

Workshop consultivo sobre a transposição da Diretiva ECN+

Hotel Eurostars, Lisboa, 2 julho 2019

Discurso de abertura e encerramento

Maria João Melícias

****Check against delivery ****

Bom dia a todos e sejam muito bem-vindos a este *workshop* consultivo sobre a transposição da Diretiva ECN+. Quero agradecer a vossa presença e adesão entusiasta a este momento de reflexão.

A transposição da Diretiva ECN+ é um marco importante para a consolidação da política de concorrência e, logo, para criação de bem-estar em Portugal e na Europa.

A Diretiva recebeu a designação informal “ECN+”, porque o seu principal desígnio é o de fortalecer a ECN (European Competition Network), a Rede Europeia de Autoridades de Concorrência, onde se inclui a AdC. Como? 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, com a devida salvaguarda dos direitos fundamentais, indispensável à credibilidade de qualquer sistema de concorrência.

Notas de contexto – metodologia de trabalho até à data

Irei dar-vos rapidamente só algumas notas de contexto sobre o caminho que percorremos até agora e o que estamos ainda a percorrer.

A AdC participou ativamente nos trabalhos preparatórios que conduziram à aprovação da Diretiva, tendo, designadamente, sido convidada a apresentar o seu ponto de vista em audição no Parlamento Europeu, aquando da negociação da Diretiva, encontrando-se agora a assistir o Governo na preparação do anteprojeto de transposição.

À imagem do que sucedeu aquando da transposição para a ordem jurídica nacional da Diretiva Private Enforcement¹, estamos a procurar conduzir este processo da única forma que sabemos: com a ajuda de todos os participantes do ecossistema nacional da concorrência, tendo em vista permitir uma reflexão aberta e equilibrada sobre possíveis soluções de alteração legislativa.

Nesse sentido e desde o momento em que iniciámos este projeto, temos vindo a recolher os pontos de vista de um conjunto de *stakeholders*, quer em consultas bilaterais, quer em reuniões multilaterais.

Constituímos um grupo de trabalho informal composto por especialistas e representantes dos diversos quadrantes, incluindo Governo, magistratura, academia e advocacia que funciona como “*sounding board*” da evolução dos trabalhos preparatórios, a quem desde já reitero os nossos agradecimentos, sem prejuízo de eventualmente nos continuarmos a reunir depois do exercício de hoje.

Os documentos de trabalho que servem de base à discussão de hoje beneficiaram portanto quer das discussões no seio do grupo de trabalho, que iniciaram em Fevereiro e junto do qual circulámos um primeiro *draft* em meados de Março, o qual tem vindo a evoluir, bem como das contribuições escritas que alguns nos fizeram chegar, do nosso processo de reflexão interno e ainda das consultas bilaterais com diversos *stakeholders*, incluindo Tribunais, Ministério Público, Comissão Europeia e organizações empresariais (ICC).

O *workshop* consultivo que organizamos hoje visa uma recolha de perspetivas mais alargada. Será uma espécie de reunião de grupo de trabalho alargada. O que se pretende hoje é fazer o “teste de mercado” sobre um rascunho do anteprojeto, ainda em fase de evolução.

Sabemos que pode ser eventualmente difícil nos diversos fóruns de concorrência existentes chegar a consenso sobre determinadas soluções – é

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.

natural que assim seja – mas é importante tomar em consideração todos os pontos de vista.

Finalmente, a AdC planeia organizar uma consulta pública, com um período de auscultação suficientemente alargado, para recolha de contributos escritos antes de apresentar o ‘produto final’ ao legislador.

Independentemente destes momentos de auscultação, é importante que saibam que a AdC convida todos os interessados, a qualquer momento, e da forma que entendam mais conveniente, escrita ou oral, a expressar o seu ponto de vista, estando disponível para os ouvir.

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 justa e equilibrada.

Esta é portanto a metodologia que temos seguido.

No que respeita à matéria da transposição

Globalmente falando, Portugal dispõe de um modelo legal sólido e moderno de que nos podemos orgulhar, revigorado sobretudo em 2003 com a criação da AdC enquanto “entidade administrativa independente” e depois aprofundado em 2012. Portanto para nós a Diretiva poderá não ser revolucionária. Mas mesmo para os Estados-Membros, como Portugal, que atingiram um certo grau de maturidade, a Diretiva vem certamente sedimentá-lo e robustecê-lo, encorajando o seu cumprimento na prática e de forma a evitar retrocessos. Há, apesar de tudo, aspetos da Diretiva que exigem refinamentos no nosso ordenamento jurídico e que contribuirão para o maior amadurecimento da política de concorrência no nosso país.

Do ponto de vista institucional, a Diretiva constituiu um importante marco no que respeita à consagração da independência, já que codifica pela primeira vez em legislação da União os principais corolários dessa independência que incluem a necessária estabilidade e autonomia orçamental na gestão dos recursos que estão afetos às autoridades.

Nesse sentido, partilhamos também neste *workshop* as alterações que nos parecem necessárias aos Estatutos da AdC e legislação orçamental, à luz deste objetivo.

Sabemos que não é habitual um “regulador” fazer uma auscultação pública dos seus Estatutos, mas entendemos que ela se justifica não só porque integra “o pacote legislativo” da transposição e a transparência faz parte da nossa maneira de estar, mas também porque é fundamental que os *stakeholders* tenham presente que a independência é muito mais do que um estatuto jurídico e que sem uma genuína autonomia de gestão, administrativa e financeira, não há política de concorrência eficaz.

No que respeita às alterações à Lei da Concorrência (LdC), não fizemos acompanhar o documento que serve de base à discussão de hoje de uma exposição de motivos e fizemo-lo deliberadamente: não só porque se trata de um documento preliminar cujas opções estão ainda em aberto, mas também para evitar condicionar ou influenciar o vosso ponto de vista sobre as soluções nele previstas.

Assim, irei limitar-me a sinalizar as linhas gerais do documento, não querendo ocupar muito mais tempo de antena porque temos uma agenda ambiciosa e o objetivo de hoje é essencialmente ouvir-vos.

A abordagem que adotámos foi a de procurar seguir de perto a própria terminologia e fórmulas da Diretiva, procurando adaptá-las à nossa cultura jurídica, mas de forma a que o alcance dos poderes de investigação e decisão atribuídos à AdC seja lido nos mesmos termos e com o mesmo alcance previstos na Diretiva, ou seja, de forma a favorecer a harmonização com outros Estados Membros. Importa não esquecer que a Diretiva prescreve que os Estados membros garantam às respetivas autoridades um conjunto comum de competências de investigação e de decisão cujo conteúdo deve ser visto como mínimo.² Caso se verifiquem restrições ao âmbito ou alcance dessas

² V. Apesar de as ACN poderem, a par da Comissão, aplicar integralmente as normas de concorrência, os poderes de que dispõem para o fazer, 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

competências, o mínimo estabelecido na Diretiva ficará por cumprir já que esta visa criar um espaço comum de aplicação das regras da concorrência na União.

Quanto aos aspetos da lei que exigiram uma adaptação à luz da Diretiva, cito apenas alguns exemplos, uma vez que serão certamente aprofundados nas intervenções de hoje, a saber: a consagração dos princípios da efetividade e da interpretação conforme da LdC à luz da Diretiva e demais direito da União; alargamento do alcance da prova a que a AdC pode ter acesso, incluindo a possibilidade de recolha de informações em ambiente digital independentemente do respetivo suporte; previsão explícita dos procedimentos administrativos existentes que não determinam a aplicação de sanções; clarificação do limite máximo das coimas aplicáveis de forma a harmonizar critérios de determinação de coimas ao nível da União; responsabilidade solidária das sociedades-mãe sobre subsidiárias e em caso de sucessão de empresas; prescrição; assistência mútua no contexto da ECN e harmonização dos programas de clemência ou de imunidade.

Sobre aspetos não diretamente prescritos pela Diretiva, considerámos que na fase em que nos encontramos seria precoce propor reformas profundas na LdC, designadamente nas respetivas proibições substantivas ou nas relativas a controlo de concentrações – por ex. porventura adaptando-as aos desafios da economia digital – por sentirmos que não existe ainda uma reflexão

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 ANCs na recolha de meios de prova ou na aplicação célere de sanções dissuasoras, cria-se uma perceção de impunidade que afeta particularmente os consumidores e empresas desses Estados membros, os quais ficam mais vulneráveis a práticas anticoncorrenciais e deixam de poder beneficiar das vantagens do processo competitivo em termos de preços, qualidade, escolha e inovação, já que as empresas perdem incentivos para aí concorrer pelo mérito. Acresce que novas empresas são desencorajadas de entrar nesses mercados. Portanto, esse estado de coisas também desencoraja o investimento e o empreendedorismo.

suficientemente amadurecida sobre essas matérias, a não ser que hoje ou ao longo deste processo de transposição essa utilidade nos venha a ser fundamentadamente sinalizada.

Não obstante, poderá ser oportuno aproveitar esta ocasião para fazer alguns ajustamentos, suprir lacunas ou insuficiências da Lei que se mostrem apropriados, tendo sempre em vista os objetivos da Diretiva de reforço da efetividade da política de concorrência e de harmonização na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado na UE.

Sabemos que, desde 1972, a LdC tem sido tradicionalmente reformada uma vez em cada década – parece mesmo que existe um qualquer alinhamento cósmico que o propicia. A presente transposição deverá ocorrer, no limite, até Fevereiro de 2021, podendo, pois, não ser adequado introduzir novas alterações pouco depois.

Como tal, o documento de trabalho que circulámos contempla aspetos pontuais não prescritos diretamente pela Diretiva, relativamente aos quais considerámos que se verifica uma experiência consolidada e um consenso relevante a apontar numa certa direção, por isso os submetemos à vossa consideração. São de destacar neste âmbito os ajustamentos propostos nas seguintes matérias: tramitação eletrónica das investigações à luz de um esforço de desmaterialização para redução dos custos administrativos para todos os intervenientes; prestação de informação às empresas que são objeto de uma investigação, algo que já resulta das boas práticas da AdC e que é agora explicitamente consagrado, ecoando as recomendações de organizações internacionais como a OCDE e a ICN; flexibilização do regime das transações, em resposta a uma solicitação da comunidade, em termos do *timing* e conteúdo do instrumento, podendo vir a abranger a não contestação dos factos e respetiva qualificação jurídica; moldura da coima e sanções acessórias para pessoas singulares; efeitos do recurso da decisão final, tendo em vista sanar os problemas de constitucionalidade que tem suscitado; clarificações pontuais em matéria de recursos, nomeadamente prazos.

Organização dos trabalhos

Passando agora à organização dos trabalhos, o objetivo do *workshop* de hoje é testar a vossa sensibilidade quanto à racionalidade das opções propostas ou sobre qualquer outra questão relativa à transposição que entendam suscitar.

De forma a tirarmos o máximo partido da vossa presença aqui, preparámos uma agenda de trabalhos com o conjunto de tópicos que cada um de vós manifestou interesse em abordar. Procurámos organizá-las por grandes temas, sendo muito simplesmente esse o alinhamento que propomos seguir.

O formato que queremos adotar é o de audição e não de debate, ou seja, não haverá propriamente um contraditório do lado da AdC, já que o que pretendemos é ter em conta as vossas perspetivas, de forma a que o projeto possa ser amadurecido e melhorado à luz delas, antes de ser submetido a consulta pública, sem prejuízo de algum esclarecimento que se mostre oportuno. Após cada ronda de intervenções, iremos dar a palavra aos demais participantes caso queiram apresentar algum comentário ou perspetiva sobre algo que tenha sido mencionado, nomeadamente no caso dos participantes que optaram por não mencionar a intenção de intervenção sobre um tema específico.

[...]

Comentários conclusivos

Para finalizar quero agradecer a qualidade e caráter extremamente construtivo das vossas intervenções.

Esta discussão permitiu que se desenhassem quais os temas mais sensíveis, sendo certo que a grande virtualidade deste tipo de *workshop* é a de colocar em destaque as vantagens e desvantagens de cada opção, sabendo-se de antemão que não há soluções perfeitas. Cada solução implica sempre “*trade-offs*” ou compromissos.

Os vossos contributos serão devidamente ponderados, de forma a converter este documento de trabalho num “anteprojeto” amadurecido e estabilizado, 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. É isso que pretendemos apresentar ao legislador.

Sobre os próximos passos: volto a recordar que contamos fazer uma consulta pública após o Verão sobre um documento mais amadurecido, estando a AdC sempre disponível para ouvir qualquer interessado.

Permitam-me um último desabafo para vos recordar o seguinte:

Nos países onde o nível e eficácia do direito da concorrência é inferior, em virtude, por exemplo, das dificuldades registadas na recolha de meios de prova ou na aplicação célere de sanções dissuasoras, cria-se uma perceção de impunidade que afeta particularmente as pessoas e empresas desses Estados, as quais ficam mais vulneráveis a práticas anticoncorrenciais. Com efeito, as empresas perdem incentivos para aí concorrer pelo mérito e as pessoas deixam de poder beneficiar das vantagens do processo competitivo em termos de preços, qualidade, escolha e inovação. Acresce que novas empresas são desencorajadas de entrar nesses mercados, de investir, de inovar.

Mais importante ainda, nos tempos de incerteza que se vivem, à medida que populismos protecionistas alastram pelo mundo fora, incluindo à nossa porta, porque nos sentimos em certa medida perdidos ou impotentes perante um conjunto mais ou menos difuso de fenómenos que podem incluir um sentimento de injustiça perante concentrações excessivas de poder económico, distribuição desigual de riqueza, migrações, globalização, digitalização, o futuro da Europa - arriscamo-nos a que as pessoas percam a confiança nas virtudes do sistema de economia de mercado em que vivemos.

Portanto, neste contexto, um dos principais desafios que se coloca a toda comunidade de concorrência – magistratura, academia, advocacia, autoridades, enfim, todos os participantes do ecossistema –, consiste em procurar reconquistar essa confiança dos cidadãos nos benefícios que individualmente lhes proporcionam os mercados abertos, com concorrência livre para todos, enquanto motor de iniciativa, de oportunidade, de prosperidade.

Neste contexto, é fundamental apetrechar genuinamente as autoridades de concorrência com os recursos e ferramentas adequadas para que possam enfrentar esse desafio.

É este o grande desígnio da Diretiva ECN+.

Muito obrigada pela vossa participação.
