

PROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA ECN+

Gonçalo Anastácio, em representação da Comissão de Concorrência da ICC Portugal

1. O PAPEL DA ICC

A Autoridade da Concorrência (“AdC”) proporcionou à ICC Portugal a oportunidade, que agradecemos, para participar nas diferentes etapas do processo legislativo de transposição da Diretiva (UE) 2019/1/UE, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno (Diretiva ECN+, de ora em diante “Diretiva”).

Em particular, a ICC participou no Workshop Consultivo “Transposição da Diretiva ECN+” que teve lugar no dia 2 de julho de 2019, integrou o Grupo de Trabalho Externo constituído pela AdC para apoiar nos trabalhos de transposição e respondeu à Consulta Pública sobre a proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva lançada no dia 25 de outubro de 2019.

Em todos estes contextos a ICC teve oportunidade de se pronunciar sobre diversos aspetos do Projeto de Transposição da Diretiva (de ora em diante, “Projeto”), nas suas várias versões, congratulando-se com o facto de muitas das observações que formulou, ao longo de todo o processo, terem tido reflexo no teor do Projeto.

Naturalmente que a ICC não se ter pronunciado sobre diversos pontos do Projeto não pode ser considerado como concordância com todas as outras soluções consagradas quer na Diretiva (que na larga medida em que as impõe não é objeto de comentário nesta sede), quer naquele Projeto, nem a inibirá de sobre as mesmas se pronunciar.

2. A PROPOSTA DA ADC

O facto de se atribuir à AdC a tarefa de apresentar uma proposta de diploma de transposição de uma diretiva que, essencialmente, define ou reforça as competências e poderes das autoridades nacionais de concorrência apresenta vantagens, mas também alguns riscos. Na verdade, se por um lado a AdC se encontra especialmente bem posicionada para entender as necessidades de alteração aos instrumentos de que dispõe no cumprimento da sua missão de defesa da concorrência e para colocar ao serviço do legislador a sua experiência acumulada, por outro lado é fácil cair na tentação de aproveitar a oportunidade para reforçar os seus poderes de uma forma desnecessária e/ou irrazoável, agravando o já existente desequilíbrio do sistema em favor da acusação.

No nosso entender, essa tentação foi bastante visível nas primeiras versões do Projeto que foram divulgadas aos *stakeholders*, permanecendo ainda em vários pontos do Projeto entregue ao Governo.

Desde logo, muitas das alterações propostas não decorriam da necessidade de transposição da Diretiva ECN+, indo mesmo, diversas vezes, além do seu âmbito normativo (isto é, incluindo matérias que não são abordadas na Diretiva), não podendo, nessa medida, ser consideradas como necessárias ou convenientes para a sua boa transposição. Resultavam, assim, de uma iniciativa da AdC que extravasava a tarefa de transposição. Essa iniciativa, sendo razoável para um aperfeiçoamento do sistema face à experiência de aplicação e à jurisprudência, exigia uma atenção especial que garantisse que os direitos dos investigados não fossem comprimidos desproporcionalmente em prol da eficácia da atuação da AdC. E a verdade é que nalgumas das normas propostas resultava evidente a natural propensão da AdC para fazer pender ainda mais a balança para o seu lado, no que respeita ao equilíbrio entre os seus poderes de investigação e a proteção dos direitos dos investigados.

Esse desequilíbrio também foi patente nas versões iniciais do Projeto, na interpretação que foi feita de alguns dos preceitos da Diretiva, ou na forma como a transposição de algumas das suas normas foi proposta.

No entanto, a decisão da AdC de, em linha com as melhores práticas internacionais, envolver os *stakeholders* no processo pré-legislativo que culminou com a apresentação ao Governo de uma proposta de diploma de transposição mostrou, mais uma vez (depois de idêntica metodologia ter sido adotada aquando da transposição da Diretiva do *Private Enforcement*), ter sido muito acertada. Esse resultado não é de estranhar: saber ouvir diversas opiniões, estar disponível para tentar entender os vários ângulos de uma questão (e, no

caso, a visão da ICC e das empresas) e aberto a colher frutos de experiências distintas é uma virtude em qualquer circunstância, mas especialmente louvável numa autoridade pública com poderes tão fortes e extensos como os da AdC. Até porque permite agora ao Governo, e aos partidos no seio parlamentar, confrontar a Proposta da AdC com um conjunto de comentários bem fundamentados, e de propostas concretas alternativas, apresentados pela sociedade civil.

3. COMENTÁRIOS DA ICC

3.1 Sugestões acolhidas no Projeto

Merecem ser destacados alguns aspetos em que a AdC soube refletir na sua proposta comentários, críticas e sugestões apresentadas por diversas das entidades que se pronunciaram ao longo do processo, em especial na fase de consulta pública.

Um dos aspetos em que tal sucedeu diz respeito ao segredo profissional de advogados. A versão submetida a consulta pública excecionava da proteção do segredo profissional de advogados, num novo n.º 6 do artigo 20.º do Regime Jurídico da Concorrência (“RJC”), os “trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado” (isto é, os advogados de empresa), o que foi objeto de diversas críticas. A ICC, na sua resposta à consulta pública, opôs-se veementemente a tal solução, fazendo notar que a mesma, além de não decorrer da necessidade de transpor a Diretiva ECN+, era contrária à jurisprudência nacional uniforme e constante nesta matéria e violava o disposto no Estatuto da Ordem dos Advogados (“EOA”), o estatuto constitucional dos advogados e os princípios do Estado de Direito democrático.

Sem embargo, apesar da alteração relevante e muito positiva entre a versão submetida a consulta pública e a que foi apresentada ao Governo, a parte final desta última versão, que permite a apreensão de contactos e informações que “não consubstanciem a prática de ato próprio de advogado” merece-nos reservas, sobretudo em sede de controlo prático, na medida em que não pode ser a AdC a ler documentação de advogado ao abrigo de um poder de verificação do tipo de ato em causa.

Outro exemplo refere-se à informação constante de processos da AdC sujeita a segredo de justiça. Na versão do Projeto sujeita a consulta pública, a AdC previa a possibilidade de revelação de informação sujeita a segredo de justiça com base na finalidade de “promoção de uma cultura favorável à

liberdade de concorrência”. A ICC manifestou a opinião de que tal exceção ao segredo de justiça era, na sua amplitude e imprecisão, absolutamente incompreensível, além de ser claramente desproporcionada e potencialmente inconstitucional face aos interesses subjacentes a tal segredo (a salvaguarda dos interesses da investigação ou dos direitos do visado pelo processo). Esta proposta foi, sensatamente, retirada do Projeto.

Por fim, apenas mais um exemplo. Na versão do Projeto submetido a consulta pública estava previsto um novo artigo 86.º-A em que se previa que todos os incidentes, arguições de nulidade e requerimentos no âmbito de diligências de busca deviam ser praticados até ao encerramento das mesmas. A ICC considerou que esta solução era gravemente lesiva dos direitos de defesa dos visados (sobretudo quando a não contestação equivale a sanção do vício), violava o princípio da igualdade de armas e da boa-fé processual e atentava contra a igualdade entre os visados, uma vez que nem todos têm igual capacidade para, no espaço de tempo durante o qual decorre a diligência, mobilizar assessoria jurídica especializada. Também esta proposta foi retirada do Projeto.

3.2. Sugestões não acolhidas no Projeto

Mas, nem todas as críticas e sugestões recebidas no âmbito da consulta pública foram acolhidas pela AdC.

Elencamos quatro das que foram manifestadas pela ICC e continuam a merecer a nossa preocupação.

Desde logo, continuamos a considerar inaceitável a ampliação, consagrada no artigo 15.º do Projeto, dos poderes atribuídos à AdC em matéria de pedidos de informação, no que respeita aos suportes de armazenamento da informação a que pode ter acesso, ampliação essa que entendemos não ter respaldo na Diretiva.

Em segundo lugar, referimos a proposta de alteração ao n.º 2 do artigo 32.º do RJC, que regula os meios de prova admissíveis em processos de contraordenação por violação das regras de defesa da concorrência, e na qual é excluída a aplicação das regras do Regime Geral das Contraordenações (“RGCO”) sobre intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações e reserva da vida privada. A ICC entende que esta exclusão é claramente excessiva, e nessa medida inadmissível, face ao que resulta do artigo 32.º da Diretiva e do Considerando 73. Sendo a reserva da vida privada um direito fundamental (consagrado na Constituição da República Portuguesa e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), apenas pode ser

restringido em situações limite que resultem, num determinado caso concreto, da necessidade de proteger outro direito fundamental, devendo essa restrição resultar de uma ponderação casuística que respeite determinados princípios. Em lugar nenhum a Diretiva abre espaço para o afastamento absoluto e abstrato deste direito fundamental.

Outra das soluções relativamente às quais mantemos o nosso desacordo diz respeito à proposta de tipificação como crime de desobediência (no artigo 33.º, n.º 7 do RJC) da utilização, para fins diferentes daqueles para os quais o respetivo acesso foi concedido, de documentos contendo informação confidencial. Sem prejuízo da necessidade de garantir a proteção da informação confidencial, esta tipificação parece-nos excessiva e isenta de justificação num diploma de matriz contraordenacional.

Por fim, reiteramos a nossa discordância com o uso, ao longo de todo o texto do Projeto, da expressão desnecessariamente inovatória de “empresa investigada”, que consideramos, neste contexto, gerador de complexidades e incorreções desnecessárias e potenciador de dificuldades de interpretação e aplicação. É nossa opinião que deverá ser mantido o conceito de “visado pelo processo”, que está consolidado, que é neutro e abrangente, permitindo abarcar os diversos tipos de pessoas que podem ser objeto de um processo (pessoas singulares e coletivas de diversos tipos), e que não suscitou quaisquer dúvidas ao longo dos últimos anos.

3.3. Soluções não submetidas a consulta pública

Como quadro final, chamamos a atenção para algumas soluções que a AdC introduziu na versão enviada ao Governo e que não constavam do Projeto submetida a consulta pública, e relativamente às quais, sem prejuízo de eventuais apreciações futuras mais aprofundadas, apresentamos desde já a nossa discordância.

Em primeiro lugar, consideramos claramente atentatório dos direitos constitucionais e das prerrogativas dos advogados em qualquer Estado de Direito, e mais ainda na UE, a parte final do n.º 6 do proposto artigo 17.º-A, que impede a intervenção na inquirição do advogado que acompanha a pessoa inquirida no âmbito de uma diligência conduzida pela AdC.

Também atentatório dos direitos dos advogados entendemos ser o n.º 8 do artigo 19.º do Projeto, nos termos do qual não é considerada uma busca em escritório de advogado a realizada em instalações ou locais afetos a trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado.

Totalmente injusta e inaceitável é também, na nossa opinião, a possibilidade, proposta no artigo 32.º, n.º 6 do Projeto, de a AdC publicar na sua página

eletrónica “as informações essenciais sobre processos pendentes”, alegadamente “para realização do interesse público de disseminação de uma cultura favorável à liberdade de concorrência”. Esse invocado e nobre interesse público não pode de forma alguma abrir a porta a atentados graves ao princípio da presunção da inocência, ao direito ao bom nome e à privacidade de visados por um processo da AdC que tal divulgação poderia acarretar, sendo especialmente inaceitável a identificação pública dos visados, em momentos processuais em que os mesmos ainda não tiveram oportunidade de se pronunciar sobre qualquer acusação, ou sequer consultar o processo. Para além de inconstitucional, tal divulgação precoce é claramente desproporcionada e obviamente desnecessária atenta a enorme presença do tema da concorrência nos *media*.

Acrescidamente, é incompreensível a solução que resulta da proposta de n.º 3 do artigo 86.º-A do Projeto, do qual resulta que das decisões do Ministério Público relativas à validade dos seus atos apenas pode haver reclamação para o superior hierárquico imediato. De forma alguma deve ser suprimido o direito de recurso judicial desse tipo de decisões, sob pena de violação do direito a uma tutela judicial efetiva.

Finalmente, lamentamos que a AdC tenha, entre a versão que submeteu a consulta pública e a versão que apresentou ao Governo, recuado na consagração da regra geral do efeito suspensivo da interposição de recurso das decisões da AdC. Certamente que esta inflexão se relaciona com a decisão de validação pelo Tribunal Constitucional (após múltiplas decisões contraditórias e pela maioria mínima), mas certo é que o efeito suspensivo do pagamento das coimas até trânsito em julgado é claramente o que melhor serve melhor a justiça, em particular numa área em que as coimas têm uma dimensão sem paralelo noutros domínios do direito.

4. CONCLUSÃO

Em suma, cremos que, na globalidade, a AdC operou um saudável, eficiente e profícuo diálogo com a comunidade de todos os que trabalham em prol da defesa da concorrência em Portugal, ainda que não tenha aproveitado totalmente as suas virtualidades.

Fazemos votos para que a aprovação do diploma de transposição da Diretiva ECN+ constitua mais um passo no sentido do robustecimento, eficácia e justiça dessa defesa, e para que o reforço de poderes da AdC que do mesmo resulta seja interpretado como uma muito séria responsabilidade acrescida e acompanhado de um efetivo reforço das garantias das empresas.