

A TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA ECN+ E O SEU IMPACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Luís Henrique,

em representação da CIP – Confederação Empresarial de Portugal

No âmbito do processo em curso de transposição da Diretiva (UE) 2019/01 do Parlamento Europeu 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 denominada Diretiva ECN+), a CIP – Confederação Empresarial de Portugal exerceu o seu direito de participação em sede de consulta pública sobre a referida transposição.¹

Sublinhe-se, que a CIP congratulou o lançamento da referida consulta pública. De facto, nenhuma dúvida nos resta de que o tema das práticas restritivas da concorrência, seus procedimentos e regras, constituem uma das áreas em que se justifica proceder a uma reflexão conjunta, com a participação da comunidade jurídica, das empresas e das demais entidades públicas ou privadas cujos contributos sejam relevantes.

O VALOR DA CONCORRÊNCIA E O PAPEL DA AUTORIDADE

Antes de se ressaltar determinados aspetos que suscitam especiais comentários e/ou observações, alguns dos quais acentuadamente críticos, sobre a transposição da Diretiva ECN+, é necessário deixar expresso e claro que a matéria da concorrência tem evoluído ao longo do tempo e assume particular e destacada importância e relevo para as empresas, dado que estas preconizam e defendem a economia de mercado e a livre iniciativa.

¹ O contributo que ora se apresenta sobre o impacto decorrente da transposição da Diretiva ECN+ para o ordenamento jurídico nacional segue o posicionamento recentemente formulado pela CIP no âmbito do processo de consulta pública desenvolvido no final de 2019 pela Autoridade da Concorrência (“AdC”) e que absorveu, naturalmente, o entendimento da estrutura associada da Confederação.

No que diz respeito à concorrência, durante muito tempo, Portugal teve uma relação distante com a temática, a qual não era entendida como instrumento vital para uma atuação mais eficiente das empresas no mercado.

Na verdade, o regime normativo da concorrência surgiu apenas no ordenamento jurídico nacional em 1983.

Em 2003, a legislação nacional de defesa da concorrência foi objeto de importante reforma. Os pilares fundamentais dessa reforma assentaram na criação de uma Autoridade da Concorrência.

O objetivo prioritário que presidiu a essa mesma reforma consistiu em agilizar e flexibilizar os mecanismos de acesso aos mercados por parte das empresas, retirando ao Estado o papel de ator direto nas atividades económicas e substituindo-o por entidades de supervisão, no caso português a citada Autoridade da Concorrência, já que, no passado, grande parte das autorizações dependiam em demasia do Estado.

Assim, a génese da referida Autoridade está, para além dos condicionalismos externos, em fatores endógenos como a necessidade de aumentar a competitividade da economia Portuguesa, dotando-a de novo enquadramento normativo e de instituições capazes de procederem à sua implementação.

A reforma operada, na qual a CIP participou ativamente, visou criar em Portugal uma verdadeira cultura de concorrência.

Ativa também foi a participação da CIP na reforma levada a cabo, em 2012, no quadro da vertente estrutural do programa de ajustamento, que fixou um conjunto de objetivos e de medidas a concretizar para promoção da concorrência nos mercados, com o objetivo de melhorar os índices de crescimento económico do País.

Com esta reforma, foi criado o Tribunal de Competência Especializada para a Concorrência, Regulação e Supervisão e estabelecido um novo Regime Jurídico da Concorrência, que apresenta melhorias face ao regime anteriormente em vigor, mas não deixa de ser suscetível de algumas críticas e melhoramentos, que não caberá aqui desenvolver.

É importante destacar que as decisões dos operadores económicos, quanto à escolha e à localização dos seus investimentos e, ainda, quanto aos modos e métodos de desenvolvimento das suas atividades, têm cada vez mais em conta, não só a qualidade das regras de concorrência em vigor, mas também, em particular, a eficácia com que são aplicadas pelas autoridades reguladoras e pelos tribunais competentes.

Assim, a ação eficaz da Autoridade da Concorrência afigura-se como requisito essencial num modelo de desenvolvimento assente na economia de mercado e na livre iniciativa.

Uma ação exercida sob regras de funcionamento que devem ser ágeis, para que, no exercício das suas competências, possa ser célere e eficaz na sua missão, sem onerar desnecessariamente as empresas.

Porém, o acompanhamento e repressão de eventuais comportamentos anticoncorrenciais não podem esgotar toda uma estratégia promotora da sã concorrência.

De facto, é perspetiva desta Confederação que deve ser dada uma maior prioridade à prevenção, uma vez que é muito melhor antecipar os riscos e os comportamentos ilícitos do que tentar atuar depois.

É, igualmente, importante, uma atuação pedagógica, junto da sociedade em geral, dando ênfase aos benefícios para o cidadão da sã concorrência entre as empresas e do bom funcionamento dos mercados.

É preciso interiorizar a noção de que as sociedades livres exigem mercados livres e de que só um grau de concorrência efetivo, no mercado doméstico, permite às empresas adquirirem a robustez necessária para enfrentarem os desafios da economia global.

Acresce ressaltar que a necessidade de promoção da concorrência não surpreende, uma vez que o modelo económico da União Europeia (UE) assenta em economias de mercado abertas e em clima de livre concorrência.

De facto, o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa refere, entre outros objetivos da União, o de proporcionar aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas e um mercado interno em que a concorrência é livre e não falseada.

Ao nível nacional, a presença ativa da Autoridade da Concorrência e a existência de legislação que abone a favor da defesa da concorrência afiguraram-se como requisitos essenciais num modelo de desenvolvimento assente na economia de mercado e na livre iniciativa.

A inexistência de um verdadeiro cariz concorrencial na aplicação da legislação existente terá, certamente, consequências negativas ao nível da competitividade das empresas.

Por outro lado, a CIP sempre defendeu, e defende, que é necessário garantir que os requisitos destinados a assegurar a independência da(s) Autoridade(s) da Concorrência e de Regulação Sectorial, como sejam o regime financeiro, a composição do Conselho, a duração dos respetivos mandatos, o regime de incompatibilidades e impedimentos e o estatuto remuneratório

dos mesmos, sejam mantidos de forma a que a fundamental independência desta(s) Autoridade(s) face ao poder económico e ao poder político não seja posta em causa.

Mas as regras de funcionamento da Autoridade da Concorrência também devem ser ágeis, para que a mesma exerça a plenitude dos seus poderes, sem quaisquer receios das repercussões das suas decisões.

Só assim será possível implementar em Portugal uma cultura de concorrência leal e de respeito pelas regras existentes.

A TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA ECN+

Regressando agora à transposição da Diretiva (UE) 2019/01 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 (Diretiva ECN+), cujo processo, à data da elaboração deste Contributo, ainda está em curso, verifica-se que a Diretiva tem por objetivo 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 Diretiva tem, assim, por objetivo garantir a aplicação efetiva da política de concorrência da União Europeia e o bom funcionamento do mercado interno.

Segundo o Considerando 76 da Diretiva em causa, é necessário “[...]assegurar que as ANC dispõem das garantias de independência, dos recursos e das competências de execução e de aplicação de coimas necessários para poderem aplicar de forma eficaz os artigos 101.º e 102.º do TFUE e o direito nacional da concorrência em paralelo com os artigos 101.º e 102.º do TFUE, bem como garantir o bom funcionamento do mercado interno e da Rede Europeia da Concorrência [...]”.

Todavia, a Proposta de Anteprojeto que a visa transpor – a já por diversas vezes referida Diretiva ECN+ – suscita, junto desta Confederação, algumas críticas e preocupações bem vinculadas, de entre as quais se podem destacar as seguintes:

Em primeiro lugar, mas sem qualquer intenção de hierarquização, a Proposta de Anteprojeto que transpõe a citada Diretiva pretende reforçar, e muito, os poderes da Autoridade, indo, inclusivamente, para além do consignado na Diretiva a transpor.

Aliás, a própria Exposição de Motivos que acompanha a referida Proposta de Anteprojeto assume e justifica tal opção, a saber:

“6. Como decorre do n.º 2 do artigo 1.º, em articulação com as definições constantes dos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º da Diretiva, esta apenas se aplica a infrações aos artigos 101.º (acordos anticoncorrenciais e outras formas de colusão) e 102.º (abuso de posição dominante) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (de ora em diante, “TFUE”) e aos artigos nacionais equivalentes (artigos 9.º e 11.º da Lei da Concorrência – de ora em diante, “LdC”) quando aplicados ao mesmo processo e em paralelo, com exceção do que respeita ao artigo 31.º, n.ºs 3 e 4 da Diretiva.

Como é sabido, desde a entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003 que as autoridades de concorrência e tribunais nacionais dispõem de competência para aplicar na íntegra os referidos artigos do TFUE. Ou seja, salvo a referida exceção, a Diretiva não se aplica a infrações puramente nacionais, isto é, àquelas que não são suscetíveis de afetar o comércio transfronteiriço (e às quais não se aplicam, por isso, os artigos 101.º e 102.º do TFUE).

7. Não obstante, a presente Proposta estende o respetivo âmbito de aplicação às infrações puramente domésticas, pelos seguintes motivos:

(i) Unidade do sistema jurídico, evitando-se a criação de dois conjuntos diferentes de regras em função da natureza puramente nacional ou, ao invés, transfronteiriça, da infração em causa;

(ii) Igualdade de tratamento entre infratores;

(iii) Interpretação uniforme, sendo que a jurisprudência nacional tem consistentemente afirmado a pertinência de recorrer à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (de ora em diante, “TJUE”) tendo em vista o interesse da interpretação uniforme do direito da concorrência, mesmo quando estejam porventura apenas em questão infrações puramente domésticas; e

(iv) Certeza jurídica, atento o facto de o critério sobre a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE – i.e. a suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros – ser significativamente elástico, o que poderá aumentar a litigiosidade relacionada com o seu preenchimento, dificultando, no limite, a própria aplicação efetiva do direito e política de concorrência da UE que a Diretiva visa assegurar.” (negrito nosso).

Por outras palavras, a Autoridade da Concorrência entende que o reforço dos poderes previsto na Diretiva deve aplicar-se também a situações nacionais e não, tal como previsto na Diretiva, exclusivamente a situações que possam afetar o comércio entre os Estados-Membros.

Como já se referiu anteriormente, na perspetiva desta Confederação, a Autoridade deve desempenhar o seu importante papel de forma isenta e eficaz.

Sendo assim, não pode esta Confederação deixar de questionar se o princípio da proporcionalidade se encontra presente na opção assumida pela Autoridade.

É que o reforço do poder das Autoridades previsto na Diretiva está direcionado tão só para situações suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros.

Em geral, tais situações assumem uma complexidade, nomeadamente ao nível da investigação, consideravelmente maior do que situações que estejam restringidas ou confinadas ao nível nacional de um Estado-Membro.

Assim sendo, colocar no mesmo patamar essas situações e as situações puramente nacionais levanta as maiores dúvidas sobre o respeito do princípio da proporcionalidade.

Em segundo lugar, também é necessário vincar e deixar bem expresso que, não obstante a sintonia com a Diretiva a transpor, a reformulação da Lei da Concorrência apresenta de forma muito detalhada, se não mesmo minuciosa, os direitos adicionalmente atribuídos à Autoridade da Concorrência.

O mesmo já não se verifica, bem pelo contrário, quanto aos direitos de defesa das empresas e associações de empresas, uma vez que, neste domínio, a Lei se limita a referir, no n.º 5 do artigo 2.º (Âmbito de aplicação), que *“A aplicação da presente lei deve respeitar os princípios gerais do direito da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.”*, não havendo qualquer densificação e/ou detalhe sobre a forma como se concretizam tais princípios ou direitos.

Na perspetiva da CIP, estamos perante uma discrepância e um desequilíbrio cuja eventual justificação se afigura de difícil compreensão, sobretudo tendo em conta que as alterações que se intentam introduzir podem implicar consequências significativas no âmbito dos direitos e da própria vida pessoal dos proprietários, dos trabalhadores, dos investidores, dos parceiros empresariais, entre outros.

Em terceiro lugar, projeta-se, no âmbito das apreensões a efetuar, que os contactos envolvendo trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado não são abrangidos pelo segredo profissional.

Na perspetiva da CIP, a redação projetada contende frontalmente com o artigo 92.º (Segredo profissional) da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, que aprova o Estatuto da Ordem dos Advogados, em conformidade com a Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, e revoga a Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro, e o Decreto-Lei n.º 229/2004, de

10 de dezembro, e com Regulamento de Dispensa de Segredo Profissional [v. Regulamento n.º 94/2006 OA (2ª Série), de 25 de Maio de 2006 / Ordem dos Advogados. Conselho Geral. – Regulamento de dispensa de segredo profissional. Diário da República. – S.2 n.113 (12 junho 2006), p. 8588-8589.], os quais não preveem exceções ao segredo profissional de acordo com o eventual vínculo laboral.

O referido Estatuto não efetua qualquer discriminação legal e estatutária negativa dos “advogados de empresa”, sendo pacífico e assente que todos os advogados inscritos na Ordem dos Advogados beneficiam do regime de proteção legal do sigilo profissional.

Mais, o artigo 68.º (Consulta jurídica) do Estatuto compatibiliza o exercício da advocacia com o vínculo jurídico-laboral e garante mesmo tal exercício, nesse contexto, nos ditames da isenção, autonomia e independência técnicas do Advogado e dos princípios deontológicos e de disciplina da profissão.

Acresce que é também pacífico que o Acórdão de 14 de setembro de 2010 do Tribunal de Justiça da União Europeia, “AKZO”, processo C-550/07 P, não coloca em causa o acima exposto, pelo que a AdC não deve ter o poder de aceder a documentos de advogados inscritos na Ordem dos Advogados.

Em quarto lugar, a Proposta de Anteprojeto prevê que a interpretação da Lei seja efetuada de modo conforme ao direito da União Europeia, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Porém, no n.º 7 do artigo 30.º (Segredos de negócio) a AdC pretende aplicar a definição de segredo de negócio constante do Código de Propriedade Industrial, sem correspondência nem na *soft law* da Comissão nem na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Considera-se, ainda, que a qualificação de segredo de negócio/informação confidencial deverá, no âmbito da Lei da Concorrência, ancorar-se em dois direitos fundamentais, da categoria dos direitos, liberdades e garantias –, a saber, o direito à privacidade da empresa (n.º 1 do artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa) e o direito de propriedade privada (n.º 1 do artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa).

Em quinto lugar, as soluções concretas projetadas, quer quanto às contraordenações quer quanto à determinação da medida da coima, suscitam fortes preocupações.

O legislador ordinário goza de ampla liberdade na fixação dos montantes das coimas aplicáveis, desde que respeitados os limites fixados pelo regime geral do ilícito contraordenacional e desde que as sanções aplicadas sejam efetivas, proporcionais e dissuasoras de modo a garantir o seu efeito preventivo.

O Tribunal Constitucional tem reconhecido ao legislador ordinário uma livre margem de decisão quanto à fixação legal dos montantes das coimas a aplicar, ainda que ressalvando que tal liberdade de definição de limites cessa em casos de manifesta e flagrante desproporcionalidade ou de excessiva amplitude entre os limites mínimo e máximo.

As normas projetadas nos domínios identificados estabelecem um limite máximo para a coima aplicável desproporcionado face ao comportamento sob censura, abrangendo valores completamente discrepantes e sujeitos a elevada discricionariedade.

Mais, no que concerne, em concreto, às associações de empresas projetam-se, igualmente, soluções que não podem deixar de suscitar crítica.

Na perspetiva da CIP, não obstante a Diretiva prever uma coima de 10% do volume de negócios total em moldes similares, a coima máxima aplicável às associações de empresas não é adequada nem proporcional, dado que a sua efetivação representa, apenas e tão só, a falência das organizações, e, conseqüentemente, a destruição dos postos de trabalho que criaram.

Assim sendo, questiona-se o seguinte: Que efeito útil, quer ao nível pedagógico quer ao nível sancionatório, resulta da falência das organizações?

O objetivo, ao invés, deveria ser o de sancionar, corrigir e promover a reformulação e enquadramento dos comportamentos de todas as organizações no âmbito do quadro legal vigente.

Em sexto, e último lugar, a CIP considera preocupante o legislador procurar estender a sanção acessória de privação do direito de participar em procedimentos de contratação pública a todas as empresas – e grupos de empresas – que façam parte da unidade económica da empresa infratora ou que com ela mantenham laços de interdependência.

Tal extensão, além de não estar prevista na Diretiva a transpor, parece-nos excessiva.

De facto, na perspetiva desta Confederação, afigura-se excessivo que, por um erro de apenas uma das empresas do grupo económico, se venha a penalizar todas as outras empresas a ele associadas, impossibilitando a sua participação em todos e quaisquer procedimentos concursais públicos.

Em síntese, não obstante ainda ser cedo para apurar, de forma objetiva e fundada, quais os impactos que a transposição da Diretiva ECN+ poderão provocar no nosso ordenamento jurídico, dado que, por um lado, o processo de transposição, como já se referiu, ainda não se encontra finalizado, e, por outro, é necessário tempo para observar como é que as novas regras serão implementadas e absorvidas no “terreno”, é com acentuada preocupação que

assistimos à apresentação de algumas propostas de medidas, como as identificadas, que, julgamos, terão impacto negativo na promoção de um quadro jurídico que se quer equilibrado, justo e promotor de uma concorrência sã, contribuindo, assim, direta e indiretamente, para o desenvolvimento económico e social de Portugal.