemente dos objetivos prosseguidos, vinculadas ao respeito pelos Direitos Fundamentais dos particulares, pelo menos devendo evitar resultados incompatíveis com estes. Sem prejuízo da consideração, entendemos que não é de esquecer aquilo que justifica a atuação e as amplas prerrogativas atribuídas àquelas entidades. Na verdade, a tarefa estadual de que incumbidas merece uma atenção particular e, em nosso ver, pode prevalecer sobre a proteção devida aos titulares de dados pessoais.

3 Seguimos de perto as palavras da Presidente da AdC, em entrevista ao Jornal Público, disponível online em <https://www.publico.pt/2018/03/28/economia/opiniao/direito-a-concorrencia-1808237> (consultado em 28.03.2018).

Refere a mesma: “Por seu turno, a política de concorrência consubstancia-se na aplicação de regras que permitam a livre concorrência entre empresas. A política de concorrência assume duas vertentes: a da defesa da concorrência; e a da sua promoção. A primeira vertente materializa-se em boa parte no sancionamento de práticas restritivas da concorrência: colusão ou cartéis entre empresas e abuso de posição dominante (quando uma empresa principal em determinado mercado tenta afastar a concorrência). Inclui também a análise de fusões ou concentrações entre empresas para que daí não resulte um menor nível de concorrência, incluindo barreiras significativas à entrada no mercado em questão. O objectivo não é evitar que as empresas cresçam, mas sim que possam remover concorrentes do mercado, em detrimento dos consumidores. O objectivo também não é defender campeões nacionais, mas sim permitir que o consumidor tenha acesso aos produtos que lhe são mais convenientes. A segunda vertente, a promoção da concorrência, concretiza-se através de esforços institucionais e legislativos que eliminem a proteção dos mercados, expondo-os à concorrência, e aplica-se quer a empresas quer a profissões. Daqui decorre o direito dos cidadãos à concorrência. Direito a maior escolha, a maior qualidade e a menor preço. Um país onde a concorrência existe livre de entraves dá poder aos consumidores, que o podem exercer junto de empresas, grandes e pequenas. Através da escolha de um produto em vez de outro, o consumidor exprime o seu voto favorável ao menor preço ou a maior qualidade. Isto leva a que todas as empresas desse mercado tenham de ouvir o consumidor e sejam incentivadas a melhorar para se manterem viáveis. É por esta razão que temos regras contra cartéis, para que as empresas não possam combinar entre si preços e não possam dividir entre si clientes”.

Já no que concerne à eventual utilização dos Direitos Fundamentais como critério de decisão perante um litígio real e concreto, poupamo-nos a qualquer referência, por se desviar do âmbito do nosso estudo.⁴

3. JUSTIFICAÇÃO DO TEMA

A questão da relação entre a Proteção de Dados e o Direito da Concorrência é normalmente colocada tendo em mente o eventual papel das normas anticoncorrenciais na tutela eficaz do Direito Fundamental consagrado no artigo 8.º, n.º 1 da CDF – o direito à proteção dos dados de carácter pessoal. Com efeito, há alguma zona de confluência com a proteção de dados⁵⁻⁶, nomeadamente nas normas que punem o abuso de posição dominante, sobreposição essa que permite igualmente considerar a solução de problemas levantados pela concentração de poder económico privado no mercado da Internet, por via da acumulação de informação relevante, em detrimento da autonomia dos usuários. Não obstante, a relação simbiótica entre os dois blocos não se resume a uma singela comunhão de meios⁷. O certo é que, aquando das suas ações inspetivas, para efeitos do exercício da sua tríade de poderes sancionatórios, de regulação e de supervisão, quer a Comissão Europeia quer as ANC's têm amplos poderes, consagrados entre nós no artigo 6.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência

4 Veja-se, a esse propósito: Tom Barkhuysen & Michiel van Emmerik, 2006: 43-57; Chantal Mak, 2008.

5 Confluência essa que se faz verter na necessidade de cooperação entre os dois reguladores. Veja-se a Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor, "Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy", março de 2014.

6 Seguimos de perto a opinião de Francisco Costa-Cabral & Orla Lynskey, 2015: 9-12 ao referirem que "(...) both data protection and competition law pursue market integration as an objective (...) both share a concern for the consumer (...). However, as consumer protection law is distinguished from competition law, and data protection is often treated as a subset of consumer protection law, the two can also be distinguished in this regard. For instance, Ohlhausen and Okuliar suggest that the substantive concerns of both are distinct: they argue that 'antitrust laws are focused on broader macroeconomic harms, mainly the maintenance of efficient price discovery in markets, whereas the consumer protection laws are preoccupied with ensuring the integrity of each specific contractual bargain'. Or, as Averitt and Lande put it, antitrust caters for the availability of consumer choice while consumer law provides consumers with the relevant information for the effective exercise of this choice. From this perspective, data protection and competition law intervene to influence market conduct at different levels of the same spectrum. Competition law applies to correct market failures that are external to the individual, such as reduced choice and increased prices, while data protection law applies to correct internal failings, such as information and power asymmetries (...)".

7 Idem: 3-4. Alertam os autores: "Data protection norms can exercise an 'external' constraint on competition law when the Commission is under an obligation to take them into consideration due to their relative weight vis-à-vis competition law and other policy areas. For example, the procedural guarantees resulting from data protection constitute an external constraint which conditions the investigation of alleged competition law infringements".

(doravante AdC)⁸ e nos artigos 18.º a 20.º, 43.º, 61.º e 64.º do RJC. Entre eles, cabe certamente o de analisar os registos da empresa; pedir a consulta de faturas e apreender as mesmas; examinar os emails dos funcionários⁹⁻¹⁰; enfim, recolher cópias e inclusive discos rígidos com informação relevante. Toda esta atividade leva-nos a questionar a sua compatibilidade com o novo Regulamento Geral da Proteção de Dados (doravante, RGPD), impondo equacionar as eventuais restrições que este último coloca à competência das ANC's para apreender dados em inspeções realizadas¹¹. Outro ponto de interseção poderá colocar-se a propósito do dever de colaboração das entidades destinatárias da atividade da

8 Os Estatutos da AdC foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014 de 18 de agosto.

9 Em nosso entendimento, se e quando se reduzirem a questões de índole comercial. Na verdade, pese embora a alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º do RJC não restrinja o âmbito da recolha (o que revela afinal a amplitude de prerrogativas conferidas à AdC), a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) incidente sobre a privacidade dos trabalhadores no local de trabalho é vasta e pacífica, o que impõe alguma cautela. Vide Acórdãos TEDH: de 12 de janeiro de 2016, *Bărbulescu c. Roménia I*, C-61496/08; de 5 de Setembro de 2017, *Bărbulescu c. Roménia II*, C-61496/08; de 9 de Janeiro de 2018, *López Ribalda c. Espanha*, C-1875/13 e C-8567/13; e de 22 de Fevereiro de 2018, *Affaire Libert c. França*, C-588/13. No primeiro caso, estava em causa a utilização do Yahoo Messenger durante o horário de trabalho e, no seu voto parcial de vencido, que seguimos, Pinto de Albuquerque foi perentório em recordar que os trabalhadores não abandonam o seu direito à privacidade e à proteção de dados no momento em que entram no local de trabalho, pelo que não podem ver as suas garantias variar consoante o espaço em que se encontrem e movimentem.

10 Há alguma divergência na Jurisprudência, quanto às fronteiras que separam a tutela penal do sigilo de correspondência daquela dispensada aos escritos em geral. A Relação de Lisboa, no seu Acórdão de 29.03.2012 (PT:TRL:2012:744.09.1S5LSB.A.L1.9), seguindo COSTA ANDRADE no Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, pág. 758, § 16, destacou que “é precisamente este facto – estar fechada – que define a fronteira da tutela penal do sigilo de correspondência e dos escritos, em geral.” Para os devidos efeitos uma carta estará fechada quando exista “um procedimento que estabeleça um obstáculo físico à tomada de conhecimento e que só seja ultrapassável à custa de uma atividade física que pode ou não (...) implicar uma ruptura material (...) Não basta seguramente (...) a sua arrumação num dossier ou numa gaveta aberta.” A mesma problemática foi considerada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 593/2008, Processo 397/08, na sequência da sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa (Caso Portucel), de 10.03.2008, bem assim no Acórdão da Relação de Lisboa de 20.12.2011, Processo 36/11.6PJ/OER-A.L1-5. No TEDH, veja-se, ainda, o caso BARBULESCU v. ROMANIA, de 05.09.2017. Não nos compete tomar partido na querela, aliás desviada do tema da exposição. Sem prejuízo, cumpre recordar que no direito à inviolabilidade da correspondência (bem assim das telecomunicações) está em causa, segundo entendemos, a tutela da privacidade à distância, atento o perigo fático coenvolvido na intervenção de um terceiro – o sistema organizado de distribuição postal (ou empresas de telecomunicações). Consequentemente, apenas a correspondência em trânsito cabe, em nosso ver, no âmbito de proteção do(s) Direito(s) Fundamental(is) consagrado(s) no artigo 34.º da CRP. No momento em que chega à esfera do seu destinatário, deverá já considerar-se a tutela geral concedida pela reserva da intimidade da vida privada, nos termos do artigo 26.º da CRP. No que respeita às telecomunicações e, em específico, aos emails, coloca-se ainda a questão de saber se o regime não subsistirá, afinal, nos casos em que o email permanece no servidor.

11 Tanto mais quanto se considere que o regime não se resume a atuar a jusante, no uso e tratamento que são dados às informações, atuando já, e em primeira linha, a montante, na própria recolha dos mesmos. Veja-se, nesse sentido o Acórdão de 13 de maio de 2014, *Google Spain*, C-131/12, EU:C:2014:317 (disponível online em: <http://curia.europa.eu/>).

AdC, obrigação essa prevista no artigo 8.º dos Estatutos da AdC e no artigo 64.º, n.º 4 do RJC, e cujo desrespeito leva a:

- Abertura de inquérito no âmbito do processo de controlo de concentrações de empresas (58.º, al. d), RJC);
- Contraordenação, prevista nos termos do artigo 68.º, n.º 1, al. j) do RJC;
- Agravamento da medida da coima, nos termos do artigo 69.º, n.º 1, al. i) do RJC¹².

Na verdade, poderão ser as próprias empresas as reais interessadas no acesso e fiscalização de e-mails que contenham dados pessoais dos seus funcionários, terceiros ou concorrentes¹³, para efeitos de descobrir e “desvendar” eventuais violações do Direito da Concorrência que comprometam empresas terceiras, podendo utilizar a informação assim obtida e preencher as condições para beneficiar da dispensa ou redução de coima, nos termos do Programa de Clemência (artigos 75.º a 82.º RJC).

Por último, a matéria poderá ainda relevar para efeitos de acesso ao processo, consagrado no artigo 33.º do RJC, e, a nível do direito europeu, no n.º 2 do artigo 27.º do Regulamento 1/2003. Na mesma linha, e considerando o disposto no n.º 6 do artigo 32.º, conjugado com o artigo 90.º, ambos do RJC, importará considerar os limites da proteção de dados ao nível da preparação de versões não confidenciais, e para efeitos de divulgação das decisões tomadas pela AdC. Quanto a estes dois pontos, fácil é de compreender que o conceito de “informação confidencial” não pode ser densificado unicamente com recurso ao “segredo de negócio”. Outras informações sensíveis, entre elas,

12 Note-se que Jorge de Figueiredo Dias e Flávia Loureiro, em anotação ao artigo, no Comentário Conimbricense à Lei da Concorrência, 2017, referem que “Nesta ponderação, a AdC não pode entrar em linha de conta, sob pena de dupla valoração, com a prestação de informações e o dever de colaboração que, de acordo com as alíneas h), i) e j) do n.º 1 do artigo 68.º, constituem infrações autónomas. Trata-se, pois, da colaboração da AdC que vá para lá desses deveres legais e que se torne importante para o apuramento da verdade material”. Ora, considerando, que nas suas Linhas de Orientação sobre a Metodologia a Utilizar na Aplicação de Coimas, a AdC considera como circunstância agravante, “a recusa em colaborar ou obstrução durante a investigação”, acreditamos que o dever de colaboração pode ser interpretado *lato sensu*, no sentido de abranger uma vinculação legal, cujo desrespeito configura contraordenação autónoma, bem assim, um ónus decorrente de princípios gerais, entre eles o da cooperação com as entidades reguladoras na prossecução de um interesse que, porque é público, reclama soluções mais eficazes e distintas da matriz tradicional comum, como são exemplo os programas de clemência, previstos capítulo VIII do RJC (artigos 75.º a 82.º).

13 Os dados pessoais podem constar de suportes diversos, desde faturas, bases de dados, e-mails e correspondência trocada, etc.

os dados pessoais de particulares entrarão, certamente, na definição. Por esta via, será importante recordar que a divulgação se deve restringir, para efeitos de acesso ao processo, ao que seja imprescindível à defesa cabal do arguido, nos termos do artigo 50.º do Regime Geral das Contraordenações. No que respeita à preparação de versões não confidenciais, cremos que a força da proteção de dados poderá ser mais premente, dado que não se lhe contrapõe o direito de defesa do visado. Todavia, e pese embora se refira expressamente ao segredo de negócio, a AdC, no seu PROJETO DE LINHAS DE ORIENTAÇÃO SOBRE PROTEÇÃO DE CONFIDENCIALIDADES NO ÂMBITO DE PROCESSOS SANCIONATÓRIOS E PROCEDIMENTOS DE SUPERVISÃO¹⁴, apresentado em maio de 2017, fez questão de sublinhar que a proteção não é absoluta¹⁵. Por conseguinte, tratando-se de conciliar o direito de defesa do arguido, conjugado com um princípio de transparência e de proteção da confiança dos administrados, com a proteção de dados dos particulares haverá que aferir da premência e necessidade destes para o cumprimento pleno das garantias conferidas ao visado. Sempre que não se revelem necessários ao esclarecimento do comportamento imputado ao arguido e quando não sejam imprescindíveis às exigências de publicidade, os dados de particulares deverão ser considerados “informação sensível”.¹⁶

Em face do exposto, cumpre analisar se há, afinal, limites à atuação da AdC e das próprias empresas e quais são eles, considerando a entrada em vigor do RGPD.

14 Disponível online em:

http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Projeto%20de%20Linhas%20de%20Orienta%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20Confidencialidades.pdf (consultado em: 19.04.2018).

15 Idem: 4, “A proteção conferida pela AdC à informação considerada confidencial por motivo de segredo de negócio não é absoluta, na medida em que o acesso condicionado a tal informação pode ser concedido a advogado ou assessor económico externo da visada, estritamente para efeitos do exercício dos seus direitos de defesa ou, por decisão judicial, a potenciais vítimas de práticas restritivas da concorrência, para efeitos do exercício do seu direito de indemnização. Ao abrigo do princípio da administração aberta, um terceiro pode ainda, verificados determinados requisitos, ter direito de acesso a documentos administrativos que contenham segredos de negócio”.

16 Idem: 5, “A AdC pode excecionalmente aceitar pedidos de confidencialidade relativos a informação que não consubstancie um segredo de negócio nos termos da lei mas que (i) seja apenas conhecida por um número restrito de pessoas; e (ii) cuja divulgação pública ou transmissão a pessoas diferentes daquela que a forneceu ou que dela tenha conhecimento, possa causar um prejuízo sério ao respetivo titular ou a terceiros; (iii) na condição de que os interesses lesados pela divulgação sejam objetivamente dignos de proteção”.

4. O NOVO REGULAMENTO GERAL SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS

Foi ao fim de quatro anos de discussão que o novo quadro normativo relativo à Proteção de Dados no seio da União Europeia conheceu consagração, sob a forma de Regulamento, adotado no dia 8 de abril de 2016 e com aplicação direta a 25 de maio de 2018. Dada a amplitude das alterações, iremos focar apenas o que consideramos mais relevante para o assunto que nos cabe – as interseções e restrições impostas ao Direito da Concorrência por esta nova tessitura de normas¹⁷. Em geral, podemos afirmar que o RGPD traz alguma complexidade para as empresas, impondo novos desafios, assentes em princípios e conceitos fortemente “amigos” do direito à proteção dos dados pessoais, consagrado no artigo 8.º, n.º 1 da CDF. Impõe-se-nos, antes de mais, densificar o conceito de “dados pessoais”, para efeitos do Regulamento. Traduz-se ele na *“informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular”*.¹⁸

No que concerne aos deveres surgidos neste novo contexto normativo, cremos ser de destacar a privacidade na conceção de novos produtos ou serviços com dados¹⁹ e a privacidade por defeito²⁰; as notificações das violações de segurança e a consagração da figura do Encarregado de Proteção de Dados (DPO)²¹.

17 Em Portugal, foi aprovada uma proposta de lei que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, das regras de proteção das pessoas singulares em matéria de tratamento de dados pessoais e livre circulação desses dados, no âmbito do Regulamento Europeu Proteção de Dados (RGPD), que irá substituir a Lei de Proteção de Dados Pessoais (LPD) e as competências da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) neste domínio. Trata-se da Proposta de Lei n.º 120/XIII, de 26.03.2018, cujas soluções optamos por não abordar (a título principal).

18 Conforme dispõe o Artigo 4.º (1) do RGPD. Ver ainda, Barreto Menezes Cordeiro, 2018.

19 Segundo os considerandos 78, 108, e Artigo 25.º RGPD, há que entender Privacidade desde a conceção (“Privacy by Design”) como a necessidade de atender ao risco de privacidade em todo o processo de conceção de um novo produto ou serviço, em vez de se lo considerar apenas *a posteriori*. Tal implica avaliar cuidadosamente e implementar medidas e procedimentos técnicos e organizacionais adequados desde o início, a fim de assegurar que o tratamento está em conformidade com o RGPD e protege os direitos dos titulares dos dados em causa.

20 Dos mesmos considerandos e artigo se retira que a Privacidade por defeito (“Privacy by Default”) passará por assegurar que são desenhados, dentro de uma organização, mecanismos para garantir que, por defeito, apenas seja recolhida, utilizada e conservada, para cada tarefa, a quantidade necessária de dados pessoais.

21 Considerandos 77, 97 e Artigos 13.º, n.º 1, al. b), 14.º, n.º 1, al. b), 30.º, n.º 1, al. a), e n.º 2, al. a), 33.º, n.º 3, al. b), 35.º, n.º 2, 36.º, n.º 3, al. d), 37.º e ss., 47.º, n.º 2, al. h), 57.º, n.º 3, RGPD. Em suma, o Encarregado

No que respeita à sua aplicação, o Regulamento não abrange as atividades que estejam “fora do âmbito de aplicação do direito da União, como as que se prendem com a segurança nacional”. Também não se incluem as “atividades relacionadas com a política externa e de segurança comum da União”²². Alvo de regulamentação específica é, ainda, a atuação das autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais²³. Ora, na medida em que não envolve a aplicação de sanções penais, antes contraordenações, conforme dispõe o artigo 67.º do

de Proteção de Dados (“DPO – Data Protection Officer”) será a pessoa designada pela organização a quem incumbirá estar envolvida em todas as questões relacionadas com a proteção de dados pessoais. A função deverá ser atribuída sempre que o processamento for levado a cabo por uma entidade pública; se verificar a monitorização constante de indivíduos em larga escala; ou exista processamento de dados sensíveis em larga escala. As funções do encarregado de proteção de dados incluem a de informar e aconselhar a empresa sobre a conformidade da proteção de dados e sobre a avaliação do impacto da proteção de dados, e monitorizar a conformidade da proteção de dados.

22 Conforme se lê no considerando 16 do RGPD.

23 Considerando 19. O ato jurídico específico aí previsto é a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho. Nos termos desta Diretiva, e atento o disposto nos seus Considerandos 10-11: “(10) Na Declaração 21 sobre a proteção de dados pessoais no domínio da cooperação judiciária em matéria penal e da cooperação policial, anexada à Ata Final da Conferência Intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa, a conferência reconheceu que, atendendo à especificidade dos domínios em causa, poderão ser necessárias disposições específicas sobre proteção de dados pessoais e sobre a livre circulação dos dados pessoais, nos domínios da cooperação judiciária em matéria penal e da cooperação policial, com base no artigo 16.º do TFUE. (11) Por conseguinte, esses domínios deverão ser objeto de uma diretiva que estabeleça regras específicas relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, no respeito da natureza específica dessas atividades. (...) Caso esses organismos ou entidades tratem dados pessoais para efeitos que não sejam os da presente diretiva, é aplicável o Regulamento (UE) 2016/679. O Regulamento (UE) 2016/679 é, pois, aplicável nos casos em que um organismo ou uma entidade recolhe dados pessoais para outros efeitos e, em seguida, os trata a fim de dar cumprimento a uma obrigação legal a que está sujeito. Pode ser o caso das instituições financeiras quando retêm, para efeitos de investigação, deteção ou repressão de infrações penais, certos dados pessoais por si tratados e os fornecem apenas às autoridades nacionais competentes em casos específicos e nos termos do direito dos Estados-Membros. (...) (12) As funções de polícia ou de outras autoridades de aplicação da lei centram-se principalmente na prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais, incluindo as atividades policiais sem conhecimento prévio de que um incidente constitui ou não uma infração penal. Estas funções podem incluir o exercício da autoridade através de medidas coercivas, tais como as atividades da polícia em manifestações, grandes eventos desportivos e distúrbios. Essas funções incluem também a manutenção da ordem pública enquanto atribuição da polícia ou de outras autoridades de aplicação da lei, quando necessárias para a salvaguarda e prevenção de ameaças à segurança pública e aos interesses fundamentais da sociedade protegidos por lei, e à prática de infrações penais (...)”.

RJC²⁴, há que aferir se a atividade sancionatória da AdC fica sujeita ao RGPD, já que não é abrangida pelo regime consagrado na Diretiva 2016/680, de 27 de abril de 2016 (onde vertida, afinal, aquela regulação especial). Atentemos, então, ao disposto no Considerando 31 do RGPD, sem esquecer que no artigo 2.^º²⁵ não há qualquer exclusão das autoridades públicas do âmbito de aplicação material, nem se enquadra sequer a AdC em nenhuma das situações aí particularizadas:

“As autoridades públicas a quem forem divulgados dados pessoais em conformidade com obrigações jurídicas para o exercício da sua missão oficial, tais como as autoridades fiscais e aduaneiras, as unidades de investigação financeira, **as autoridades administrativas independentes** ou as autoridades dos mercados financeiros, responsáveis pela regulamentação e supervisão dos mercados de valores mobiliários, **não deverão ser consideradas destinatárias se receberem dados pessoais que sejam necessários para efetuar um inquérito específico de interesse geral**, em conformidade com o direito da União ou dos Estados-Membros. **Os pedidos de divulgação enviados pelas autoridades públicas deverão ser sempre feitos por escrito, fundamentados e ocasionais e não deverão dizer respeito à totalidade de um ficheiro nem implicar a interconexão de ficheiros. O tratamento desses dados pessoais por essas autoridades públicas deverá respeitar as regras de proteção de dados aplicáveis** de acordo com as finalidades do tratamento.”

Por aqui se conclui que, ainda que o interesse geral de um inquérito exclua as autoridades públicas de que tratamos da definição de “destinatário”, havendo

24 O legislador nacional optou por considerar a violação das normas previstas no RJC “e no direito da União Europeia cuja observância seja assegurada pela Autoridade da Concorrência” suscetível de simples contraordenação, e já não de tutela criminal, conforme sucede em alguns Ordenamentos, como o Brasileiro, o dos Estados Unidos da América e o do Reino Unido, os quais consideram a violação uma prática suscetível de consubstanciar um crime. Cumpre sublinhar que, além da possibilidade de vir a ser aplicada uma coima aos infratores, o legislador prevê, ainda, a possibilidade de a AdC, sempre que considerar necessário, aplicar as sanções acessórias previstas no artigo. 71º do RJC, bem assim sanções pecuniárias compulsórias, à luz do previsto no artigo 72.º.

25 Dispõe o artigo 2.º, n.º2: “O presente regulamento não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

- a) Efetuado no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito da União;
- b) Efetuado pelos Estados-Membros no exercício de atividades abrangidas pelo âmbito de aplicação do título V, capítulo 2, do TUE;
- c) Efetuado por uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas;
- d) Efetuado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública.”

como que uma constrição da *vis* aplicativa do Regulamento, a proteção de dados permanece como limite e os Direitos Fundamentais dos particulares como baliza. *A contrario*, quando não realizam inquéritos específicos de interesse geral, o RGPD retoma a sua extensão e aplica-se-lhes na sua amplitude máxima.

Já no que respeita à atuação da Comissão, enquanto instituição da União Europeia, mantém-se em vigor um Regulamento específico – o REGULAMENTO (CE) N.º 45/2001 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 18 de dezembro de 2000, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados²⁶.

Feita esta delimitação, salientáramos os seguintes pontos:

- À luz de um Princípio de Transparência, há uma extensão da obrigação de prestação de informações, as quais incidem sobre a base legal para o tratamento de dados, o prazo de conservação dos mesmos, esclarecimentos mais detalhados sobre as transferências internacionais, bem assim a possibilidade de apresentar queixa junto da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD). Tais informações devem ser prestadas aos cidadãos de forma concisa, inteligível, ser de fácil acesso, e apresentadas numa linguagem clara e simples.²⁷
- Os indivíduos veem os seus direitos fortemente ampliados, prevendo-se o direito ao esquecimento, o direito à portabilidade, e o direito de não sujeição a nenhuma decisão tomada apenas com base no tratamento automatizado.²⁸
- O RGPD prevê regras mais exigentes para o consentimento (que pode ser retirado a qualquer momento): tem de ser livre, específico, informado, explícito e veiculado por ato inequívoco.²⁹

26 Dispõe o n.º 3 do artigo 2.º “3. O Regulamento (CE) n.º 45/2001 aplica-se ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos, organismos ou agências da União. O Regulamento (CE) n.º 45/2001, bem como outros atos jurídicos da União aplicáveis ao tratamento de dados pessoais, são adaptados aos princípios e regras do presente regulamento nos termos previstos no artigo 98.º”.

27 Considerandos 39, 58, 60, 61, 62, 63, 71, 73; Artigos 12.º e ss., RGPD.

28 Considerandos 65, 66, 156 e Artigo 17.º RGPD; Considerandos 68, 73, 156 e Artigos 13.º, n.º 2, al. b), 14.º, n.º 2, al. c), 20.º RGPD; Considerando 71 e Artigo 22.º, 47.º, n.º 2, al. e), RGPD.

29 Considerandos 32, 33, 38, 40, 42, 43, 50, 51, 54, 65, 111, 155, 161, 171 e Artigos 4.º, 11), 6.º, n.º 1, al. a), 7.º, 8.º, RGPD.

- As organizações têm de conseguir provar que cumprem o Regulamento, nomeadamente demonstrando que os dados pessoais que possuem são legítimos e limitados ao que é necessário, que estão atualizados e que são seguros e confidenciais, impondo-se-lhes a adoção de políticas, procedimentos, códigos de conduta e instruções internas, formalizadas e capazes de serem disponibilizadas às entidades de supervisão.³⁰
- Determina-se a notificação da CNPD (em 72 horas), em caso de violação de dados que acarrete riscos para o titular.³¹
- O novo Regulamento prevê penalizações severas para as empresas em incumprimento. Nesse sentido, as autoridades de proteção de dados (no caso português, a CNPD) poderão multar empresas que infringjam o disposto no RGPD, em montantes que podem atingir os 20 milhões de euros ou 4% do seu volume de negócios.³²
- Especificam-se situações especiais de tratamento, as quais conhecem um regime particular.³³

4.1. A licitude do tratamento de dados

Ainda que não seja didático nem agradável à leitura dos destinatários proceder a uma transcrição da norma em análise, cremos que, atenta a novidade do regime à data em que escrevemos, se justifica proceder a uma análise parcial do artigo 6.º do RGPD, que assim dispõe³⁴⁻³⁵:

30 Considerandos 13, 82, 83 e Artigo 30.º, RGPD.

31 Considerandos 85, 86 e Artigo 33.º, RGPD.

32 Preveem-se, ainda, sanções especiais. Considerandos 130, 148, 150, 151 e Artigos 58.º, n.º 2, al. i), 70.º, n.º 1, al. k), 83.º, 84.º, RGPD.

33 Considerandos 10, 107, 153 e Artigos 6.º, n.º 2, 49.º, 85.º e ss., RGPD.

34 Cumpre considerar, ainda, o disposto nos Considerandos 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50 e 155 e na sanção prevista no n.º 5 do artigo 83.º, RGPD.

35 Note-se que a norma paralela do Regulamento 45/2001, é mais ampla, aludindo sobremaneira à “necessidade”, conceito indeterminado que, no caso concreto, será mais facilmente contornável. Tal não deve surpreender, atento o seu âmbito subjetivo, que fica reduzido às instituições e órgãos comunitários, dotados de indiscutíveis garantias de imparcialidade e dos quais se espera que sejam efetivos guardiões dos Direitos Fundamentais consagrados na Carta. O artigo 5.º desse Regulamento alude ao que “seja necessário ao exercício de funções de interesse público com fundamento nos Tratados que instituem as Comunidades Europeias ou noutros actos legislativos aprovados com base nesses Tratados, ou no exercício da autoridade pública de que estão investidos a instituição ou o órgão comunitário ou um terceiro a quem os dados sejam comunicados”, bem assim “para o respeito de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito”, entre outros fundamentos.

“1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:

- a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas³⁶;
- b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados³⁷;
- c) **O tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;**
- d) O tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular;
- e) **O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento;**
- f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança³⁸.

O primeiro parágrafo, alínea f), não se aplica ao tratamento de dados efetuado por autoridades públicas na prossecução das suas atribuições por via eletrónica.

2. Os Estados-Membros podem manter ou aprovar disposições mais específicas com o objetivo de adaptar a aplicação das regras do presente regulamento no que diz respeito ao tratamento de dados para o cumprimento do n.º 1, alíneas c) e e), determinando, de forma mais precisa, requisitos específicos para o tratamento e outras medidas destinadas a garantir a licitude e lealdade do tratamento, inclusive para outras situações específicas de tratamento em conformidade com o capítulo IX.
3. O fundamento jurídico para o tratamento referido no n.º 1, alíneas c) e e), é definido: a) Pelo direito da União; ou b) Pelo direito do Estado-Membro ao qual o responsável pelo tratamento está sujeito. A finalidade do tratamento é

36 Vide Considerandos 32, 42, 43, 171 e Artigos 7.º, 8.º e 9.º, RGPD.

37 Vide Artigo 20.º, RGPD.

38 Considerandos 47, 48 e 113 e Artigos 13.º e 21.º RGPD.

determinada com esse fundamento jurídico ou, no que respeita ao tratamento referido no n.o 1, alínea e), deve ser necessária ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento. Esse fundamento jurídico pode prever disposições específicas para adaptar a aplicação das regras do presente regulamento, nomeadamente: as condições gerais de licitude do tratamento pelo responsável pelo seu tratamento; os tipos de dados objeto de tratamento; os titulares dos dados em questão; as entidades a que os dados pessoais poderão ser comunicados e para que efeitos; os limites a que as finalidades do tratamento devem obedecer; os prazos de conservação; e as operações e procedimentos de tratamento, incluindo as medidas destinadas a garantir a legalidade e lealdade do tratamento, como as medidas relativas a outras situações específicas de tratamento em conformidade com o capítulo IX. O direito da União ou do Estado-Membro deve responder a um objetivo de interesse público e ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido. (...)”

As linhas apontadas constituem o nosso ponto de partida. Como referido, iremos começar por focar a nossa análise nas repercussões do RGPD ao nível da atuação da AdC.

Na verdade, as investigações lançadas pelas ANC's têm crescido em meios e instrumentos. Vários tipos de software permitem pesquisar volumes de dados relativamente consideráveis, sendo ainda pensável importar a chamada *forensic data analysis* para este domínio, analisando dados, traçando tendências e aferindo, assim, da probabilidade de existência de um determinado comportamento anticoncorrencial.³⁹ Documentos, ficheiros e outros registos na posse de entidades sujeitas a investigação poderão conter e frequentemente contêm dados pessoais dos funcionários, ou mesmo de terceiros, sejam eles fornecedores, distribuidores, clientes ou concorrentes.

39 Muthmainur Rahman & Matt Rees, 2013. Para além disso, importa considerar a “Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003”, que, no seu parágrafo 10, determina “The Inspectors may search the IT-environment (e.g. servers, desktop computers, laptops, tablets and other mobile devices) and all storage media (e.g. CD-ROMs, DVDs, USBkeys, external hard disks, backup tapes, cloud services) of the undertaking. This applies also to private devices and media that are used for professional reasons (Bring Your Own Device –BYOD) when they are found on the premises. For this purpose, the Inspectors may not only use any built-in (keyword) search tool, but may also make use of their own dedicated software and/or hardware (“Forensic IT tools”). These Forensic IT tools allow the Commission to copy, search and recover data whilst respecting the integrity of the undertakings’ systems and data” (disponível online em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf; consultado em 28.03.2018).

Considerando a definição de “Tratamento” dada pelo RGPD, no artigo 4.º (“uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição”), fácil é de constatar que muito provavelmente a utilização destas novas formas de investigação se, decerto, mais eficazes, eficientes e servientes da defesa do “valor fundamental da civilização ocidental”, “paradigma de referência das suas economias de mercado”, “bem comum de qualquer sociedade moderna” e “bem público de qualquer economia de mercado”⁴⁰ que é a concorrência, não podem deixar esquecer o reverso da medalha – a necessidade de reforço da atenção e cuidado por que se deve pautar a conduta das entidades atuantes⁴¹.

Com efeito, as ANC’s não estão imunes à força irradiante dos Direitos Fundamentais. Essa consideração impõe que se faça uma análise concreta das implicações recíprocas dos dois setores, sem que afirmações apriorísticas de isenção ou de completa desobrigação possam obnubilar a efetiva interpenetração e delicadeza dos pontos de contacto. Vejamos o caso apresentado por Olivier Proust.⁴²

A 19 de fevereiro de 2010, o Presidente da *Cour d’appel* de Versalhes determinava que a recolha da globalidade dos e-mails de uma empresa pela Autoridade da Concorrência Francesa, na sequência de uma inspeção relativa a suspeita de abuso de posição dominante, não configurava uma violação ilegítima dos direitos de defesa da empresa, nem sequer (na sequência do decidido pela *Cour de cassation*, a 30 de novembro de 2011), havia aplicação do regime restritivo

40 As expressões são de Manuel Sebastião, Presidente da Autoridade da Concorrência entre março de 2008 e Setembro de 2013, em entrevista ao Jornal Público, disponível online em: <https://www.publico.pt/2018/03/14/economia/opiniao/concorrenca-um-valor-uma-lei-uma-instituicao-uma-praxis-1806453> (consultado em 28.03.2018).

41 Note-se que o RGPD se aplica a todas as entidades que tratem dados pessoais, ou seja, que realizem operações que envolvam dados pessoais, sejam aquelas que determinam as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais, mas também as que efetuam essas operações em regime de subcontratação. Incluem-se, portanto, as ANC’s, ainda que com os seus amplos poderes de investigação legitimados por lei (em Portugal, nos termos do artigo 6.º dos Estatutos da AdC).

42 Proust, 2010.

da Proteção de Dados, se a inspeção fosse, como no caso foi, previamente autorizada por juiz.⁴³

Em nosso entendimento, e à luz do que dispõe o novo RGPD, não cremos ser de adotar uma posição que, de todo, inocule a ideia que as ANC's possuem um estatuto privilegiado que lhes permite o mais e o tudo. Não é assim. Há, de facto, uma preocupação para com o tratamento de dados, a qual se espelha na nota informativa⁴⁴ relativa às inspeções veiculadas pela Comissão, nos termos do artigo 20(4) do Regulamento n.º 1/2003⁴⁵. Para além disso, o RJC determina que a apreensão de documentos “independentemente da sua natureza ou do

43 «Considérant que la requérante reproche à l'Autorité de la concurrence d'avoir procédé à la saisie globale de plusieurs messageries électroniques sans sélectionner les seuls messages relatifs à l'objet de son enquête alors qu'il était aisé de déplacer les données utiles dans un dossier électronique avant de saisir celui-ci et d'exclure ainsi de la saisie tous les documents sans rapport avec l'objet de l'enquête ou protégés par la loi; Considérant que l'administration répond que la méthode utilisée est la seule à préserver la conformité et la fiabilité des documents saisis;

Qu'en effet, les documents de messagerie litigieux, issus du logiciel Microsoft Outlook 2003 sont stockés dans un fichier unique pour l'ensemble des services fournis à l'utilisateur (messagerie, calendrier, contacts ...); que la sélection par message prônée par la société Janssen-Cilag aurait pour effet d'altérer les références électroniques des fichiers déplacés et affecterait tant la fiabilité que l'inviolabilité des fichiers concernés; que, par ailleurs, il n'est pas contesté qu'il n'est pas possible techniquement d'exporter les éléments Calendrier et Contact; que c'est en ce sens que la messagerie électronique est dite « insécable » par sa nature; Que la démultiplication des documents contenus par une messagerie électronique par rapport au contenu d'une série de dossiers sur support papier ne modifie pas le régime juridique applicable à ces saisies et qui permet la saisie d'un dossier ou d'une série de dossiers, aussi volumineuse soit-elle dès lors qu'elle présente une certaine unité et comporte des documents visiblement relatifs à l'objet de l'opération autorisée; Considérant que le seul fait – vérifié ci-dessus par le juge – qu'une messagerie électronique contienne pour partie seulement des éléments entrant dans le champ de l'autorisation judiciaire, suffit à valider la saisie globale opérée;

Considérant que la saisie, dans ce cadre global, de certains documents personnels à des salariés ou de documents étrangers à l'objet de l'opération autorisée par le juge n'invalide pas la saisie mais doit conduire l'administration à restituer les documents concernés dès lors qu'ils auront été identifiés par les intéressés» (Cour d'appel de Versailles Ordonnance du 19 février 2010, disponible online em: <https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-versailles-ordonnance-du-19-fevrier-2010/> (consultado em 28.03.2018).

44 A nota foi revista em 11.09.2015 e prevê, no seu parágrafo: “The documents / data copied during an inspection will be covered by the provisions of Article 28 of Council Regulation No 1/2003 concerning professional secrecy. If, at a later stage of the procedure, it becomes necessary to grant other parties access to those documents / data, the undertaking will be asked to identify any business secrets or other confidential information contained in the documents / data, to justify its claims and to provide non-confidential copies for the purpose of granting access to the file”.

45 Ver ainda, Linksey, ob. Cit: 28-29. “Thus, it is suggested that the external constraints of data protection on competition law could be formulated as negative and positive obligations. First, data protection could impose a negative obligation to limit certain private arrangements from falling within the scope of competition law, in order to respect the parties' rights to privacy and data protection. Secondly, data protection could place a positive obligation on the Commission to promote the effective application of the right to data protection (...) The exercise of the Commission's competences would simply be subject to a positive obligation to guarantee the effectiveness of the right to data protection, in the same way it is already unquestionably subject to a negative obligation to refrain from infringing this right itself. Any failure to comply with these obligations would be reflected in the validity of a Commission decision”.

seu suporte” é autorizada, ordenada ou validada por despacho da autoridade judiciária (artigo 20.º). Por sua vez, os poderes da AdC abrangem a “busca, exame, recolha e apreensão de extratos de escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova” (al. c) do n.º 1 do artigo 18.º) e a selagem de locais onde se encontrem os suportes da documentação, “incluindo computadores e outros equipamentos eletrónicos de armazenamento de dados” (al. c) do n.º 1 do artigo 18.º).

Simplemente, não é também de propugnar por uma via que, rejeitando o tudo, o erija em nada, com prejuízo para a necessária efetividade na detecção e punição dos comportamentos em causa. Aliás, a Proposta de Lei n.º 120/XIII sublinha precisamente que o “instrumento normativo (...) foi especialmente pensado para a proteção dos cidadãos face ao tratamento de dados pessoais em larga escala, por grandes empresas e serviços da sociedade de informação. O paradigma que esteve subjacente ao legislador europeu foi o das grandes multinacionais que gerem redes sociais ou aplicações informáticas à escala global, envolvendo a recolha e utilização intensivas de dados pessoais. Por esse motivo, algumas das soluções jurídicas que foram plasmadas para esse universo revelam-se por vezes **desproporcionadas ou mesmo desadequadas** para a generalidade do tecido empresarial nacional e **para a Administração Pública** (...) conclui-se que a aplicação deste regulamento resultará em encargos administrativos elevados, que em muitos casos não se encontram suficientemente justificados pelos benefícios obtidos”. Apesar de considerarmos que a questão financeira não é, de todo, argumento determinante, temos de concordar que a transposição das soluções sem mais para o seio de entidades como a AdC se pode revelar, no mínimo, dissonante com os objetivos prosseguidos. Também por isso a Proposta isenta, por um período de três anos, e “nos termos do disposto no n.º 7 do artigo 83.º do RGPD”, as entidades públicas das coimas previstas no RGPD e na lei.⁴⁶ Entende-se, de facto, que entidades como a AdC não usem os dados pessoais como negócio, antes subordinando-os à defesa de um interesse público.

Na nossa análise não incidiremos sobre o Regulamento n.º 45/2001, e, portanto, centraremos a atenção na atuação das ANC's (considerando os seus amplos poderes investigatórios e sancionatórios) e das empresas (ao abrigo do seu dever amplo de colaboração, seja ele forçado ou voluntário).

46 Artigos 44.º, n.º1 e 59.º da Proposta.

Examinaremos os fundamentos do artigo 6.º em conjunto, para depois concluirmos.

Num primeiro momento, importa recordar as amplas prerrogativas de atuação das ANC's.⁴⁷ Quanto a elas, será o critério do interesse público o grande motor de legitimação da sua ampla atividade. Ora, atendendo ao disposto no artigo 22.º do Regulamento 1/2003, conjugado com a alínea f) do artigo 5.º dos Estatutos da AdC, a recolha, tratamento e armazenamento de dados são, de facto e em nosso ver, necessários à defesa da concorrência enquanto bem jurídico autónomo que é.

Antecipamos, por isso, a análise da base legal em que cremos assentar a legitimidade do tratamento de dados pela AdC – o exercício de funções de interesse público ou de autoridade pública⁴⁸. Pela letra do preceito, retiramos um requisito de necessidade, que implica que a ação de autoridades como a AdC (ou de particulares investidos no exercício de prerrogativas públicas) não seja legítima quando haja outro meio que implique menor sacrifício para o direito à proteção de dados do sujeito. Entendemos, ainda, que o tratamento terá de ser proporcional aos fins da investigação, não podendo ser uma via aberta, quando inexista uma suspeita fundada e consolidada. Note-se que, nos casos que caíam nesta alínea, o particular fica impedido de exercer os seus direitos ao esquecimento e à portabilidade (precisamente pelo interesse público em causa). Cumpre, depois, à AdC complementar o seu pedido de informação ou a decisão de apreensão com a indicação de que os dados são necessários à defesa de um interesse público, com assento legal (*lato sensu*), devendo, ainda, incluir informação básica sobre os propósitos da recolha, em extensão que não colida com a finalidade prosseguida pela sua atividade.⁴⁹

Ou seja, a AdC deverá, no uso das suas amplas prerrogativas, guiar-se por critérios de razoabilidade. Porém, sempre se diga que o mesmo já resultaria do

47 Artigo 6.º Estatutos da AdC e 64.º RJC; Artigos L450-1 a L450-8 do Código Comercial Francês; § 57 a 58 do Act against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) (GWB).

48 Ver Artigos 6.º, n.º 1, al. e) e 6.º, n.º 3 e Considerandos 41, 45 e 50.

49 Cremos que a atual redação do artigo 15.º, n.º 1, al. a) do RJC bebe, já, desta necessária fundamentação. Sugeriríamos, na senda do disposto no RGPD, uma leitura que tenha em atenção, sempre que possível, a indicação dos fins do tratamento de dados em questão. Note-se, ainda, que, para as hipóteses de prestação voluntária de informações se aplica a al. c) do n.º 1, devendo ser identificados os elementos confidenciais, por motivos de segredo de negócio. Ora, por maioria de razão, deverão os dados de terceiros ser excluídos da informação prestada, a não ser que haja pedido expresso da AdC nesse sentido, caso em que se aplicará, então, o fundamento legal em análise – al. e) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD. Em não havendo esse pedido, ou há consentimento expresso do titular dos dados, ou se interpreta amplamente a obrigação jurídica constante da al. c), ou se alude a um interesse legítimo, constante da al. f), o que deixamos, por agora, em aberto.

seu estatuto de Autoridade Administrativa Independente. Por este motivo, e porque vemos a AdC mais como protetora desses dados do que como violadora de direitos conexos, sentimos a necessidade de reafirmar que a polémica que possa surgir em torno deste “novo” direito deve ser mitigada pela consciencialização de que o mesmo não pode ser visto como trunfo inelutável. É apenas um critério balizador, sem a pretensão de obstaculizar à atuação da Autoridade.

Já as empresas, associações de empresas ou outras entidades envolvidas (porque analisamos apenas o domínio do Direito da Concorrência) apenas deverão poder assentar a sua atuação nas seguintes bases legais:

- Consentimento⁵⁰: ainda que se apresente simples nos termos, muito dificilmente as empresas estarão legitimadas por esta via, precisamente porque os requisitos que se impõem são bastante estreitos. Senão vejamos: “um ato positivo” (o silêncio não terá valor declarativo, nem se aceitam caixas previamente preenchidas em linha), “claro” (a empresa tem de demonstrar que o consentimento tem esse conteúdo permissivo, sem que outro teor seja pensável), “que indique uma manifestação de vontade livre” (não pode o consentimento ser condição para usufruir de determinados bens ou serviços oferecidos pela empresa), “específica” (o consentimento deve ser dado tendo em vista uma finalidade concreta, não valendo a sua utilização para outras finalidades que não as iniciais), “informada” (o sujeito deve ser informado das consequências do seu consentimento e das eventuais repercussões) e “inequívoca”. Atendendo ao número de transações hoje realizadas pelas empresas, e à falta de cuidado na legitimação da recolha de dados (que muitas vezes se basta com o silêncio dos titulares), tanto mais que em causa estarão potenciais infratoras das normas anticoncorrenciais, cremos que esta base legal não será, afinal, suficiente para legitimar a atuação das mesmas.
- Execução de um contrato⁵¹: cumpre notar que o contrato de que aqui se trata é celebrado com o titular dos dados e não com terceiro (por exemplo, pensemos no contrato com um distribuidor, para o qual se tem de enviar determinada mercadoria – a sua morada será necessária para a entrega dos bens). Para além disso, a referência à necessidade visa esclarecer que

50 GDPR – Ver Artigos 4.º, 6.º, n.º 1, al. a) 7.º, 8.º, 9.º, n.º 2, al. a) e Considerandos 32, 38, 40, 42, 43 e 171.

51 Ver Artigo 6.º, n.º 1, al. b) e Considerando 44.

se houver outros meios menos ofensivos do particular, devem ser esses os utilizados.⁵²

- Cumprimento de uma obrigação jurídica⁵³: o n.º 3 do artigo 6.º sublinha que a obrigação tem de estar prevista no Direito da União ou no Direito nacional e o Considerando 41 confirma que não é necessária uma imposição legal, desde que o dever seja identificável pelo sujeito (pode ser uma obrigação estatutária ou regulamentar). Por isso, uma entidade poderá ter de transmitir dados pessoais em seu poder, ao abrigo da decisão de um Tribunal ou ainda, considerando os amplos poderes investigatórios das ANC's e da Comissão, na sequência de um pedido de entrega ou apreensão forçada de documentos.⁵⁴⁻⁵⁵
- Interesses vitais⁵⁶: o conceito indeterminado aparenta um escopo bastante limitado, na medida em que se refere que o processamento deve ser “essencial à vida” do sujeito ou de terceiro.⁵⁷
- Interesse legítimo⁵⁸: cremos ser este o fundamento legal mais amplo e permissivo, no que concerne às empresas investigadas ou que pretendam colaborar com a AdC. Porém, e apesar de a “legitimidade” do interesse fornecer já um primeiro limite, sempre importará proceder a uma ponderação do interesse prosseguido com os direitos do titular dos dados,

52 Por exemplo, se os dados do particular são necessários a uma empresa de venda de bens online para efeitos de lhe enviar os bens comprados, já não os serão para construção de um perfil dos interesses e preferências do sujeito, ainda que a publicidade dirigida possa ser uma das componentes do modelo negocial da empresa.

53 Ver Artigo 6.º, n.º 1, al. c) e Considerandos 41 e 45.

54 Ainda que o procedimento não tenha de ser necessário para cumprir a obrigação, o tratamento estará, também, justificado se for razoável e proporcional atendendo à vinculação em causa. Estamos em crer que a base legal já não poderá ser utilizada nos casos em que o sujeito tem discricionariedade sobre o modo como cumprir a obrigação legal, optando voluntariamente por uma via que coenvolve a transmissão de dados. Como exemplos, vejam-se os poderes da Comissão ao abrigo dos artigos 18.º e 20.º do Regulamento 1/2003, bem assim, os da AdC, nos termos dos artigos 18.º a 20.º, 43.º, 61.º, 63.º e 64.º do RJC.

55 Abrangerá o fundamento legal a colaboração prestada voluntariamente à AdC, sem que tenha havido por parte da mesma qualquer solicitação? Legitimará o Programa de Clemência a transmissão de dados à Autoridade competente na matéria? Haverá uma obrigação jurídica de colaborar na defesa deste interesse público? Ensaíamos uma resposta, infra.

56 Ver Artigos 6.º, n.º 1, al. d) e 9.º, n.º 2, al. c) e Considerando 46.

57 Poderão estar em causa situações em que o sujeito dá entrada num Hospital, sendo necessário o conhecimento do seu historial a fim de permitir uma determinada intervenção, por exemplo. Desta feita, e porque no domínio do Direito da Concorrência lidamos com interesses sobremaneira patrimoniais, não terá utilidade para os efeitos de que cuidamos.

58 Artigo 6.º, n.º 1, al. f) e Considerandos 47, 48 e 49.

atendendo à finalidade do tratamento (que pode ser aqui bastante ampla, abrangendo não apenas interesses comerciais, mas também individuais e vantagens sociais outras) e ao grau de intrusão na esfera do particular (conjugado com a lesividade potencial). Será, pois, um erro considerar que o interesse da empresa na defesa em processo por infração anti-concorrencial ou na colaboração com a AdC na prevenção de práticas restritivas se sobrepõe, sempre, e inelutavelmente, aos interesses dos seus funcionários ou de terceiros fornecedores, distribuidores ou parceiros de negócio.⁵⁹ Acresce referir que o fundamento legitima a transmissão de dados a terceiros (por exemplo, Autoridades reguladoras), não obstante se impor o mesmo juízo, questionando o porquê dessa entidade pretender os dados, a efetiva necessidade dos mesmos para o efeito, e o fim a que vão ser destinados. Em suma, a avaliação da empresa tem de focar-se em três pontos: a legitimidade do interesse (benefícios esperados, importância dos mesmos, impacto negativo de uma atuação omissiva...); a necessidade do tratamento de dados para a prossecução daquele (inexistência de outros meios razoáveis e menos intrusivos na esfera de privacidade do particular...) e a ponderação entre a afetação do particular e a importância do interesse (grau de intromissão na esfera do sujeito, afetação esperada, reações possíveis dos sujeitos em concreto à transmissão/tratamento dos dados respetivos, atento o fim em causa...).

Em face do exposto, recordamos que, para além de exigir o preenchimento de uma das bases legais, o legislador tratou de introduzir um conjunto de conceitos indeterminados que impõem a devida ponderação, *in concreto*, dos interesses do particular titular dos dados com a legitimidade do fundamento

59 Veja-se, a esse propósito a posição adotada pela Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), na sua Deliberação n.º 1638/2013, aplicável ao tratamento de dados pessoais decorrentes do controlo da utilização para fins privados das tecnologias de informação e comunicação no contexto laboral. Transcrevemos, somente, alguns trechos: “O princípio da proporcionalidade, previsto na alínea c) do n.º 1 artigo 5.º da LPD, reclama que os dados recolhidos sejam adequados a prosseguir a finalidade da sua recolha, e os estritamente necessários para o mesmo efeito, devendo, por isso, o tratamento de dados reduzir-se ao mínimo indispensável ao cumprimento da respetiva finalidade. Além disso, impõe-se ainda um último juízo de ponderação entre os benefícios obtidos com o tratamento e os prejuízos decorrentes para os direitos dos trabalhadores, de modo a garantir que o tratamento não seja excessivo. Por aplicação deste princípio, os dados a tratar e os meios utilizados devem ser ajustados à organização da empresa, ao desenvolvimento da atividade produtiva e ser compatíveis com os direitos e obrigações dos trabalhadores consignados na legislação do trabalho; correspondendo a um “interesse empresarial sério” que, através do exercício dos poderes de direção e esperando a subordinação do trabalhador, tal tratamento não se revele abusivo e desproporcionado em relação à proteção da esfera privada do trabalhador.”

invocado. Conceitos como os de “necessidade”⁶⁰, “lealdade do tratamento”, bem assim a matriz de princípios consagrada no artigo 5.º do RGPD, incluindo a pertinência, exatidão, limitação da conservação, tratamento leal, transparência, e responsabilidade constituem um crivo decisivo por que tem de passar toda a atividade das entidades que procedam ao tratamento de dados.

5. A LICITUDE DA ATUAÇÃO NA LÓGICA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Aqui chegados, poderemos tratar dos pontos que deixamos em aberto, não sem antes concluir pelos seguinte:

- A AdC, enquanto entidade administrativa independente que “tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores”⁶¹, prossegue um interesse público que, portanto, legitima o tratamento de dados, ao abrigo da alínea e) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD. Os seus amplos poderes sancionatórios, de investigação e de regulação, previstos nos respetivos estatutos e no RJC constituem base legal clara, para efeitos do n.º 3 do artigo 6.º do RGPD.
- A empresa que esteja obrigada a colaborar com a AdC, na sequência de pedido formulado pela Autoridade ou de despacho da autoridade judiciária que tenha ordenado a apreensão de documentos contendo dados pessoais, deverá legitimar a sua ação com base na alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD. Tal apenas será o caso se os dados constituírem objeto imprescindível ao cumprimento da obrigação, nomeadamente pelo facto de o pedido ou despacho se referir a eles, ou, ainda, se os mesmos se revelarem necessários à finalidade da ordem, neste caso impondo uma fundamentação mais premente por parte de empresa. As justificações apresentadas deverão ser coerentes e razoáveis, sem que se imponha, porém, uma comprovação “diabólica”.
- Resta-nos considerar a empresa que não está “obrigada a colaborar”, mas que opta por fazê-lo, a título voluntário, seja na sequência de uma

60 Veja-se, sobre o conceito de necessidade, o Acórdão de 16 de dezembro de 2008, *Heinz Huber c. Bundesrepublik Deutschland*, C-524/06, EU:C:2008:724 (disponível online em: <http://curia.europa.eu/>).

61 Ver Artigo 1.º dos Estatutos da AdC.

inspeção, seja nos termos de um Programa de Clemência, para efeitos de redução ou dispensa de coima.

- Existirá uma obrigação jurídica de colaboração, para efeitos de aplicação da alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD, quando não há qualquer pedido ou despacho judicial?
- Será a colaboração voluntária com a AdC na defesa da concorrência, nomeadamente prestando informações, apresentando documentos, etc., um interesse legítimo da empresa, para efeitos da alínea f) do n.º 1 do artigo 6.º?

5.1. O interesse legítimo em colaborar com a AdC

Para efeitos de compreender e bem qualificar a obrigação em causa, quando o sujeito atua voluntariamente, há que comparar os preceitos do artigo 8.º dos Estatutos da AdC, com a circunstância atenuante prevista na alínea i) do n.º 1 do artigo 69.º e com o disposto nos artigos 77.º e 78.º, todos do RJC.

Vejam os:

Artigo 8.º

Obrigação de colaboração

Os representantes legais das empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da AdC e as pessoas que colaborem com aquelas **estão obrigadas a prestar toda a colaboração que lhes seja solicitada pela AdC** para o cabal desempenho das suas atribuições, nos termos do regime jurídico da concorrência, da lei-quadro das entidades reguladoras, e dos presentes estatutos.⁶²

Artigo 69.º

Determinação da medida da coima

1 – Na determinação da medida da coima a que se refere o artigo anterior, a Autoridade da Concorrência pode considerar, nomeadamente, os seguintes critérios: (...)

- i) A colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento.

62 Analisando a letra do artigo 397.º do Código Civil (CC), concluímos pela existência, de facto, uma obrigação jurídica. Com efeito, sempre que haja um pedido por parte da AdC, o sujeito está vinculado ao seu respeito, sob pena de incorrer em contraordenação, nos termos da alínea j) do n.º 1 do artigo 68.º do RJC. “Artigo 397.º (Noção) – Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”. Para as diversas referências doutrinárias, consultar: Menezes Leitão, 2018; Antunes Varela, 2017; Galvão Telles, 2010; Almeida Costa, 2018; Menezes Cordeiro, 2012.

Ao contrário do que ocorre com os deveres de colaboração decorrentes das ações da AdC nos termos dos artigos 18.º a 20.º, 43.º, 61.º e 64.º do RJC, e cujo desrespeito acarreta contraordenação, a medida da colaboração prevista nesta alínea i) funciona como medida atenuante.⁶³ Com efeito, lê-se na Decisão da AdC (PRC 2010/08, de 13/12/2012)⁶⁴: “A ponderação da colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo foi introduzida pelo legislador nacional em resultado de clara inspiração na tendência que se tem vindo a generalizar na União Europeia e em vários dos seus Estados-Membros para a consagração, ao nível da determinação das coimas aplicáveis por violação das regras de concorrência, de medidas positivas que incentivem os autores da infração a cooperar com as autoridades, seja assumindo voluntariamente a sua participação na infração, seja fornecendo provas das práticas restritivas da concorrência em que estejam envolvidos, dos respectivos autores e demais elementos constitutivos.”⁶⁵

63 Em 9 de dezembro de 2005, o Tribunal do Comércio de Lisboa (TCL) confirmou a decisão da Autoridade da Concorrência (AdC) de condenar a Ordem dos Médicos Dentistas (a Ordem) pela fixação de preços máximos e mínimos dos serviços a prestar pelos médicos dentistas, e consequente violação das regras da concorrência nacionais e europeias. Graças à colaboração prestada pela arguida, o Tribunal do Comércio reduziu o valor da coima de 160 181 euros para 50 000 euros. (Tribunal do Comércio de Lisboa, 3.º Juízo Processo 1307/05.6TYLSB 09.12.2005). Em 18 de janeiro de 2007, o TCL confirmou a decisão da Autoridade da Concorrência de condenar a Ordem dos Médicos por fixação de honorários dos médicos que prestam serviços em regime liberal, e por consequente violação das regras da concorrência nacionais e europeias. No decurso do procedimento contraordenacional, a Ordem revogou as disposições controvertidas, o que foi considerado como uma atenuante tanto na decisão administrativa como na decisão judicial. O TCL reduziu o valor da coima de 250 000 euros para 230 000 euros, tendo valorizado a colaboração da Ordem junto da AdC (Tribunal do Comércio de Lisboa, 3.º Juízo; Processo 851/06.2TYLSB 18.01.2007). Em 2 de maio de 2007, o TCL confirmou a condenação das empresas Vatel, Salexpor, Salmex e Sociedade Aveirense de Higienização de Sal, pela sua participação num cartel, e consequente infração do artigo 4.º, n.º1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (“Lei antiga”) – correspondente ao atual artigo 9.º, n.º 1 do RJC. Analisada a questão da colaboração das arguidas, o Tribunal de Comércio reduziu, as coimas estipuladas pela Autoridade da Concorrência (“AdC”) (Tribunal do Comércio de Lisboa, 2.º Juízo Processo 965/06.9TYLSB 02.05.2007, disponível em:

http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/DJC_24_06_TCL02Mai07.pdf, consultado em 29.03.2018). Transcrevemos um trecho: “Nesta medida, deve efectivamente ser tido em consideração a colaboração da Salexpor e da SAHS como circunstância atenuante em relação às outras duas arguidas. O que não pode é ser considerado agravante em relação à Vatel o facto de o seu legal representante não ter prestado declarações.

64 Disponível online em:

http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Documents/DecisaoPRC201008.pdf (consultado em 29.03.2018).

65 No âmbito desse processo, nenhuma das empresas tinha colaborado, “designadamente por não terem oferecido informações e provas para além da mera colaboração com a Autoridade, designadamente em resposta aos pedidos de elementos e informações da Autoridade, enquanto cumprimento do dever estabelecido no artigo 18.º da Lei n.º 18/2003, com exceção da requerente de clemência”. Por aqui, se vê,

Artigo 77.º

Dispensa da coima

1 – A Autoridade da Concorrência concede **dispensa da coima** aplicável, nos termos do disposto no artigo 70.º, à **empresa que revele a sua participação num alegado acordo ou prática concertada, desde que essa empresa seja a primeira a fornecer informações e elementos de prova** que, no entender da Autoridade da Concorrência, lhe permitam:

(...)

Artigo 78.º

Redução da coima

1 – A Autoridade da Concorrência concede uma **redução da coima** que seria aplicada, nos termos do disposto no artigo 70.º, às empresas que, não reunindo as condições estabelecidas no n.º 1 do artigo anterior, cumpram, cumulativamente, as seguintes condições:

(...)

Nos termos do disposto na Nota Informativa sobre o Regime de dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência⁶⁶, o regime da dispensa ou redução da coima constante da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio constitui “um instrumento extremamente relevante para a sua atividade de investigação e punição de cartéis, criando as condições ótimas para a colaboração, nessa investigação, das empresas ou titulares dos órgãos de administração envolvidos em tais práticas”.⁶⁷

também, a autonomia desta circunstância atenuante face ao dever jurídico de colaboração, cujo desrespeito é causa autónoma de contraordenação.

66 Disponível online em:

http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Noticias/Documents/Lei19_NotaInformativa_DispensaReducaoCoima.pdf (consultado em 29.03.2018)

67 A primeira aplicação do regime de clemência em Portugal, após a sua implementação em 2006, foi conhecida no âmbito do cartel das Cantinas. Com origem na notícia de infração trazida ao conhecimento da AdC por requerimento de clemência, apresentado pelo ex diretor-geral e gerente da empresa Eurest, este informou as autoridades da prática concertada levada a cabo por cinco empresas a operar no setor da restauração coletiva, as quais haviam acordado na fixação de preços e quotas no mercado da prestação de serviços de fornecimento de refeições, nos sectores hospitalar, escolar, prisional, indústria e serviços. A AdC considerou verificado, além de um acordo entre as arguidas Eurest, Sodexo, Trivalor e Uniself, uma prática concertada entre as arguidas Eurest, Ica/Nordigal, Sodexo, Trivalor e Uniself, esclarecendo que o conceito de prática concertada não significa necessariamente uma manifestação de vontade claramente expressa. (DECISÃO PRC 2007/02, de 31/07/2012, disponível online em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Documents/DecisaoPRC200702.pdf, consultado em 29.03.2018).

Atendendo à redação dos preceitos e ao efeito obtido com a colaboração, há que qualificar a situação jurídica da empresa que “contribua” para a realização e efetividade da atuação da AdC.

Se no artigo 8.º dos Estatutos estaremos perante uma verdadeira obrigação jurídica, nos artigos que ora tratamos cumpre saber que figura jurídica está, afinal, presente. Só assim encontraremos uma base legal que justifique a atuação da empresa, colocada perante várias hipóteses: terá ela uma obrigação jurídica *lato sensu*, atendendo ao valor comunitário em causa? Tratar-se-á de uma mera vantagem que legitima um interesse próprio? Colocam-se algumas opções, desde o **onus**⁶⁸ à **obrigação natural**⁶⁹:

Ora, para melhor nos situarmos, cumpre, também, compreender a noção de **Interesse legítimo**⁷⁰ referida no RGPD. Há de corresponder a uma eventual

68 Que consiste na necessidade de efetivar uma conduta da qual resulta um proveito próprio. Isto é, pelo facto de haver adotado determinado comportamento ou ter atuado num concreto sentido, o sujeito ver-se-á numa situação mais favorável. Não impende sobre ele qualquer dever, pelo que a omissão da conduta não será ilícita.

69 A concepção doutrinária maioritária é a favor da sua natureza jurídica, pese embora a maior fragilidade do vínculo. Não obstante, Autores há que secundam teorias de deveres extrajurídicos ou de relações fácticas juridicamente relevantes. Segundo o Artigo 402.º do CC “A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça”. Segundo o Tribunal da Relação de Coimbra, de 03-12-2009, PT:TRC:2009:4371.07.OTJCBR.C1, “Consagra este artigo a obrigação natural como uma figura de carácter geral, pondo termo à controvérsia suscitada em face do Código anterior sobre se tinha essa amplitude ou só era admitida em determinados casos, compreendendo no seu âmbito todos os deveres de ordem moral e social, cujo cumprimento não seja judicialmente exigível, mas corresponda a um dever de justiça. A obrigação natural compreende, então, tudo o que não é nem uma mera obrigação civil munida de acção, nem uma pura liberalidade. Geralmente são dados como exemplo de deveres de ordem moral e social, cujo cumprimento corresponde a uma ordem de justiça (comutativa), o caso típico do cumprimento da obrigação prescrita ou do dever legal que haja caducado ou da percentagem remitida pelos credores ao devedor concordado, e não um simples pensamento de piedade, de caridade, de cavalheirismo ou a um sentimento de escrúpulo de carácter individual. São seus pressupostos – ou requisitos positivos – o basear-se a obrigação num dever moral ou social e ao seu cumprimento corresponder um dever de justiça. “Para que haja obrigação natural é necessário que exista como fundamento da prestação, um dever moral ou social específico entre pessoas determinadas cujo cumprimento seja imposto por uma recta composição de interesses (ditames da justiça)”, de que constitui um caso típico referido na lei a prestação de alimentos (art. 495º, nº 3 do Código Civil) efectuada a favor de certas pessoas que não tenham direito de exigí-los mas que por laços de sangue, relações de convívio ou de serviços prestados ao devedor imponham como um dever de justiça o encargo da sustentação, habitação e vestuário da pessoa a quem são facultados. É requisito negativo da obrigação natural, e constitui ponto líquido, a sua não coercibilidade. Há plena liberdade de incumprir por o direito do credor não ser accionável. Ora, o dever de ordem moral ou social em que se funda a obrigação não é definido por lei, nem o podia ser. Cabe aos tribunais determinar, em relação a cada caso, se existe ou não um dever que justifique a qualificação da obrigação como natural”.

70 Dado ser um dos conceitos mais polémicos no RGPD, tomamos como ponto de partida o documento adotado a 09.04.2014, “Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC”, disponível online em: <http://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?tid=1086>, consultado em 29.03.2018).

participação ou benefício do sujeito ou da sociedade em geral, na sequência do processamento de dados efetuado. Impõe-se o seu caráter presente e real, não podendo tratar-se de algo meramente especulativo ou vago.

Por esta via, dificilmente se estará na presença de uma obrigação natural que corresponda a um dever de justiça, de ordem moral ou social. Certo, não é coercível, mas tal não basta para permitir assemelhar os casos que analisamos a um qualquer vínculo que una dois sujeitos em concreto – no caso, a AdC e a empresa visada. Acreditamos que, conforme refere Ana Paula Calhau⁷¹ a figura da clemência “pode não ser totalmente isenta de controvérsia, sobretudo na sua dimensão ética, mas, no contexto jusconcorrencial, é esmagadoramente considerada como um instrumento fundamental na luta anti-cartel”. Desta feita, a colaboração das empresas prestada à Autoridade no decurso de investigações relativas a infrações à concorrência, funciona não apenas como circunstância atenuante de entre os vários critérios de determinação da coima, como pode, ainda, significar a isenção (dispensa) ou a redução substancial (atenuação especial) da coima que seria normalmente aplicável pela prática da infracção, se aplicados fossem os critérios gerais. Com isto pretendemos afirmar que a *ratio* da clemência se prende, sobremaneira, com a eficácia necessária na prossecução de um interesse que, porque público, reclama soluções de efetividade que se coadunem com o valor comunitário que lhe subjaz. E são vários os Autores a defender as vantagens do regime⁷², aliás bastante protegidas, no que concerne às informações por esta via obtidas⁷³.

Posto isto, não tem o sujeito nenhuma obrigação jurídica, nem sequer natural de colaboração. Ainda que se reconheça a premência do bom funcionamento dos mercados, não há um vínculo particular que imponha ao sujeito uma colaboração ativa, fora do âmbito do dever de colaboração previsto na lei. Mas se

71 Silva Calhau, 2006.

72 De Stefano, 2012. Cauffman, 2011:598.

73 Nos termos do artigo 81.º do RJC, “A Autoridade da Concorrência classifica como confidencial o pedido de dispensa ou de redução da coima, bem como todos os documentos e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução da coima” bem assim “O acesso de terceiros aos pedidos, documentos e informações apresentados pelo requerente, para efeitos da dispensa ou redução da coima, carece de autorização deste”. Quer isto dizer que se dá primazia à proteção dos interesses económicos e comerciais inerentes à investigação de comportamentos anticoncorrenciais, de sorte não podem estes documentos ser cedidos a terceiros para fins de investigação no âmbito do private enforcement. Vejam-se, a esse respeito, os seguintes casos: Acórdão de 15 de dezembro de 2011, *CDC Hydrogene Peroxide*, T-437/08, EU:T:2011:752; Acórdão de 22 de maio de 2012, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, T-344/08, EU:T:2012:242; Acórdão de 29 de junho de 2010, *Comissão c. Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, C-139/07, EU:C:2010:376; Acórdão de 13 de abril de 2005, *Verein für Konsumenteninformation*, T-2/03, EU:T:2005:125.

afastamos aquelas duas figuras, há que recordar a existência de uma vantagem (incontestável), seja por via da redução do montante da coima, seja por via da dispensa total da mesma. A visada tem, segundo cremos, um verdadeiro ónus jurídico, que, atentos os valores envolvidos, preenche o conceito de interesse legítimo, para efeitos de permitir a cedência e transmissão de dados à Autoridade competente. Ainda que sempre esteja vinculada ao juízo de ponderação necessário entre o seu próprio interesse egoístico (com repercussões a jusante, na promoção de um bem público), e a eventual lesão sofrida pelos titulares dos dados, a empresa deverá poder transmitir dados à AdC, sob pena de toda a arquitetura subjacente ao Regime da Concorrência ficar, aqui, fragilizada. No que concerne à lesão eventualmente sofrida pelo titular dos dados, é inegável que será tanto maior quanto mais envolvidos estiverem esses sujeitos na prática em causa – cremos, pois, que a divulgação de dados de trabalhadores ou colaboradores da própria empresa (que eventualmente nenhuma desvantagem sofrerão, dadas as garantias de atuação da AdC) será “diferente” daquela que se refira ao administrador de uma empresa envolvida numa prática ilícita (implicado, portanto, numa prática punível com contraordenação). Atenta a amplitude da redação dos artigos 77.º e 78.º do RJC, quando se referem a “Fornecer todas as informações e provas que tenha ou venha a ter na sua posse ou sob o seu controlo” ou a “informações e provas sobre uma infração referida no artigo 75.º, que apresentem valor adicional significativo por referência às informações e provas já na posse da Autoridade da Concorrência”, cremos ser de considerar legítima a cedência de tais elementos. Porém, e como referido supra, sem esquecer que o Direito da Concorrência não é um terreno imune à força disciplinadora dos Direitos Fundamentais, verdadeiros trunfos dos particulares, na hora de confronto com interesses públicos que se revelam, em abstrato, superiores. Cremos que a proteção de dados terá importância no sentido de recordar o que se oculta por detrás das organizações concretas – os indivíduos. Todavia, só quando haja efetiva lesão e esta prevaleça sobre a tarefa estadual em causa, é que esse Direito poderá realmente balizar a atividade das AdC e das empresas.

6. A FORÇA APLICATIVA DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

A fim de explicitar o nosso entendimento relativo ao confronto entre aqueles interesses, importa atentar no significado particular que o princípio da Efetividade assume no âmbito do Direito da Concorrência. Para o efeito, nada melhor do que recolher algumas passagens de casos já decididos pelo TJUE,

real responsável, em nosso ver, pela densificação de conceitos, princípios e práticas no espaço da União.

No Acórdão *Pfleiderer*⁷⁴, o Tribunal apontou a importância do princípio da Efetividade enquanto diretriz dos órgãos responsáveis pela fiscalização do respeito pelo Direito da Concorrência, podendo inclusive servir de fator legitimador do acesso a “documentos relativos a um procedimento de clemência às pessoas que pretendam intentar uma acção de indemnização”. Com efeito, os Estados Membros, “no domínio do direito da concorrência, devem zelar por que as regras que estabeleçam ou apliquem não prejudiquem a aplicação efectiva dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE” e “os programas de clemência constituem ferramentas úteis na luta eficaz para detectar e pôr cobro às violações das regras de concorrência e servem, assim, o objectivo da aplicação efectiva dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE”. E conclui: “no exame de um pedido de acesso aos documentos relativos a um programa de clemência apresentado por uma pessoa que procura obter uma indemnização por perdas e danos de outra pessoa que beneficiou de um programa de clemência, é necessário zelar por que as regras nacionais aplicáveis não sejam menos favoráveis (...) não sejam sistematizadas de modo a tornar impossível na prática ou excessivamente difícil a obtenção de tal reparação (v., neste sentido, acórdão *Courage e Crehan*, já referido, n.º 29) e ponderar os interesses que justificam a comunicação das informações relativamente à protecção daquelas que foram voluntariamente fornecidas pelo requerente de clemência”. Ou seja, o Tribunal procede já a um exercício de ponderação que defendemos dever ser feito também no domínio da protecção de dados, sem prejuízo da maior amplitude de protecção e tutela que o RGPD dispensa aos particulares.

Convém, por outra parte, reforçar que nunca se abandona por completo a referência de base aos Direitos Fundamentais, que como que pairam num estado de latência, pronto a ser ativado, havendo uma qualquer violação. No Acórdão “*Eturas*” *UAB e o. contra Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*⁷⁵, pese embora se tratasse de um caso que bulia com o direito à presunção da inocência, também consagrado na CDF, mas de âmbito distinto, o TJUE recordou que esse direito “constitui um princípio geral do direito da União, agora enunciado

74 Acórdão de 14 de junho de 2011, *Pfleiderer*, C-360/09, EU:C:2011:389 (disponível online em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=eli:ECLI:EU:C:2011:389>, consultado em 06.04.2018).

75 Acórdão de 21 de janeiro de 2016, “*Eturas*” *UAB e o. contra Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, C-74/14, EU:C:2016:42 (disponível online em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1523048020936&uri=CELEX:62014CJ0074>, consultado em 06.04.2018).

no artigo 48.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (...) que os Estados-Membros estão obrigados a respeitar quando aplicam o direito da concorrência da União (...)”. Isto posto, cremos que a CDF configura um quadro normativo de legitimação da atuação das autoridades incumbidas da defesa de interesses públicos. Os Direitos Fundamentais nela consagrados funcionam como balizas intransponíveis pela entidade atuante, impondo-se-lhe a formulação de um juízo de prognose que antecipe os resultados e consequências da sua ação sobre um qualquer direito do catálogo.⁷⁶

Ora, sem prejuízo desta matriz fundamental, o certo é que o princípio da Efetividade reclama, no Direito da Concorrência, uma aplicação particular. Visando fins de prevenção geral e especial, cumpre assegurar que estes não fiquem comprometidos, pela inacessibilidade a conteúdos que determinam a “impunibilita” dos infratores⁷⁷. Mas tal não pode redundar em total discricionariedade. E se a necessária limitação é pacífica entre os Autores⁷⁸, cumpre saber como se coaduna ela com a amplitude de poderes efetivamente conferidos à Comissão e às ANC’s, incluindo o de impor coimas pela obstrução à sua atividade inspetiva⁷⁹⁻⁸⁰. Acresce mencionar que a proteção de dados será uma questão recorrente nas inspeções conduzidas na sequência de uma suspeita fundada de prática anticoncorrencial, na medida em que envolvem, frequentemente, a recolha/apreensão de discos rígidos, cópias de ficheiros, entre outros.⁸¹

76 Parece-nos claro o disposto no n.º 4 do artigo 5.º do Tratado da União Europeia, quando dispõe: 4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados. As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”.

77 Lianos, 2013.

78 Wils, 2011.

79 Como referem Kerse & Khan, 2012: 387, “(t)he imposition of fines has long been an important and well-publicised aspect of the Commission’s work in enforcing Articles 101 and 102 [TFEU], the significance of which has been heightened by the Commission’s increased focus on investigating and punishing serious infringements”.

80 Veja-se o mesmo constato em Michalek, 2014: 37-38: “The principle of proportionality requires that any interference with an undertaking’s business activities has to take the least onerous form possible. This principle has been introduced in all of the legal orders under review – the EU, the Polish and the Swiss. Still, one might sometimes question whether the powers of inspection granted to competition authorities, on the one hand, and the safeguards granted to undertakings, on the other hand, entirely guarantee the observance of the principle of proportionality in competition law proceedings”.

81 Entendemos relevante transcreever algumas passagens do Acórdão 6 de setembro de 2013, T-289/11, T-290/11 e T-521/11, EU:T:2013:404, que deu origem ao Acórdão 18 de junho de 2015, *Deutsche Bahn AG e o. contra Comissão Europeia*, C-583/13, EU:C:2015:404 “66. Na jurisprudência recente (TEDH, acórdãos

Por exemplo, no Caso Robathin⁸², o TEDH entendeu violar o artigo 8.º da CEDH a apreensão de dados em formato electrónico, por extravasar o que seria necessário para alcançar um “fim legítimo”. De acordo com a jurisprudência do TEDH, os fatores de escrutínio deverão incluir a existência de uma base legal para a amplitude de poderes da entidade investigadora (que já vimos existir, pelo que não repetiremos as considerações tecidas), um juízo de necessidade e proporcionalidade e a previsão de um direito de oposição (que, “existindo” no âmbito destas investigações, poderá, contudo, acarretar coima para aquele que não colabore). Ora, também a jurisprudência do TJUE nos permite

Harju c. Finlândia, de 15 de fevereiro de 2011, pet. 56716/09, n.os 40 e 44, e Heino c. Finlândia, de 15 de fevereiro de 2011, pet. 56715/09, n.os 40 e 44), o TEDH salientou a importância de se proceder a um exame das garantias que seja tanto mais rigoroso quanto sejam possíveis as inspeções sem a autorização prévia de uma autoridade judicial. Seguidamente, enunciou claramente o princípio de que a ausência de autorização judicial prévia pode ser compensada por uma fiscalização completa a realizar após a inspeção. 67. Portanto, há que constatar, atenta a jurisprudência do TEDH, que a ausência de um mandado judicial prévio não é suscetível, por si só, de implicar a ilegalidade de uma ingerência na acção do artigo 8.º da CEDH. (...) 73. Mesmo não sendo a ausência de mandado judicial prévio, ao contrário do que afirmam as recorrentes, suscetível de implicar, só por si, a ilegalidade de uma ingerência, há que analisar se o sistema instituído pelo Regulamento n.º 1/2003, em especial o artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003 e o modo como este foi executado através da adoção das três decisões de inspeção, apresenta garantias adequadas e bastantes que correspondam a um enquadramento suficientemente estrito dos poderes da Comissão. Com efeito, o TEDH recordou constantemente que um grau aceitável de proteção contra as ingerências que atentam contra o artigo 8.º da CEDH implicava um quadro legal e limites estritos (TEDH, acórdãos Harju c. Finlândia, n.º 66, supra, n.º 39; Heino c. Finlândia, n.º 66, supra, n.º 39; Varga c. Roménia, n.º 70, supra, n.º 70; e Société Canal Plus e o. c. França, n.º 59, supra, n.º 54). (...) 74. A este respeito, há que salientar a existência de cinco categorias de garantias relativas, em primeiro lugar, à fundamentação das decisões de inspeção, em segundo, aos limites impostos à Comissão durante o desenrolar da inspeção, em terceiro, à impossibilidade de a Comissão impor a inspeção pela força, em quarto, à intervenção das instâncias nacionais, e, em quinto, à existência de vias de recurso, a posteriori. (...) 83. Quarto, importa mencionar a existência de notas explicativas que são notificadas às empresas simultaneamente com as decisões de inspeção. Estas notas explicativas determinam a metodologia que a Comissão se obrigou a respeitar na realização de uma inspeção. Portanto, precisam utilmente o conteúdo do princípio do respeito pelos direitos de defesa e do princípio da boa administração, como os entende a Comissão. 84. Estas notas explicativas precisam o modo como certas fases da inspeção devem ser conduzidas. A obrigação de citar os nomes dos agentes habilitados pela Comissão ou pela adequada autoridade nacional da concorrência (ponto 1), a obrigação de notificar a decisão que autoriza a inspeção (ponto 3), a exposição limitativa das prerrogativas dos agentes (ponto 4), o direito de recorrer aos serviços de um advogado (ponto 6), as condições do registo das explicações orais fornecidas pelos funcionários da empresa (pontos 7 e 8), as modalidades de consulta, de busca e de cópia de certos documentos informáticos (pontos 10 e 11), as soluções de gestão de uma consulta diferida de determinadas informações fixadas em suporte informático (pontos 11 e 12), a possibilidade de obter um inventário assinado dos elementos copiados (ponto 12) e as condições da gestão confidencial de certas informações ou de certos segredos comerciais na sequência do inquérito (pontos 13 e 14) constituem outros elementos pormenorizados nas notas explicativas já referidas. Estes elementos constituem igualmente informações úteis para a empresa quando os representantes desta última sejam chamados a apreciar a amplitude do seu dever de cooperação”.

82 Acórdão do TEDH de 3 de julho de 2012, *Caso Robathin v. Áustria*, C-30457/06.

densificar alguns requisitos. Transcrevemos uma passagem do Caso Deutsche Bahn⁸³:

- “89 Em terceiro lugar, **há que recordar que a Comissão, quando da sua chegada às instalações da empresa, deve conceder a esta um prazo razoável, mas breve, para examinar a decisão de inspeção** com a ajuda dos seus advogados. Aliás, no que respeita ao argumento das recorrentes de que a violação dos seus direitos fundamentais se verifica no momento em que os agentes da Comissão penetram na empresa, o Tribunal Geral considera, tal como a Comissão, que **a inspeção não começa, em caso algum, antes da notificação da decisão e que o simples facto de se penetrar na empresa com o objetivo de proceder à notificação não constitui a violação de um direito fundamental**. Em seguida, **durante a inspeção, a Comissão deve também conceder um breve prazo à empresa para consultar os seus advogados antes de efetuar cópias, apor selos ou pedir explicações orais**.
- 90 Em quarto lugar, há que recordar neste contexto que **só em caso de obstrução evidente ou de utilização abusiva do direito de oposição é que a Comissão pode utilizar o mecanismo de sanção previsto no artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003**. Portanto, a Comissão **não pode utilizar este mecanismo de sanção como ameaça com vista a obter concessões por parte das empresas que excedam os limites estritos do respetivo dever de colaboração**. A este respeito, há que recordar que **todas as decisões tomadas com base no artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003 podem ser objeto de fiscalização** pelo juiz da União.
- 91 Em quarto lugar, no tocante às garantias proporcionadas pelo processo de oposição previsto no artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, há que constatar que **a Comissão se encontra na obrigação de recorrer à assistência das autoridades nacionais do Estado em cujo território a inspeção deve ser efetuada**. Este processo desencadeia a execução dos mecanismos de fiscalização, eventualmente judicial, próprios ao Estado-Membro em causa.
- 92 Quando é solicitada a intervenção da autoridade nacional competente, **o Estado-Membro em causa tem a obrigação de garantir a eficácia da ação da Comissão, simultaneamente respeitando diversos princípios gerais do direito da União, em particular a proteção das pessoas singulares e coletivas**

83 Já referido na nota 81.

contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera privada (acórdãos Hoechst/Comissão, n.º 86, supra, n.º 33, e Roquette Frères, n.º 80, n.º 35)”.

Em face do exposto:

- A proteção dos Direitos Fundamentais é, de facto, um limite à atuação das ANC's, da Comissão, e das entidades visadas em processos de investigação e sancionatórios. Sem prejuízo, a barreira só deve ser erigida quando, em concreto, o seu valor se sobreponha aos interesses públicos relevantes e haja efetiva lesão.
- O princípio da Efetividade mitiga, aliás, essa força compressora dos Direitos consagrados na Carta. Uma leitura *in concreto* revela, à luz de um juízo de proporcionalidade, a possibilidade de manter a amplitude dos poderes conferidos àquelas Autoridades. E isto porque a defesa do interesse público da Concorrência reclama soluções de eficácia, para tal não bastando a consagração formal de prerrogativas que, na prática, possam ser bloqueadas pela invocação de interesses e direitos pessoais cuja afetação será mínima.
- Dada a amplitude de proteção reclamada pelo RGPD e expressa nos seus Considerandos (“um quadro de proteção de dados sólido e mais coerente na União, apoiado por uma aplicação rigorosa das regras, pois é importante gerar a confiança necessária ao desenvolvimento da economia digital no conjunto do mercado interno. As pessoas singulares deverão poder controlar a utilização que é feita dos seus dados pessoais. Deverá ser reforçada a segurança jurídica e a segurança prática para as pessoas singulares, os operadores económicos e as autoridades públicas”), e sobretudo atendendo à permissividade conferida aos Estados Membros para adaptarem a sua legislação, quando em causa esteja uma obrigação jurídica (dever de colaboração, por exemplo), ou o exercício de funções de interesse público (pela ADC, no nosso caso)⁸⁴, proporíamos um artigo

84 Veja-se o Considerando (10) do RGPD: “A fim de assegurar um nível de proteção coerente e elevado das pessoas singulares e eliminar os obstáculos à circulação de dados pessoais na União, o nível de proteção dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento desses dados deverá ser equivalente em todos os Estados-Membros. É conveniente assegurar em toda a União a aplicação coerente e homogénea das regras de defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. No que diz respeito ao tratamento de dados pessoais para cumprimento de uma obrigação jurídica, para o exercício de funções de interesse público ou o

em paridade com o preceituado no 30.º do RJC, replicando-o em lugares paralelos.

A nossa sugestão surge, ainda, na sequência da posição da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), no seu Parecer n.º 29/2017, de 09.05.2017⁸⁵, relativo ao Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo⁸⁶. Com efeito, este Regime prevê o acesso irrestrito e completo a toda a informação do Registo⁸⁷, reservado às entidades judiciais, policiais e setoriais (previstas no novo regime de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo), bem como à Autoridade Tributária. Já quanto ao público em geral, e apesar das críticas veiculadas pela CNPD, a informação sobre os beneficiários efetivos das entidades societárias e demais entidades sujeitas ao RCBE será disponibilizada de forma parcial, mediante publicação em página eletrónica, através da inserção do NIPC ou do NIF da entidade em causa.⁸⁸

Ora, acontece que também aí a CNPD recomendou a regulamentação exaustiva do tratamento de dados pessoais, na medida em que “Sempre que os diplomas legais que prevejam tratamentos de dados pessoais não esgotem

exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento, os Estados-Membros deverão poder manter ou aprovar disposições nacionais para especificar a aplicação das regras do presente regulamento. Em conjugação com a legislação geral e horizontal sobre proteção de dados que dá aplicação à Diretiva 95/46/CE, os Estados-Membros dispõem de várias leis setoriais em domínios que necessitam de disposições mais específicas. O presente regulamento também dá aos Estados-Membros margem de manobra para especificarem as suas regras, inclusive em matéria de tratamento de categorias especiais de dados pessoais («dados sensíveis»). Nessa medida, o presente regulamento não exclui o direito dos Estados-Membros que define as circunstâncias de situações específicas de tratamento, incluindo a determinação mais precisa das condições em que é lícito o tratamento de dados pessoais”.

85 Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados, n.º 29/2017, de 09.05.2017, relativo ao Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo.

86 O Decreto-lei n.º 89/2017, publicado no dia 21 de agosto em Diário da República, transpôs para a ordem jurídica interna o capítulo III da Diretiva (UE) n.º 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e visa impedir que o sistema financeiro seja utilizado como meio para práticas de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo. Com ele, os documentos que formalizem a constituição de sociedades comerciais passam, obrigatoriamente, a ter de identificar as pessoas singulares que detêm, direta ou indiretamente, participações sociais ou controlo efetivo da sociedade. Para além disso, as sociedades comerciais têm o dever de manter atualizadas as informações sobre o beneficiário efetivo.

87 Note-se que no que toca às pessoas singulares, terão de ser comunicados (i) nome completo, (ii) data de nascimento, (iii) naturalidade, (iv) nacionalidade ou nacionalidades, (v) morada completa de residência permanente, (vi) dados do documento de identificação, (vii) NIF, quando aplicável, e, no caso de indivíduos estrangeiros, o NIF emitido pelas autoridades competentes do Estado ou Estados da sua nacionalidade e, ainda, (viii) endereço eletrónico de contacto, quando exista.

88 As regras relativas à disponibilização desta informação terão ainda de ser definidas por Portaria a emitir pelo Governo.

a sua regulação (...) é imprescindível sujeitar tais instrumentos a controlo prévio da CNPD, sob pena de se defraudar, por esta via, o disposto no n.º 2 do artigo 22.º da LPDP e a função que esta entidade tem por determinação do Direito Nacional e do Direito Europeu”⁸⁹. Por último, importa, ainda referir, que a CNPD alertou para a necessidade de regulamentar o acesso aos dados constantes do Registo pelas autoridades competentes (artigo 22.º do DL n.º 89/2017), “em termos de o limitar aos casos em que efetivamente haja um motivo para aceder à informação, no âmbito de uma concreta investigação ou por referencia a outro critério delimitador objetivável”.⁹⁰

Nesse sentido, cremos que a norma proposta poderá evitar uma crítica ao atual RJC, atenta a entrada em vigor do Regulamento.

“Artigo 30.º-A

Proteção de dados

1 – Na instrução dos processos, a Autoridade da Concorrência acautela o direito fundamental dos particulares de proteção contra a recolha e utilização de dados pessoais, em conformidade com o RGPD e com o artigo 8.º da CDF, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo seguinte.

2 – Após a realização das diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º, a Autoridade da Concorrência concede ao visado pelo processo, prazo, não inferior a 10 dias úteis, para identificar, de maneira fundamentada, as informações a recolher que considere protegidas, em razão do disposto no RGPD, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais dados, expurgada dos mesmos.

3 – Sempre que a Autoridade da Concorrência pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações suscetíveis de conter dados de particulares, porque estrita e justificadamente necessárias à sua atividade, comunica-o aos sujeitos titulares dos dados, excetuadas as hipóteses de compatibilidade manifesta com o RGPD, comunicação inviável, ou, ainda, caso tal procedimento constitua obstrução à atividade instrutória.

4 – Se, em resposta à solicitação prevista nos n.º 2 ou no artigo 15.º, a empresa, associação de empresas ou outra entidade, não identificarem as informações que consideram confidenciais, não fundamentarem tal identificação ou não fornecerem cópia não confidencial dos documentos que as contenham, expurgada das mesmas,

89 Parecer CNPD: 9,10.

90 Idem: 13.

as informações/dados consideram-se não confidenciais e passíveis de tratamento, sem prejuízo da responsabilidade daquelas pela violação do RGPD.

5 – Se a Autoridade da Concorrência não concordar com a classificação dos dados como protegidos, ou se, com base num juízo de ponderação prévia, concluir pela necessidade de os obter, informa os particulares, a empresa, associação de empresas ou outra entidade de que não concorda no todo ou em parte com o pedido de confidencialidade.

6 – Para efeitos do disposto no n.º anterior, a Autoridade da Concorrência pode, ao abrigo da alínea e) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD, proceder ao tratamento dos dados, independentemente da oposição do titular dos dados ou da empresa, associação de empresas ou outra entidade, devendo fundamentar a sua conduta e limitar os dados recolhidos, no respeito pelas finalidades prosseguidas”.

- Na verdade, ainda que um juízo de proporcionalidade sempre permita a sindicabilidade da atuação, e pese embora o RGPD e o princípio da Efetividade justifiquem e legitimem a atuação da AdC, cremos ser de aproveitar a abertura concedida pelo Regulamento, clarificando a proteção que dele resulta para os particulares.
- No que concerne à colaboração voluntariamente prestada pelas empresas, e como em causa está um verdadeiro ónus jurídico, afigura-se-nos legítimo considerar que o seu intento de beneficiar da redução ou isenção de coima deve ser balizado pelo respeito devido ao Direito Fundamental dos titulares dos dados. Nesse sentido, deve o visado pelo processo procurar evitar a transmissão de dados, sempre que os mesmos se revelem desnecessários para efeitos dos benefícios supra mencionados. Para tal, deverá fornecer cópias “não confidenciais” à AdC, podendo, no entanto, esta solicitar os dados referidos, quando tal se revele indispensável.
- O que poderia suscitar mais interrogações é, na verdade, a divulgação de dados de administradores ou outros sujeitos de empresas implicadas no ilícito anticoncorrencial, tanto para efeitos de acesso ao processo, como a respeito da Clemência. É certo não poder negar-se o grau elevado de lesividade para o(s) titulares dos dados. Não obstante, de igual forma se deve recordar que, oculta nesta colaboração voluntária (ainda que prosseguida com fins meramente egoísticos), está a efetiva realização de um interesse público. Ora, parece-nos que o pressuposto da legitimidade do interesse estará preenchido sempre que a empresa se limite à transmissão dos dados que sejam estritamente necessários, enquanto “meios de prova”. Por outro lado, cremos avisado sublinhar a importância

de considerar meios alternativos que não tolham com o âmbito de aplicação do RGPD. Isto é, a visada deverá evitar a transmissão de dados sempre que disponha de provas igualmente efetivas na revelação da participação de um determinado sujeito num acordo ou prática concertada. No que concerne ao acesso ao processo, reiteramos a necessidade de ponderar a proteção de dados com o direito de defesa do arguido, consagrado no artigo 50.º do RJCO.⁹¹

7. CONCLUSÃO

A entrada em vigor do RGPD e o debate em seu torno certamente trarão consigo uma maior consciencialização dos sujeitos em face de um direito que é seu e cujo respeito podem reclamar de terceiros. E ao nível dos amplos poderes investigatórios da AdC, não é sem consequências que o tema da proteção de dados irrompe como novo *leitmotiv*. Na verdade, se fácil é de legitimar a atuação da AdC na prossecução de um interesse público premente, sempre se recorda a necessidade de a mesma se coadunar com a extensão de intromissão necessária (e apenas na medida do necessário) à realização desse mesmo interesse. No entanto, se a polémica em torno da proteção de dados poderá ser benéfica em termos de consciencialização, certamente poderá descambar em incompreensões, quando em causa esteja a sua coordenação com áreas específicas como o é o Direito da Concorrência.

O nosso objetivo foi precisamente o de demonstrar que, pese embora exista uma qualquer imunidade aos Direitos Fundamentais, matriz essencial do Estado de Direito Democrático, há interesses que prevalecem, em concreto, porque, também eles, merecedores de tutela e proteção. Assim, a AdC mantém e não tem como abandonar os seus amplos poderes, aliás necessários e eventualmente importantes também ao nível da proteção dos dados dos particulares.

No que concerne à atuação das empresas visadas nestes procedimentos, e sempre que haja ordem expressa da AdC ou de autoridade judicial, poderão as mesmas acomodar-se na obrigação jurídica sobre elas imponente, não servindo esta, porém, para autorizar a transmissão de dados que extravasem, no seu todo, a vinculação em causa. Quando essa ordem inexista, concluímos pela possibilidade de invocar um interesse legítimo, dada a vantagem obtida

91 Seguimos as palavras de Pereira, 2014:127, “Tem que ser concedida ao arguido uma oportunidade para ele se pronunciar acerca da conduta que lhe é imputada e quanto ao enquadramento jurídico da mesma, o que implica dar-lhe conhecimento da contra-ordenação que se considera poder ter sido por si cometida e de quaisquer sanções em que pode vir a ser condenado”. Podendo o arguido “(...) no âmbito do exercício do seu direito de defesa, requerer a realização de diligências”, cabendo, nesse caso, à autoridade administrativa, “(...) face à relevância ou irrelevância das mesmas, decidir da sua realização”.

em Programas de Clemência ou na simples colaboração que vá além do dever legal existente. É que o interesse aqui relevante não é apenas o seu intuito egoístico, mas sobremaneira, a eficácia necessária na detecção de comportamentos prejudiciais ao bom funcionamento do mercado.

Adotamos, enfim, uma posição expectante e parcimoniosa perante a alta probabilidade de virem a surgir decisões judiciais, na sequência da invocação, pelos titulares, da violação de normas da proteção de dados, com o fito de anular uma determinada inspeção ou decisão final.

Creemos avisado clarificar e prever, à semelhança do que é feito para o segredo de negócio, um regime específico para a proteção de dados, que harmonize o atual RJC com o novo RGPD. E que, sobretudo, clarifique o real alcance ao nível do Direito da Concorrência.

BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES VARELA, João de Matos
2017 *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Reimpressão da 10.^a Ed. de 2000, Edições Almedina.
- BARKHUYSEN, Tom & VAN EMMERIK, Michiel
2006 *Constitutionalisation of Private Law: the European Convention on Human Rights perspective*, disponível online em:
<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12938/constitutionalisation+of+private+law.pdf;jsessionid=5C4A84769886AAAF618ECA8864FFF956?sequence=2>, (consultado em 29.03.2018).
- CALHAU, Ana Paula Alves de Sousa Silva
2006 *A “Clemência” No Direito Da Concorrência Em Portugal*, disponível online em:
https://www.verbojuridico.net/doutrina/comercial/concorrencia_clemencia.pdf (consultado em 29.03.2018).
- CAUFFMAN, Caroline
2011 “Access to Leniency-Related Documents after Pfeleiderer”, in *Kluwer Law International*, World Competition 34, n.º 4, 2011.
- CNPD
2013 *Deliberação n.º 1638/2013, aplicável ao tratamento de dados pessoais decorrentes do controlo da utilização para fins privados das tecnologias de informação e comunicação no contexto laboral*, Disponível em:
https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/Delib_controlo_comunic.pdf (consultado em 29.03.2018).
- COSTA-CABRAL, Francisco & LYNSKEY, Orla
2015 *The Internal and External Constraints of Data Protection on Competition Law in the EU*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 25/2015 London School of Economics and Political Science Law Department, disponível online em: <http://eprints.lse.ac.uk/64887/> (consultado em 30.03.2018).
- COSTA, Mário Júlio de Almeida
2018 *Direito das Obrigações*, Reimpressão da 12.^a Ed. Revista e Atualizada, Almedina.
- DE STEFANO, Gianni
2012 *Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, in *Global Competition Litigation Review*, Issue 3, Sweet & Maxwell.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR

2014 Preliminary Opinion of the “Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy”

GALVÃO TELLES, Inocêncio

2010 *Direito das Obrigações*, Reimpressão da 7.^a Ed., Coimbra Editora.

KERSE, N. Khan

2012 *EU Antitrust Procedure*, 6.^a Ed., Sweet & Maxwell.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes

2018 *Direito das Obrigações*, Volume I, 15.^a Ed., Edições Almedina.

LIANOS, Ioannis

2013 “Competition law remedies in Europe: Which Limits for Remedial Discretion?”, in I. Lianos, & D. Geradin (eds.), *Handbook of EU Competition Law: Enforcement and Procedure* (Edward Elgar).

LOPES PORTO, Manuel, DA CRUZ VILAÇA, José; CUNHA, Carolina, GORJÃO-HENRIQUES, Miguel & ANASTÁCIO, Gonçalo (Coordenadores)

2017 *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, 2.^a Ed., Almedina.

MAK, Chantal

2008 *The Constitution of a Common Frame of Reference for European Contract Law*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/06, disponível online em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1220002, (consultado em 29.03.2018).

MENEZES CORDEIRO, António

2012 *Tratado de Direito Civil VI*, 2.^a Ed., Almedina.

MENEZES CORDEIRO, A. Barreto

2018 *Dados pessoais: conceito, extensão e limites*, Centro de Investigação de Direito Privado, disponível online em: <https://blook.pt/publications/publication/e38a9928dbce/> (consultado em 29.03.2018).

MICHALEK, Marta

2015 *Right to Defence in EU Competition Law: The Case of Inspections*, Warsaw, University of Warsaw Faculty of Management Press.

PEREIRA, António Beça

2014 *Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*, 10.^a ed., Coimbra: Almedina.

PROUST, Olivier

2010 *French Court of Appeals Ruling Upholding Competition Authority’s Search and Seizure Of Company Employees’ Emails*, 10(5) BNA World Data Protection Report 1, disponível online: <https://www.jdsupra.com/legalnews/french-court-of-appeals-ruling-upholding-19008/> (consultado em: 10.04.2018).

RAHMAN, Muthmainur & REES, Matt

2013 “Analysing the information – Data analytics has an important role to play in competition cases”, in *Competition Law Insight*.

WILS, W.J.P.

2011 “EU Anti-trust Enforcement and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter on Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Right”, 34(2) *World Competition* 207.