

A ECN+ NÃO BASTA

*Nuno Ruiz**

Raras vezes resistimos à tentação de pensar que as exigências de enquadramento normativo e de regulação se resolvem melhorando as leis. Resolver-se-iam frequentemente melhor com ponderação e equilíbrio, respeito pelos precedentes e redobrado senso comum.

Se a memória me não falha, a transposição da denominada Diretiva ECN+ (Diretiva (UE) 2019/1 de 11 de dezembro de 2018) será a quarta alteração de fundo à legislação de defesa da concorrência desde o Decreto-Lei n.º 422/83. Todas tiveram as suas pequenas histórias.

O regime jurídico da concorrência é, contudo, substancialmente o mesmo desde a Lei n.º 18/2003. Esta legislação reformou o quadro institucional e processual anterior, seguindo-se-lhe a Lei n.º 19/2012 que aumentou os poderes da Autoridade da Concorrência (“AdC”).

Na União Europeia, no mesmo período, o Regulamento n.º 17 foi substituído pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 e o regime de controlo das concentrações foi modificado pelo Regulamento (CE) n.º 139/2004. Paralelamente a Comissão Europeia desenvolveu um instrumento importante de *compliance*, a *soft law*.

Na União Europeia, as comunicações e orientações não vinculativas que a Comissão Europeia respeita decorrem de um constante “diálogo” com o Tribunal de Justiça, em que se estabelecem e consolidam novos precedentes tendo em conta outros precedentes, sempre sob reserva do controlo jurisdicional.

* Advogado. Vieira de Almeida & Associados.

A Proposta de revisão do “novo regime jurídico da concorrência”, decorridos menos de 10 anos sobre a data em que viu a luz do dia, não é aparentemente determinada pela identificação de matérias que carecem de clarificação ou de soluções legislativas que tolhem efetivamente a ação da AdC.

Trata-se de assegurar que as autoridades da concorrência, “*dispõem das garantias de independência, dos meios e das competências de execução e de aplicação de coimas*” necessários à aplicação eficaz das regras de concorrência do TFUE e do direito nacional (cf. artigo 1.º da Diretiva ECN+).

O artigo 3.º da Diretiva ECN+ enuncia e resume as referidas garantias: (i) respeito pelos princípios gerais do direito da União e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; (ii) respeito pelos direitos de defesa das empresas, incluindo o direito a serem ouvidas e o direito à tutela jurisdicional; (iii) celeridade dos procedimentos e direito de pronúncia sobre uma “comunicação de objeções”.

As autoridades de concorrência dos Estados-membros e os tribunais são, naturalmente, os primeiros destinatários destas indicações, sem prejuízo de o dever de transposição, propriamente dito, caber ao legislador.

O regime jurídico da concorrência (“RJC”), decorrente da Lei n.º 18/2003, da Lei n.º 19/2012 e de outras pequenas cirurgias que desde 2003 se foram sucedendo, menos ambiciosas e estruturantes, está em larga consonância com o quadro de eficácia da Diretiva ECN+.

De modo que nos interrogamos sobre o que está realmente em causa na Proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ (“Proposta”) apresentada há cerca de um ano pela AdC. Sobre o que muda e sobre o que corre o risco de ficar na mesma.

Não nos parece que seja necessário alterar a lei para garantir que o RJC: (i) é interpretado em conformidade com o direito da União Europeia, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, incluindo no que diz respeito às práticas restritivas da concorrência que não afetem o comércio entre os Estados-membros; (ii) não torna praticamente impossível ou excessivamente difícil a eficácia e uniformidade do direito da concorrência da União Europeia; (iii) é aplicado de acordo com os princípios gerais do direito da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais.

Os n.ºs 3 a 5 do artigo 2.º da Proposta reproduzem princípios e regras fundamentais do direito da União Europeia que devem ser observados pelos Estados-membros independentemente de se encontrarem consagrados na ordem jurídica interna. São objeto de uma interpretação e aplicação uniformes pelo Tribunal de Justiça. Em boa verdade, a sua “transposição” para o

direito nacional esconde a natureza dos referidos princípios e regras e traduz uma má técnica legislativa.

Tema em que o bom senso é determinante é o das prioridades no exercício da missão e o do processamento das denúncias. Ninguém dúvida que a AdC não deve ter a obrigação de investigar todas as situações que possam infringir o RJC. No entanto, como os tribunais têm observado, a aplicação do princípio da oportunidade deve ter limites.

Sob este ponto de vista interrogamo-nos se será sensato abrir e prosseguir o inquérito contra determinadas visadas num acordo entre empresas, não o fazendo relativamente a outras. Do mesmo modo pode colocar-se a questão de saber se a AdC deve desperdiçar recursos e correr riscos de erro de regulação em inquéritos sobre práticas que, sendo correntes e conhecidas em determinados mercados, não foram postas em causa por qualquer outra autoridade da concorrência.

Falando agora, não do que está a mais, mas do que falta, é pena que no Capítulo I da Proposta não conste uma caracterização do dever de fundamentação da AdC.

É verdade que a questão apenas é tratada num Considerando da Diretiva ECN+ que, à semelhança da Proposta, optou por fazer alusões ocasionais ao dever de fundamentação. Pecha que o Tribunal de Justiça tem vindo a suprir.

A suficiência da fundamentação é indispensável sob dois pontos de vista. Em primeiro lugar para dar ao visado a possibilidade de entender a motivação da AdC e, se for caso disso, de a contestar. Em segundo lugar, para dar a conhecer as opções de política de concorrência da Autoridade o que é tão ao mais importante quando se pretende sinalizar o quadro de conformação à lei para a generalidade dos agentes económicos.

Sem fundamentação apropriada, a ação da AdC que, no fundo, se traduz sempre numa forma de condicionamento da liberdade de iniciativa privada, corre o risco de se tornar arbitrária e insindicável.

Em todo o caso, o que verdadeiramente importa é que a fundamentação não se circunscreva ao mero enunciado das condições de que a lei faz depender a tomada de determinada decisão.

O artigo 15.º, n.º 5 da Proposta contém uma indicação que a nosso ver deveria ser observada em todas as situações do inquérito e da investigação. Não devem ser solicitados nem obtidos das empresas informações, dados ou esclarecimentos desproporcionados em relação às exigências de investigação.

A escrupulosa observância deste elementar princípio conformaria a AdC ao âmbito dos mandados que obtém, facilitaria o tratamento de

confidencialidades, tornaria mais expedita a avaliação da prova e aceleraria a marcha processual.

Trata-se, a nosso ver, de uma disciplina que a AdC se pode impor relativamente a inquirições, buscas, exames, recolha, apreensão e conservação de documentos sem necessidade de aperfeiçoar o RJC.

O artigo 18.º da Proposta veio finalmente prever expressamente a possibilidade de se proceder à busca, exame, recolha e apreensão ou cópia, sob qualquer forma, de registos ou mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, independentemente do suporte, estado ou local em que estejam armazenadas. A Proposta aproveita neste contexto a indicação constante do Considerando 32 da Diretiva ECN+.

O problema não ficou, no entanto, resolvido uma vez que a questão da apreensão e exame de correspondência, designadamente de correio eletrónico, supõe, no caso português, uma conciliação com a Constituição da República e com o Regime Geral das Contraordenações que está longe de se encontrar amadurecida.

Quanto ao procedimento de transação no inquérito ou na instrução é preocupante que o aumento do limiar da coima e a ausência de critérios objetivos quanto à sua aplicação possam conduzir a um *quid pro quo* sobre formas antijurídicas de obtenção de renúncia ao direito de tutela jurisdicional com efeitos preocupantes na ausência de controlo por parte dos tribunais.

O tema da proteção dos segredos de negócio continua na ordem do dia. Na realidade não basta um alinhamento conceptual com a prática da Comissão Europeia. O segredo de negócio é um pilar da iniciativa privada. E o seu conhecimento só deve permitido a quem dele necessite para se defender.

A tutela e proteção do segredo de negócio deve ser promovida e incentivada, não ignorada, fragilizada e posta ao serviço de interesses imprecisos de liberdade de imprensa ou do efetivo direito de quem quer que seja a ver reparados alegados prejuízos causados por condutas cuja ilicitude se discute até trânsito em julgado.

Por fim, parece-nos importante observar que as disposições do artigo 69.º da Proposta em matéria de medida da coima são porventura mais detalhadas do que as considerações que à questão se reserva nas decisões de inquérito.

Para as visadas, no entanto, é indispensável conhecer suficientemente os motivos que, no caso concreto, tornam as suas condutas objetiva e subjetivamente censuráveis e por que razão são graves.

Na maioria dos casos estas indicações são transmitidas de forma redundante, sendo insuficientes para antecipar e apreciar uma eventual coima e

para comentar o seu cálculo. Nestas circunstâncias não é possível ser transparente e assumir responsabilidades no quadro de uma transação.

De modo que a Proposta de transposição da Diretiva ECN+, mercê do já existente grau de harmonização do RJC com o quadro homólogo da União Europeia, representa um modesto contributo para melhorar as garantias de independência, de meios e de competências que a AdC deve possuir para prosseguir com eficácia uma política de concorrência compatível com os objetivos da União.

A AdC tem a possibilidade de exercer as suas competências com elevado grau de alinhamento com a Comissão Europeia e demais autoridades dos Estados-membros, respeitando os princípios gerais do direito da União, a Carta dos Direitos Fundamentais, os direitos de defesa e o direito à celeridade dos procedimentos. Todavia, a lei não bastará na falta de senso comum.

