

DIRETIVA ECN+: UM PROCESSO DE TRANSPOSIÇÃO PAUTADO PELA ABERTURA, TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO

Maria João Melícias, Rita Prates***

Foi recentemente publicada a Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, a qual deverá ser transposta pelos Estados-Membros até dia 4 de fevereiro de 2021.

A Diretiva recebeu a designação informal de “Diretiva ECN+”, já que um dos seus principais desígnios é o de fortalecer a ECN (*European Competition Network*), a Rede Europeia de Autoridades de Concorrência, onde se inclui a Autoridade da Concorrência (“AdC”) e a Comissão Europeia (“Comissão”), por meio do reforço das respetivas garantias de independência, recursos, poderes decisórios e de investigação, tendo em vista habilitá-las a exercer a sua missão de forma efetiva.

A ECN constitui a base para uma aplicação uniforme das regras da União no domínio *antitrust* por todas as autoridades de concorrência nacionais (“ACN”). Em 2004, com a entrada em vigor do Regulamento (CE) 1/2003, as ACN passaram a poder aplicar o direito *antitrust* da União na sua íntegra (em paralelo com o direito da concorrência nacional). Desde então, a Comissão e as ACN adotaram mais de 1000 decisões, no termo de investigações que incidiram sobre uma enorme variedade de processos em todos os setores da economia. Entre 2004 e 2014, mais de 85% de todas as decisões relativas à aplicação das regras da UE em matéria *antitrust* foram adotadas por ACN.

Contudo, apesar de as ACN poderem, a par da Comissão, aplicar integralmente as normas de concorrência, os poderes de que dispõem para o fazer,

* Membro do Conselho de Administração da AdC.

** Especialista de Concorrência da AdC.

previstos nas respetivas legislações nacionais, são bastante díspares e, em alguns casos, manifestamente insuficientes para um *enforcement* adequado. Pretende-se desta forma que o local no mercado interno onde uma empresa se encontre sediada não tenha relevância quando se trate de fazer respeitar o direito da concorrência, criando-se um verdadeiro espaço comum de aplicação das regras da concorrência na União.

Com efeito, nas jurisdições onde o nível e eficácia do direito da concorrência é inferior, por ex. atentas as dificuldades registadas pelas ANC na recolha de meios de prova ou na aplicação célere de sanções dissuasoras, cria-se uma percepção de impunidade que afeta particularmente os consumidores e empresas desses Estados-Membros, os quais deixam de poder beneficiar das vantagens do processo competitivo, já que as empresas perdem incentivos para aí concorrerem pelo mérito. Acresce que novas empresas são desencorajadas de entrar nesses mercados e de aí exercerem o seu direito de estabelecimento e de oferta de bens e serviços.

A Diretiva “ECN +” visa, pois, em termos gerais, dotar as ACN dos meios e ferramentas adequados para que possam exercer a sua missão de forma efetiva, reconhecendo-se, portanto, que só uma aplicação vigorosa das regras permite que a concorrência entregue à sociedade os benefícios que dela se esperam, em termos de preços, qualidade, escolha e inovação.

A Diretiva constituiu também um importante marco no que respeita à consagração da independência das ACN, ao codificar pela primeira vez em legislação da União os principais corolários dessa independência.

A este respeito, visa-se garantir que o processo decisório seja transparente, credível e estritamente alicerçado em fundamentos jurídico-económicos relacionados com a proteção do bem-estar dos consumidores, ou seja, imune a interferências externas, nomeadamente à tomada em consideração de outros interesses públicos, os quais devem ser preferencialmente prosseguidos por diferentes instrumentos de política pública.

Trata-se, assim, de assegurar um certo nível de segurança jurídica e previsibilidade no processo decisório, que são, por seu turno, indispensáveis para estimular a iniciativa, o empreendedorismo e a atração do investimento.

Com efeito, a experiência demonstra que a consideração de interesses públicos distintos na tomada de decisão pode não-raro gerar desfechos imprevisíveis e contraditórios, o que não favorece a credibilidade e robustez do sistema de concorrência. Mais ainda, a procura de um equilíbrio adequado entre objetivos de política pública porventura divergentes e, no limite, incompatíveis (ainda que raramente), exige que o esforço de

compatibilização ou, no limite, o estabelecimento de prioridades entre tais interesses públicos seja levado a cabo, não por ACN, mas por órgãos democraticamente eleitos.

De entre os corolários da independência estatuídos na Diretiva são de destacar a autonomia operacional e orçamental das ACN, nomeadamente ao nível da gestão dos seus recursos humanos, financeiros, técnicos e tecnológicos.

É certo que, do ponto de vista institucional, Portugal não será dos Estados-Membros onde as alterações ao modelo institucional vigente se mostrarão, à primeira vista, mais profundas. Portugal beneficia, desde 2003, de um modelo formal moderno, lançado com a criação da AdC, enquanto “entidade administrativa independente”, dotada de “autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica, e de património próprio.”

Com efeito, a Diretiva ECN+ estimulará a adoção em toda a União Europeia de um modelo similar ao que já existe em Portugal, onde as garantias de independência já decorrem em larga medida dos Estatutos da AdC, mais recentemente revistos pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, e pela Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto.

Mas para os Estados-Membros, como Portugal, em que esse grau de maturidade institucional já terá sido atingido, a Diretiva vem certamente sedimentá-lo e robustecê-lo, encorajando o seu cumprimento na prática e de forma a evitar retrocessos.

Com efeito, é sabido que a independência é muito mais do que um mero estatuto jurídico, podendo existir lacunas importantes entre o desenho institucional e a realidade, as quais podem constituir uma forma subtil, mas igualmente eficaz, de tornar a política de concorrência ineficaz numa jurisdição.

A transposição da Diretiva ECN+ para o ordenamento jurídico português não será, por conseguinte, isenta de desafios para o legislador, já que implica uma reforma importante das regras atualmente vigentes e da sua aplicação prática, designadamente, a necessidade de revisão tanto do regime jurídico da concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), como dos supracitados Estatutos da AdC, entre outros diplomas.

A Diretiva ECN+ prevê, entre outros aspetos, que as ACN:

- Atuem com independência quando fazem respeitar as regras de concorrência da União e de forma imparcial, sem receberem instruções de entidades públicas ou privadas;

- Gozem de autonomia orçamental, dispondo dos recursos humanos e financeiros necessários para levar a cabo as suas atividades;
- Disponham de todos os poderes necessários para reunir elementos de prova relevantes, onde se incluem documentos, declarações orais, mensagens eletrónicas, gravações e quaisquer outros objetos que contenham dados ou informações, independentemente do formato e do suporte em que se encontrem armazenadas, o que implica o direito de pesquisar telemóveis, computadores portáteis e outros dispositivos móveis, bem como informação armazenada em “nuvens”;
- Possuam as ferramentas adequadas para impor sanções proporcionais e dissuasoras, em caso de infração das regras *antitrust*, assegurando-se a harmonização dos critérios seguidos na imposição de coimas no espaço da União.

Neste sentido, a Diretiva inclui regras em matéria de responsabilidade das sociedades-mãe sobre as suas subsidiárias e de sucessão de empresas, com referência expressa à jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE, para que as empresas não estejam habilitadas, designadamente, a evitar a aplicação de coimas através de processos de reestruturação. As ACN poderão também solicitar assistência mútua para, com base em instrumentos uniformes e reconhecidos na UE, promoverem a execução de coimas na respetiva jurisdição, impondo assim o pagamento de coimas às empresas infratoras que não têm presença jurídica no seu território nacional, um aspeto importante, atento o número crescente de empresas a operar à escala transnacional; e

- Apliquem programas de clemência coordenados que encorajem as empresas a apresentar prova da existência de cartéis, tendo em vista reforçar os incentivos globais à participação das empresas nos programas de clemência e à deteção de cartéis. Tais programas devem, por conseguinte, proteger em larga medida os requerentes de clemência de perseguição criminal pelos mesmos factos.

A transposição da Diretiva ECN+ constitui um projeto de grande relevância para a consolidação da política de concorrência em Portugal e para a consequente criação de bem-estar no país.

A AdC participou ativamente nos trabalhos preparatórios que conduziram à aprovação da Diretiva, tendo sido convidada pelo Parlamento Europeu, juntamente com as demais ACN e a Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia, a apresentar o seu ponto de vista em audição parlamentar, a

respeito do então projeto de Diretiva ECN+, bem como assegurado, em conjunto com a REPER, a representação de Portugal no âmbito das reuniões que tiveram lugar no seio do Conselho Europeu, aquando da negociação.

Assim, à imagem do que sucedeu aquando do procedimento de transposição para a ordem jurídica nacional da denominada Diretiva *Private Enforcement*¹, a AdC foi designada pelo Ministério da Economia para prestar a necessária assistência técnica ao Governo no âmbito da preparação do anteprojecto de transposição da Diretiva ECN+.

Atentos os objetivos da Diretiva ECN+, a experiência adquirida aquando da respetiva negociação, tal como em processos de transposição de Diretivas anteriores e, bem assim, a necessária articulação no âmbito da ECN, a AdC encara esta missão como uma oportunidade para, uma vez mais, promover, o consenso público sobre a matéria, em linha com as finalidades da Diretiva.

Deste modo, à semelhança de processos anteriores, a preparação do presente anteprojecto de transposição de Diretiva ECN+ deverá caracterizar-se pela *abertura, transparência e participação*, pretendendo-se acima de tudo a promoção de uma discussão alargada, com o envolvimento dos *stakeholders* na própria preparação do anteprojecto, de forma a encorajar o *buy-in* pela comunidade do regime renovado, desde a sua génese.

Para a concretização destes objetivos, a AdC promove, entre outras, as seguintes iniciativas:

Na sequência da publicação da Diretiva ECN+, a AdC constituiu já um grupo de trabalho informal composto por especialistas, representantes dos diversos quadrantes que integram o ecossistema da concorrência, incluindo Governo, magistratura, academia e advocacia. Este grupo de trabalho funciona como “*sounding board*” da evolução dos trabalhos preparatórios, tendo em vista permitir uma reflexão aberta, transparente e equilibrada sobre as possíveis soluções de transposição e auxiliar a AdC na preparação de uma versão embrionária do anteprojecto.

A AdC pretende levar a cabo consultas bilaterais, sem prejuízo, naturalmente, da possibilidade de qualquer interessado poder veicular a todo o tempo a sua posição sobre os temas em discussão.

A AdC tenciona ainda organizar um *workshop* consultivo de forma a facilitar a troca de impressões com um conjunto mais alargado de *stakeholders*,

1 Diretiva 2014/104/EU, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia e Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, que levou a cabo a respetiva transposição para o ordenamento jurídico nacional.

fazendo o “teste de mercado” de uma versão embrionária do anteprojeto, ainda em fase de *work in process*.

A AdC planeia, enfim, organizar uma consulta pública, para recolha de contributos escritos.

Em suma, a AdC pretende apresentar ao legislador um anteprojeto que reúna o máximo de consenso possível na comunidade, tendo em vista consolidar a efetividade da política de concorrência em Portugal, no interesse dos cidadãos e das empresas, com a devida salvaguarda dos direitos fundamentais, indispensável à credibilidade de qualquer sistema de concorrência.

Com base nos diversos contributos recolhidos e discutidos ao longo da fase preparatória, o diploma deverá ser apresentado ao Governo no segundo semestre do corrente ano, altura em que terminará o essencial da intervenção da AdC.

Pretende-se que este anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ constitua o resultado de um trabalho de equipa com a comunidade, traduzindo-se, à luz de todos os contributos recebidos, numa reforma legislativa robusta e globalmente equilibrada.

Espera-se também que este processo, transparente e aberto à participação de todos, contribua para a dinamização do debate na comunidade sobre os temas da Diretiva ECN+, mediante a realização de conferências e outras iniciativas e, quem sabe, se potencie o exemplo para outras jurisdições.

Contamos com todos.