

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO
FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

PORTUGUESE COMPETITION AUTHORITY
INSTITUTE OF ECONOMIC, FINANCIAL AND TAX LAW
OF THE UNIVERSITY OF LISBON LAW SCHOOL

C&R

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO
COMPETITION
AND REGULATION

ANO/YEAR XI • NÚMERO/N.º 42-43
ABRIL/APRIL • SETEMBRO/SEPTEMBER 2020

PERIODICIDADE TRIMESTRAL/QUARTERLY



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO XI • NÚMERO 42-43
ABRIL – SETEMBRO 2020

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Direção/Editorial Chairs

MARIA JOÃO MELÍCIAS • MIGUEL SOUSA FERRO

Presidência do Conselho Científico/Scientific Council Chairs

EDUARDO PAZ FERREIRA • MARGARIDA MATOS ROSA

Presidência do Conselho de Redação/President of the Executive Editorial Board

RICARDO BAYÃO HORTA

Conselho Consultivo/Advisory Board

JOÃO E. GATA • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano XI • Número 42-43

abril-setembro 2020

DIRETORES

MARIA JOÃO MELÍCIAS

MIGUEL SOUSA FERRO (Diretor-Adjunto)

PROPRIETÁRIOS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Av. de Berna, 19

1050-037 Lisboa

NIF: 506557057

IDEF

FACULDADE DE DIREITO

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

NIF: 506764877

SEDE DA REDAÇÃO

Avenida de Berna, 19

1050-037 Lisboa

EXECUÇÃO GRÁFICA

UNDO, L.^{DA}

Estrada do Algueirão, 64

2725-019 Mem-Martins

OUTUBRO 2020

N.º DE REGISTO NA ERC

126126

ESTATUTO EDITORIAL

http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação
são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

A C&R tem uma política de acesso livre e gratuito.

Os artigos poderão ser lidos, descarregados, copiados, distribuídos, impressos, pesquisados ou utilizados para qualquer propósito legal, sem barreiras financeiras, legais ou técnicas. Os autores detêm o controlo da integridade do seu trabalho e o direito a ser reconhecidos e citados.

ÍNDICE

9 EDITORIAL

13 DOUTRINA

13 Doutrina geral

15 Joaquim Miranda Sarmiento & Diogo Nunes da Silva – *A eficiência dos hospitais em regime PPP em Portugal*

49 José Francisco Veiga – *O acórdão n.º 123/2018 do Tribunal Constitucional e as suas declarações de voto: breves notas ao efeito da impugnação das decisões contra ordenacionais de entidades reguladoras*

73 DOSSIER ECN+

75 José Luís da Cruz Vilaça & Mariana Martins Pereira – *Parental liability under the ECN+ Directive and its extension to accessory sanctions*

87 André Veloso Pedrosa, Francisco Espregueira Mendes & Rui Mesquita Guimarães – *O controlo das práticas restritivas da concorrência – nothing else matters?*

117 Luís Henrique – *A transposição da Diretiva ECN+ e o seu impacto no ordenamento jurídico nacional*

127 Joaquim Vieira Peres & Luís Nascimento Ferreira – *Água mole em pedra dura... mais um retoque na noção de empresa*

138 Nuno Ruiz – *A ECN+ não basta*

145 Luís Silva Morais & Lúcio Tomé Feteira – *Algumas notas sobre a Diretiva ECN+ e o seu processo de transposição para o ordenamento nacional*

165 Miguel Pena Machete, Catarina Pinto Xavier & Beatriz Belo – *Direito da concorrência: a necessária reforma por força da Diretiva ECN+*

183 João Pateira Ferreira – *The ECN@2.0. System failure ahead?*

191 Sara Estima Martins – *A Diretiva ECN+ e a (in)admissibilidade das gravações ocultas*

195 Nuno Salazar Casanova, Tânia Luísa Faria, Duarte Peres & Margot Lopes Martins – *A fish out of water – critical analysis of the AdC's draft proposal for the transposition of the ECN+ Directive into Portuguese law*

235 BREVES

237 Miguel Pena Machete & Marlene Sennewald Sippel – *Crise do princípio da primazia do direito da União Europeia: algumas considerações sobre o acórdão do Tribunal Constitucional Alemão de 5 de maio de 2020*

247 Miguel Mendes Pereira & Carla Marcelino – *Regras sobre auxílios de estado em tempos pandémicos: flexão ou torção?*

255 **JURISPRUDÊNCIA GERAL**

255 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – abril a setembro de 2020

263 **Notas Curriculares**

279 **Índice consolidado por temas**

305 **Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação***

307 **Órgãos Sociais**

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Maria João Melícias

Miguel Sousa Ferro

A 31 de março de 2020, a Autoridade da Concorrência apresentou ao Governo, conforme solicitado, uma proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva ECN+, na sequência de um processo amplamente participado pela comunidade jusconcorrencial nacional, tanto por via de um grupo de trabalho com representantes de entidades públicas e empresariais, magistratura, advocacia e academia, como por via de uma ampla consulta pública, entre outras iniciativas. Os contributos recebidos no quadro desta consulta pública, assim como a proposta final e todos os documentos que lhe estão associados, encontram-se disponíveis no website da AdC.

A Diretiva ECN+ deve ser transposta até 4 de fevereiro de 2021. Não

On March 31st, 2020, the Portuguese Competition Authority submitted to Government, upon its request, a draft legislative proposal implementing the ECN+ Directive, following a procedure which garnered the wide-ranging participation of the national antitrust community, both through a working group with representatives of public entities, businesses, judiciary, law firms and academia, and through a broad public consultation amongst other initiatives. The contributions received in the framework of this public consultation, as well as the final proposal and all related documents, are available on the AdC's website.

The ECN+ Directive must be transposed by February 4th, 2021. No developments are publicly known for the

são publicamente conhecidos desenvolvimentos do processo legislativo subsequentes à apresentação da referida proposta.

Entretanto, verificaram-se desenvolvimentos a nível europeu que forneceram contributos para uma visão renovada sobre várias das temáticas em causa nesta reforma das regras de aplicação do direito da concorrência. O tempo permitiu também amadurecer o pensamento.

Neste número duplo da Revista de Concorrência & Regulação, damos continuidade ao debate sobre a Diretiva ECN+ e sobre a proposta de anteprojecto de sua transposição, com reflexões de vários stakeholders a nível da advocacia e comunidade empresarial.

O número 42-43 inclui ainda artigos de doutrina geral, começando com uma análise económica da eficiência dos hospitais em regime de parceria público-privada em Portugal, da autoria de Joaquim Miranda Sarmiento e Diogo Nunes da Silva. Sem prejuízo das necessidades que identificam de alargamento dos parâmetros de análise, os autores concluíram que o modelo PPP mostra desempenhos mais eficientes que o modelo EPE em todos os rácios considerados. Ao mesmo tempo, o estudo destes autores indicou também a viabilidade da eficiência no modelo de gestão pública.

legislative process following the submission of the mentioned proposal.

In the meantime, developments have occurred at European Union level which provided additional food for thought for a renewed approach to several of the issues raised by this reform to competition law enforcement. Time has also allowed to further consolidate thinking.

In this double Issue of the Revista de Concorrência & Regulação, we continue to advance the debate on the ECN+ Directive and on the draft legislative proposal implementing it, with contributions from several stakeholders, including the legal and the business communities.

Issue 42-43 further includes papers of general doctrine, starting with an economic analysis of the efficiency of hospitals run in public-private partnerships in Portugal, authored by Joaquim Miranda Sarmiento and Diogo Nunes da Silva. Notwithstanding their identification of the need for an enlargement of the analysis parameters, the authors conclude that the PPP model shows more efficient performance than the public undertaking model in all the considered indicators. At the same time, these authors' study also indicates the viability of efficiency in the public management model.

José Francisco Veiga regressa ao tema dos efeitos de recurso de decisões contraordenacionais de reguladores independentes, centrando-se no acórdão n.º 123/2018 do Tribunal Constitucional. O autor mostra-se favorável à posição do TC e ao que vê como uma boa solução de compromissos para os interesses conflitantes, ponderados no quadro de um menor peso axiológico das contraordenações em comparação com as infrações penais.

Miguel Pena Machete e Marlene Sennewald Sippel apresentam-nos as suas reflexões sobre o recente acórdão do Tribunal Constitucional alemão que pareceu pôr em risco o primado do direito da União Europeia e a separação de poderes entre as instituições desta e dos Estados-membros.

Por último, Miguel Mendes Pereira e Carla Marcelino fornecem-nos um resumo dos desenvolvimentos no direito europeu dos auxílios de Estado em torno da pandemia do COVID-19, e as suas reflexões sobre as implicações destes desenvolvimentos.

José Francisco Veiga returns to the topic of the effects of appeals of decisions imposing fines by independent regulators, focusing on the Constitutional Court's judgment no. 123/2018. The author sides with the position of the Court and with what is described as a good compromise solution for the conflicting interests, considered in the framework of a smaller axiological importance of misdemeanors in comparison with crimes.

Miguel Pena Machete and Marlene Sennewald Sippel present us with their views on the recent judgment of the German Constitutional court, which seemed to jeopardize the primacy of European Union Law and the separation of powers between the institutions of the EU and of the Member States.

Lastly, Miguel Mendes Pereira e Carla Marcelino put forward an overview of the developments in EU State aid law around the COVID-19 pandemic, and give us their opinion on the implications of these developments.

C&R

DOCTRINA

Doutrina geral

A EFICIÊNCIA DOS HOSPITAIS EM REGIME PPP EM PORTUGAL

*Joaquim Miranda Sarmento**

*Diogo Nunes da Silva***

ABSTRACT *In the last decades, we have witnessed the proliferation of new instruments of public management, namely Public-Private Partnerships (PPP). Despite the use of PPPs in the health sector, there is some controversy as to whether this model is more efficient than the public. This study aims to compare the efficiency between the management of hospitals under the PPP regime in Portugal – Braga, Vila Franca de Xira, Loures and Cascais and that of public hospitals, in the period between 2013 and 2017. For the evaluation of efficiency, a homogeneous group of comparable hospitals was selected, and two different approaches were used – Econometric and Data Envelopment Analysis (DEA). The results obtained showed that PPP hospitals were, on average, more efficient than public hospitals in the analysed period.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Revisão de literatura. 3. O caso Português de PPP na Saúde. 4. Metodologia e dados. 5. Resultados e discussão. 6. Síntese conclusiva

KEYWORDS Public Private Partnerships; Hospital efficiency; DEA; Portugal

JEL CLASSIFICATION H540; I180; C670

Palavras-chave Parcerias Público-Privadas, Eficiência Hospitalar, DEA, Portugal.

* Professor Auxiliar com Agregação no ISEG – Lisbon School of Economics and Management, Universidade de Lisboa; Ph.D in Finance, Tilburg University.

** Mestre em Ciências Empresarias pelo ISEG – Lisbon School of Economics and Management, Universidade de Lisboa.

1. INTRODUÇÃO

A sustentabilidade dos sistemas nacionais de saúde é hoje uma preocupação global, tendo em conta os desafios colocados aos governos (Roehrich et al., 2014). O crescimento populacional, o envelhecimento, a maior exigência por parte dos utentes e o aumento da prevalência de doenças crónicas são exemplo disso mesmo (Caballer-Tarazona et al., 2016). Os obstáculos para a sustentabilidade incluem a fragmentação dos sistemas de saúde e as restrições orçamentais ao nível dos recursos humanos e do investimento em tecnologia (Wong et al., 2015). O modelo de PPP nos sistemas de saúde públicos apresentou um crescimento significativo nas últimas décadas, tendo em vista um aumento de eficiência em relação aos modelos tradicionais, tirando vantagem da experiência da gestão privada, da competitividade da alocação dos contratos e da transferência da maioria do risco de investimento para o sector privado (Comendeiro-maaløe et al., 2019; Marques, 2018).

No sector da saúde, Portugal provou ser pioneiro na utilização de PPP para gerir edifícios hospitalares, bem como serviços médicos integrados no Serviço Nacional de Saúde (SNS). Esta inclusão, apesar de inovadora, continua a ser alvo de opiniões divergentes por parte da comunidade académica e científica (Macário et al., 2015).

Com o objectivo de perceber se estas PPP são, por si só, sinónimo de eficiência, o presente estudo comparou a eficiência dos 4 hospitais PPP portugueses (Braga, Vila Franca de Xira, Loures e Cascais) com a dos hospitais públicos entre 2013 e 2017. Refira-se que a maioria dos estudos revistos, utiliza unicamente um modelo para análise de eficiência, baseado em múltiplos *inputs* e *ouputs* para uma determinada amostra de hospitais, sem ter em consideração muitas das suas características. No sentido de superar algumas destas limitações, foram utilizadas duas metodologias distintas para a análise de eficiência (Econométrica e DEA) e incluídos apenas hospitais com características e tipologia de serviços semelhantes.

Depois de analisar os resultados das duas metodologias, foi possível concluir que os hospitais PPP foram, em média, mais eficientes que os EPE para o período considerado.

Na próxima secção, é realizada uma breve revisão da literatura que incide sobre os principais conceitos das PPP e evolução histórica deste modelo e são abordados vários estudos nacionais e internacionais no âmbito da eficiência hospitalar. O capítulo 3 descreve a experiência portuguesa com as PPP, os seus principais intervenientes e os aspectos contratuais mais relevantes. No capítulo 4, são descritas as duas metodologias utilizadas, e na secção seguinte

são apresentados e analisados os resultados. No capítulo 6, são apresentadas as principais conclusões e limitações do estudo. O documento termina com as referências bibliográficas e anexos complementares.

2. REVISÃO DE LITERATURA

Apesar de não existir uma definição consensual para as PPP, estas podem ser descritas como “*Um contrato de longo prazo entre uma empresa privada e um governo ou organização pública, para o fornecimento de um bem ou serviço público, no qual a empresa privada assume uma responsabilidade significativa em termos de risco e gestão*” (Roehrich et al., 2014). Tendo como base a literatura existente, as características significativas das PPP incluem a cooperação; relacionamentos de longa duração; desenvolvimento de produtos ou serviços mútuos; partilha do risco, custos e benefícios; e adição de valor para ambos os parceiros (Kostyak et al., 2017; Howell et al., 2018). Além disso, em comparação com formas mais tradicionais de colaboração, as PPP têm três características específicas, como sugerido por Zhang et al. (2009). Primeiro, os parceiros em regime de PPP não partilham uma estrutura de propriedade comum: de um dos lados encontra-se uma organização pública, como um governo, enquanto do outro encontra-se uma organização privada, como um empreendimento comercial. Neste sentido, as duas organizações tendem a perseguir diferentes metas operacionais e estratégicas. Segundo, enquanto as colaborações tradicionais normalmente envolvem produtos privados como resultado, os resultados das PPP são sempre bens e serviços públicos ou semi-públicos em benefício de terceiros. Estes terceiros podem ser a sociedade em geral, mas geralmente não é um cliente directo de nenhum dos parceiros. Terceiro, as PPP geralmente permanecem em vigor entre parceiros específicos por longos períodos de tempo (Zhang et al., 2009; Torchia et al., 2015).

De acordo com Chung (2012), a diferença entre PPP, *public procurement* ou privatização reside na divisão de responsabilidades ao longo dos vários estágios do projecto de PPP, entre o parceiro público e o parceiro privado que, por sua vez, têm diferentes objectivos, interesses e preferências de risco. Segundo Sarmiento & Renneboog (2016), no *public procurement* o governo é responsável por todos os estágios do processo, incluindo o projecto, risco, custos, orçamentação, financiamento e propriedade. Por oposição, numa privatização cabe ao sector privado assumir todas as responsabilidades. Os autores apontam ainda que num processo de PPP, algumas fases do projecto são

da responsabilidade do parceiro público e outras do privado, existindo, desta forma, uma partilha do risco por parte destas duas entidades.

O processo de avaliação pelo qual as agências públicas estudam um potencial projecto de PPP em todo o mundo é denominado de *Value for Money* (VfM) (Ren et al., 2019). Através do VfM, é possível avaliar o custo diferencial entre um procedimento de aquisição tradicional e um procedimento alternativo (Yescombe & Farquharson, 2018). O VfM numa PPP está relacionado com a ideia de que estas parcerias podem produzir um fluxo de serviços pelo menos equivalente, em qualidade, ao que poderia ser fornecido pelo sector público, mas a um custo global mais baixo (particularmente a alocação de risco). Geralmente, existem dois componentes de VfM: um quantitativo (incluindo todos os factores que podem ser medidos pelo comparador do sector público) e um qualitativo (aspectos que não podem ser quantificados) (Sarmiento, 2010). Tipicamente, uma avaliação quantitativa requer uma comparação entre a opção PPP escolhida e a alternativa pública (*Public Procurement*), calculada através do *Public Sector Comparator* (PSC) (Ren et al., 2019). De acordo com Kweun et al. (2018), os elementos core do PSC incluem: PSC bruto, risco retido, risco transferível e neutralidade competitiva. O PSC bruto inclui os custos directos (incluindo o custo de capital e custo de operação e manutenção) e os custos indirectos que incluem as despesas gerais associadas ao projecto. O risco retido traduz-se em riscos que permanecem dentro do órgão público, não sendo, portanto, transferidos para o sector privado. O risco transferível refere-se a riscos que o sector público é capaz de transferir para o privado. No PSC, este risco (transferível) é descrito como um custo que o órgão público espera pagar ao longo do projecto num cenário de *public procurement*. A neutralidade competitiva refere-se a qualquer vantagem competitiva ou desvantagem para o sector público, não acessível ao sector privado. Esta pressupõe que as empresas governamentais não usufruam de vantagens competitivas sobre seus concorrentes privados, simplesmente por serem propriedade do Estado (Zwalf, 2017; Kweun et al., 2018).

O PSC é baseado em estimativas de custos totais, receitas e riscos, estabelecidos em termos de fluxo de caixa, descontados pela taxa do sector público para determinar o valor presente líquido, e depois comparados com o valor descontado de pagamentos (junto com riscos e custos retidos pelo sector público) ao fornecedor privado. Esta análise pode ser feita antes da licitação, usando um comparador hipotético do sector público e uma parceria pública “fantasma”, ou antes da aprovação final do negócio (Sarmiento, 2010; Yescombe & Farquharson, 2018). O custo calculado da adopção do modelo de

PPP, como modelo de aquisição, deve ser sempre menor do que o valor provável de um modelo público tradicional (Yescombe & Farquharson, 2018).

O sucesso do modelo de gestão PPP reside na sua capacidade de alocar os riscos, associados ao fornecimento de infraestruturas e serviços, de forma mais eficaz do que outras abordagens (Cappellaro et al., 2017). Este é provavelmente o aspecto mais contencioso da construção do PSC (Yescombe & Farquharson, 2018). O sector público deve encontrar a alocação de risco ideal para determinar qual a melhor parte para gerir cada risco. Transferir poucos riscos para o sector privado torna o projeto ineficiente, enquanto uma transferência excessiva pode resultar em pagamentos mais avultados e, portanto, num menor VfM (Sarmiento, 2010)¹. No entanto, e apesar destes pressupostos, ainda não existe consenso de que as PPP levem, em média, a custos mais baixos ou a menores valores contratuais (Thadani, 2014). Barlow & Köberle-gaiser (2009) realizaram várias pesquisas, no âmbito da concepção e construção de hospitais PPP no Reino Unido, que mostraram que a predominância de *players* financeiros na decisão de entrega do projecto contribuiu para sufocar a inovação. Os autores apontam que as características de agregação e transferência de risco no modelo PPP não parecem ter levado ao tipo de inovações de redução de custos previstas pela teoria.

No final dos anos 90, após a introdução de novas reformas, verificou-se uma mudança gradual na mentalidade dos governos que enfatizava os valores da coesão social, através da construção de redes e formação de parcerias (Zwalf, 2017). A nível global, instituições como a Organização Mundial da Saúde (OMS), desempenharam um papel significativo na formulação de políticas e padrões de cuidados de saúde e incentivaram parcerias entre o

1 De acordo com Hellowell (2016), a transferência de risco é normalmente obtida de duas maneiras:

1) O pagamento à entidade privada é feito à medida que os objectivos do contrato vão sendo atingidos, criando um incentivo para que o operador garanta que o serviço está a ser prestado de acordo com os pressupostos previamente estabelecidos. A taxa de pagamento é acordada antes da entrega das mercadorias ou dos serviços contratados e é baseada nos custos de produção previstos para o operador privado, incluindo o custo de capital. A facturação e o pagamento ocorrem após a entrega do serviço e incluem um elemento associado ao desempenho, em termos de disponibilidade e qualidade de activos e serviços contratados. Portanto, se o pagamento está vinculado a indicadores de performance específicos e mensuráveis, se estão criados mecanismos fiáveis para a sua monitorização e verificação de desempenho e se as relações contratuais são amplamente equitativas entre as partes, então qualquer falha do operador privado em alcançar resultados específicos resulta em perdas financeiras. Desta forma, a entidade privada tem um forte incentivo para evitar perdas e, portanto, de cumprir as suas obrigações especificadas contratualmente; 2) O mecanismo de pagamento limita efectivamente a receita total do operador, criando um incentivo para que a este minimize seus custos de produção. Se ainda se assumir que os processos de licitação são competitivos e que os operadores privados podem prever as oportunidades de minimizar os custos, a estrutura de incentivos pode reduzir o preço dos contratos para o comprador (Hellowell, 2016).

Estado e o sector privado, ao nível do financiamento, investigação e prestação de cuidados de saúde (Kostyak et al., 2017). Adicionalmente, o aumento da pressão financeira sobre os prestadores de saúde públicos e privados, contribuiu para que os gestores olhassem para estas parcerias como uma forma de atender às necessidades de saúde da população, racionalizando a alocação dos seus recursos (Macário et al., 2015). Os governos sufocados pelas restrições orçamentais podiam, desta forma, contornar um avultado custo de investimento, delegando a gestão e o risco para o parceiro privado, proporcionando um serviço de qualidade, associado a um eficiente controlo de custos (Torchia et al., 2015).

O modelo de PPP no sector hospitalar pode (ou não) incluir a exploração privada dos serviços clínicos (Bernal-delgado et al., 2018). No modelo *Private Finance Initiative* (PFI), muito utilizado no Reino Unido, o parceiro privado é responsável pelo fornecimento da infraestrutura e equipamentos hospitalares, não sendo, no entanto, responsável pela prestação cuidados de saúde (Barlow & Köberle-gaiser, 2009). No modelo PPP, cabe também ao sector privado a prestação dos serviços clínicos (Franco Miguel et al., 2019). Em teoria, este tipo de colaboração pode ser benéfico sabendo das dificuldades financeiras de muitos governos, não só ao nível da aquisição de equipamentos e tecnologia, mas também dos recursos humanos. Contudo, apesar destes pressupostos, não existe consenso dentro da comunidade científica de que a gestão PPP é realmente mais eficiente. A decisão de alguns governos em delegar também os serviços clínicos foi baseada em mais-valias normalmente associadas à gestão privada, nomeadamente o aumento da eficiência (Bernal-delgado et al., 2018). No caso da gestão hospitalar, o estabelecimento destas parcerias permite o financiamento e fornecimento de hospitais públicos, garantindo os custos operacionais e de construção (Thadani, 2014).

À medida que o interesse cresce à volta deste modelo, crescem também os seus críticos que defendem uma abordagem mais regrada em relação aos seus alegados benefícios (Roehrich et al., 2014). De acordo com o estudo do Banco Mundial realizado por Klein (2015), não é claro que as PPP sejam efectivamente mais eficientes que as empresas públicas. Citando o autor, “*A evidência sugere que empresas públicas bem administradas tendem a igualar o desempenho de empresas privadas em sectores regulamentados*”.

Os hospitais são considerados parte essencial dos sistemas de saúde e consomem uma grande fatia dos seus recursos. Neste sentido, a melhoria do seu desempenho é vital para consumir os recursos de forma mais eficiente e reduzir as despesas de saúde dos utentes (Omrani et al., 2018). Alonso et al.

(2015) refere que, quando se fala em eficiência da saúde pública, é importante distinguir a eficiência alocativa (a proporção adequada dos recursos utilizados tendo em conta o preço) e a técnica (uso apropriado de recursos)². O conceito de eficiência técnica reflecte a noção seminal de eficiência de Farrell (1957): 1) eficiência orientada para os *inputs* indica a capacidade de cada *Decision Making Unit* (DMU), neste caso os hospitais, de minimizar o consumo de *inputs* para um determinado nível de produção; 2) eficiência orientada para os *outputs*, reflecte a capacidade de cada DMU em maximizar os seus resultados dentro de um determinado nível fixo de *inputs*. No sector hospitalar, o método DEA têm sido a abordagem mais comum quando se mede a eficiência técnica (Alonso et al., 2015). A DEA usa os dados observados para formar a fronteira de produção, sendo que eficiência relativa pode ser medida de acordo com a distância da DMU até essa fronteira (Chen & Wang, 2019). Um outro método que tem sido também bastante utilizado para medir a eficiência hospitalar é o método paramétrico *Stochastic Frontier Analysis* (SFA), desenvolvido por Aigner et al. (1977). Nesta abordagem, a fronteira de produção é estimada através de modelos econométricos. Ao contrário do método DEA, a SFA utiliza segmentos lineares que definem a fronteira por troços (Dellnitz & Kleine, 2019; Chen & Wang, 2019). De forma muito simples, a diferença entre os dois métodos é que a SFA determina a eficiência da organização em relação a uma fronteira teórica, enquanto que a abordagem não paramétrica (DEA) determina a eficiência da DMU em relação a outras organizações da mesma actividade (Fall et al., 2018).

A Tabela I em anexo ilustra alguns estudos realizados nos últimos anos, que comparam a eficiência da gestão hospitalar pública com o modelo PPP e outras NPM.

Na literatura actual, a grande maioria dos estudos que comparam a eficiência do modelo PPP Hospitalar com o tradicional público foram realizados em Espanha. Dos estudos revistos, apenas metade (Franco Miguel et al., 2018, 2019; X. Li et al., 2015; A. Nunes & Matos, 2017) revelaram superioridade do modelo PPP em relação ao público. Em relação às pesquisas realizadas em Portugal, a pesquisa realizada pela Entidade Reguladora da Saúde (2016) não encontrou diferenças significativas na eficiência entre estes dois modelos de gestão. Já o estudo de Nunes & Matos (2017) conclui que, em termos médios, os hospitais PPP foram eficientes quando comparados entre si e os demais

2 Devido à falta de dados confiáveis, o presente estudo irá concentrar-se apenas na dimensão de eficiência técnica.

hospitais públicos. O estudo realizado por Bernal-delgado et al. (2018), que incluiu 67 Hospitais e outros 51 prestadores de saúde, demonstrou alguma superioridade das PPP em algumas áreas específicas, revelador de um grau de especialização significativo. Não obstante, e apesar desta diferenciação, não foram encontradas diferenças estatisticamente significativas entre os dois modelos de gestão. Refira-se que não foram identificados estudos em países com uma amostra mais significativa de hospitais NPM, como é o caso do Reino Unido.

Uma das questões cruciais quando se pretende medir a eficiência hospitalar é assegurar que o grupo de hospitais analisados (DMUs) seja homogéneo, definido com base em critérios objectivos, de forma garantir que estes tenham características, serviços e objectivos similares e, portanto, possam ser comparáveis (Omrani et al., 2018). A maioria das análises descritas na Tabela I compara os hospitais de forma indiscriminada, sem ter em conta muitas das suas características (dimensão, oferta, complexidade, ensino, peso dos internos, etc.). Apenas o estudo da Entidade Reguladora da Saúde (2016), seleccionou um grupo homogéneo de hospitais com base em múltiplos factores diferenciadores. Já a pesquisa efectuada por Caballer-Tarazona et al. (2016), recorre apenas à criação de dois grandes *clusters* para análise, com base unicamente na sua dimensão. No sentido de garantir a homogeneidade das amostras analisadas, foram apenas incluídos neste estudo, os hospitais gerais com maior nível de diferenciação, pertencentes aos grupos hospitalares B, C e D da ACSS.

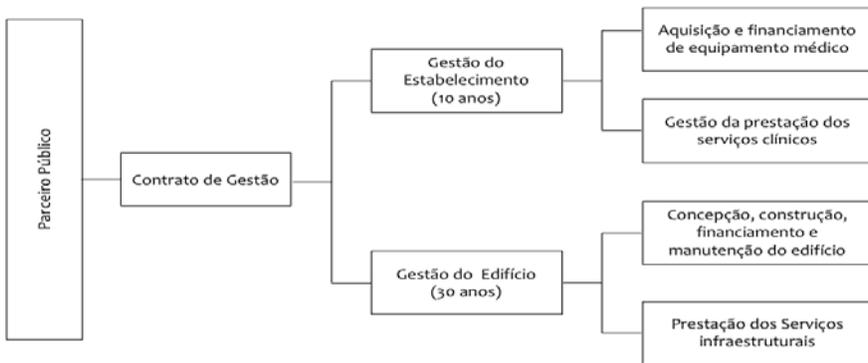
3. O CASO PORTUGUÊS DE PPP NA SAÚDE

Para todos os quatro hospitais PPP considerados (Cascais, Loures, Vila Franca de Xira e Braga) existem dois parceiros envolvidos nos serviços de saúde. O parceiro público é representado pela Administração Regional de Saúde (ARS) da área de influência do hospital. Os parceiros privados são organizações competitivas com fins lucrativos e com ampla experiência na gestão em saúde, cujo principal acionista é um dos três prestadores de saúde privados mais conhecidos em Portugal: José de Mello, Lusíadas e Luz Saúde.

Uma correcta definição dos termos contratuais é apontada unanimemente como um factor crítico para o sucesso de qualquer PPP, pois existem muitos exemplos de contratos que não forneceram VfM (Hall, 2015). A maioria destes contratos é renegociada (normalmente com condições menos atractivas para o sector público) ou sujeita a uma rescisão antecipada. A existência

de conflitos e, ocasionalmente, litígios não é incomum e coloca em causa a qualidade do serviço prestado (Marques, 2018). Nunes & Matos (2017) apresentam alguns dos pontos-chave na definição dos contratos de PPP para os hospitais portugueses. De acordo com os autores, a contratação tem como base dois contratos: 1) Gestão do edifício por um período de trinta anos; 2) Gestão dos serviços de prestação de cuidados de saúde, com uma duração de dez anos e renovável (até o máximo de três renovações). Na Figura 1, é possível observar o modelo contratual para os serviços clínicos e de infraestrutura.

Figura 1 – Modelo Contratual – Prestação de serviços Clínicos e de Infraestrutura



Fonte: Autores

A escolha do parceiro é realizada através de concurso público, onde é selecionada a melhor proposta económica. O financiamento inclui a construção e manutenção do edifício através de transferências anuais parceladas, de acordo com o exposto nos contratos (Nunes & Matos, 2017). Ao nível da gestão clínica, as transferências são efectuadas em função da produção e dos resultados alcançados, estando sujeito a penalizações no caso de incumprimento. Em relação aos pagamentos à Entidade Gestora do Estabelecimento, estes são baseados em indicadores de produtividade clínica ao nível das componentes core da sua actividade – internamento, consulta externa, urgência, hospital de dia e pela disponibilidade do Serviço de Urgência. A remuneração da Entidade Gestora do Edifício tem como base a disponibilidade da infraestrutura (Marques, 2018; Nunes & Matos, 2017).

Tendo em conta a extensa área de actuação e a natureza distinta das actividades incluídas nestes contratos, a parceria é composta por duas entidades com responsabilidades e funções distintas, numa óptica de cooperação e complementaridade. Os mecanismos de pagamento são também distintos, de modo a facilitar a criação de sinergias entre as duas entidades gestoras e uma adequada transferência de risco pelas entidades estatais (ACSS, 2019a).

A avaliação é feita de forma permanente por uma equipa de gestão de contrato e pela “Estrutura de Missão de Parcerias. Saúde”(EMPS), nomeada em Conselho de Ministros (Nunes & Matos, 2017).

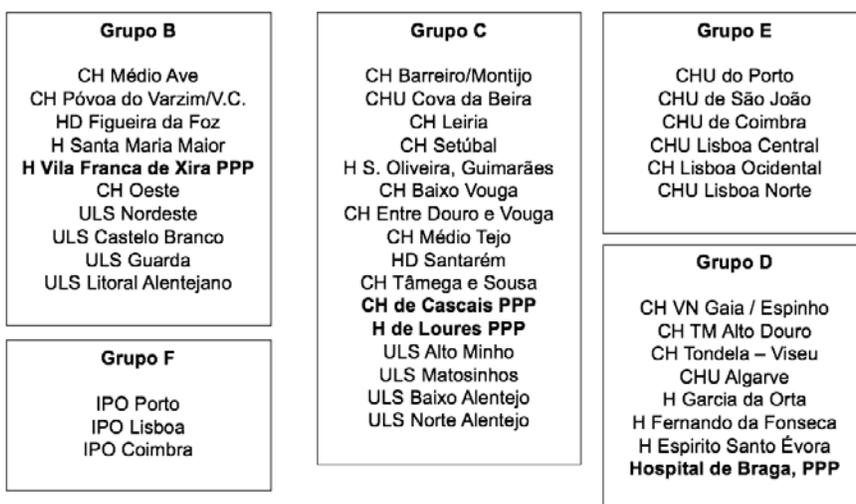
4. METODOLOGIA E DADOS

Nas últimas décadas, temos assistido ao crescimento de novos modelos de gestão pública, nomeadamente de PPP (Zwalf, 2017). O sector da saúde têm sido um dos mais visados para a celebração destes contratos, em especial as organizações hospitalares (Nunes, 2017). Ao contrário do que acontece em muitos países, o Estado Português delega também ao parceiro privado a prestação dos cuidados de saúde, para além da gestão da infraestrutura. Esta decisão deve-se, não só, aos custos elevados da gestão clínica, mas também à suposta eficiência da gestão privada ao nível da redução de custos e qualidade do serviço (Barros, 2017). Refira-se que, até ao momento, não existe consenso na comunidade académica e científica em relação à maior ou menor eficiência deste modelo (PPP) comparativamente ao público. Neste sentido, o presente estudo visa responder à questão: “*Serão os hospitais PPP em Portugal mais eficientes que os públicos?*”. Para este efeito, foram utilizadas duas metodologias distintas: Econométrica e Análise Envoltória de dados.

Antes de iniciar o estudo quantitativo, foi selecionado um conjunto homogéneo de hospitais. Segundo Chen & Wang (2019), a homogeneidade das DMUs selecionadas constitui uma condição obrigatória para a realização de uma DEA, em qualquer sector de actividade. Esta selecção deve ser feita com base em critérios objectivos, de forma garantir que as organizações tenham características, serviços e objectivos similares e, portanto, possam ser comparáveis (Omrani et al, 2018). Neste sentido, foram utilizados, como ponto de partida, os grupos de hospitais definidos pela ACSS, representados na Figura 2. De acordo com a ACSS (2016), os hospitais foram agrupados com base em diferentes efeitos com impacto na sua estrutura e custos, e em 22 variáveis distintas. Foram considerados efeitos de dimensão, escala (nível de produção), ensino, oferta, complexidade e contexto (características dos edifícios ou

área de influência). Relativamente às variáveis utilizadas pela ACSS (2016), incluem-se as horas dos médicos, horas de enfermeiros, camas, equipamentos, salas de bloco operatório, hospital universitário, consultas, urgências, equipamentos diferenciados, Grupos de Diagnósticos Homogêneos (GDH)³, entre outras. Tendo em vista a restrição da análise aos hospitais gerais com maior nível de diferenciação, foram apenas considerados hospitais com um Serviço de Urgência do tipo médico-cirúrgico⁴ ou polivalente⁵. Desta forma, foram excluídos: os hospitais psiquiátricos e do grupo F, por corresponderem a hospitais especializados; os hospitais do grupo A, pelo seu menor grau de diferenciação; e os hospitais do grupo E, pela sua grande dimensão e escala de produção. Assim, foram identificados 34 hospitais para análise, incluindo 4 em regime de PPP, correspondentes aos grupos B, C e D.

Figura 2 – Grupos de Instituições de Saúde ACSS



Fonte: (ACSS, 2016)

3 Sistema de classificação de doentes internados em hospitais de agudos que agrupa os doentes em grupos clinicamente coerentes e similares do ponto de vista do consumo de recursos (ACSS, 2019b).

4 Este serviço inclui equipas de cirurgia geral, ortopedia, medicina interna e bloco operatório 24h (Unidade de Instalações e Equipamentos e ACSS – Administração Central do Sistema de Saúde IP, 2015).

5 Este serviço inclui todas as valências de uma urgência do tipo Médico-cirúrgico, mais cirurgia cardiotorácica, cardiologia de intervenção, cirurgia vascular, cirurgia plástica, e neurocirurgia.

Neste caso, todas as PPP hospitalares estão incluídas nestes grupos, pelo que não será necessário o recurso a mais do que um conjunto homogéneo para a avaliação de eficiência. Refira-se que este conjunto de hospitais foi utilizado em ambas as metodologias (Econométrica e DEA).

Numa primeira etapa, foram recolhidos todos os dados necessários⁶ para análise do conjunto de hospitais selecionados. Estes dados foram obtidos com o recurso à base de dados disponibilizada pela ACSS na sua página de *benchmarking* de hospitais⁷, ao Portal da Transparência do Ministério da Saúde⁸ e à base de dados *Amadeus Financial Data Base* para os dados financeiros dos hospitais PPP. A partir da soma de todos os *outputs* produtivos⁹, foi calculado o factor “*produção*”. Todos os *outputs* utilizados para o cálculo deste factor foram também utilizados por Moreira (2008), no âmbito da análise de eficiência dos hospitais públicos portugueses. Posteriormente, foram calculados rácios de eficiência, que constituíram as variáveis dependentes (Tabela II em anexo).

De forma a verificar se o conjunto de dados das variáveis dependentes seguiam uma distribuição normal, foram realizados testes de normalidade – teste de densidade de *Kernel* e teste *Pnorm*. Através da análise visual dos gráficos de resíduos para as 3 variáveis dependentes (Gráficos 1,2 e 3 em anexo), foi possível admitir a normalidade dos dados analisados.

Como variáveis independentes, foram utilizadas o grupo hospitalar (*grupo*), tipo de gestão (*ppp*), anos > 2014 (*ano2014*) e anos > 2015 (*ano2016*). Para efeito de controlo usou-se uma variável dummy para cada região do país: *Região* (*norte, centro, lvt, alentejo e algarve*). O objetivo é controlar a heterogeneidade das diferentes regiões de Portugal em matérias que possam impactar na saúde das pessoas e, por essa via, na eficiência dos hospitais. Na Tabela III, é possível observar a descrição, código e tipo das variáveis independentes utilizadas.

O principal foco deste estudo é estudar a influência da variável *ppp* na eficiência hospitalar. No sentido de isolar a influência desta variável sobre a variável dependente, foram identificados outros factores que podem afectar

6 Número de pessoal, custo com o pessoal, custos operacionais, número de sessões hospital dia, total de atendimentos na urgência, número de doentes saídos do internamento, número de cirurgias programadas ambulatório e total de consultas externas.

7 Disponível em <http://benchmarking.acss.min-saude.pt>.

8 Disponível em <https://www.sns.gov.pt/transparencia/>.

9 Número de sessões Hospital dia + Total de Atendimentos na urgência + Número de doentes saídos do internamento + Número de cirurgias programadas ambulatório + Total de consultas externas.

o desempenho dos hospitais (para além do modelo de gestão), como o grupo hospitalar, a região e a conjuntura política, aqui representada pelas variáveis *ano2014* e *ano2016*, que espelham o impacto da saída da troika do país e a mudança de governo, respectivamente. Estas variáveis constituíram as variáveis de controlo.

Uma vez definidas as variáveis independentes, foram realizados testes para verificar a existência de multicolinearidade, isto é, altos graus de correlação entre as variáveis. Esta correlação causa sérios problemas nas estimativas de mínimos quadrados dos coeficientes de regressão (Yue et al., 2019). A matriz de correlação representada na Tabela V, apresenta um valor fora do limite aceitável (acima de 0,6 ou abaixo de -0,6) como fonte potencial de multicolinearidade entre duas variáveis independentes¹⁰, nomeadamente entre as variáveis *ano2014* e *ano2016*.

De forma a testar a significância das variáveis em estudo, foi corrido um teste de *Wald*. Este teste tem a vantagem de poder ser usado para vários parâmetros em simultâneo e funciona testando a hipótese nula de que um conjunto de parâmetros não estão relacionados (Helwig, 2019; Wooldridge, 2012). De acordo com os resultados obtidos para todas as variáveis (valor de $P = 0.00$), a hipótese nula foi rejeitada, indicando que as variáveis analisadas têm influência no modelo obtido.

A existência de heteroscedasticidade é uma grande preocupação na aplicação da análise de regressão, incluindo a análise de variância, pois pode invalidar a significância dos testes estatísticos que pressupõem que os erros de modelagem são uniformes e não correlacionados (Li et al., 2019). Para testar a heteroscedasticidade, foi realizado um teste de *Breusch-Pagan* com a formulação da hipótese nula de variância constante. Os resultados não provaram a existência de heteroscedasticidade, isto é, a hipótese nula não foi rejeitada (valor de $P = 0,1306$)¹¹. Bickel (1978) aponta que este teste (*Breusch-Pagan*) parte do pressuposto que a heteroscedasticidade é uma função linear das variáveis independentes e que não encontrar evidências de heteroscedasticidade, não exclui uma relação não linear entre as variáveis independentes e a variação do erro. Neste sentido, foram usados erros de padrão robustos para

10 A fim de evitar problemas de multicolinearidade, optou-se pela utilização destas duas variáveis (*ano2014* e *ano2016*) de forma alternada, ou seja, correu-se múltiplas regressões, de forma a que cada modelo utilizasse apenas uma destas variáveis separadamente.

11 Foi considerado um nível de significância de 0,1.

obter erros padrão imparciais de coeficientes *Ordinary least squares* (OLS) sob heterocedasticidade.

Para verificar se o modelo utilizado sofria de variáveis omitidas, foi executado o teste de *Ramsey*. Depois de analisar o resultado (valor de $P = 0,8439$), não foi rejeitada a hipótese nula de que o modelo não apresenta variáveis omitidas, ou seja, não sofre de endogeneidade (Wooldridge, 2012). O último teste a ser efectuado antes da regressão, foi o *linktest* para testar a especificação. Tendo em conta o resultado obtido (valor de P de *hatsq* $> 0,1$), foi possível considerar que o modelo foi corretamente especificado.

Recorreu-se ao uso de estimadores *Generalized least squares* (GLS), para evitar problemas associados à presença de heterocedasticidade. Tendo em conta a existência de *time-invariant variables* (variáveis que não variam com o tempo) no presente modelo, utilizou-se a opção *random effects*. A opção de *random effects* assume que o termo de erro da entidade não está correlacionado com os predictores, permitindo que as *time-invariant variables* desempenhem o papel de variáveis explicativas (Torres-Reyna, 2007). De forma a controlar as características intrínsecas de cada organização, que podem afectar a sua eficiência, foram introduzidos *firm effects* em todas as regressões efectuadas. Adicionalmente, foram utilizados *year effects* para controlar a influência do factor tempo sobre a variável dependente, assegurando que os efeitos registados se devem ao impacto da variável independente e não a questões temporais.

Na segunda metade deste estudo, a avaliação de eficiência foi realizada através do recurso à Análise Envoltória de Dados (DEA). Este método não paramétrico permite a medição da eficiência técnica relativa de organizações da mesma actividade, com base em múltiplos *inputs* e *outputs* (Chen & Wang, 2019). Foi utilizado o modelo introduzido por Charnes, Cooper & Rhodes (1978) (CCR), que assume Retornos Constantes de Escala (CRS), isto é, uma alteração dos *inputs* deve produzir uma mudança proporcional nos *outputs*. O modelo clássico CCR, é orientado aos *inputs*, pois tem como objetivo verificar se os *inputs* podem ser reduzidos, dado um determinado nível *outputs*, ou seja, minimiza os *inputs* e mantém o nível de *outputs*.

A metodologia CRS é a mais utilizada quando se mede eficiência hospitalar (O'Neill et al., 2008) e possibilita uma comparação entre unidades de grande escala e unidades de pequena escala (Garcia-Lacalle & Martin, 2010). Este factor ganha maior relevância se tivermos em conta que, apesar dos hospitais seleccionados para análise apresentarem características e serviços semelhantes, existem diferenças na sua dimensão e volume de produção.

Adicionalmente, o uso de retornos variáveis de escala causaria perda de poder discriminatório, tendo em conta que o número de hospitais analisados foi limitado pela necessidade de assegurar a sua homogeneidade (Herrero Tabanera et al., 2015). Relativamente à orientação dos *inputs* e *outputs*, a maioria da literatura internacional sugere que, no caso da análise do sector público, a orientação aos *outputs* é mais questionada do que a orientação aos *inputs* (Franco Miguel et al., 2018). Contudo, ao considerar retornos constantes de escala, o resultado é idêntico, independentemente da orientação do modelo (Narayan & Narayan, 2008).

Um dos passos mais importantes na avaliação de hospitais, é seleccionar os *inputs* e *outputs* adequados (Omran et al., 2018). Neste sentido, diferentes investigadores seleccionaram diferentes variáveis. No presente estudo, foram seleccionados alguns dos *inputs* e *outputs* seleccionados por Moreira (2008), tendo em conta as características dos hospitais portugueses e os dados disponíveis para análise. Assim, foram seleccionados como variáveis de *input*¹²: o número de pessoal, custos com o pessoal, custos operacionais e lotação¹³ (média anual). No que respeita aos *outputs*¹⁴, foram seleccionados o número de sessões de hospital de dia, número de atendimentos do serviço de urgência, número de doentes saídos do internamento, número de cirurgias de ambulatório e número total de consultas externas.

5. RESULTADOS E DISCUSSÃO

As Tabelas VI, VII e VIII (em anexo) ilustram os resultados das regressões realizadas para as variáveis *mediacustosfte*, *custosoperprod* e *custooperfte*, respectivamente. Foram efectuadas 3 regressões para cada variável dependente (rácio de eficiência).

Os resultados da Tabela VI demonstram que a variável *ppp* reduz a *mediacustosfte* (variável negativa estatisticamente significativa), ou seja, os hospitais PPP tiveram um custo médio por empregado inferior aos hospitais EPE no período considerado. No que respeita ao efeito das variáveis *ano2014* e

12 Os dados para a constituição das variáveis de *input* para os hospitais EPE foram obtidos através da página da ACSS de *benchmarking* de hospitais e do Portal da Transparência do Ministério da Saúde. Para os hospitais PPP foi utilizada a base de dados financeira *Amadeus*.

13 Não inclui berçário, quartos particulares, lar de doentes, cuidados paliativos na rede, residentes (psiquiatria), curta duração (psiquiatria), reabilitação psicossocial (psiquiatria) e psiquiatria forense.

14 Os dados para a constituição das variáveis de *output* foram obtidos através da página da ACSS de *benchmarking* de hospitais e do Portal da Transparência do Ministério da Saúde.

ano2016, apenas a última aumenta o custo médio por empregado, o que significa que houve um aumento deste rácio a partir do ano 2016.

Relativamente à variável *custosoperprod* (tabela VII), verificou-se que, de todas as variáveis independentes, apenas a variável *ppp* tem um coeficiente negativo no valor da variável dependente, dando a entender que os hospitais em regime PPP gastam menos por *output* de produção que os não PPP. Adicionalmente, pode ser observado que quanto maior o grupo hospitalar, maior o custo por *output*. É também possível verificar que ambas as variáveis, *ano2016* e *ano2014*, apresentam uma significância positiva com a variável dependente em análise, sugerindo que a saída da Troika do país em 2014 e a mudança de governo em 2016 podem ter contribuído para um aumento deste custo.

Os resultados da tabela VIII para a variável *custoperfte*, mostram que a variável *ppp* reduz o peso dos custos com o pessoal (variável negativa estatisticamente significativa). Isto significa que os hospitais PPP têm uma menor percentagem de custos com pessoal nos seus custos operacionais, comparativamente aos hospitais EPE. A variável *grupo*, tal com a *ppp*, tem um coeficiente negativo, significando que quanto maior é o grupo e, por conseguinte, o hospital, menor é esta percentagem. A variável *ano2016* tem um impacto positivo sobre a variável dependente, sugerindo que a partir do ano 2016, o peso dos custos com o pessoal aumentou para os hospitais analisados.

Uma vez concluída a análise econométrica, foi possível observar que a variável *ppp* tem um coeficiente negativo em todas as variáveis dependentes – custo por *output*, custo médio por empregado e peso dos custos com o pessoal. Assim, podemos afirmar que os hospitais PPP tiveram um melhor desempenho que os públicos para todos os rácios de eficiência considerados.

A DEA realizada produziu 5 conjuntos de *scores* de eficiência para cada hospital, correspondentes ao número de anos considerados. Os *scores* de eficiência para as organizações hospitalares selecionadas podem ser observados na Tabela IX (em anexo)¹⁵.

É possível verificar que apenas 9 hospitais se revelaram eficientes (*score* = 1) em todos os cinco anos considerados, 8 EPE e 1 PPP (Hospital de Loures). Para além do Hospital de Loures, é de destacar o resultado do Hospital de Cascais, que apenas se revelou relativamente insuficiente em 2013 (*score* < 1),

15 Refira-se que, nos anos 2013 e 2014, não foram incluídos o Hospital da Senhora da Oliveira – Guimarães EPE e o Centro Hospitalar do Oeste EPE. Esta decisão teve como base alterações na integração destes hospitais nos respectivos centros hospitalares ou no seu modelo de gestão, não havendo, por isso, conformidade dos dados para o período analisado. Adicionalmente, no ano de 2013, não foi considerada a variável de *input* nº de pessoal, dada ausência de dados para a sua utilização.

atingindo a eficiência relativa nos quatro anos seguintes. Relativamente às outras PPP, o Hospital Vila Franca de Xira foi eficiente nos últimos três anos considerados, enquanto que o Hospital de Braga apenas nos últimos dois.

No sentido de perceber se existem diferenças estatisticamente significativas na eficiência dos dois modelos de gestão em estudo (PPP e EPE), foi executado o teste não paramétrico de *Wilcoxon-Mann-Whitney* e o teste *t de Welch*. No teste *Wilcoxon-Mann-Whitney*, foi testada a hipótese nula de que os dois grupos são estatisticamente idênticos relativamente aos seus *scores* de eficiência. Com base nos resultados apresentados na Tabela X (em anexo), não foi possível rejeitar a hipótese nula de que os hospitais PPP e EPE são semelhantes, no que à eficiência diz respeito. Contudo, é possível verificar, especialmente nos anos de 2016 e 2017, que existe maior diferença entre estes dois grupos, com o valor de P a descer para valores mais próximos do nível de significância considerado. Posteriormente, foi utilizado o teste *t de Welch*, em vez do habitual teste *t de Student*, visto que este apresenta um melhor desempenho quando os tamanhos e variâncias dos grupos da amostra não são iguais, como é o caso¹⁶ (Delacre et al., 2017). Os resultados da tabela XI (em anexo) revelaram uma média superior nos *scores* de eficiência dos hospitais PPP em todos os anos considerados. Nos anos de 2016 e 2017, foi possível rejeitar a hipótese nula de que não existe diferenças significativas entre os *scores* de eficiência dos dois grupos populacionais. Assim sendo, foi demonstrada uma relação significativa entre o tipo de gestão (Público ou PPP) e a eficiência hospitalar para os últimos dois anos analisados.

Seguidamente, recorreu-se, mais uma vez, a uma análise de regressão para testar o efeito do tipo de gestão nos *scores* de eficiência (variável dependente). Como variáveis independentes, foram usadas a variável *ppp* e a variável de controlo *grupo*, descritas na Tabela III (em anexo). A variável dependente utilizada foi a média dos *scores* de eficiência dos cinco anos considerados (*media*), representada na Tabela IX. Foram realizadas duas regressões, a primeira apenas com a variável *ppp* e a segunda também com a variável de controlo *grupo* (Tabela XII em anexo).

De acordo com os resultados observados na Tabela XII, foi possível verificar que a variável *ppp* aumenta a média de *scores* de eficiência, em ambas as regressões efectuadas (variável positiva e estatisticamente significativa). Isto significa que os hospitais PPP apresentam, globalmente, *scores* de eficiência

16 4 Hospitais PPP para 28 Hospitais EPE (2013 e 2014) ou 4 Hospitais PPP para 30 Hospitais EPE (2015, 2016 e 2017).

superiores aos dos hospitais públicos no período contemplado. Relativamente à variável *grupo*, esta parece não ter um impacto estatisticamente significativo na eficiência dos hospitais considerados.

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

O presente estudo iniciou a sua análise com a criação de rácios de eficiência, que constituíram as variáveis dependentes. Os resultados da regressão realizada demonstraram uma superioridade do modelo PPP, relativamente ao público, para todos os rácios analisados. Isto significa que os hospitais PPP tiveram, em média, uma percentagem de custos com o pessoal, custo por empregado e por unidade de produção inferior aos EPE.

No âmbito da metodologia DEA, os resultados mostraram que, dos 34 hospitais considerados, apenas 9 foram considerados eficientes para todos os 5 anos contemplados (média de *scores* de eficiência = 1). Destas 9 organizações, 8 são EPE e 1 PPP (Hospital de Loures). Apesar do foco desta análise ser a média da eficiência dos dois modelos de gestão, este facto é revelador de que a gestão pública pode ser eficiente, dadas as condições necessárias. Para aferir se existiam diferenças significativas na eficiência destes dois modelos, recorreu-se a testes paramétricos e não paramétricos. Pela análise dos resultados obtidos, apenas foi possível estabelecer diferenças estatisticamente significativas, entre os *scores* de eficiência dos dois grupos, para os anos de 2016 e 2017. No sentido de avaliar o impacto do modelo PPP na eficiência dos hospitais, foi realizada nova análise de regressão, desta vez com a média dos *scores* da DEA para os 5 anos como variável dependente. O resultado revelou uma relação estatisticamente significativa entre a gestão privada e o aumento da eficiência hospitalar.

Em suma, com base nos resultados das duas metodologias (Econométrica e DEA), foi possível concluir que os hospitais em regime PPP foram, em média, mais eficientes que os EPE no período considerado.

Como principais limitações desta investigação, de referir a não abordagem da eficiência alocativa, ou seja, não foram tidos em conta os preços relativos dos *inputs* ou a facturação por unidade de *output*. Adicionalmente, não foi possível o ajustamento do número de doentes saídos do internamento e do número de cirurgias de ambulatório ao respectivo índice de *case-mix*, devido à inexistência de dados para os anos considerados. Um outro aspecto que vale a pena referir, prende-se com a qualidade do serviço hospitalar e a percepção que os utentes têm sobre o serviço que lhes é prestado. Para considerar esta

vertente, teriam que ser estudadas e, eventualmente, incluídas novas variáveis que reflectissem esta realidade. Por último, a reduzida dimensão da amostra e do intervalo temporal considerado, contribui para que estas conclusões sejam menos robustas do que seria desejável.

Tendo em consideração estas e outras limitações, é necessário realizar pesquisas adicionais que confirmem ou rejeitem as conclusões alcançadas neste estudo. Neste contexto, estudos futuros devem contemplar um número mais representativo de organizações PPP e considerar períodos mais longos, uma vez que o período de coexistência dos dois tipos de gestão analisados, PPP e EPE, ainda é limitado.

BIBLIOGRAFIA

- AIGNER, D.; LOVELL, C. & SCHMIDT, P.
1977 “Formulation and estimation of stochastic frontier production function models.”, in *Journal of Econometrics*, n.º 6, pp. 21-37.
- ALONSO, J.; CLIFTON, J. & DÍAZ-FUENTES, D.
2015 “The Impact of New Public Management on Efficiency: An Analysis of Madrid’s Hospitals.”, in *Health Policy*, n.º 119 (3), pp. 333-400.
- BARLOW, J. & KÖBERLE-GAISER, M.
2009 “Delivering innovation in hospital construction: Contracts and collaboration in the UK’s Private Finance Initiative hospitals program.”, in *California Management Review*, n.º 51 (2), pp. 126-144.
- BARROS, P. P.
2017 “Competition Policy for Health Care Provision in Portugal.”, in *Health policy*, n.º 121 (2), pp. 141-48.
- BERNAL-DELGADO, E.; COMENDEIRO-MAALØE, M.; RIDAO-LÓPEZ, M. & GORGEMANS, S.
2018 “A Comparative Performance Analysis of a Renowned Public Private Partnership for Health Care Provision in Spain between 2003 and 2015.”, in *Health policy*, n.º 123 (4), pp. 412-18.
- BICKEL, P. J.
1978 “Using Residuals Robustly I: Tests for Heteroscedasticity, Nonlinearity.”, in *Ann. Statist.*, n.º 6 (2), pp. 266-91.
- CABALLER-TARAZONA, M.; CLEMENTE-COLLADO, A. & VIVAS-CONSUELO, D.
2016 “A Cost and Performance Comparison of Public Private Partnership and Public Hospitals in Spain.”, in *Health Economics Review*, n.º 6 (1), pp. 1-7.

- CAPPELLARO, G.; RICCI, A. & CAPPELLARO, G.
2017 “Measurement Perspective PPPs in Health and Social Services: A Performance Measurement Perspective.”, in *Public Money & Management*, n.º 37, pp. 417-42.
- CHARNES, A; COOPER, W.W. & RHODES, E.
1978 “Measuring the Efficiency of Decision Making Units.”, in *Journal of Operational Research*, n.º 2, pp. 429-44.
- CHEN, L. & WANG, Y.
2019 “DEA Target Setting Approach within the Cross Efficiency Framework.”, in *Omega*.
- CHUNG, D.
2012 “Contractual approach to optimising risk sharing: a quantitative study of the multidimensional nature of risk in private provision of road infrastructure”, Disponível em: <http://ses.library.usyd.edu.au:80/handle/2123/8842> [Acesso em: 2019/9/3].
- COMENDEIRO-MAALØE, M.; RIDAO-LÓPEZ, M.; GORGEMANS, S. & BERNAL-DELGADO, E.
2019 “Public-Private Partnerships in the Spanish National Health System: The Reversion of the Alzira Model.”, in *Health policy*, n.º 123 (4), pp. 408-11.
- DELACRE, M.; LAKENS, D. & LEYS, C.
2017 “Why Psychologists Should by Default Use Welch’s t-Test Instead of Student’s t-Test.”, in *International Review of Social Psychology*, n.º 30 (1), pp. 92-101.
- DELLNITZ, A. & KLEINE, A.
2019 “Multiple Input-Output Frontier Analysis – From Generalized Deterministic to Stochastic Frontiers.”, in *Computers & Industrial Engineering*, n.º 135, pp. 28-38.
- FALL, F.; AKIM, A. & WASSONGMA, H.
2018 “DEA and SFA Research on the Efficiency of Microfinance Institutions: A Meta-Analysis.”, in 107, pp. 176-88.
- FARRELL, M. J.
1957 “The Measurement of Productive Efficiency.”, in *Journal of the Royal Statistical Society. Series A (General)*, n.º 120(3), pp. 253-90.
- FRANCO MIGUEL, J. L. & BELDA, C.
2019 “Los Nuevos Modelos de Gestión de Hospitales Como Alternativa Para La Sostenibilidad Del Sistema Hospitalario Público: Un Análisis de Eficiencia En Gasto Sanitario.”, in *Journal of Healthcare Quality Research*, n.º 34 (3), pp. 131-147.

- FRANCO MIGUEL, J. L.; LUIS, J.; BELDA, C. & VIEITES, A.
 2018 “Analysis of the Technical Efficiency of the Forms of Hospital Management Based on Public-Private Collaboration of the Madrid Health Service, as Compared with Traditional Management.”, in *International Journal of Health Planning and Management*, n.º 34 (1), pp. 414-442.
- GARCIA-LACALLE, J. & MARTIN, E.
 2010 “Rural vs Urban Hospital Performance in a competitive Public Health Service.”, in *Social Science and Medicine*, n.º 71 (6), pp. 1131-1140.
- HALL, D.
 2015 “*Why public-private partnerships don't work – The Many Advantages of the Public Alternative*”, Disponível em http://www.world-psi.org/sites/default/files/rapport_eng_56pages_a4_lr.pdf [Acesso em: 2019/9/8].
- HELLOWELL, M.
 2016 “The Price of Certainty: Benefits and Costs of Public – Private Partnerships for Healthcare Infrastructure and Related Services.”, in *Health Services Management Research*, n.º 29 (1-2), pp. 35-39.
- HELWIG, E.
 2019 “Robust Nonparametric Tests of General Linear Model Coefficients: A Comparison of Permutation Methods and Test Statistics.”, in *Neuro-Image*, n.º 201.
- HOWELL, B. & SADOWSKI, B.
 2018 “Anatomy of a Public-Private Partnership: Hold-up and Regulatory Commitment in Ultrafast Broadband.”, in *Telecommunications Policy*, n.º 42 (7), pp. 552-65.
- KLEIN, M.
 2015 “*Public-Private Partnerships: Promise and Hype*”, Disponível em <http://documents.worldbank.org/curated/en/2015/06/24711409/public-private-partnerships-promise-hype> [Acesso em: 2019/9/3].
- KOSTYAK, L.; SHAW, D. M.; ELGER, B. & ANNAHEIM, B.
 2017 “A Means of Improving Public Health in Low and Middle-Income Countries? Benefits and Challenges of International Public – Private Partnerships.”, in *Public Health* n.º 149, pp. 120-29.
- KWEUN, J.; WHEELER, P. & GIFFORD, J. L.
 2018 “Evaluating Highway Public-Private Partnerships: Evidence from U . S . Value for Money Studies.”, in *Transport Policy*, n.º 62, pp. 12-20.
- LI, M.; MA, Y. & LI, R.
 2019 “Semiparametric Regression for Measurement Error Model with Heteroscedastic Error.”, in *Journal of Multivariate Analysis*, n.º 171, pp. 320-38.

LI, X.; LIAO, X. & TAN, X.

2015 “Evaluation of Work Efficiency and Medical Quality for a Hospital on the PPP Model in China with Benchmarking and GRA.”, in *Journal of Grey System*, n.º 27 (1), pp. 70-79.

MACÁRIO, R.; RIBEIRO, J. & COSTA, J.

2015 “Understanding Pitfalls in the Application of PPPs in Transport Infrastructure in Portugal.”, in *Transport Policy*, n.º 41, pp. 90-99.

MARQUES, R.C.

2018 “Regulation by Contract: Overseeing PPPs.”, in *Utilities Policy*, n.º 50, pp. 211-14.

MOREIRA, S.

2008 “Efficiency analysis of public hospitals transformed into public corporations : An application of data envelopment analysis.”, in *Econ Bull.*, n.º 4 (1), pp. 119-141.

NARAYAN, P. & NARAYAN, S.

2008 “The Role of Permanent and Transitory Shocks In.”, in *Health Economy*, n.º 17 (10), pp. 71-86.

NUNES, A.

2017 “A recuperação do serviço nacional de saúde português: Novas perspectivas para a política de saúde.”, in *Revista de Gestão em Sistemas de Saúde*, n.º 7 (1), pp. 16-28.

NUNES, A. & MATOS, A.

2017 “Análise Do Desempenho Dos Hospitais Em Parceria Público Privada No Serviço Nacional de Saúde Português.”, in *Jornal Brasileiro de Economia da Saúde*, n.º 9 (3), pp. 304-9.

O’NEILL, L.; RAUNER, M.; HEIDENBERGER, K. & KRAUS, M.

2008 “A Cross-National Comparison and Taxonomy of DEA-Based Hospital Efficiency Studies.”, in *Socio-Economic Planning Sciences*, n.º 42 (3), pp. 158-89.

OMRANI, H.; SHAFAT, K. & EMROUZNEJAD, A.

2018 “An Integrated Fuzzy Clustering Cooperative Game Data Envelopment Analysis Model with Application in Hospital Efficiency.”, in *Expert Systems with Applications*, n.º 114, pp. 615-28.

REN, G.; LI, H.; DING, R.; ZHANG, J. & ZHANG, W.

2019 “Developing an Information Exchange Scheme Concerning Value for Money Assessment in Public-Private Partnerships.”, in *Journal of Building Engineering*, n.º 25.

- ROEHRICH, J. K.; LEWIS, M. & GEORGE, G.
 2014 “Are Public-Private Partnerships a Healthy Option? A Systematic Literature Review.”, in *Social Science and Medicine*, n.º 113, pp. 110-119.
- SARMENTO, J. M.
 2010 “Do Public-Private Partnerships Create Value for Money for the Public Sector? The Portuguese Experience.”, in *OECD Journal on Budgeting*, n.º 10 (1), pp. 93-119.
- SARMENTO, J. M. & RENNEBOOG, L.
 2016 “Anatomy of Public-Private Partnerships: Their Creation, Financing and Renegotiations.”, in *International Journal of Managing Projects in Business*, n.º 9 (1), pp. 94-122.
- TABANERA, L.; MARTÍN, J. & GONZÁLEZ, M.
 2015 “Eficiencia Técnica de Los Hospitales Públicos y de Las Empresas Públicas Hospitalarias de Andalucía.”, in *Gaceta Sanitaria*, n.º 29 (4), pp. 274-281.
- THADANI, B.
 2014 “Public Private Partnership in the Health Sector: Boon or Bane.”, in *Procedia – Social and Behavioral Sciences*, n.º 157, pp. 307-16.
- TORCHIA, M.; CALABRÒ, A. & MORNER, M.
 2015 “Public – Private Partnerships in the Health Care Sector: A Systematic Review of the Literature.”, in *Public Management Review*, n.º 17 (2), pp. 236-261.
- TORRES-REYNA, O.
 2007 “Panel Data Analysis: Fixed and Random Effects Using Stata”, Disponível em <https://www.princeton.edu/otorres/Panel101.pdf> [Acesso em: 2019/9/8].
- WONG, E. Et Al.
 2015 “How Shall We Examine and Learn about Public-Private Partnerships (PPPs) in the Health Sector? Realist Evaluation of PPPs in Hong Kong.”, in *Social Science and Medicine*, n.º 147, pp. 261-69.
- WOOLDRIDGE, J. M.
 2012 *Introductory Econometrics: A Modern Approach*, 5ª Ed. Ohio: South-Western Cengage Learning.
- YESCOMBE, E.R. & FARQUHARSON, E.
 2018 “The PPP Decision–Value for Money.”, in *Principles of Policy and Finance*, 2ª Ed. London: Butterworth-Heinemann, pp. 79-98.

YUE, L.; LI, G.; LIAN, H. & WAN, X.

2019 “Regression Adjustment for Treatment Effect with Multicollinearity in High Dimensions.”, in *Computational Statistics and Data Analysis*, n.º 134, pp. 17-35.

ZHANG, Z.; WAN, D.; JIA, M. & GU, L.

2009 “Prior Ties , Shared Values and Cooperation in Public – Private Partnerships.”, in *Management and Organization Review*, n.º 5 (3), pp. 353-374.

ZWALF, S.

2017 “Competitive Neutrality in Public-Private Partnership Evaluations: A Non-Neutral Interpretation in Comparative Perspective.”, in *Asia Pacific Journal of Public Administration*, n.º 39 (4), pp. 225-237.

Documentos Oficiais

ACSS – Administração Central do Sistema de Saúde, IP.

2016 “*Termos de Referência Para Contratualização de Cuidados de Saúde Hospitalares no SNS – Contrato-Programa 2016*”, Disponível em <http://www.acss.min-saude.pt/wp-content/uploads/2017/11/Termos-Referencia-Contratualizacao-SNS-2018.pdf> [Acesso em: 2019/9/3].

2019a “*Parcerias Público-Privadas na Saúde*”, Disponível em <http://www2.acss.min-saude.pt/Default.aspx?TabId=1222&language=en-US> [Acesso em: 2019/1/26].

2019b “*Grupos de Diagnósticos Homogéneos*”, Disponível em <http://www2.acss.min-saude.pt/Default.aspx?TabId=460&language=pt-PT> [Acesso em: 2019/9/29].

ERS – Entidade Reguladora da Saúde

2016 “*Estudo de Avaliação Das Parcerias Público-Privadas Na Saúde*”, Disponível em https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/1841/ERS_-_Estudo_PPP.pdf [Acesso em: 2019/9/3].

Unidade de Instalações Equipamentos & ACSS – Administração Central do Sistema de Saúde, IP.

2015 “*Recomendações Técnicas para Serviços de Urgências Conceito e Caracterização*”, Disponível em http://www2.acss.min-saude.pt/Portals/0/Urg%C3%AAncias_%20final.pdf [Acesso em: 2019/9/3].

Fontes de Dados Estatísticos

ACSS – Saúde Administração Central do Sistema de Saúde, IP.

2019 *Benchmarking Hospitais* [Base de dados], Lisboa: ACSS. Disponível em <http://benchmarking.acss.min-saude.pt/>.

MINISTÉRIO DA SAÚDE

2019 *O Portal da Transparência* [Base de dados], Lisboa: SPMS, Disponível em <https://www.sns.gov.pt/transparencia/>.

VAN DIJK, B.

2019 *Amadeus Financial Data Base* [Base de dados], Versão 2019919. Nova Iorque: *Moody's Corporation*. Disponível em <https://amadeus.bvdinfo.com/version-2019919/>.

ANEXOS

Tabela I – Estudos comparativos de Eficiência de PPP na Saúde

Autor	País	Anos	Nº Hosp.	Método	Var. dep.	Var. Indep.	Conclusão
(A. Nunes & Matos, 2017)	Portugal	2013 2016	31 Hospitais	DEA Eficiência Técnica	Scores eficiência	PPP/ Público	Os hospitais PPP foram eficientes quando comparados entre si e os demais hospitais Públicos.
(Entidade Reguladora da Saúde, 2016)	Portugal	2012 2015	33 Hospitais	DEA Eficiência Técnica	Scores eficiência	PPP/ Público	Os hospitais PPP não demonstraram maior eficiência em relação aos não PPP.
(Alonso et al., 2015)	Espanha (Madrid)	2009	25 Hospitais	DEA Eficiência Técnica	Scores eficiência	Público/ Privado/ PPP/ PFI/ Outros NPM	Os hospitais PPP não demonstraram maior eficiência em relação aos não PPP.
(Caballer-Tarazona et al., 2016)	Espanha (Valência)	2009 2010	24 Hospitais	DEA Eficiência Técnica	Scores eficiência	PPP/ Público	Os hospitais PPP não demonstraram maior eficiência em relação aos não PPP.
(Bernal-delgado et al., 2018)	Espanha	2013 2015	67 Hospitais	SFA Eficiência Técnica	Scores eficiência	PPP/ Público	Os hospitais PPP não demonstraram maior eficiência em relação aos não PPP.
(Franco Miguel et al., 2018)	Espanha (Madrid)	2009 2014	21 Hospitais	DEA Eficiência Técnica	Scores eficiência	Público/ PPP/ PFI/ Outros NPM	O Modelo PPP foi considerado o mais eficiente.
(Franco Miguel et al., 2019)	Espanha (Madrid)	2009 2016	25 Hospitais	DEA – Eficiência Técnica	Scores eficiência	Público/ PPP/ PFI/ Outros NPM	O Modelo PPP foi considerado o mais eficiente.
(X. Li et al., 2015)	China	2007 2011	3 Hospitais	GRA ¹⁷	Scores eficiência	PPP/ Público/ Privado	O Modelo PPP foi considerado o mais eficiente.

Fonte: Autores

17 Foi utilizado o grau de correlação de Deng que é um método de *Grey Relational Analysis* (GRA). Neste método, quanto maior o valor do grau de correlação, mais próximas estão sequência de referência e a sequência de comparação (X. Li et al., 2015).

Tabela II – Variáveis Dependentes

Variável	Código	Rácio (Fórmula)
Custo médio por empregado	<i>mediacustosfte</i>	$\text{custosfte}^{18} / \text{fte}^{19}$
Custo por unidade de <i>output</i>	<i>custosoperprod</i>	$\text{custosoper}^{20} / \text{produção}$
Peso dos custos com o pessoal	<i>custooperfte</i>	$\text{custosfte} / \text{custosoper}$

Tabela III – Variáveis Independentes

Variável	Código	Tipo e Descrição
Grupo Hospitalar	<i>grupo</i>	Variável categórica (1 = Grupo B; 2 = Grupo C; 3 = Grupo D)
Modelo de Gestão (PPP/ não PPP)	<i>ppp</i>	Variável binária (0= Não PPP; 1 = PPP)
Região Norte	<i>norte</i>	Variável binária (0= Outra Região que não Norte; 1 = Região Norte)
Região Centro	<i>centro</i>	Variável binária (0= Outra Região que não Centro; 1 = Região Centro)
Região Lisboa e Vale do Tejo (LVT)	<i>lvt</i>	Variável binária (0= Outra Região que não LVT; 1 = LVT)
Região Alentejo	<i>alentejo</i>	Variável binária (0 = Outra Região que não Alentejo; 1 = Região Alentejo)
Região Algarve	<i>algarve</i>	Variável binária (0= Outra Região que não Algarve; 1 = Região Algarve)
Ano 2014	<i>ano2014</i>	Variável binária (0 = Ano £ 2014; 1 = ano>2014)
Ano 2016	<i>ano2016</i>	Variável binária (0 = Ano £ 2015; 1 = ano>2015)

18 Custos com o pessoal.

19 Número de Pessoal.

20 Custos operacionais.

Tabela IV – Estatística Descritiva

Variável	Obs	Média	Desv. Padrão	Min	Max
<i>grupo</i>	170	1,941176	0,7273676	1	3
<i>ano</i>	170	2015	1,418391	2013	2017
<i>fte</i>	149	1723,195	737,7337	465	4328
<i>custosfte</i>	166	49800000	21200000	12100000	115000000
<i>custosoper</i>	166	93700000	41700000	21400000	210000000
<i>lotacao</i>	168	388,8393	177,6066	117	916
<i>numsessoes</i>	161	4310,894	3312,799	1	14793
<i>urgencia</i>	168	144229,9	57941,31	63050	357174
<i>internamento</i>	168	15655,17	6709,064	4923	31025
<i>ambulatorio</i>	168	6268,226	3503,115	1365	17114
<i>consultaext</i>	168	200519,1	99994,62	59502	497267
<i>ano2016</i>	170	0,4	0,4913452	0	1
<i>ano2014</i>	170	0,6	0,4913452	0	1
<i>ppp</i>	170	0,1176471	0,3231416	0	1
<i>norte</i>	170	0,2941176	0,4569912	0	1
<i>centro</i>	170	0,3235294	0,4692048	0	1
<i>lvt</i>	170	0,2352941	0,4254356	0	1
<i>alentejo</i>	170	0,1176471	0,3231416	0	1
<i>algarve</i>	170	0,0294118	0,1694569	0	1
<i>mediacustofte</i>	147	28647,54	1870,167	24481,79	33593,85
<i>producao</i>	161	376925,5	156892,4	136090	727292
<i>custosoperprod</i>	159	253,4332	76,33589	147,359	454,0994
<i>custooperfte</i>	166	0,5411233	0,057394	0,40238	0,684542

Tabela V – Matrix de correlação

	grupo	ano2016	ano2014	ppp	norte	centro	lvt	alentejo	algarve
<i>grupo</i>	1,00								
<i>ano2016</i>	0,00	1,00							
<i>ano2014</i>	0,00	0,67	1,00						
<i>ppp</i>	0,03	0,00	0,00	1,00					
<i>norte</i>	-0,04	0,00	0,00	-0,04	1,00				
<i>centro</i>	-0,12	0,00	0,00	-0,25	-0,45	1,00			
<i>lvt</i>	0,05	0,00	0,00	0,44	-0,21	-0,38	1,00		
<i>alentejo</i>	0,03	0,00	0,00	-0,13	-0,24	-0,25	-0,20	1,00	
<i>algarve</i>	0,25	0,00	0,00	-0,06	-0,11	-0,12	-0,10	-0,06	1,00

Tabela VI – Resultados das Regressões para a Variável *mediacustosfte*

Variáveis	(1) <i>mediacustosfte</i>	(2) <i>mediacustosfte</i>	(3) <i>mediacustosfte</i>
<i>grupo</i>	386.95* (225.29)	386.95 (274.81)	386.95 (309.48)
<i>ppp</i>	-1,622.05*** (429.28)	-1,525.95*** (521.58)	-1,585.67*** (587.69)
<i>ano2016</i>		714.29*** (129.67)	
<i>ano2014</i>			78.01 (160.22)
<i>Firm effects</i>	Sim	Sim	Sim
<i>Year effects</i>	Sim	Não	Não
Variáveis dummy Região	Sim	Sim	Sim
Wald (valor de P)	0.00	0.00	0.00
Constante	25,418.41*** (865.81)	24,937.89*** (1,030.29)	25,236.53*** (1,164.20)
Observações	147	147	147
Número de hospitais	34	34	34

Desvíos Padrão Robustos entre parêntesis

*** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1

Tabela VII – Resultados das Regressões para a Variável *custosoperprod*

Variáveis	(1) <i>custosoperprod</i>	(2) <i>custosoperprod</i>	(3) <i>custosoperprod</i>
<i>grupo</i>	47.34*** (2.96)	47.34*** (2.96)	47.34*** (3.28)
<i>ppp</i>	-21.83*** (5.38)	-21.83*** (5.93)	-21.83*** (6.57)
<i>ano2016</i>		13.99*** (1.53)	
<i>ano2014</i>			11.46*** (1.72)
<i>Firm effects</i>	Sim	Sim	Sim
<i>Year effects</i>	Sim	Não	Não
Variáveis dummy Região	Sim	Sim	Sim
Wald (valor de P)	0.00	0.00	0.00
Constante	6.45 (10.15)	6.69 (11.11)	5.42 (12.33)
Observações	159	159	159
Número de hospitais	33	33	33

Desvios Padrão Robustos entre parêntesis

*** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1

Tabela VIII – Resultados das Regressões para a Variável *custoperfte*

Variáveis	(1) <i>Custooperfte</i>	(2) <i>Custooperfte</i>	(3) <i>Custooperfte</i>
<i>grupo</i>	-0.04*** (0.00)	-0.04*** (0.00)	-0.04*** (0.00)
<i>ppp</i>	-0.09*** (0.01)	-0.09*** (0.01)	-0.09*** (0.01)
<i>ano2016</i>		0.01*** (0.00)	
<i>ano2014</i>			0.00 (0.00)
<i>Firm effects</i>	Sim	Sim	Sim
<i>Year effects</i>	Sim	Não	Não

Variáveis	(1) <i>Custooperfte</i>	(2) <i>Custooperfte</i>	(3) <i>Custooperfte</i>
Variáveis dummy Região	Sim	Sim	Sim
Wald (valor de P)	0.00	0.00	0.00
Constante	0.60*** (0.01)	0.60*** (0.01)	0.60*** (0.01)
Observações	166	166	166
Número de hospitais	34	34	34

Desvios Padrão Robustos entre parêntesis

*** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1

Tabela IX – Scores de Eficiência para o conjunto de hospitais selecionados

Hospital	2013	2014	2015	2016	2017	Média
Hospital de Loures, PPP	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000
Centro Hospitalar Póvoa de Varzim/ Vila do Conde, E,p,e	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000
Hospital de Santa Maria Maior, E,p,e	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000
Unidade Local de Saúde do Litoral Alentejano, E,p,e	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000
Centro Hospitalar de Leiria, E,p,e	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000
Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/ Espinho, E,p,e	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000
Centro Hospitalar de Entre O Douro e Vouga, E,p,e	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000
Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, E,p,e	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000
Centro Hospitalar do Médio Ave, E,p,e	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000
Hospital da Senhora da Oliveira – Guimarães, E,p,e	N	N	1,000	1,000	1,000	1,000
Hospital de Cascais, PPP	0,973	1,000	1,000	1,000	1,000	0,995
Hospital de Braga, PPP	0,969	0,999	0,970	1,000	1,000	0,988
Hospital de Vila Franca de Xira, PPP	0,964	0,950	1,000	1,000	1,000	0,983
Hospital Distrital da Figueira da Foz E,p,e	0,925	0,983	1,000	1,000	1,000	0,982
Centro Hospitalar Cova da Beira, E,p,e	0,870	1,000	1,000	1,000	0,914	0,957
Centro Hospitalar do Oeste, E,p,e	N	N	0,955	0,964	0,949	0,956
Unidade Local de Saúde de Matosinhos, E,p,e	0,848	0,879	1,000	1,000	1,000	0,945
Hospital do Espírito Santo de Évora, E,p,e	0,921	1,000	0,855	0,863	0,869	0,902

Hospital	2013	2014	2015	2016	2017	Média
Centro Hospitalar do Médio Tejo, E,p,e	0,873	0,882	0,861	0,850	0,821	0,857
Centro Hospitalar de Setúbal, E,p,e	1,000	0,855	0,829	0,784	0,817	0,857
Centro Hospitalar Barreiro Montijo, E,p,e	1,000	0,982	0,764	0,776	0,757	0,856
Hospital Distrital de Santarém, E,p,e	0,880	0,904	0,858	0,838	0,781	0,852
Centro Hospitalar do Baixo Vouga, E,p,e	0,847	0,865	0,855	0,840	0,830	0,847
Unidade Local de Saúde do Alto Minho, E,p,e	0,796	0,773	0,848	0,891	0,901	0,842
Centro Hospitalar Tondela-Viseu, E,p,e	0,837	0,879	0,870	0,807	0,782	0,835
Hospital Professor Doutor Fernando Fonseca, E,p,e	0,867	0,862	0,833	0,813	0,786	0,832
Centro Hospitalar de Trás-Os-Montes e Alto Douro, E,p,e	0,790	0,885	0,878	0,793	0,812	0,832
Unidade Local de Saúde do Baixo Alentejo E,p,e	0,798	0,852	0,806	0,831	0,782	0,814
Hospital Garcia de Orta, E,p,e	0,697	0,695	0,750	0,760	0,770	0,734
Centro Hospitalar Universitário do Algarve, E,p,e	0,689	0,750	0,748	0,721	0,709	0,723
Unidade Local de Saúde do Norte Alentejano, E,p,e	0,697	0,766	0,763	0,686	0,671	0,717
Unidade Local de Saúde de Castelo Branco, E,p,e	0,597	0,597	0,634	0,684	0,682	0,639
Unidade Local de Saúde da Guarda E,p,e	0,545	0,709	0,641	0,630	0,579	0,621
Unidade Local de Saúde do Nordeste, E,p,e	0,595	0,575	0,660	0,639	0,600	0,614

Tabela X – Comparação dos Scores de Eficiência entre Hospitais PPP e EPE – Wilcoxon-Mann-Whitney

Wilcoxon-Mann-Whitney	2013	2014	2015	2016	2017
Valor de P ²¹ (PPP = EPE)	0.6417	0.7922	0.4338	0.1346	0.1175
Nº Hospitais EPE	28	28	30	30	30
Nº Hospitais PPP	4	4	4	4	4

21 Foi considerado um nível de significância de 0,05.

Tabela XI – Comparação dos Scores de Eficiência entre Hospitais PPP e EPE – Teste t de Welch

Teste t de Welch	2013	2014	2015	2016	2017
Valor de P ²² (PPP = EPE)	0.2667	0.5275	0.1581	0.0256	0.0088
Média Scores EPE	0.8660	0.8900	0.8853	0.8760	0.8637
Média Scores PPP	0.9323	0.9305	0.9545	0.9728	0.9753
Diferença Scores (EPE-PPP)	-0.0663	-0.0405	-0.0692	-0.0968	-0.1116
Valor de t	-1.2404	-0.6864	-1.6272	-2.6969	-3.1889
Nº Hospitais PPP	28	28	30	30	30
Nº Hospitais EPE	4	4	4	4	4

Tabela XII – Resultados das Regressões para a Variável *media*

Variáveis	(1) <i>media</i>	(2) <i>media</i>
ppp	0.12*** (0.02)	0.12*** (0.02)
<i>grupo</i>		-0.01 (0.03)
Wald (valor de P)	0.00	0.00
Constante	0.87*** (0.02)	0.9*** (0.08)
Observações	34	34
R ²	0.1	0.1

Desvios Padrão Robustos entre parêntesis
 *** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1

22 Foi considerado um nível de significância de 0,05.

Gráfico 1 – Resíduos da variável *mediacustosfte*

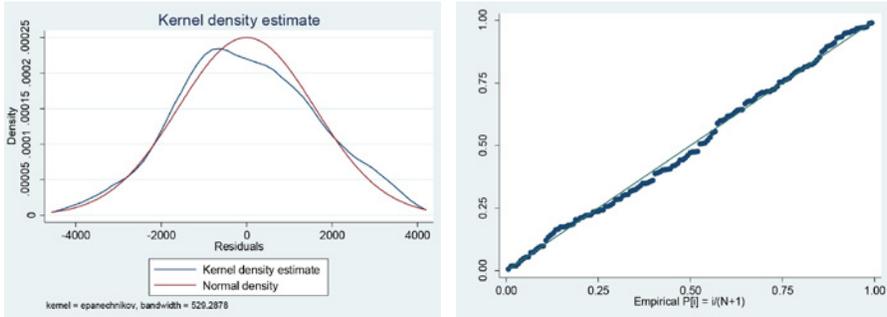


Gráfico 2 – Resíduos da variável *custosoperprod*

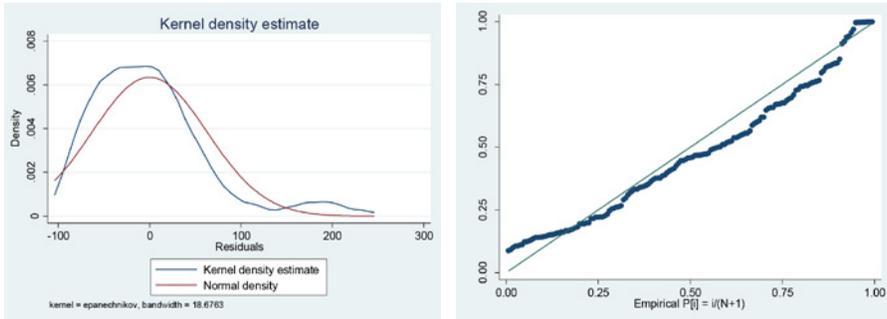
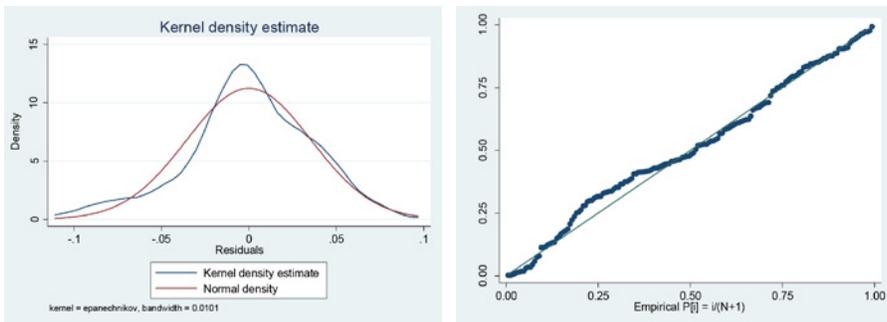


Gráfico 3 – Resíduos da variável *custooperfte*



O ACÓRDÃO N.º 123/2018 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E AS SUAS DECLARAÇÕES DE VOTO – BREVES NOTAS AO EFEITO DA IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES CONTRA-ORDENACIONAIS DE ENTIDADES REGULADORAS

*José Francisco Veiga**

ABSTRACT *In Portugal, some regulators have competence (established in their specific sanction framework) to deal with administrative infractions, committed by operators of different markets. These operators can appeal to the Court and ask it to revoke or revise Regulator's decision. However, appeals have devolutive effect, unless the applicant proves that this effect would be damaging and provides a guarantee. In this case, the appeal will have suspensive effect. Portuguese Constitutional Court analysed this rule – for what regards Energy Services Regulatory Authority (ERSE) – and concluded that it does not violate Portuguese Constitution, namely it does not offend the principle of effective judicial protection, nor the principle of presumption of innocence, nor the principle of proportionality.*

In this work, I analyse the decision taken by the Portuguese Constitutional Court, as well as the views of judges who did not agree with it.

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. O Direito das contra-ordenações – autonomia face ao Direito Penal, fruto da diferente axiologia entre os dois ramos do direito (breve enquadramento). 3. O Acórdão n.º 123/2018 do Tribunal Constitucional. 3.1. Enquadramento e sentido da decisão do Tribunal Constitucional. 3.2. Declarações de Voto. 3.3. Análise do acórdão e dos votos vencidos. 4. Conclusões.

* Técnico superior e Advogado na Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE). Assistente Convidado da área de Direito Comum no Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa (ISCAL – IPL). As opiniões manifestadas no presente artigo são pessoais e não vinculam nenhuma das instituições com as quais o autor colabora a nível profissional.

Este trabalho beneficiou de trocas de impressões iniciais e de sugestões bibliográficas do Senhor Juiz Conselheiro Leones Dantas e ainda do Sr. Dr. Filipe Matias Santos, da Sra. Dra. Joana Rocha Coelho e da Sra. Dra. Cláudia Guedes, a quem muito agradeço, tendo sido defendido perante os Senhores Professores Doutores Bernardo Azevedo e Licínio Lopes Martins e, por isso, sido revisto e aprimorado na sequência de pós-graduação em Regulação e Concorrência. Naturalmente, todas as opiniões expressas no mesmo apenas vinculam pessoalmente o seu autor.

KEY-WORD & JEL CLASSIFICATION CODES Judiciary, Law Enforcement, Litigation (K41, K42)

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo dedica-se à temática do direito contra-ordenacional, especialmente no contexto da regulação que faz com que as entidades sectoriais que supervisionem os mercados tenham visto robustecer as suas competências sancionatórias¹. Assim, primeiramente, referiremos brevemente o contexto do (re)surgimento do direito das contra-ordenações e, sem sermos exaustivos ou dogmaticamente desenvolvidos, referir-nos-emos a algumas concepções de contra-ordenação propostas. De seguida, analisaremos o Acórdão n.º 123/2018, emitido pelo Tribunal Constitucional, bem como os votos vencidos, de modo a podermos concluir pela autonomia axiológica deste ramo do direito que permitirá uma valorização e interpretação das normas diversa daquela que se faria em sede penal.

2. O DIREITO DAS CONTRA-ORDENAÇÕES – AUTONOMIA FACE AO DIREITO PENAL, FRUTO DA DIFERENTE AXIOLOGIA ENTRE OS DOIS RAMOS DO DIREITO (BREVE ENQUADRAMENTO)

Não compreende o objecto do presente estudo uma densificação do percurso histórico deste ramo do direito e seus congéneres², mas, nesta fase, tão-só compreender os motivos que levam à existência de uma autonomia do direito das contra-ordenações face ao direito penal³.

Tradicionalmente, os autores sustentam que o desenvolvimento e a autonomia do direito das contra-ordenações se deve à existência de maiores áreas

1 No caso da ERSE, a competência sancionatória surgiu com a Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro, que aprovou o Regime Sancionatório do Sector Energético (RSSE).

2 Para desenvolvimento da parte histórica, desde o *direito de polícia* até às reformas no sistema português, cf. Andrade, 1998: 75-107; Dias, 1998: 19-33; Costa, 1998: 109-143; e ainda Moutinho, 2008: 17 ss.

3 Embora não seja objecto do presente estudo, naturalmente a questão assume relevância, desde logo porque, nas palavras de Frederico Costa Pinto, “*O problema [da autonomia do ilícito de mera ordenação social] tem entre nós um forte lastro doutrinário, mas não é puramente teórico, já que uma ou outra perspectiva pode condicionar as opções sancionatórias do legislador e pode conduzir a diferentes soluções em diversas matérias substantivas e processuais*”. Cf. Pinto, 2017: 249.

de actuação do Estado, em que, aumentando *o fundamento e a legitimação* deste ente, aumentará também a sua acção *conformadora e repressiva*⁴.

Por outro lado, as novas áreas de actuação do Estado têm sido crescentemente técnicas (basta pensarmos nos sectores que se encontram regulados através de uma autoridade administrativa, fruto, não raras vezes, da liberalização económica que foi levada a cabo em vários sectores, como o da energia, telecomunicações, etc.). Ora, tal tecnicidade, associada aos comportamentos potencialmente violadores da acção conformadora que o Estado pretende levar a cabo exige também uma intervenção repressiva.

Com particular relevância, aponta-se igualmente a questão da *“legitimação que atinge o direito penal”*, ou seja, a dignidade punitiva de uma conduta e que tem levado aos movimentos de descriminalização leva a *“uma reacção contra o uso indiscriminado das penas criminais, como meio de proteger toda e qualquer espécie de fins ou interesses do Estado”*⁵. Desta forma, certas infracções de pequena importância acabaram por ser *descriminalizadas*, passando tal comportamento a estar sujeito a um *“direito penal de bagatelas”*⁶.

Aqui chegados, pergunta-se pela definição de contra-ordenação. Não se procurará examinar as diversas posições assumidas, mas apenas procurar clarificar algumas posições comuns que se têm sobre o tema.

O Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO) refere no seu artigo 1.º que *“[c]onstitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”*. Atendendo à definição, Lobo Moutinho comenta que *“estamos perante um critério simplesmente nominal”*, referindo que tudo dependerá do que se entenda por *coima*⁷. Paulo Pinto de Albuquerque anota que o RGCO *“opta por um critério formal de distinção”*, ao qual *“acresce ainda um critério material, devido ao carácter ético-socialmente indiferente da conduta que a contra-ordenação censura”*^{8, 9} (nosso destaque).

4 Seguimos, nestes três parágrafos, Andrade, 1998: 77.

5 Cf. Correia, 1998: 3.

6 *Idem*.

7 Cf. Moutinho, 2008: 29.

8 Cf. Albuquerque, 2011(a): 27.

9 Esta posição, contudo, não é unânime. Assim, por exemplo, Manuel da Costa Andrade lembra a existência das “bagatelas penais” e a dificuldade em definir a fronteira de *quantum* para se perceber se estaremos no domínio de um crime ou de uma contra-ordenação. Não obstante a existência de *zonas cinzentas*, o mesmo autor, lembra que há ilícitos que pertence inequivocamente ao Direito Penal e outros ao Direito Contra-ordenacional. Ainda Manuel da Costa Andrade refere que *“[n]ão é, na verdade, fácil aceitar-se que qualquer violação do direito seja, sem mais, eticamente neutra (...). Aliás, todas as contra-ordenações acabam por*

Não obstante, o mesmo autor refere que existem também condutas eticamente relevantes em que o legislador entende como suficiente e adequada a tutela contra-ordenacional.

Em suma, podemos afirmar, com Frederico Costa Pinto, ao comparar a contra-ordenação ao crime, que “[u]ma contra-ordenação corresponde em regra a um **ilícito qualitativamente distinto do ilícito criminal**: o seu desvalor é pré-configurado pela criação normativa de deveres que pré-existem à infração (as normas de conduta) e não necessariamente pelo juízo jurídico-político sobre a necessidade de tutela de um bem jurídico fundamental”¹⁰ (nosso destaque) e que tal está também relacionado com a “menor densidade ética dos factos envolvidos”¹¹ no direito contra-ordenacional.

3. O ACÓRDÃO N.º 123/2018 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL¹²

3.1. Enquadramento e sentido da decisão do Tribunal Constitucional

A decisão sobre a qual o Tribunal Constitucional (TC) teve de se pronunciar opôs uma empresa comercializadora de energia à ERSE.

Estava em causa a aplicação de uma coima à referida entidade por esta não dispor de um *atendimento telefónico eficaz*, tendo-lhe sido aplicada uma coima no montante de 50.000,00 €. O visado recorreu da decisão da ERSE para o Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS), tendo este tribunal considerado que a norma contida nos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º do Regime Sancionatório do Sector Energético (RSSE), aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de Janeiro, era inconstitucional. Segundo a norma em causa¹³:

relevar de forma mais ou menos directa da tutela de interesses ou valores essenciais à realização do homem”. Cf. Andrade, 1998: 99, 104, 106. Também Lobo Moutinho discute acerca da definição de contra-ordenações, resumindo a posição dos diferentes autores. Para desenvolvimentos, cf. Moutinho, 2008: 43 ss. Veja-se, ainda, Monteiro, 2017: 344 ss.

10 Cf. Pinto, 2017: 250.

11 Cf. Pinto, 2015: 143.

12 Disponível *online* em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180123.html> [última consulta: 01.08.2020].

13 Esta norma encontra lugares paralelos no regime sancionatório de outros sectores, designadamente no sector da Concorrência (artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio) e também no da Saúde (artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 123/2014, de 22 de Agosto), embora, nesse caso, formalmente a norma em causa se encontre plasmada num Decreto-Lei e não numa lei da Assembleia da República, o que teve já implicações em sede constitucional, conforme acórdãos n.º 554/2018 do TC. Entretanto, após este aresto, o Tribunal Constitucional já teve oportunidade de, também em Plenário, no Acórdão n.º 776/2019, não julgar norma

“4 – O recurso tem **efeito meramente devolutivo**, exceto no que respeita a decisões que apliquem as sanções acessórias previstas nas alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 35.º, em que o efeito é suspensivo.

5 – No caso de **decisões que apliquem coimas**, o visado pelo processo pode requerer, ao interpor o recurso, que o mesmo tenha **efeito suspensivo quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e se ofereça para prestar caução em substituição**, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efetiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal.” (nossos destaques)

Na sequência da decisão do TCRS, o Ministério Público e a ERSE apresentaram recurso para o TC que acabou por analisar a conformidade constitucional da norma em causa em Plenário¹⁴.

Está em causa, em síntese, a construção de um sistema de recurso no âmbito contra-ordenacional, segundo o qual o referido recurso tem, em regra, *efeito devolutivo*. Clarificado, nas palavras da sentença emitida pelo TCRS¹⁵, “(...) a atribuição, como regra, de efeito devolutivo ao recurso de impugnação judicial significa que o arguido poderá ter de se sujeitar, pelo menos temporariamente, à execução voluntária ou coerciva da sanção, ou seja à lesão do direito que pretende proteger, pelo que o recurso à impugnação judicial não evitará a lesão efectiva do direito, nem a sua plena reintegração”.

Sucedo que, caso o recorrente, i.e., o visado no processo de contra-ordenação, entenda que a execução da decisão lhe causa *prejuízo considerável* e, cumulativamente, se ofereça para *prestar caução substitutiva*, o efeito do recurso será *suspensivo*.

Como veremos, o n.º 5 do artigo 39.º do RSSE será essencial para a análise do regime jurídico plasmado e para a respectiva conformidade constitucional.

Como lembra o TC, esta regra (presente, como se indicou na nota 13 *supra*, no regime sancionatório de outras entidades) tem a sua *ratio* na natureza e nas atribuições das entidades reguladoras e, por esse motivo, é distinta da

idêntica constante do artigo 84.º, n.º 5 do Regime da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio. Disponível *online*: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190776.html> [última consulta: 01.08.2020].

14 Através do Acórdão n.º 397/2017, a 3.ª Secção do TC decidiu não julgar inconstitucional as normas dos n.ºs 4 e 5 do artigo 46.º do RSSE. Por existir divergência com o Acórdão n.º 675/2016, da 1.ª Secção do TC, o Ministério Público, ao abrigo do n.º 1 do artigo 79.º-D da LTC, interpôs recurso obrigatório do mesmo para o Plenário do TC que proferiu o acórdão que ora se analisa.

15 Disponível *online* no sítio TC que, no acórdão em análise, cita a decisão recorrida: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180123.html> [última consulta: 01.08.2020].

regra geral presente no RGCO. Recorrendo a jurisprudência anteriormente emanada pelo TC, designadamente os Acórdãos n.ºs 376/2016 e 675/2016, o Tribunal começa por identificar os motivos pelos quais existe regulação: a liberalização de certos sectores da actividade económica que potenciaram que tais sectores actuassem de acordo com uma *lógica específica*, diferente da lógica política e dos ciclos eleitorais, como modo de promover a estes mercados “*estabilidade, previsibilidade, imparcialidade e objectividade*”, e ainda a promoção da concorrência que acarretou a “*necessidade de separar a regulação do funcionamento do mercado e a intervenção das entidades públicas, enquanto sujeitos económicos*”¹⁶.

De seguida, o TC debruça-se, ainda citando o Acórdão n.º 376/2016, sobre a razão de ser do regime da impugnação judicial de contra-ordenações de certos sectores ser distinto do regime geral, designadamente em matéria de *efeito devolutivo do recurso*. O interesse público subjacente a tal opção legislativa tem que ver com a “*necessidade de conferir maior eficácia aos respetivos poderes sancionatórios, de modo a garantir, no plano substantivo, uma maior proteção aos valores e bens tutelados nos domínios normativos em que atuam*”. Adiante, conclui, referindo que “*procura-se minimizar os recursos judiciais infundados cujo objetivo seja protelar no tempo o pagamento da coima*”¹⁷. No caso geral da ERSE e no caso específico em análise, o TC qualifica o interesse público como *intenso*, de modo a garantir a efectividade das decisões da ERSE, dissuadindo o recurso aos tribunais, como efeito dilatatório.

Tendo em conta estes interesses, o TC entende que será necessário analisar a conformidade constitucional de tal solução legal, atendendo, por um lado, à *tutela jurisdicional efectiva* (positivada nos artigos 20.º e 268.º, n.º 4 da CRP) e ao princípio da *presunção da inocência* (previsto no artigo 32.º, n.ºs 2 e 10 da CRP) e, por outro lado, ao princípio da *proibição do excesso* (plasmado no artigo 18.º, n.º 2 da CRP).

Começando por analisar o **princípio da tutela jurisdicional efectiva**, o TC entende que a previsão normativa do RSSE não constitui uma *restrição directa*. Citando o Acórdão n.º 675/2016, o TC considera que a norma em análise “*não nega o direito do arguido impugnar judicialmente a decisão administrativa contra si proferida. Limita-se a estabelecer como regra o efeito meramente devolutivo ao recurso, impondo determinadas condições para a atribuição do efeito suspensivo*”. Poderá, outrossim, estabelecer uma *restrição oblíqua*, “*na medida*

16 Acórdão n.º 376/2016 do Tribunal Constitucional *apud* acórdão n.º 123/2018 do Tribunal Constitucional.

17 *Idem*.

em que impõe um ónus significativo – a demonstração de prejuízo considerável e a prestação de caução substitutiva –, para a suspensão dos efeitos da decisão impugnada". Segundo o TC, não está em causa um *ónus no acesso*, uma vez que não se levantam obstáculos no acesso à justiça (tal será o caso do pagamento de uma taxa de justiça para recurso aos tribunais), mas antes um *ónus de suspensão da execução*, uma vez que *"o que se onera é a obtenção de uma vantagem normalmente associada à impugnação judicial das decisões sancionatórias da Administração no âmbito de procedimento contraordenacional (...) – a suspensão da execução da sanção"*. Conclui o TC este aspecto, referindo que o RSSE não impõe nenhuma restrição de acesso aos meios judiciais, mas apenas do interesse de inibir a execução da sanção impugnada.

Para finalizar a análise ao princípio da tutela jurisdicional efectiva, o TC analisa ainda a conformidade da norma prevista no RSSE na vertente da *efectividade da tutela jurisdicional*, i.e., o *"direito a que a procedência da impugnação importe a reintegração, restauração ou reconstrução da situação juridicamente devida (...), por oposição à mera vitória moral"*. Segundo a decisão do TC, existem três motivos essenciais que determinam que tal *efectividade* não fique comprometida. Em primeiro lugar, tal resulta do facto de o âmbito de aplicação da norma se restringir a casos em que tenha havido lugar à aplicação de uma coima (ou seja, uma sanção exclusivamente pecuniária). Nesse contexto, *"sendo o dinheiro um bem radicalmente fungível, a reconstrução da situação devida pode ser, na generalidade dos casos, eficazmente assegurada através da restituição da quantia paga pela entidade sancionada"*. Por outro lado, uma vez que o RSSE atende à situação económica do visado no processo (artigo 32.º, n.º 1, alínea f) do RSSE), em regra, evitam-se situações em que a execução da sanção cause prejuízos cuja reparação não se satisfaça com a restituição da sanção. Por último, a existência da excepção à regra, nos casos em que exista prejuízo considerável e o visado se ofereça a prestar caução substitutiva (que, com bem lembra o TC, pode revestir diversas formas, desde títulos de crédito, garantias bancárias ou garantias reais).

Por estes motivos, entende o TC que não se verifica uma violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva.

De seguida, o TC analisa o *princípio da presunção da inocência*, presente no artigo 32.º, n.º 2 e 10 da CRP. A primeira questão que o TC começa por resolver prende-se com a clarificação de que este princípio de processo penal, segundo o qual o arguido se presume inocente até trânsito em julgado da decisão condenatória, se estende ao direito sancionatório público. Atendendo a tal pressuposto, analisa-se depois se as normas do RSSE em

causa constituem uma restrição ao direito da entidade visada ser considerada inocente. Clarificando o princípio em causa¹⁸, o Tribunal refere que o arguido *provisoriamente condenado* tem um tratamento idêntico ao do arguido cuja condenação é definitiva. Não obstante, tendo em consideração os interesses em causa em matéria contra-ordenacional, nomeadamente o facto de se verificar, neste domínio, uma *diferente ressonância ética das infracções* e se reconhecer, conseqüentemente, uma *margem alargada de conformação legislativa*, o Tribunal questiona se as normas do RSSE em análise serão um *meio excessivo* para atingir os *fins* relacionados com o cumprimento das sanções e a dissuasão do recurso aos tribunais com intuito dilatatório. Por outras palavras, questiona-se o **princípio da proibição do excesso**, insito no artigo 18.º, n.º 2 da CRP. O TC baliza a análise ao princípio da proibição do excesso, no sentido de verificar se as normas do RSSE prosseguem finalidades legítimas, não constitucionalmente proscrias, através de meios restritivos, que implicam a ablação de direitos ou interesses fundamentais. No caso *sub judice*, a análise comportava a questão de se saber se a finalidade do artigo 46.º, n.ºs 4 e 5 do RSSE (que, como já se viu, implica a necessidade de conferir maior eficácia aos poderes sancionatórios, de modo a conferir maior protecção aos valores e bens tutelados, minimizando os recursos judiciais infundados que buscam, dilatoriamente, protelar no tempo a aplicação da sanção contra-ordenacional) comportava um meio lesivo do direito à presunção da inocência. Para tal – e tendo em conta o princípio constitucional em análise –, atendeu-se à *idoneidade, exigibilidade* e anda à *proporcionalidade*.

Começando pelo subprincípio da *idoneidade* (nas palavras do TC, “*o meio restritivo escolhido pelo legislador não pode ser inadequado ou inepto para atingir a finalidade a que se destina; caso contrário, admitir-se-ia um sacrifício desnecessário de valor constitucional*”), o TC conclui que é *pacífica* na jurisprudência constitucional portuguesa que o meio (ou seja, o efeito devolutivo do recurso, como regra) é idóneo para atingir a finalidade em causa (a que se aludiu *supra* e que pretende, também, com impedir a utilização do recurso como meio dilatatório pelo visado).

Adiante, analisa-se o subprincípio da *exigibilidade* (nas palavras do TC, “*o meio admitido não pode ser mais restritivo do que o indispensável para atingir a finalidade a que se destina; caso contrário admitir-se-ia um sacrifício*

18 Nas palavras do TC, “*o arguido deve ser presumido inocente – o que significa, desde logo, que não deverá sofrer qualquer sanção punitiva –, até que se verifiquem uma de duas condições: a consolidação da condenação administrativa pelo facto de a sua não impugnação dentro do prazo previsto na lei ou a confirmação da condenação administrativa no âmbito de um recurso judicial interposto pelo arguido*”.

desnecessário *de valor constitucional*”). O TC recorda a decisão emanada no Acórdão n.º 675/2016, onde o mesmo Tribunal concluía pela violação deste subprincípio, argumentando que a *reformatio in pejus* podia evitar o recurso desnecessário. A este propósito, na análise efectuada no Acórdão em análise, o TC refere que a *reformatio in pejus* não pode ser considerada como uma medida *alternativa* para evitar o recurso ao Tribunal, desde logo porque tal medida já se encontra instituída, mas antes como medida *cumulativa*. Ademais, essa mesma medida não responde à segunda finalidade identificada pelo Tribunal para as normas do RSSE que tem que ver com o facto de o efeito devolutivo servir também de *garantia* para o cumprimento da sanção.

Debruçando-se sobre a decisão recorrida, emitida pelo TCRS, que havia considerado violado este subprincípio, argumentando que o legislador poderia ter imposto o recurso a medidas de garantia patrimonial que limitassem o receio de não pagamento, o TC refere que tal argumentação esquece o outro objectivo do legislador, que pretende evitar o recurso por efeito meramente dilatatório. Ademais, o mesmo Tribunal lembra que um desiderato fundamental da medida em causa prende-se com a “*regulação sistémica dos incentivos de agentes económicos que operam em mercados cujo bom funcionamento é do mais intenso interesse público, não apenas no âmbito nacional, mas no da União Europeia*” e tem como inspiração o regime previsto no artigo 278.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, para os recursos interpostos para o Tribunal de Justiça da União Europeia, incluindo aqueles que resultem de decisões sancionatórias aplicadas pela Comissão Europeia.

Por estes motivos, entende o Tribunal que não se encontra violado o subprincípio da *exigibilidade*.

Por último, o Tribunal refere-se ao *princípio da proporcionalidade* (nas palavras do TC, “*determina que os fins alcançados pela medida devem, tudo visto e ponderado, justificar o emprego do meio restritivo; o contrário seria admitir soluções legislativas que importem um sacrifício líquido de valor constitucional*”). No entendimento do TC, também não se verifica uma violação do subprincípio em causa, fundamentalmente por cinco motivos.

Em primeiro lugar, porque o *princípio da presunção da inocência* em matéria contra-ordenacional tem um *peso axiológico diferente* do que lhe é atribuído em matéria criminal, atendendo, designadamente, ao alcance ablativo das sanções em causa e à diferente ressonância social das infracções.

Em segundo lugar, porque os visados são pessoas colectivas que actuam no âmbito de mercados regulados, inseridos num âmbito relevante da actividade económica.

Em terceiro lugar, porque a entidade que emana a decisão contra-ordenacional é *independente* (ao nível orgânico e funcional), o que significa que é elevada a probabilidade de tal decisão vir a ser secundada por um órgão jurisdicional.

Em quarto lugar, porque a regra do n.º 4 do artigo 46.º do RSSE é mitigada pela excepção prevista no n.º 5, segundo a qual, em caso de prejuízo considerável e caso o visado se ofereça para prestar caução substitutiva, o efeito do recurso será suspensivo. Tal é justamente considerado pelo TC como a “*válvula de escape*” do sistema.

Por último, a caução pode ser prestada “*no montante e pela forma que o Tribunal entender adequados*”, tendo em consideração as particularidades do caso.

Por estes motivos, o TC decidiu não julgar inconstitucionais as normas constantes do artigo 46.º, n.os 4 e 5 do RSSE.

3.2. Declarações de voto

Este acórdão emitido pelo TC foi alvo da discordância de cinco juízes Conselheiros, valorando de modo distinto os princípios jurídicos enunciados pelo Tribunal na sua decisão.

Inicialmente, argumenta-se que existe um “*automatismo incompatível com (...) os princípios constitucionais, pois o teor literal da lei indica o julgador que não lhe é deixada uma margem de manobra que permita a dispensa da prestação de caução ou proceda a uma graduação do seu montante de acordo com as circunstâncias do caso concreto*”, o que faria supor que a norma em apreciação constitucional deveria ser interpretada e aplicada de modo estanque, sem uma margem de livre apreciação pelo julgador.

Também se argumenta, que a violação do **princípio da presunção da inocência** não deve ser admitida, por não passar no teste da proporcionalidade, uma vez que existem formas menos onerosas de garantir a suficiência patrimonial do cumprimento da sanção *a final* por parte do visado, como seja o recurso à caução económica, prevista no artigo 227.º do Código de Processo Penal (aplicável *ex vi* artigo 32.º RGCO). Ao mesmo tempo, considera-se que tal objectivo (a garantia da suficiência económica para cumprimento da sanção) não tem o mesmo peso axiológico do princípio da presunção da inocência, pelo que o fim a alcançar pela medida restritiva não seria *tão importante*, nem a restrição seria *tão leve*, tanto mais que podem estar em causa coimas com aplicação de um *valor económico elevadíssimo*.

Ainda a este propósito também se argumenta que o interesse público na regulação dos mercados energéticos não deve permitir-se ceder ao princípio

da presunção da inocência, devendo, pelo contrário, admitir-se que o mesmo princípio deve ser *reforçado*, na medida em que a *maior dignidade dos valores* (onde se incluem *mais drásticas respostas sancionatórias*) deve conferir um *reforço das garantias processuais*.

Ainda a propósito da compressão deste princípio, refere-se que o meio para evitar o recurso enquanto expediente dilatatório não é *idóneo*, uma vez que o visado que tenha apenas intuito dilatatório, interporá recurso, com vista à obtenção da prescrição.

Em relação ao **princípio da tutela jurisdicional efectiva**, começa por se argumentar acerca do momento dos efeitos processuais das normas em causa, referindo que o acórdão impõe “*um ónus equivalente ao pagamento da coima para evitar o cumprimento imediato da sanção proposta pela autoridade administrativa, mesmo nos casos em que esse cumprimento cause prejuízo considerável ao sancionado e sempre antes de a adequação da sanção ser confirmada por um decisor neutral (o juiz)*”. Já antes se dissera que “*Tal significa que nunca lhe [ao visado] será possível aceder ao tribunal, contestando a coima ou o seu valor, sem antes pagar essa mesma coima (ou garantir o seu valor), independentemente do seu montante*”, concluindo-se de seguida que “*Nesta interpretação, é evidente que a norma introduz um constrangimento material ao direito de acesso a uma via jurisdicional efetiva contra uma decisão administrativa sancionatória*”.

Acrescenta-se ainda que a tutela jurisdicional efectiva não se preocupa apenas com o acesso aos tribunais, mas também possibilita que o arguido veja reapreciados os fundamentos da decisão impugnada e evite os seus efeitos.

Também se acrescenta que a “*distinção entre restrição direta e restrição oblíqua e distinção entre ónus de acesso à justiça e ónus de suspensão da execução são artificiais e meramente retóricos*”, uma vez que o efeito prático de tais restrições comportam uma dificuldade no acesso à justiça.

Por último, sugere-se “*em coerência com o entendimento afirmado no acórdão, uma vez que o juízo de não inconstitucionalidade proferido se fundou numa determinada interpretação da norma, e que só através dela se mostra possível salvaguardar a sua conformidade constitucional, o Tribunal deveria ter recorrido ao disposto no artigo 80.º, n.º 3, da LTC, levando à decisão a referida interpretação*”.

3.3. Análise do acórdão e dos votos vencidos

Exposta que está a decisão e os principais argumentos que a sustentam e que a contestam, será altura para procurarmos fazer um ponto de ordem, atendendo, designadamente à diferente natureza axiológica do direito das contra-ordenações.

Esta questão tem particular relevância atendendo nomeadamente ao n.º 1 do artigo 41.º do RGCO que refere expressamente que “*Sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, **devidamente adaptados**, os preceitos reguladores do processo criminal*” (nosso destaque)¹⁹. Reveste-se, neste contexto, de fulcral importância saber, para cada caso, se deve existir uma mobilização das normas de carácter penal em sede contra-ordenacional e, em qualquer caso, se as normas mobilizadas (independentemente de serem normas mobilizadas por via remissiva, por exemplo expressa, como a prevista no artigo 41.º do RGCO, ou, no que aqui nos ocupa, mobilizadas no contexto de integração sistemática do ordenamento jurídico como um todo coerente, onde ganham, naturalmente, destaque as normas de carácter constitucional) devem obedecer a critérios interpretativos específicos (diferentes portanto, daqueles que comumente norteiam o direito penal). Este problema levar-nos-á a analisar integradamente os argumentos aduzidos pelo Acórdão n.º 123/2018 e, bem assim, as críticas que sobre o mesmo foram vertidas em sede de votos vencidos.

Em primeiro lugar, argumentou-se com o automatismo da norma que seria incomportável com a margem de livre apreciação do julgador. Leiamos, novamente, a norma, de modo a podermos retirar as melhores ilações acerca deste argumento. O n.º 5 do artigo 46.º do RSSE refere que “*No caso de decisões que apliquem coimas, o visado pelo processo pode requerer, ao interpor o recurso, que o mesmo tenha efeito suspensivo quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e se ofereça para prestar caução em substituição, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efetiva prestação de caução no prazo fixado pelo tribunal*” (nossos destaques).

Entendemos que a redacção da norma poderia ser mais clara, no entanto, a objecção plasmada não merece acolhimento. Com efeito, a margem de livre apreciação do julgador não fica posta em causa, por dois motivos fundamentais. Em primeiro lugar, porque, no momento inicial, caberá ao julgador, recebido o *requerimento* (que poderá incluir a própria peça processual de impugnação da coima aplicada pela Entidade Reguladora), decidir se atende ao pedido de efeito suspensivo solicitado pelo visado. *Gramaticalmente*, não existem dúvidas que o Tribunal decidirá também *pelo prazo* em que tal caução

19 O RSSE prevê (nos artigos 4.º, 27.º e, em relação às impugnações judiciais, no artigo 45.º) que subsidiariamente se aplica o RGCO. Por sua vez, este diploma aponta, na citada norma, para a aplicação subsidiária do regime penal. Chamamos à colação este artigo, porque a diferente natureza axiológica do direito das contra-ordenações a que nos referimos no início deste estudo não permite uma aplicação cega das normas que foram axiologicamente pensadas para o direito penal.

deverá ser prestada, o que permite concluir de imediato que, em termos processuais, solicita-se, com a impugnação, o efeito suspensivo e o juiz decide e, caso entenda ser de fixar esse efeito (atendendo, naturalmente ao *prejuízo considerável* que o efeito devolutivo teria na esfera jurídica do visado), fixa um prazo para a respectiva prestação. Não será, pois, possível que o Tribunal *ignore* o efeito da impugnação judicial ou que, fixando o efeito suspensivo, não fixe um prazo ou não cuide de verificar se a caução foi efectivamente prestada (caso não tenha sido, fica naturalmente prejudicado o pedido de efeito de suspensivo).

Ainda a este propósito, argumenta-se que “*não lhe é [ao julgador] deixada margem de manobra que permita a dispensa da prestação da caução ou proceda a uma graduação do seu montante de acordo com as circunstâncias do caso concreto*”.

O acórdão ora em análise esforçou-se por identificar os motivos que levaram o legislador a plasmar a norma do artigo 46.º do RSSE, definindo a regra do efeito devolutivo, a qual deveria ser interpretada atendendo à *válvula de escape* do sistema que permite consagrar o efeito suspensivo da impugnação mediante requerimento do visado que prove *prejuízo considerável* e se ofereça a prestar caução em substituição: por um lado pretende evitar o acesso à impugnação judicial como via *dilatória* para impedir a execução da decisão administrativa e, por outro lado, permite que se constitua uma garantia para o caso de a decisão da impugnação vir a ser desfavorável ao particular que a impugnou, além de ter interesse para a regulação dos mercados energéticos. Como se sabe, o legislador teve a preocupação de garantir o necessário equilíbrio num regime exigente, daí que tenha criado a *válvula de escape* do sistema (prova do *prejuízo considerável* no efeito devolutivo, pelo particular e prestação de caução). Ora, caso o juiz pretendesse atribuir efeito suspensivo sem que o particular oferecesse caução, sucumbiria o propósito legislativo de constituição de uma garantia patrimonial para o caso de impugnante vir a ser condenado. Por esse motivo, entende-se que a margem de livre apreciação que o julgador efectivamente não tem nesta sede (não fixar qualquer montante para prestação da caução substitutiva) foi *querida* pelo legislador e não fere a CRP. Com efeito, ofenderia o princípio da separação dos poderes o julgador que, *contra legem*, decidisse pela não prestação de caução e atribuísse efeito suspensivo à impugnação. Questão diversa é a de saber se o valor da caução deve corresponder ao valor da sanção decida pela autoridade administrativa ou se, pelo contrário, o Tribunal pode fixar um valor diferente (designadamente, menor). Sabemos que o elemento gramatical não aponta num sentido negativo (“*se ofereça para prestar caução*”), uma vez que não cuida do

montante. No entanto, o elemento teleológico, isto é, *a ponderação dos diversos interesses que a norma regula*²⁰, pode apontar para uma resposta afirmativa à questão. Com efeito, o julgador atribui um efeito suspensivo à impugnação, se entender que, no caso concreto, há um *prejuízo considerável*. Pela ponderação de interesses que o julgador deverá atender nesta secção da norma, o mesmo deverá avaliar (e procurar promover) a garantia patrimonial a prestar (permitindo ver satisfeito o interesse da Administração) e o interesse do particular na impugnação. O que significa que o Tribunal pode entender que o valor a caucionar pelo particular poderá ser diferente daquele que constitui a coima por que o mesmo fora condenado e, bem assim, determinar também o modo da sua prestação: garantia bancária, hipoteca, transferência bancária, ou outra. Interpretando a norma desta forma, entende-se que não se verifica um estrangulamento do julgador que, conformando o caso, poderá mobilizar a norma consoante os interesses existentes e prevaletentes ao caso (sem que o atendimento de um implique a restrição completa do outro).

Em segundo lugar, argumentou-se no sentido de que a decisão do Tribunal Constitucional era violadora do princípio da presunção da inocência. Neste contexto, os diferentes votos vencidos focaram sobretudo quatro aspectos que justificariam que, em homenagem à presunção da inocência, a decisão do Tribunal Constitucional deveria ter sido a da inconstitucionalidade.

Argumentou-se, assim, que o peso axiológico do princípio da presunção da inocência era diferente (superior) ao da garantia do cumprimento da sanção, pelo que, estando em causa valores com pesos distintos, não deveria o Tribunal fazer submetê-los ao teste da proporcionalidade. De todo o modo, promovendo-se o teste da proporcionalidade, não deveria o Tribunal considerar que a norma passava pelo mesmo, na medida em que a restrição imposta ao princípio da presunção da inocência era gravosa e, tanto mais prejudicial, quanto o valor económico das sanções em causa.

Entendemos que este primeiro argumento seria válido se tratássemos de matéria criminal ao invés de matéria contra-ordenacional. A questão aqui pode residir em interpretar a passagem do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO na parte em que manda aplicar subsidiariamente ao processo contra-ordenacional os preceitos reguladores do processo criminal “*devidamente adaptados*”²¹ (e, em todo o caso, na interpretação dos preceitos constitucionais aplicáveis, ainda que eventualmente não de forma directa). Como bem refere Leones

20 Cf. Machado, 2010: 183.

21 No caso, esta norma teria aplicação *ex vi* artigos 4.º e 45.º do RSSE.

Dantas, a aplicação “*não é, contudo, directa, devendo passar sempre que necessário por um processo de adaptação aos princípios e às soluções processuais próprias do Direito das Contra-Ordenações, de forma a salvaguardar a harmonia do processo e a afastar as disjunções que podem afectar a aplicação do direito*”²². De facto, só através da adaptação é possível salvaguardar a autonomia própria do direito das contra-ordenações²³. De outra forma, teríamos um direito que materialmente se aproximaria ou, até, se identificaria apenas com o direito penal.

Vejam, então como nos devemos situar perante o assunto.

A CRP estabelece no seu artigo 32.º as *garantias do processo criminal*. No seu n.º 2 se refere claramente que, em sede criminal, “*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*”. O mesmo artigo refere no seu n.º 10 que “*Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa*”²⁴. Gomes Canotilho e Vital Moreira esclarecem que o preceito em causa foi introduzido por via da revisão constitucional de 1989, referindo que já antes esta solução era defendida pela doutrina e que responde aos desígnios do Estado de Direito Democrático²⁵. Não obstante, Leones Dantas esclarece o contexto em que tal revisão constitucional ocorreu²⁶, lembrando que o preceito em causa (o n.º 10 do artigo 32.º da CRP) teve origem numa proposta de aditamento à CRP, consagrando um artigo 32.º-A, com a epígrafe de “*Garantias dos processos sancionatórios*”. No corpo da norma proposta podia ler-se “*Nos processos disciplinares e, em geral, nos processos sancionatórios são asseguradas ao arguido as garantias do processo criminal, designadamente a presunção*

22 Cf. Dantas, 2010: 295. Chamada de atenção no mesmo sentido, embora relacionada com os recursos jurisdicionais no RGCO, é feita também em Dantas, 2017: 181 ss.

23 Frederico Costa Pinto esclarece, num artigo de 2002 intitulado “A figura do assistente e o processo de contra-ordenação”, o modo como se deve atentar na remissão do artigo 41.º do RGCO nos seguintes termos: “*Este regime exige, portanto, uma actividade interpretativa do aplicador do Direito, basicamente centrada em dois momentos: em primeiro lugar, o aplicador do Direito terá de determinar se é necessário e amissível para regular uma certa questão de Direito de Mera Ordenação Social recorrer aos preceitos do Direito Processual Penal; em segundo lugar, se a resposta a esta questão for positiva quanto às duas exigências (necessidade e admissibilidade), terá de ser realizada uma segunda operação hermenêutica que consiste em determinar se as normas do Direito Processual Penal se aplicam literalmente ou se têm de ser ‘devidamente adaptadas’ à estrutura, funcionamento, valores e fins do processo de contra-ordenações. Na primeira operação decide-se sobre a possibilidade de aplicar o direito subsidiário, enquanto na segunda se decide sobre o conteúdo do direito subsidiário aplicável.*” *apud*, Pinto, 2013: 81.

24 Para maiores esclarecimentos sobre este número, cf. Dantas, 2010: 293 ss. e ainda Pinto, 2013: 61 ss.

25 Cf. Canotilho & Moreira, 2014: 526.

26 Seguimos Dantas, 2010: 318-320.

de inocência e os direitos de audiência, de defesa e de produção de prova". Naturalmente, a questão tinha que ver com *quais* as garantias dos processos criminais que seriam compatíveis com o processo sancionatório. Citando o presidente da Comissão, a propósito dos trabalhos relacionados com a eventual introdução esta norma no texto fundamental, "*Já vejo dificuldades em transpor, para o processo de mera ordenação social, todas as normas do processo penal, porque isso era inutilizar o processo de mera ordenação social. Foi justamente uma razão de simplicidade e celeridade que deu origem ao processo de mera ordenação*"²⁷.

Aqui chegados, concluímos, desde já, que a aplicação dos princípios e dos preceitos de direito penal não é automática ao processo de contra-ordenação. Não obstante, ainda não concluímos se o princípio da presunção da inocência (literalmente excluído do n.º 10 do artigo 32.º da CRP) estará ou não incluído nas garantias criminais a serem *transpostas* para o direito contra-ordenacional e, em caso afirmativo, o conteúdo que deve orientar a nossa interpretação.

Em relação à primeira questão, Paulo Pinto de Albuquerque dá resposta afirmativa. No seu comentário ao artigo 41.º do RGCO refere que "*Há alguns princípios comuns a todos os processos sancionatórios*" (destaque no original), logo integrando a presunção da inocência nesse cardápio²⁸. Densificando o princípio esclarece, ainda na mesma anotação, que "*O princípio da presunção da inocência dispõe que o arguido se presume inocente até ao carácter definitivo da decisão administrativa ou o trânsito em julgado da sentença condenatória*". Exemplifica ainda este princípio e a sua compressão "*a propósito da presunção de dolo resultante da violação de um auto de advertência*", referindo que "[e] sta 'presunção' pode ser ilidida e não obsta a que a investigação conclua pela mera negligência"²⁹.

Do que se expôs resulta, em primeiro lugar, que em sede contra-ordenacional, não obstante não estar literalmente prescrito o direito à presunção da inocência no n.º 10 do artigo 32.º da CRP, o mesmo deve ser entendido como fazendo parte do elenco de direitos a assegurar aos arguidos neste tipo de processos.

27 *Diário da Assembleia da República*, 2.ª Série – Número 71-RC, de 2 de Fevereiro de 1989, p. 2152, *apud* Dantas, 2010: 320.

28 Cf. Albuquerque, 2011(a): 138-139.

29 Cf. Albuquerque, 2011(a): 149.

Resulta também, em segundo lugar, que a interpretação deste princípio não deve ser feita nos mesmos moldes que se faria em sede criminal³⁰. Sendo o tipo de processo diferente, a análise ao caso importará para a necessária *ponderação* de interesses em causa. É neste contexto que o Tribunal Constitucional se debruça sobre a conformidade constitucional da “*solução legal* [que] *permite que o arguido apenas provisoriamente condenado seja sujeito a tratamento idêntico ao do arguido cuja condenação é definitiva*”³¹. Nesse contexto, dizemos, com o TC, que a primeira parte do preceito não viverá sem a segunda, isto é, a regra do efeito devolutivo da impugnação judicial tem de ser *sistematicamente* interpretada com a excepção que o mesmo convoca (a existência de prejuízo considerável a e prestação de caução em substituição). Neste ponto, discordamos da argumentação vertida em sede de voto vencido, nos termos da qual o princípio da presunção da inocência não deveria ser sujeito ao teste da proporcionalidade, pelo facto de os interesses prosseguidos pela norma (regulação dos mercados energéticos, garantia do cumprimento da sanção e dissuadir a impugnação judicial com efeitos dilatatórios) se situarem num plano diferente do valor a proteger pela garantia de processo criminal. Pensamos é que o ponto reside no facto de não estar em causa um processo criminal e de as garantias deverem ser interpretadas de uma forma menos rígida. Com efeito, não estão em causa *penas* (e, inclusivamente, penas privativas da liberdade) e também não nos encontramos perante violações de direitos fundamentais de pessoas singulares e, por outro lado, ao nível da regulação económica quer-se garantir a verdadeira efectividade, em tempo útil, das decisões da autoridade administrativa. Esta tensão, que não se nega, encontra o compromisso necessário na *válvula de escape* do sistema. Por esse motivo, entende-se que impedir sem mais ao legislador a possibilidade de *em qualquer circunstância* possibilitar ao aplicador do direito a atribuição de efeito devolutivo a uma decisão contra-ordenacional, será vedar-lhe o acesso a ferreamentas essenciais que lhe permitem exercer as suas competências. Além

30 O Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 376/2016 refere claramente: “*Finalmente, admitindo-se que o princípio da presunção de inocência não é uma conquista privativa do processo criminal, devendo estruturar todos os processos que possam culminar com a aplicação de sanções disciplinares ou contraordenacionais, com implicações diretas ao nível do ónus da prova e do princípio in dubio pro reo, não se afigura que ele possa valer para as decisões administrativas de aplicação de coimas com o mesmo sentido e alcance com que vale, por força do n.º 2 do artigo 32.º da Constituição, para as sentenças judiciais de condenação proferidas em processo criminal*” (nosso destaque) – disponível *online* em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160376.html> [última consulta: 01.08.2020].

31 Note-se que a passagem da norma do artigo 46.º do RSSE que aqui está em causa tem que ver com a regra do efeito da impugnação judicial ser devolutivo.

disso, também será fácil de imaginar que, fosse outra a solução, e o recurso às impugnações judiciais com efeitos dilatórios por parte dos visados seria mais premente³².

Por outro lado, entendemos que pode existir um erro lógico interpretativo na aceção que defende que o princípio da presunção da inocência nestes casos deve ser reforçado, porque existem mais drásticas respostas sancionatórias. O *reforço*, isto é, a aplicação mais estrita do princípio da presunção da inocência, não se faz consoante existam respostas sancionatórias mais ou menos gravosas do que as criminais, mas antes consoante o tipo de processo de que estejamos a cuidar. A este propósito, relembramos que, por natureza e por definição, as respostas criminais são sempre mais gravosas que as sancionatórias. Além disso, e caso olhemos numa óptica puramente *contabilística* para o valor da transferência monetária a efectuar na sequência de uma *multa* e na sequência de uma *coima*, deveremos ter em atenção que a segunda, ao contrário da primeira, toma em consideração, designadamente, o *benefício* patrimonial e não patrimonial do agente e procura neutralizá-lo e, ademais, na consideração do valor, atende à situação económica do visado, sendo a coima aplicada consoante o seu volume de negócios (para o caso do sector energético, prevista no artigo 32.º do RSSE). Ponderadas estas questões, perde relevância o que, numa primeira análise, poderiam parecer *drásticas respostas sancionatórias*.

Analisemos, agora, a possibilidade avançada no voto vencido de fazer aplicar o regime da caução económica, previsto no artigo 227.º do Código de Processo Penal. De acordo com o regime em causa, a caução visa, no processo penal assegurar um dos seguintes fins: “*pagamento da pena pecuniária, das custas de processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado, relacionada com o crime; ou o pagamento da indemnização ou de certas obrigações civis derivadas do crime*”³³. O modo de prestação é o admitido “*pelo artigo 206.º [depósito, penhor, hipoteca, fiança bancária ou fiança], não se encontrando o juiz vinculado à modalidade peticionada*”³⁴. Entendemos que o regime que existe e a finalidade que procura cumprir assume particularidades em relação ao da caução económica. Num certo sentido, poder-se-ia dizer que *também* o recurso

32 Nesta sede, a mesma declaração de voto aponta no sentido de não ser por esta via que se impede o intuito dilatório do recurso. Entendemos, como o Tribunal Constitucional no seu acórdão, que não será simplesmente através do efeito devolutivo que se impedirá o recurso a impugnações dilatórias, mas *em conjunto* com a *reformatio in pejus*.

33 Cf. Albuquerque, 2011(b): 648.

34 Cf. Albuquerque, 2011(b): 649.

à caução económica poderia vir a conseguir atingir a finalidade de garantia do cumprimento da sanção. Note-se, todavia, que o artigo 46.º do RSSE não apresenta *apenas* a finalidade de garantir o cumprimento da sanção, mas está relacionada igualmente com a necessária regulação de mercados técnicos como sejam os energéticos e apresenta como preocupação evitar a utilização da impugnação como expediente dilatatório. De todo o modo, também nos parece que o regime, como se encontra consagrado, torna-se mais simples e continua a garantir os direitos do visado: o visado pode solicitar a prestação de caução, caso tenha *prejuízo sério* e o juiz pode determinar o montante, o modo e o prazo de prestação dessa mesma caução.

Em suma, também neste âmbito, pelos interesses existentes (que não se esgotam na garantia do cumprimento da sanção) e pelo facto de se entender que o regime garante os direitos do visado, entende-se que é razoável a existência de um regime próprio diferente do estabelecido para a caução económica.

O terceiro grupo de argumentos invocados prende-se com o princípio da tutela jurisdicional efectiva. De acordo com a argumentação vertida nalguns votos vencidos, não será possível ao particular impugnar “*sem antes pagar essa mesma coima (ou garantir o seu valor), independentemente do seu montante*”. A conclusão apresenta-se de seguida: “*Nesta interpretação, é evidente que a norma introduz um constrangimento material ao direito de acesso a uma via jurisdicional efectiva contra uma decisão administrativa sancionatória*”. Pensamos que a questão como foi redigida leva à necessária conclusão que se estabeleceu. Por outras palavras, se antes de impugnar a decisão, o particular se visse na contingência de *obrigatoriamente* pagar a coima ou garantir o seu valor (independentemente do seu montante), então, poderíamos afirmar com uma segurança acrescida que estaríamos perante uma violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva. Acontece que o enunciado do problema não se encontra com o detalhe que a situação, do nosso ponto de vista, exige. Efectivamente, *em regra*, como se contextualizou *supra*, as impugnações apresentam um efeito devolutivo, o que de facto leva à conclusão que o particular, querendo impugnar, há-de, em primeiro lugar, proceder ao pagamento da coima³⁵. Simplesmente, não se pode ignorar a *válvula de escape* do sistema.

35 Em rigor, poder-se-ia inclusivamente discutir se o particular que não invoca o efeito suspensivo deveria proceder ao pagamento da coima para poder impugnar, isto é, se o pagamento é condição de admissibilidade de recurso, ou se o particular pode promover a impugnação judicial, sem requerer o efeito suspensivo e sem ter efectuado o pagamento da coima. Neste segundo caso, na pendência da decisão, o Ministério Público deveria promover a execução da decisão que se encontra em (re)análise. Pensamos que possa ser

Ou seja, nas situações em que o particular tenha *prejuízo considerável* e se ofereça para prestar caução substitutiva (que, como se disse *supra*, não tem de ser pelo montante da coima aplicada pela autoridade administrativa e pode ser através de qualquer meio considerado idóneo pelo juiz), o particular não se vê na contingência de *obrigatoriamente* pagar a coima ou garantir o seu valor. Ademais, o n.º 5 do artigo 46.º do RSSE refere que a prestação da caução se fará “*no prazo fixado pelo tribunal*”, o que permite, desde logo, que o particular que impugne, requeira ao juiz o efeito suspensivo e espere pela decisão quanto a esse pedido e ao montante, modo e prazo de a prestar. Ora, com base neste enquadramento, também não será de concluir que o particular que queira impugnar tenha sempre um ónus correspondente ao pagamento da coima ainda que tenha prejuízo considerável e antes de o juiz confirmar a adequação da sanção. Nestes termos, entendemos que não se pode argumentar no sentido da violação da tutela jurisdicional efectiva.

Por fim, um último grupo de argumentos aduzidos refere que a distinção que é feita no Acórdão n.º 123/2016 entre *restrição directa* e *restrição oblíqua é artificial e meramente retórica*, porquanto implica uma dificuldade no acesso à justiça. Em relação a este ponto, reitera-se o que se disse acerca do necessário teste da proporcionalidade. Entende-se que a *restrição* que existirá no acesso apenas terá que ver com a necessária invocação e prova do *prejuízo considerável* e com o oferecimento de caução substitutiva cujo montante, modo e prazo de prestação serão definidos pelo Tribunal. Entende-se, pois, estarem devidamente salvaguardados os direitos do visado através da criação desta *válvula de escape*, pelo que se considera que a restrição não é artificial, nem meramente retórica, porquanto apresenta um efeito útil inegável: o de o visado não proceder ao pagamento imediato da coima, nem, mediante decisão judicial nesse sentido, à prestação de garantia em idêntico montante e, ainda assim, poder impugnar a decisão da entidade reguladora. Diga-se, a este propósito, que se entende, na observância do princípio da proporcionalidade, que designadamente o aumento dos prazos de prescrição ou a eventual majoração de taxas de justiça calculadas a final, por utilização de expedientes dilatatórios, não disuadiriam o recurso a tais expedientes. Além disso, poderiam ter pouco efeito

condição de admissibilidade de recurso o pagamento da coima, no caso de o particular não requerer o efeito suspensivo. De outra forma, violar-se-ia o escopo da norma (que pretende, designadamente, evitar as impugnações com intuítos meramente dilatatórios e, ao mesmo tempo, garantir o cumprimento da sanção) e ocupar-se-ia o Ministério Público de promover execuções e de, posteriormente, as poder reverter. Além disso, seria sempre de questionar o motivo pelo qual o particular não teria feito uso da *válvula de escape* do sistema, solicitando o efeito suspensivo, quando teria todo o interesse em fazê-lo.

prático e seriam mais lesivas do interesse dos particulares. Por esses motivos, cremos que a solução legal, além de não ferir a CRP é também a que melhor concilia os interesses em causa.

Acrescenta-se apenas que a sugestão em voto vencido quanto à possível referência ao n.º 3 do artigo 80.º da Lei do Tribunal Constitucional, no sentido de o Tribunal clarificar que o seu juízo se *fundava numa determinada interpretação* e que tal interpretação *deve ser aplicada com tal interpretação ao processo em causa* não oferece objecções.

4. CONCLUSÕES

Aqui chegados, cumpre, a breve trecho, ordenar sistematicamente as principais conclusões que a chegámos:

- 1.^a O direito das contra-ordenações é uma área específica, tendencialmente caracterizada por ser eticamente neutra e desenvolvida num contexto de crescente *descriminalização*, e que, por esses motivos, apresenta especificidades face ao direito criminal.
- 2.^a Não obstante, existem normas de direito criminal e de direito processual criminal que são aplicáveis aos processos sancionatórios (seja por remissão directa dos regimes de contra-ordenação especiais, seja por força das remissões expressas nos artigos 32.º e 41.º do RGCO).
- 3.^a Tais normas, caso se entenda pela sua mobilização, deverão ser atentamente interpretadas, atendendo, designadamente, à especificidade que o direito das contra-ordenações apresenta face ao direito criminal.
- 4.^a Assim, num caso como o que se analisou (o do Acórdão n.º 123/2018 do Tribunal Constitucional), entende-se que não ofende o princípio da tutela jurisdicional efectiva, nem o princípio da presunção da inocência, interpretados em conjunto com o princípio da proporcionalidade, a norma do artigo 46.º do RSSE que atribui efeito devolutivo às impugnações de decisões de contra-ordenações tomadas por autoridades administrativas, a menos que o visado prove *prejuízo sério* e se ofereça para prestar caução substitutiva, caso em que o efeito será suspensivo.
- 5.^a Entende-se que o princípio da tutela jurisdicional efectiva não é violado, mas restringido, impondo-se ao particular um ónus de provar o seu *prejuízo sério* no cumprimento imediato e de prestar caução substitutiva, que poderá ser no montante, modo e prazo que o Tribunal decida fixar, assim se garantindo que o particular tem acesso à justiça

(de modo que não seja oneroso, nem imponha condições que, designadamente a sua situação económica, o seu volume de negócios – artigo 32.º do RSSE – não acomodem) e que os interesses públicos da regulação do sector energético, da garantia do cumprimento da sanção e da inibição de utilização de expedientes dilatórios não são coarctados.

- 6.^a Entende-se que o princípio da presunção da inocência passa no teste da proporcionalidade, porque não tem o mesmo peso axiológico que teria se tratássemos de matérias criminais (não valendo o argumento que atende *contabilisticamente* ao montante que o visado teria de transferir, porque tal montante, ainda que possa ser objectivamente elevado, atende ao benefício económico auferido pelo visado com a sua conduta e tem em conta o volume de negócios do visado, bem como a sua situação económica – artigo 32.º do RSSE); merece restrição para garantir os interesses públicos da regulação do sector energético, da garantia do cumprimento da sanção e da inibição de utilização de expedientes dilatórios; e, dada a *válvula de escape* do sistema, permite que seja requerido o efeito suspensivo, alegando-se *prejuízo sério* e decidindo o juiz pelo montante, modo e prazo da prestação de caução substitutiva.
- 7.^a Crê-se que esta é uma boa solução para a ponderação dos interesses em causa e que outras possíveis soluções (designadamente o aumento dos prazos de prescrição ou a eventual majoração de taxas de justiça calculadas a final, por utilização de expedientes dilatórios) não dissuadiriam, poderiam ter pouco efeito prático e seriam mais lesivas do interesse dos particulares.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

2011(a) *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*: Universidade Católica Editora.

2011(b) *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a edição: Universidade Católica Editora.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA

1998 “Contributo para o conceito de contra-ordenação (A experiência alemã)”, in *Direito Penal Económico e Europeu*, Vol. I, Coimbra Editora, pp. 75-107.

CANOTILHO, J. J. GOMES & MOREIRA, VITAL

2014 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Edição, Vol. I: Coimbra Editora.

CORREIA, EDUARDO,

1998 “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, in *Direito Penal Económico e Europeu*, Vol. I, Coimbra Editora, pp 3-18.

COSTA, JOSÉ DE FARIA

1998 “A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social”, in *Direito Penal Económico e Europeu*, Vol. I, Coimbra Editora, pp. 109-143.

DANTAS, LEONES

2017 “Recursos jurisdicionais no processo das contraordenações”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, N.º 344, pp. 181 e ss.

2010 “Os direitos de audição e defesa no processo das contra-ordenações”, in *Revista do CEJ*, N.º 14, pp. 295 e ss.

DIAS, JORGE FIGUEIREDO

1998 “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Direito Penal Económico e Europeu*, Vol. I, Coimbra Editora, pp. 19-33.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA

2010 *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 18.ª Reimpressão: Almedina.

MONTEIRO, FERNANDO CONDE

2017 “Breves reflexões epistemológicas sobre a delimitação entre o ilícito contraordenacional e o ilícito jurídico-penal em face da ordem jurídica portuguesa”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, N.º 344, pp. 344 e ss.

MOUTINHO, JOSÉ LOBO

2008 *Direito das Contra-Ordenações – Ensinar e Investigar*: Universidade Católica Editora.

PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA

2013 “Direito de audição e direito de defesa em processo de contraordenação: conteúdo, alcance e conformidade constitucional”, in *RPCC*, 23, pp. 63-121.

2015 “A proibição de reformatio in pejus e o processo de contraordenação” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, Vol. II, N.º 51, pp. 137-157.

2017 “Garantias e evolução do direito de mera ordenação social”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, N.º 344, pp. 249 e ss.

C&R

DOSSIER ECN+

PARENTAL LIABILITY UNDER THE ECN+ DIRECTIVE AND ITS EXTENSION TO ACCESSORY SANCTIONS

José Luís da Cruz Vilaça & Mariana Martins Pereira**,
em representação da Cruz Vilaça Advogados*

ABSTRACT *Under EU law, there are certain circumstances in which a parent company can be held liable for the unlawful conduct of its subsidiary. While parental liability has been a CJEU case-law based doctrine, Directive 1/2019 (ECN+ Directive) codified it in its article 13(5). This article aims at analysing the impact of the Directive's entry into force on the doctrine of parental liability, namely regarding the implementation process in the Member States. In particular, it assesses the Portuguese implementation, in particular, its legislative choice of extending parental liability to accessory sanctions.*

INDEX 1. Introduction. 2. The CJEU's case-law on parental liability. 3. The principle of autonomous interpretation of the concept of “undertaking”. 3.1. The Directive. 3.2. The Portuguese implementation. 4. Conclusion.

KEY-WORDS Antitrust, Antitrust Law, Competition Authority, Competition Policy, Collusion, Competition, Regulation.

JEL CLASSIFICATION Antitrust Issues and Policies: General L400; Horizontal Anticompetitive Practices L41; Antitrust Law K21.

* Managing Partner at Cruz Vilaça Advogados.

* Associate Lawyer at Cruz Vilaça Advogados.

1. INTRODUCTION

The doctrine of parental liability, consisting of the possibility of holding parent companies responsible for competition law infringements committed by their subsidiaries, has been developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU)¹ for several years. Nonetheless, not only has it been debated within the legal community, but also it has been inconsistently applied by national competition authorities (NCAs) and national courts across Europe, also due to competing interpretations of principles enshrined in domestic constitutions, such as the principle of personal liability. The CJEU's most recent case-law significantly clarified many of these topics, contributing to enhance legal certainty.

It is against this backdrop that the European Commission (Commission) has proposed the ECN+ Directive (Directive), aiming at achieving greater effectiveness and uniformity in the enforcement of EU competition law. The Directive was adopted by the European Parliament and the Council on 11 December 2018² and the Member States have until February 2021 to implement it. To reach its main objective, the Directive *inter alia* sets out rules to improve the uniform application of the concept of “undertaking” among EU Member States, in order to “unblock” the full application of the parental liability doctrine. The ongoing Portuguese implementation seems to be imbued with the same objective, to which it appears to give a broad meaning.

This article aims at analysing the Directive's impact on the doctrine of parental liability in EU competition law, as developed by the CJEU in its most recent case-law. It also considers the Portuguese implementation, particularly regarding the extension of parental liability to accessory sanctions. We will critically analyse such legislative choice, pointing out the need to harmonise coexisting legal principles and briefly underlining the key role of the CJEU and of the national courts in this regard.

2. THE CJEU'S CASE-LAW ON PARENT LIABILITY

The case-law on parental liability can be summarised in a pre and a post-*Akzo I* phases. Prior to *Akzo I*, it mainly concerned cases where the anticompetitive

1 References to the “CJEU” should be understood as referring to both the General Court of the European Union (GC) and the Court of Justice (ECJ).

2 Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market, OJ L 11 (2019), p. 3–33.

behaviour derived from orders given by the parent company to its subsidiary.³ Likewise, the CJEU seemed to accept that the failure of the parent company to prevent the competition law infringement by its subsidiary could justify the former's liability.⁴

In *Akzo I*,⁵ the now⁶ General Court (GC) went a step further, holding that “it is not [...] because of a relationship between the parent company and its subsidiary in instigating the infringement, or *a fortiori*, because the parent company is involved in the infringement, but because they constitute a single undertaking [...] that the Commission is able to address the decision imposing fines to the parent company of a group of companies”.⁷ The GC then stated that “in the specific case of a parent company holding 100% of the capital of a subsidiary which has committed an infringement, there is a simple presumption that the parent company exercises decisive influence over the conduct of its subsidiary [...] and that they therefore constitute a single undertaking”.⁸ It is thus for the parent company to rebut that presumption by adducing evidence to establish that its subsidiary acted independently.⁹

On appeal¹⁰, the Court of Justice (ECJ or Court) fully upheld the so-called *Akzo presumption*. In subsequent case-law, it was extended to situations in which the parent company holds almost all of the capital of its subsidiary.¹¹ Nevertheless, the inferences made by the Court in some of those rulings, as

3 C-48/69, *ICI v Commission*, EU:C:1972:70, §§129-137.

4 T-109/02, *Bolloré v Commission*, EU:T:2007:115, §§127, 132-150; C-322/07 P, *Papierfabrik August Koehler and Others v Commission*, EU:C:2009:500.

5 T-112/05, *Akzo Nobel and Others v Commission*, EU:T:2007:381.

6 The Court of First Instance (CFI) was created in 1988. Only in 2009, with the entry into force of the Lisbon Treaty, it was renamed as General Court (GC). References to judgments of the GC should be understood as also referring to judgments released by the CFI.

7 T-112/05, *Akzo Nobel and Others v Commission*, §58. For an earlier judgment where the CJEU had already dealt with the notion of “single economic unit” for the purposes of parental liability, see, T-354/94, *Stora Kopparbergs Bergslags v Commission*, EU:T:1998:104 and, on appeal, C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags v Commission*, EU:C:2000:630.

8 A similar conclusion, albeit without being phrased in the form of a presumption, had already been reached by the Court in C-107/82, *AEG v Commission*, EU:C:1983:293, §50.

9 T-112/05, *Akzo Nobel and Others v Commission*, §60.

10 C-97/08 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*, EU:C:2009:536.

11 See C-520/09 P, *Arkema v Commission*, EU:C:2011:619, §§42 and 48; and T-419/14, *Goldman Sachs v Commission*, EU:T:2018:445, §§50-52.

well as the terminology used, led to some ambiguity as to whether parent company liability is “derivative” or “personal”.¹²

This question was addressed by the Court in *Akzo II*.¹³ Indeed, to decide whether the fact that the Commission’s power to impose penalties on the subsidiaries was time-barred precluded the parent company from being held liable, the Court had to assess whether the parent company’s liability should be categorised as personal or derivative.¹⁴ Disagreeing with the Advocate-General’s opinion,¹⁵ the ECJ declared that the parent company is held personally responsible, even though its liability may be entirely based on the unlawful conduct of that subsidiary.¹⁶ Recalling that the notion of undertaking designates an economic unit (§§46-48), that EU competition law is based on the principle of personal responsibility of that economic entity (§§49 and 57) and that, where the parent company exercises a decisive influence over its subsidiary, the latter’s conduct may be attributed to the former (§§52-55), the Court clarified that “the parent company [...] is held individually liable for an infringement of the EU competition rules which it is itself deemed to have infringed” (§§56-57 and 66). The Court thus concluded that the parent company can be held responsible, even though the subsidiary’s liability has become time-barred (§§71, 76).

3. THE PRINCIPLE OF AUTONOMOUS INTERPRETATION OF THE CONCEPT OF “UNDERTAKING”

3.1. The Directive

The Directive was adopted to reinforce the powers of NCAs and the uniformity of their practice, in order to achieve a “truly competition enforcement area in the Union” (Recital 8). Thus, “to ensure the effective and uniform application of articles 101 and 102 TFEU, the notion of ‘undertaking’, [...] which should be applied in accordance with the case-law of the [CJEU], designates an economic unit, even if it consists of several legal or natural

12 Kalintiri, 2018: 7 (page-number corresponds to online version). See also Opinion of Advocate General Wahl in C-516/15 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*, EU:C:2016:1004, §§61-62.

13 C-516/15 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*, EU:C:2017:314 (Judge Rapporteur: J. L. da Cruz Vilaça).

14 See Opinion of Advocate General Wahl in C-516/15 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*, §50.

15 See Opinion of Advocate General Wahl in C-516/15 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*, §§67-69.

16 C-516/15 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*, §§52-58 and 66.

persons. Accordingly, NCAs should be able to apply the notion of undertaking to find a parent company liable, and impose fines on it, for the conduct of one of its subsidiaries, where the parent company and its subsidiary form a single economic unit” (Recital 46).

In the same vein, “Member States shall ensure that for the purpose of imposing fines on parent companies and legal and economic successors of undertakings, the notion of undertaking applies” (article 13(5) of the Directive). In a nutshell, the Directive codifies the parental liability doctrine, as established by the CJEU.

Main principles at stake

In its Communication on Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003,¹⁷ the Commission recognised that differences between NCAs concerning the ability to hold parent companies liable may compromise “the desired deterrent effect” of national competition enforcement. Indeed, to impose “deterrent fines” on undertakings, NCAs should be able to adopt an approach to parental liability that is consistent with the EU-level one (§37). The Explanatory Memorandum of the Directive’s proposal similarly noted that parental liability allows “the fine to reflect the overall strength of the corporate group and not only that of the subsidiary, making it more meaningful and deterrent”.

The main objective at stake hence seems to be deterrence,¹⁸ which shall nonetheless be balanced against the principle of personal responsibility. It has been precisely in this context that the CJEU has declared that the parent company’s responsibility is “a mere manifestation”¹⁹ of the concept of undertaking and is accordingly personal.²⁰ Likewise, the possibility to rebut the presumption of decisive influence allows the parent company to demonstrate that, in its specific circumstances, it did not control the activity of the subsidiary and cannot be held liable. In order to strike the necessary balance

¹⁷ COM/2014/0453 final.

¹⁸ See, among others, C-408/12 P, *YKK and Others v Commission*, EU:C:2014:2153, §§85-86 and 93 (Judge Rapporteur: J. L. da Cruz Vilaça).

¹⁹ C-625/13 P, *Villeroij & Boch v Commission*, EU:C:2017:52, §150.

²⁰ T-372/10, *Bolloré v Commission*, EU:T:2012:325, §52, C-516/15 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*, §§56, 66, 71-74.

and to ensure that the presumption is not deprived of its useful effect (or *effet utile*)²¹, it must be *de facto* rebuttable.

Hence, the ECJ's ruling in *Akzo II* clarified how the balance between the principle of personal responsibility, the parental liability doctrine and the necessary deterrence effect of competition law sanctions shall be struck at EU level.²² Notwithstanding, the implementation of the Directive in the national legal systems is likely to raise additional questions in proceedings pending before national courts, namely as regards its compatibility with constitutional requirements and general principles of EU law. These questions shall be addressed through the preliminary ruling procedure and in light of the principles of primacy and direct effect. Indeed, while the application of the parental liability doctrine has mainly been discussed in direct actions, its codification in the Directive opens the door to the judicial dialogue between the ECJ and national courts.

3.2. The Portuguese Implementation

a. Autonomy of the notion of undertaking and extension to accessory sanctions

Our analysis is essentially focused on articles 3, 71(1)(b), 73(2)(a) and (3) of the Preliminary Draft Law, which aims at implementing article 13(5) and Recital 46 of the Directive.

Article 3 refers to the notion of “undertaking”, linking it to the concept of “economic unit”. Article 73(2)(a) and (3) codifies the parental liability doctrine, establishing a presumption of “decisive influence” where the parent company has a shareholding of 90% or more. For its part, article 71(1)(b) essentially extends the parental liability doctrine to accessory sanctions.

In this regard, it is important to underline that both Regulation 1/2003²³ and the Directive²⁴ only foresee the application of a fine and/or of periodic penalty payments as a result of an infringement of EU competition law. The application of accessory sanctions is thus a national legislative choice, which is compatible with EU law, in so far as it does not affect the effectiveness of articles 101 and 102 TFEU. *A fortiori*, its extension to parental liability is not foreseen under EU law.

²¹ Vilaça, 2013.

²² See also, in this context, C-408/12 P, *YKK and Others v Commission*, §§65-66.

²³ See Chapter VI, articles 23 (fines) and 24 (periodic penalty payments).

²⁴ See Chapter V, articles 13 to 15 (fines) and 16 (periodic penalty payments).

In its Explanatory Memorandum, the Portuguese Competition Authority (PCA) stressed that “the amendment to Article 71 of the Competition Act aims at adjusting the ban on the right to take part in public tenders to the notion of undertaking as an economic unity” (§102).

In the Public Consultation,²⁵ the stakeholders²⁶ underlined that extending accessory sanctions to parent companies could exclude from the market undertakings whose main activity is the participation in public tenders, leading to a manifest disproportion between the sanction, its deterrent effect and the gravity of the infringement. Albeit considering that the extension of accessory sanctions to any entity belonging to the same economic unity of the infringer undertaking is, in principle, adequate and proportionate, the PCA limited its scope to public tenders directly or indirectly related to the market affected by the infringement.²⁷

b. Decision practice of the PCA

In case PRC/2009/13,²⁸ the PCA found the parent company liable, in so far as it controlled the activities of its subsidiary and could have avoided the infringement. This decision was nonetheless quashed by the Lisbon Appeal Court, in light of the principle of personal responsibility and despite the fact that the parent company held 100% of one of the infringing subsidiary’s share capital.²⁹ The national court did not seem to follow the doctrine of

25 http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Paginas/Consulta-p%C3%BAblica-sobre-proposta-de-anteprojeto-de-transposi%C3%A7%C3%A3o-da-Diretiva-%E2%80%9CECN-%E2%80%9D.aspx?lst=1&Cat=2019.

26 CVA was one of the stakeholders sending comments, which are available here: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/ObsConsultaPublica/Cruz%20Vilac%CC%A7a%20Advogados.pdf.

27 PCA’s Public Consultation Report, 31 March 2020, §§47-50, available at: http://concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Proposta%20de%20Anteprojeto%20apresentada%20ao%20Governo%20%E2%80%93%20Relat%C3%B3rio%20da%20Consulta%20P%C3%BAblica.pdf. See also the Preliminary Draft Law, available at: http://concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Proposta%20de%20Anteprojeto%20apresentada%20ao%20Governo.pdf.

28 Decision of 22 December 2015, PRC/2009/13, *Associação Nacional das Farmácias (ANF)*; *Farminveste – S.G.P.S., S. A. (Farminveste SGPS)*; *Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S. A. (Farminveste IPG)*; *HMR – Health Market Research, Lda*.

29 Opening statement of Maria João Melícias, International Competition Network Annual Conference 2018, p. 6.

parental liability as developed by the CJEU, which goes further than the failure to exercise vigilance.³⁰

In case PRC 2016/6,³¹ with regard to Somafel Group, the PCA concluded that neither the *Akzo* presumption was applicable nor was it possible to demonstrate to the requisite legal standard that the parent companies exercised decisive influence over the activity of the subsidiary. Conversely, it found that Fergrupo's parent companies were severally liable for the infringement, in so far as they held 100% of the share capital of its subsidiary and did not adduce relevant evidence to rebut the presumption (§§1084-1092).

c. Principles and challenges

The proportionality principle shall guide the activity of any public decision-maker, be it the EU legislator, the judiciary or the Member States when implementing a Directive, especially when deciding to go beyond what was prescribed therein.

In the specific context of accessory sanctions, its impact on a small market such as the Portuguese one shall be pondered. Given that EU law must be understood in its context, the Member States must also take into account the public procurement rules and principles when implementing the Directive.³²

Finally, it is important to underline that the imposition of sanctions to parent companies for competition law infringements committed by their subsidiaries must comply with the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights. The adoption of the Directive and its implementation will thus have a significant impact on the way national courts interpret the doctrine of parental liability and reconcile it with the principle of individual responsibility. In our opinion, potential conflicts must absolutely be solved through the preliminary ruling procedure, therefore guaranteeing the uniform interpretation and application of EU law.

³⁰ See, for example, C-231/11 P, *Commission v Siemens Österreich and Others et Siemens Transmission & Distribution and Others / Commission*, EU:C:2014:256, §45.

³¹ Decision of 3 March 2020, PRC 2016/6, *Fergrupo – Construções e Técnicas Ferroviárias, S.A., Somafel – Engenharia e Obras Ferroviárias, S.A.*

³² Notably Recital 101 and article 57 of Directive 2014/24/EU.

4. CONCLUSION

As this article tried to stress out, a distinction shall be drawn between parental liability for competition law infringements at the EU and at the national level. At the EU level, it has been introduced by the Commission in its decision practice upheld by the CJEU. In this regard, while the first judgments seemed to require a stronger involvement of the parent company in the infringement, subsequent case-law focused on the concept of undertaking as a single economic unit, irrespective of the entities' legal status, in order to justify the imposition of fines to parent companies for infringements committed by their subsidiaries. In *Akzo II*, the ECJ endeavoured to clarify its case-law and explained that, in situations where the parent company holds all or almost all of the capital of its subsidiary, therefore being in a position to exercise decisive influence over the latter, it is held personally and individually responsible for an infringement of competition law, even though its liability may be entirely based on the unlawful conduct of the subsidiary.

At the national level, parental liability has not been consistently applied, as national courts are often reluctant to depart from more familiar concepts of criminal and corporate law. In particular, the imposition of fines to parent companies is often said to be at odds with the principle of personal responsibility.

Against this background, the ECN+ Directive aims at achieving greater uniformity in the application of the concept of “undertaking” within the Member States. To this extent, it codifies the parental liability doctrine, as established over the years by the CJEU's case-law. According to the *travaux préparatoires*, this will not only lead to the uniform application of concepts enshrined in EU law, but will also contribute to increase the deterrence effect of fines for competition law infringements.

Due to the above-mentioned differences between the application of the doctrine at EU and at national levels, the Directive's implementation will probably be a challenge both for NCAs and for national courts. At the same time, it constitutes an opportunity to foster the judicial dialogue through the preliminary ruling procedure, guaranteeing and enhancing the uniform interpretation and application of EU law. In a nutshell, like in many other aspects of European integration, only the active participation of all the actors involved, be it the EU courts, national courts, the NCAs or the national legislator, will allow the full and consistent application of EU law.

BIBLIOGRAPHY

KALINTIRI, ANDRIANI

2018 “Revisiting parental liability in EU competition law”, in *European Law Review*, 43, n.º 2, pp. 145-166, online version available at: https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/20453/1/Kalintiri_%20Revisiting%20parental%20liability.pdf.

VILAÇA, JOSÉ LUÍS DA CRUZ

2013 “Le principe de l’effet utile du droit de l’Union dans la jurisprudence de la Cour”, in *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Asser Press, pp. 279-306.

Official Documents

EUROPEAN COMMISSION

2014 *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*, COM/2014/0453 final, of 9.07.2014.

EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL

2014 *Directive (EU) 2014/24 of the European Parliament and of the Council on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC*, OJ L 94, p. 65-242, of 26.02.2014.

2019 *Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market*, OJ L 1, p. 3-33, of 11.12.2018.

PORTUGUESE COMPETITION AUTHORITY

2020 *Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN+ – Relatório sobre a Consulta Pública*, http://concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Proposta%20de%20Anteprojeto%20apresentada%20ao%20Governo%20%E2%80%93%20Relat%C3%B3rio%20da%20Consulta%20P%C3%BAblica.pdf, 31.03.20.

2020 *Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN+*, http://concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Proposta%20de%20Anteprojeto%20apresentada%20ao%20Governo.pdf, 31.03.20.

Case-Law of the Court of Justice of the European Union

Judgment of the Court of Justice of 14 July 1972, *ICI v Commission*, C-48/69, EU:C:1972:70.

Judgment of the Court of Justice of 25 October 1983, *AEG v Commission*, C-107/82, EU:C:1983:293.

Judgment of the General Court of 14 May 1998, *Stora Kopparbergs Bergslags v Commission*, T-354/94, EU:T:1998:104.

Judgment of the Court of Justice of 16 November 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags v Commission*, C-286/98 P, EU:C:2000:630.

Judgment of the General Court of 12 December 2007, *Akzo Nobel and Others v Commission*, T-112/05, EU:T:2007:381.

Judgment of the General Court of 26 April 2007, *Bolloré v Commission*, T-109/02, EU:T:2007:115.

Judgment of the Court of Justice of 3 September 2009, *Papierfabrik August Koehler and Others v Commission*, C-322/07 P, EU:C:2009:500.

Judgment of the Court of Justice of 10 September 2009, *Akzo Nobel and Others v Commission*, C-97/08 P, EU:C:2009:536.

Judgment of the Court of Justice of 29 September 2011, *Arkema v Commission*, C-520/09 P, EU:C:2011:619.

Judgment of the General Court of 27 June 2012, *Bolloré v Commission*, T-372/10, EU:T:2012:325.

Judgment of the Court of Justice of 10 April 2014, *Commission v Siemens Österreich and Others et Siemens Transmission & Distribution and Others / Commission*, C-231/11 P, EU:C:2014:256.

Judgment of the Court of Justice of 4 September 2014, *YKK and Others v Commission*, C-408/12 P, EU:C:2014:2153.

Opinion of the Advocate General Wahl of 21 December 2016, *Akzo Nobel NV and Others v Commission*, C-516/15 P, EU:C:2016:1004.

Judgment of the Court of Justice of 26 January 2017, *Villeroy & Boch v Commission*, C-625/13 P, EU:C:2017:52.

Judgment of the Court of Justice of 27 April 2017, *Akzo Nobel NV and Others v Commission*, C-516/15 P, EU:C:2017:314.

Judgment of the General Court of 12 July 2018, *Goldman Sachs v Commission*, T-419/14, EU:T:2018:445.

Decision Practice of the Portuguese Competition Authority

Decision of 22 December 2015, PRC/2009/13, *Associação Nacional das Farmácias (ANF); Farminveste – S.G.P.S., S. A. (Farminveste SGPS); Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S. A. (Farminveste IPG); HMR – Health Market Research, Lda.*

Decision of 3 March 2020, PRC 2016/6, *Fergrupo – Construções e Técnicas Ferroviárias, S.A., Somafel – Engenharia e Obras Ferroviárias, S.A.*

O CONTROLO DAS PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA – *NOTHING ELSE MATTERS?*

André Veloso Pedrosa, Francisco Espregueira Mendes & Rui Mesquita Guimarães, em representação da TELLES Advogados

ABSTRACT *The Directive (EU) 2019/1, of the European Parliament and of the Council, aims to strengthen and standardize the mechanisms made available to the national competition authorities in the investigation of breaches of competition law, as well as the payment of the sanctions applied. In this context, the present paper intends to approach these mechanisms, with a view to their transposition into national law, considering their framework in contraventions law. The approach will also consider the proposed amendment/transposition to the Portuguese Competition Law submitted for public consultation.*

SUMÁRIO Introdução. 1. A dialética entre os *Considerandos* da Diretiva e as concretas soluções normativas. 2. Da integração do direito sancionatório da concorrência no direito contraordenacional. 3. Das concretas soluções propostas – os mecanismos inspetivos e as medidas sancionatórias e sua efetivação. 3.1. Das medidas inspetivas e da admissibilidade da prova. 3.2. Do regime sancionatório

KEY-WORDS Competition Authorities, Contraventions/Criminal Law, Evidence, Electronic Messages, Recordings, In-house Lawyers, Liability, Parent Companies, Fines, Concurrence of Infringements

INTRODUÇÃO

Desde o início do presente século que se vêm intensificando os poderes de atuação das entidades administrativas da concorrência no controlo das práticas restritivas. Em Portugal essa intensificação ficou a dever-se em grande medida à reestruturação dos mecanismos de controlo introduzidos pela Lei da Concorrência de 2003, que conheceram um reforço na revisão de 2012. Essa crescente intensificação do controlo das práticas restritivas da concorrência conheceu recentemente um novo impulso com a Diretiva (UE) 2019/1

do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 (doravante “Diretiva”).

Tomando como palavras de ordem *independência, intensificação, uniformização e colaboração*, a Diretiva incide sobre cinco temáticas: (i.) independência e meios das autoridades nacionais da concorrência, (ii.) os poderes inspetivos (*latu senso*), (iii.) a articulação/cooperação entre as diversas autoridades nacionais da concorrência, (iv.) os poderes sancionatórios e respetiva efetivação e (v.) o estatuto de clemência.

É neste quadro que surge agora para o legislador nacional a necessidade de transpor aquela Diretiva – até 04.02.2021 – e se convocam as reflexões necessárias à sua transposição. Nessa reflexão poderá o legislador nacional considerar que: (i.) a legislação nacional atual já dá resposta aos fins que a Diretiva pretende acautelar, mantendo a sua redação atual; (ii.) no todo ou em parte, a legislação nacional não dá resposta aos mecanismos previstos na Diretiva, operando – nessa parte – uma transposição *ponto por ponto*, que prescindida de uma reflexão crítica; ou (iii.) considerando que, no todo ou em parte, a legislação nacional não dá resposta aos mecanismos previstos na Diretiva, optar uma revisão/transposição mais alargada, que não se limite a *copiar* para a legislação nacional as soluções preconizadas pela Diretiva, indo para além daquele que é o cumprimento dos ditames da Diretiva – como parece ser o caso do n.º 6 do artigo 20.º da Proposta de Anteprojeto¹, a propósito dos contactos envolvendo trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado.

A nós juristas, mais do que perspetivar cada uma das soluções possíveis (o que também neste texto terá cabimento), incumbe-nos, primeiramente, perspetivar o impacto dessas soluções na coerência do sistema jurídico. E nesta abordagem, principalmente a respeito dos poderes inspetivos e sancionatórios (mesmo descontando a falta de coincidência, na abrangência das soluções propostas, entre os *Considerandos* da Diretiva e o seu texto normativo), surge-nos a primeira questão que poremos à discussão no início do nosso excursus: em face daqueles que são os fins a atingir pela Diretiva, deverá ser repensado o enquadramento das infrações ao direito da concorrência no direito contraordenacional? Serão as infrações concorrenciais ainda um direito administrativo sancionatório ou pelos poderes que pretendem ser conferidos às

1 Referimo-nos à proposta colocada a discussão pública disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Transposi%C3%A7%C3%A3o%20Diretiva%20ECN+%20--%20Alter%C3%A7%C3%B5es%20LdC%20-%20Consulta%20P%C3%BAblica.pdf

autoridades nacionais da concorrência estamos verdadeiramente perante um direito penal?

Deste ponto, partiremos para uma análise mais fina daquelas que poderão ser as hipóteses de transposição da Diretiva, tendo, designadamente, presente a Proposta de Anteprojecto de transposição da mesma.

1. A DIALÉTICA ENTRE OS *CONSIDERANDOS* DA DIRETIVA E AS CONCRETAS SOLUÇÕES NORMATIVAS

A leitura da Diretiva evidencia, na concretização de alguns dos seus principais objetivos, uma desconexão entre os seus *Considerandos* e o texto normativo. Essa desconexão é, desde logo, observável no que concerne aos mecanismos de independência das autoridades nacionais da concorrência, mas, particularmente, no que respeita aos poderes de recolha de prova/meios de prova admitidos. Com efeito, são diversos os *Considerandos* que revelam uma intenção legislativa com soluções mais intrusivas (ou, pelo menos, não coincidentes) que o texto normativo propriamente dito, que se mostra na sua extensão mais temperado.

O que se afirma é suscetível de ser evidenciado em diversos dos seus aspetos. Desde logo, salientando-se a necessidade de incrementar as garantias de independência e de imparcialidade das autoridades nacionais da concorrência, no *Considerando 17* menciona-se que “para assegurar a imparcialidade das autoridades administrativas nacionais da concorrência, as coimas por elas aplicadas por infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE não deverão ser utilizadas para o seu próprio financiamento”². Já analisadas as normas da Diretiva, concretamente, os seus artigos 4.º (sob epígrafe “Independência”) e 5.º (sob epígrafe “Meios”), verifica-se que em qualquer dos seus enunciados normativos é feita esta referência, tendo o legislador europeu limitado a sua intervenção à regulação dos conflitos de interesses, à nomeação e destituição dos membros dos órgãos decisórios e à necessidade de garantir que as autoridades nacionais da concorrência dispõem dos meios necessários à prossecução das suas atribuições.

² As Autoridades Administrativas Independentes (ou numa versão ainda mais estrita, as Autoridades Reguladoras Independentes) não se integram, pela sua própria razão de ser, na pirâmide administrativa de tipo weberiano clássico, *id est*, por serem independentes não estão dentro do esquema tradicional da administração. Em razão das especificidades destas entidades no quadro organizatório das funções do Estado, o Supremo Tribunal dos E.U.A. pronunciou-se já no sentido de estas entidades constituírem um quarto poder – *fourth branch* – (Cfr. Acórdão «FTC v. Ruberoid Co», 343 US 470 – 1952).

Já no que respeita aos poderes inspetivos e meios de prova admissíveis nos processos sancionatórios, especificamente quanto ao exame de correspondência, estabelece-se no *Considerando 32* que a “competência para examinar livros ou outros documentos deverá ser extensiva a todas as formas de correspondência, incluindo mensagens eletrônicas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas”. Da mesma forma, no *Considerando 73* prevê-se que “as ANC deverão poder considerar as mensagens eletrônicas como prova relevante, independentemente de essas mensagens parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas”. Já na al. b) do n.º 1 do artigo 6.º dispõe-se que nas inspeções realizadas as ANC dispõem, pelo menos, de competência para “(i)nspecionar os livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do suporte em que estiverem armazenadas, tendo o direito de aceder a quaisquer informações acessíveis à entidade inspecionada”. Já no artigo 32.º, sob epígrafe “Meios de prova admissíveis perante as autoridades nacionais da concorrência”, dispõe-se que “Os Estados-Membros garantem que os meios de prova admissíveis perante uma autoridade nacional da concorrência incluem documentos, declarações orais, mensagens eletrônicas, gravações e quaisquer outros objetos que contenham informações, independentemente do formato e do suporte em que tais informações se encontrem armazenadas”, nada se prevendo quanto “gravações ocultas efetuadas por pessoas singulares ou coletivas, que não sejam autoridades públicas”, conforme se prescreve no *Considerando 73*³.

Ora, esta dialética entre os *Considerandos* e a disciplina normativa, naquilo que é o seu sentido e alcance, não é inócua, pois é suscetível de obrigar a repensar o enquadramento do direito contraordenacional da concorrência naquela que será a apropriação no direito nacional das soluções contidas da Diretiva, em particular as relativas aos poderes inspetivos e aos poderes sancionatórios e respetiva efetivação, designadamente tendo em consideração os seus âmbito e limites e, como não poderia deixar de ser, o primado do Direito da União Europeia (DUE) sobre as legislações dos Estados-Membros, que exige que a regulamentação adotada por estes esteja, em princípio (assunto ao que voltaremos), em conexão com o *acquis* europeu. Será, assim,

3 Poderá admitir-se que a divergência evidenciada entre os *Considerandos* e o texto normativo seja aparente, pois quer no *Considerando 32*, quer no *Considerando 73* é utilizada a expressão “parecerem” não ter sido lidas. Admite-se, portanto, que o legislador europeu pretenda referir-se a mensagens que tenham sido lidas, mas que surjam como não lidas (prova que sempre caberá fazer às entidades nacionais da concorrência, caso pretendam as referidas mensagens para demonstrar ter ocorrido uma prática restritiva da concorrência).

principalmente, quando se perspectiva, pela análise da Proposta de Anteprojeto colocada a consulta pública, uma tendência para, designadamente no que respeita à utilização como meio de prova de “mensagens não lidas” [al. b) do n.º 1 do artigo 19.º-A e n.º 2 do artigo 31.º da Proposta de Anteprojeto], haver uma “colagem” aos *Considerandos* da Diretiva.

2. DA INTEGRAÇÃO DO DIREITO SANCIONATÓRIO DA CONCORRÊNCIA NO DIREITO CONTRAORDENACIONAL

A preocupação com o reforço dos meios, em matéria inspetiva, postos à disposição das autoridades nacionais da concorrência e, bem assim, o quadro para as sanções a aplicar tende a tornar estes procedimentos cada vez mais musculados, quer quanto aos seus fins, quer quanto às suas consequências. Ora, partindo do que vem de se expor no ponto anterior e desta premissa inicial, impor-se-á aos legisladores nacionais, numa lógica de coerência do sistema, uma autocontenção na transposição da Diretiva ou uma alteração de paradigma, retirando o processo sancionatório por infração às regras da concorrência do âmbito do direito contraordenacional (ou mesmo de uma outra forma de processo administrativa sancionatória), fazendo-o nascer no direito penal.

É certo que o enquadramento numa ou noutra área do direito não se deve prosseguir pela observância dos meios que se pretende colocar à disposição das entidades inspetivas, mas sim dos bens jurídicos em causa. Com efeito, constituirá uma subversão à lógica do sistema a ideia de justificar a criminalização das infrações concorrenciais com vista a conceder poderes mais amplos às autoridades nacionais da concorrência, desconsiderando se é proporcional ao bem jurídico a proteger.

Assim, numa primeira abordagem e sob pena de se gerar uma patologia do ordenamento jurídico, a pergunta que se deverá fazer é se face aos bens jurídicos a proteger os meios sancionatórios em direito da concorrência deverão ser de génese penal ou contraordenacional/administrativo-sancionatórios. Concluindo-se que a proteção do bem jurídico concorrência (até pelo seu enquadramento constitucional) justifica a sua criminalização, então será coerente uma intensificação dos meios postos à disposição das autoridades nacionais da concorrência. O que não poderá suceder é a utilização em processos contraordenacionais de mecanismos típicos e apenas proporcionais para a tutela de bens jurídicos superiores, ou criminalizar porque se pretendem instituir esses mesmos mecanismos. Como bem afirma Eduardo Correia, o direito

penal “visa proteger, com as suas incriminações, os valores ou bens fundamentais da comunidade, isto é, aqueles interesses primários sem cuja observância a vida em sociedade não seria possível [...], bens jurídicos que directa ou indirectamente, mas sempre de maneira essencial, se prendem com a vida comunitária do homem e com a livre expansão da sua personalidade moral”, enquanto o direito contraordenacional está orientado para a defesa de “valores ou interesses fundamentais da vida comunitária ou da personalidade ética do homem, mas simples valores de criação ou manutenção de uma certa ordem social e por consequência mais ou menos estranhos – isto é: indiferentes – à ordem moral” (Correia, 1963: 28). É que, consabidamente, o direito das contraordenações projeta-se em domínios de ilicitude valorada em termos indiscutivelmente mais ligeiros. Assinalando essa *diferença quantitativa* detetada no ordenamento contraordenacional, diz-nos Cristina Líbano Monteiro que “[...] o lugar que o direito penal deve ocupar e o lugar que pertence ao direito de mera ordenação social é função da maior ou menor gravidade do respectivo ilícito. Por ordem decrescente (de gravidade), encontraremos primeiro o direito dos crimes e, só depois, o das contra-ordenações” (Monteiro, 2018: 171).

Nessa medida “as decisões legislativas de tipificação de crimes e de contra-ordenações devem ser orientadas pelo critério que subjaz a essa distinção material; que os princípios constitucionais válidos para o direito penal não devem, por norma, cobrar aplicação em sede contraordenacional, sendo esse critério sistematicamente invocado pelo Tribunal Constitucional para enfrentar as questões de constitucionalidade em matéria contraordenacional com que é confrontado; e que o regime legal do direito das contraordenações deve ser conformado de modo a assegurar a autonomia do direito contraordenacional em planos tão diversos como os do facto punível, das sanções e do processo” (Brandão, 2013: 17).

Na esteira do que vem de se dizer e apropriar, sob pena de se postergar esta perspetiva de sistema, a abordagem que haverá de ser feita pelo legislador nacional na transposição da Diretiva não poderá, por um lado, passar por criminalizar o que não é de criminalizável, com fundamento na necessidade de instituir meios investigatórios mais robustos das infrações concorrenciais e, por outro lado, mantendo as infrações à concorrência o seu enquadramento contraordenacional, colocar à disposição das autoridades nacionais da concorrência mecanismos de investigação típicos (e apenas proporcionais) do direito penal.

Será a partir deste enquadramento e daquelas que forem as opções do legislador nacional – ora mais perto das opções evidenciadas nos *Considerandos* da Diretiva, ora mais perto das opções evidenciadas do texto normativo –, que se lhe levantarão dois desafios na transposição da Diretiva, caso pretenda manter o *status* atual: o primeiro, de justificação da manutenção do procedimento de controlo das infrações ao direito da concorrência no direito administrativo sancionatório de génese contraordenacional; o segundo, de enquadramento conformação/adequação dos mecanismos propostos com o quadro constitucional.

Na verdade, antecipando o que se deixará exposto, não obstante a capacidade que o legislador nacional venha a demonstrar para se desviar dos escolhos constitucionais que se irão atravessar caso a opção passe por manter o enquadramento atual no âmbito do controlo das infrações ao direito da concorrência, não se antevê possível a articulação das exigências constitucionais, com a introdução daqueles mecanismos no âmbito de processos de natureza contraordenacional.

Referir, por fim, quanto a este ponto, que o primado do DUE sobre o direito nacional só se aplicará aos casos de aplicação paralela do DUE (concretamente da aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE), com o direito nacional, considerando que o artigo 1.º da Diretiva apenas prevê a sua aplicação quando o direito nacional for aplicado de forma autónoma quanto ao regime previsto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 31.º (também da Diretiva). E neste ponto, porque o n.º 4 do artigo 8.º da CRP não constitui “letra morta”, o que de resto veio evidenciado no Acórdão do Tribunal Constitucional, de 15 de julho, n.º 422/2020⁴, não está irremediavelmente excluído o controlo de constitucionalidade.

4 No referido Acórdão veio o Tribunal Constitucional a decidir que “Nos termos do artigo 8.º, n.º 4, da CRP, o Tribunal Constitucional só pode apreciar e recusar aplicação a uma norma de DUE, caso a mesma seja incompatível com um princípio fundamental do Estado de direito democrático que, no âmbito próprio do DUE – incluindo, portanto, a jurisprudência do TJUE –, não goze de valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição, já que um tal princípio se impõe necessariamente à própria convenção do [...] exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia’. Ao invés, sempre que esteja em causa a apreciação de uma norma de DUE à luz de um princípio (fundamental) do Estado de direito democrático que, no âmbito do DUE, goze de um valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição portuguesa, funcionalmente assegurado pelo TJUE (segundo os meios contenciosos previstos no DUE), o Tribunal Constitucional abstém-se de apreciar a compatibilidade daquela norma com a Constituição.”

3. DAS CONCRETAS SOLUÇÕES PROPOSTAS – OS MECANISMOS INSPETIVOS E AS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS E SUA EFETIVAÇÃO

Do que vem de se expor é possível concluir ou, pelo menos, antever que em nossa opinião algumas das soluções propostas pela Diretiva não serão compatíveis com um direito sancionatório de gênese contraordenacional. E esta opinião perpassa o *core* dos mecanismos inspetivos previstos e, bem assim, as medidas sancionatórias e sua efetivação.

Bem sabendo que a discussão sobre a legitimidade dos mecanismos inspetivos e sancionatórios propostos pela Diretiva seriam temas de tratamento individual em estudos *maiores*, caberão, ainda assim, nestas breves e próximas linhas, quanto mais não seja pela oportunidade, algumas reflexões sobre a idoneidade destes mecanismos.

3.1. Das medidas inspetivas e da admissibilidade da prova

a. Da inspeção a correspondência

Iniciando por aquela que é a questão controversa mais corrente, conforme já tivemos oportunidade de expor, dispõe o artigo 32.º da Diretiva, sob epígrafe “Meios de prova admissíveis perante as autoridades nacionais da concorrência”, para o que interessa, que “Os Estados-Membros garantem que os meios de prova admissíveis perante uma autoridade nacional da concorrência incluem documentos, declarações orais, *mensagens eletrônicas*, gravações e quaisquer outros objetos que contenham informações, independentemente do formato e do suporte em que tais informações se encontrem armazenadas”. Servindo, pelo menos de referência interpretativa, dispõem os *Considerandos* 32 e 73 que as autoridades nacionais da concorrência deverão poder considerar as mensagens eletrônicas como prova relevante, independentemente de essas mensagens parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas.

E, neste ponto, a questão que haverá de colocar é a de saber se é lícita a utilização como meio de prova de mensagens de correio eletrônico (ou outras), fora do direito penal, em observância do disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, nos termos do qual se prevê que é “proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”. Aliás, a densificação daquela imposição constitucional, seja quanto ao seu âmbito, seja quanto às suas limitações, veio a ter enquadramento da legislação ordinária, concretamente nos artigos 126.º e 179.º do Código de Processo Penal (“CPP”) e na Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro

e, bem assim, no que respeita ao direito contraordenacional, no n.º 1 do artigo 42.º⁵ do Regime Geral das Contraordenações (“RGCO”). E o que se extrai daquelas disposições, mesmo que em matéria criminal, é de existirem restrições à apreensão de correspondência, visto que o legislador entendeu graduar a sua admissibilidade tendo presente o bem jurídico tutelado pela norma penal. Com efeito, nos termos do disposto na al. b) do n.º 1 do artigo 179.º do CPP, apenas se permite a apreensão de correspondência quando está em causa um crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos, sendo que dispõe também o n.º 3 do artigo 126.º do CPP que “(r)essalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular”.

Arredando aqui a discussão sobre a extensão do conceito de *correspondência*⁶, tomaremos neste ponto a sua extensão mais restritiva (isto é, da correspondência fechada), considerando que quanto à correspondência fechada

5 Dispõe a referida norma que “Não é permitida a prisão preventiva, a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional”.

6 No sentido de que o conceito de correspondência se aplica quer à correspondência aberta, quer fechada: ainda que concretamente a propósito da Lei do Cibercrime, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de dezembro de 2011, processo n.º 36/11.6PJOER-A.L1-5, no qual se decidiu que “Não é de admitir qualquer distinção entre correspondência fechada e correspondência aberta, não existindo diminuição de exigências garantísticas desta em relação àquela”. Ademais, decide-se no referido Acórdão, concorre para a referida interpretação o facto de, na al. h) do artigo 2.º da Directiva 2002/58/CE, já se estatuir que o correio eletrónico é “qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até o destinatário o recolher”. No sentido de que o referido conceito apenas é aplicável a correspondência fechada, Costa Andrade afirma, a respeito do âmbito de aplicação do artigo 179.º do CPP que “é precisamente este facto – estar fechada – que define a fronteira da tutela penal do sigilo de correspondência e dos escritos, em geral.” (Andrade, 1999: 758). No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, afirma que o artigo 179.º do CPP é aplicável a toda a correspondência enquanto ela não for aberta pelo seu destinatário, sendo aplicável o disposto no artigo 178.º à correspondência já aberta pelo destinatário (Albuquerque, 2008: 494). Ainda no mesmo sentido, na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Março de 2011, processo n.º 463/07.3TAALM-A.L1-3, nos termos do qual se decide que a correspondência já aberta pelo seu destinatário passa a ter a natureza de documento e goza apenas da proteção que todos os documentos merecem, pois a correspondência é por definição fechada, e do mesmo Acórdão daquele Tribunal, de 15 de Julho de 2008, processo n.º 3453/2008-5, que a respeito das mensagens de correio eletrónico decidiu que “as comunicações por via electrónica ocorrem durante certo lapso de tempo. Começam quando entram na rede e acabam quando saem da mesma. [...] Quando o momento do seu recebimento já pertence ao passado, qualquer contacto com a comunicação feita não tem qualquer correspondência com a ideia de interceptação a que se reportam os artigos 187.º a 190.º do sobredito Código. As mensagens que, depois de recebidas, ficam gravadas no receptor deixam de ter a natureza de comunicação em transmissão. Nesta perspectiva, são comunicações recebidas, pelo que deverão ter o mesmo tratamento da correspondência escrita já recebida e guardada pelo destinatário”.

(i.) não existem dúvidas de que integra o conceito de correspondência de aplicação no âmbito criminal, (ii.) que estão vedadas em matéria contraordenacional⁷ e que (iii.) o texto normativo da Diretiva (em oposição com os *Considerandos*), portanto, na parte que é vinculativo para os Estados-Membros, apenas se refere a “mensagens eletrônicas”, nada dispondo quanto ao facto de (parecer) terem sido lidas.

Ora, na Proposta de Anteprojeto a admissibilidade de apreender correspondência surge na sua máxima extensão. Ali se dispõe [na al. b) do n.º 1 do artigo 18.º-A] que a Autoridade pode “Proceder à busca, exame, recolha e apreensão ou cópia sob qualquer forma de informações ou dados, em qualquer formato, físico ou digital, designadamente, documentos, ficheiros, livros, registos ou mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas, [...], incluindo mensagens não lidas ou informação apagada, acessíveis à empresa ou associação de empresas ou à pessoa sujeita a busca e relacionadas com a empresa investigada”. Mas mais, bem se sabendo da limitação geral imposta pelo artigo 42.º do RGCO, no artigo 31.º da Proposta de Anteprojeto, a este respeito dispõe-se que “Constituem meios de prova admissíveis [...] mensagens eletrônicas, incluindo mensagens não lidas [...], não sendo aplicável o disposto no artigo 42.º do regime geral do ilícito de mera ordenação social no que respeita à intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações e à reserva da vida privada”.

Dito isto, se já se vê com muita dificuldade tomar como legítima a apreensão de correspondência aberta em processos contraordenacionais – sendo nossa opinião de que a limitação constitucional prevista no n.º 4 do artigo 34.º da CRP se aplica quer a correspondência fechada, quer a correspondência aberta –, não se perspetiva de que forma a previsão contida na al. b) do n.º 1 do artigo 18.º-A e do n.º 2 do artigo 31.º, que permite buscas a correspondência fechada e a utilização dessa correspondência como meio de prova, será articulável com as limitações impostas pelo n.º 4 do artigo 34.º da CRP e, bem assim, com o seu artigo 18.º.

7 A este propósito afirma Paulo Pinto de Albuquerque que a violação dos referidos preceitos para prova de uma contraordenação constitui “uma proibição absoluta de prova”, e que esta regra “vale também para as pessoas coletivas [...]. Portanto, estão vedadas [...] as interceções de conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio [...], o correio eletrónico”, o que se trata de “uma consequência do artigo 34.º, n.º 4 CRP”, (Albuquerque, 2011: 159).

b. Das gravações (não autorizadas)

Outro dos temas que poderão suscitar dúvidas na transposição da Diretiva para o direito nacional e, bem assim, colocar em causa a coerência do sistema, acaso a transposição que venha a ser concretizada o seja de acordo com o previsto no *Considerando 73* da Diretiva, decorre da possibilidade de serem admitidas como prova “gravações ocultas”. Conforme já se teve oportunidade de expor, este é daqueles temas em que a extensão com que é apresentado nos *Considerandos* da Diretiva é maior do que aquela com que é apresentada no artigo 32.º, em que apenas se utiliza o termo “gravações”. Neste ponto, olhando para a Proposta de Anteprojeto afigura-se que se foi mais comedido, na medida em que, quer no artigo 18.º-A, quer no artigo 31.º apenas é utilizada a expressão “gravações”, desacompanhada de qualquer especificação quanto à circunstância de poderem (ou não) ser ocultas.

E bem se compreende que assim seja, na medida em que este é daqueles temas que vem gerando controvérsia doutrinal⁸ e jurisprudencial⁹ no âmbito do processo penal. Na abordagem a este tema não se deverá perder de vista que, nos termos do disposto no artigo no artigo 199.º do Código Penal, é

8 No sentido da impossibilidade de serem realizadas gravações não autorizadas Costa Andrade afirma que “(...) não estão legitimados (...) a realizar gravações sem consentimento de quem de direito em ordem à realização de fins iminentes ao processo penal, nomeadamente a condenação de delinquentes e, nessa medida, a realização da justiça, a estabilização das normas e o reforço da paz jurídica” (Andrade, 1984: 612).

9 Na jurisprudência, considerando proibida a utilização de prova gravada sem consentimento, de modo impressivo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de dezembro de 2018, processo n.º 3968/2008-5, a respeito de uma gravação não autorizada de uma chamada telefónica decidiu que “1 - Não se vê como se poderá sustentar a legalidade de uma gravação levada a cabo por particulares, relativamente à qual se abriu mão do apertado controlo e aparato jurisdicional sempre em acção numa normal escuta processual. 2 - Bastaria, desta forma, que as autoridades públicas se socorressem da prova assim obtida por particulares, quando elas próprias não o pudessem ter feito com sucesso, para que se contornasse todo o labor legislativo e jurisprudencial que reclama destas entidades uma rígida obediência aos procedimentos legais a observar em matéria de obtenção da prova” (no mesmo sentido, ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de abril de 2012, processo n.º 914/07.7TDLSB.L1-9). Em sentido oposto, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de setembro de 2011, processo n.º 22/09.6VGLSB.S2, veio decidir-se que “É criminalmente atípica a obtenção de fotografias ou de filmagens, mesmo sem consentimento do visado, sempre que exista justa causa nesse procedimento, designadamente quando as mesmas estejam enquadradas em lugares públicos, visem a realização de interesses públicos ou hajam ocorrido publicamente, constituindo único limite a esta justa causa a inadmissibilidade de atentados intoleráveis à liberdade, dignidade e integridade moral do visado”, concluindo assim que “quando os valores jurídicos protegidos pela estatuição do artigo 199.º do CP - relativos à imagem ou à palavra - estão a ser instrumentalizados na defesa de outros direitos, ou quando a não protecção concreta do direito à imagem ou à palavra é condição de eficácia da actuação do Estado na protecção de outros valores, eventualmente situados num patamar qualitativo superior, não se vislumbrando a possibilidade de afirmação da prevalência daquela protecção contra tudo e contra todos”, de modo que “A protecção da palavra que consubstancia práticas criminosas ou da imagem que as retrata têm de ceder perante o interesse de protecção da vítima e a eficiência da justiça penal: a protecção acaba quando aquilo que se protege constitui um crime”.

crime fotografar ou gravar sem consentimento. Certo é, como quer que seja, que o fundamento encontrado na jurisprudência para admitir como prova gravações ocultas ou não autorizadas, nem sequer teria cabimento no processo contraordenacional. Efetivamente, mesmo em processo penal que não existe uma orientação uniforme quanto ao tema, a admissão de prova gravada sem consentimento teria de obedecer ao princípio da proporcionalidade que apenas admitirá a gravação quando aquilo que se protege constitui um crime. Fora desse espectro não serão admitidas gravações ocultas ou não autorizadas.

Nesse sentido, conforme se referiu, na Proposta de Anteprojeto não se prevê a possibilidade de proceder a gravações não autorizadas, mas também não se limita a possibilidade de utilização de gravações obtidas licitamente, menção que acaso venha a ser apropriada no texto final poderá evitar discussões futuras que se anteveem.

c. Das trocas de comunicações com trabalhadores de empresa que detenham o título profissional de advogado

Uma novidade face a qualquer previsão dos *Considerandos* ou disposição normativa da Diretiva, surge no n.º 6 do artigo 20.º da Proposta de Anteprojeto, aí se dispondo que “(o)s contactos envolvendo trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado não são abrangidos pelo segredo profissional referido no número anterior”.

Não se desconhecendo o lastro jurisprudencial europeu nesta matéria (nos Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 18 de maio de 1982, AM&S, 155/79, EU:C:1982:157¹⁰ e de 14 de setembro de 2010, AKZO Nobel Chemicals, C-550/07 P, EU:C:2010:512), que excluiu a confidencialidade dos seus documentos, por considerar que os advogados *in-house* não seriam autónomos, entendemos que a referida inserção, por nem sequer bulir com qualquer disposição da Diretiva (ou mesmo dos seus *Considerandos*), não poderá/deverá ser acolhida no direito nacional.

Com efeito, desde logo, no artigo 82.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 09 de setembro, resulta que apenas é incompatível com o exercício da advocacia o vínculo de emprego

10 A respeito deste processo haverá de considerar a posição adotada pelo Advogado-Geral Gordon Slynn, que manifestou uma opinião distinta daquela que veio a ser sufragada pelo TJUE, por considerar que apesar de estar ciente da “importância do respeito pelo artigos 85.º e 86.º do Tratado, da necessidade para obter todo o tipo de informação sobre os factos imputados aos indivíduos em questão, bem como as dificuldades na obtenção das provas para determinar a verdade [...] corretamente interpretado, o artigo 14.º não permite, em o nosso entender, à Comissão examinar os documentos que são protegidos para o princípio geral de proteção do sigilo profissional” (tradução livre).

público, mantendo, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 92.º do EOA, o sigilo profissional em todos os casos. Acresce que, é também aplicável aos denominados advogados *in-house* o Código de Deontologia dos Advogados Europeus, que no seu ponto 2.1-1 impõe que exerçam a sua atividade com “uma independência absoluta, isenta de qualquer pressão, especialmente a que possa resultar dos seus próprios interesses ou de influências exteriores”, assim como, no ponto 2.3-1 (a propósito do sigilo profissional), dispõe que a obrigação “de guardar segredo profissional visa garantir razões de interesse público, nomeadamente a administração da justiça e a defesa dos interesses dos clientes”, devendo essa obrigação “beneficiar de uma proteção especial por parte do Estado”. E a referida proteção é alvo de salvaguarda constitucional, pois no artigo 208.º da CRP garante-se aos advogados todas as imunidades necessárias ao exercício da profissão, nelas se incluindo “a proibição de apreensão de correspondência que respeite ao exercício da profissão, direitos de comunicação com os seus patrocinados, mesmo com arguidos presos, direito à informação, exame de processos e pedido de certidões, direito de protesto”. Do exposto decorre que “mesmo que o advogado exerça a sua profissão ao abrigo de um contrato de trabalho, nas instalações da sua entidade patronal, figurando na lista de trabalhadores da empresa, não perde a sua qualidade de advogado, e muito menos a faculdade de exercer a sua profissão com os valores deontológicos que a mesma lhe exige [...] não havendo qualquer distinção de direitos e/ou deveres, encontrando-se sujeito às mesmas obrigações deontológicas” (Cardoso, 2015: 9).

Em suma, a proposta formulada no n.º 6 do artigo 20.º da Proposta de Anteprojeto mostra-se absolutamente desadequada da realidade, pois conforme resulta das normas acima identificadas não existe qualquer diminuição das exigências impostas aos advogados *in-house*, seja em matéria de independência, seja de sigilo profissional que justifique que os contactos envolvendo trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado não sejam abrangidos pelo segredo profissional. Ademais, neste ponto, nem sequer se coloca qualquer questão relacionada com o primado do DUE, na medida em que não existe qualquer previsão na Diretiva (e reitere-se, ou nos seus *Considerandos*) que potencie uma eventual obrigação de apropriação pelo direito nacional.

3.2. Do regime sancionatório

a. Big boys don't cry – Da responsabilidade das sociedades-mãe pelo pagamento das coimas

A solução equacionada em matéria de responsabilidade pela prática de infrações ao Direito da concorrência, com a redação acolhida, ora no n.º 5 do artigo 13.º da Diretiva – profundamente inspirado nas motivações expendidas no *Considerando 46* daquele ato –, ora no artigo 73.º do NRJC, compulsadas as alterações assinaladas na Proposta de Anteprojeto, merece, em nossa leitura, detida consideração.

Numa primeira impressão, diremos, mal se concebe o fenómeno de imputação da responsabilidade pela prática de infrações a pessoas “que exerciam uma influência determinante, direta ou indiretamente, sobre a pessoa que haja praticado os factos constitutivos da infração”¹¹, nos termos em que veio a ser recebido na Proposta de Anteprojeto – conquanto já venha servindo a tradição judicial comunitária –, marcadamente edificado sobre o desiderato de insuflar o âmbito daquela responsabilidade, quando desencadeada no ambiente das relações societárias. O processo de responsabilização aventado permanece, todavia, alheado das exigências basilares de imputação, associando, sem mais, a responsabilidade pela prática de uma infração executada por um determinado sujeito a uma outra entidade em circunstâncias de *poder exercer*¹² uma influência determinante sobre o agente que pratica materialmente o ilícito contraordenacional. A ser assim, perpetuam-se as preocupações em torno do preenchimento daquele critério – *maxime*, o da influência determinante –, sobretudo quando prefigurando em termos estritamente *potenciais* – que não *efetivos* –, o que amiúde virá a suceder naqueles casos em que, a pretexto de uma determinada expressão (direta ou indireta) da participação da sociedade-mãe no capital social da sociedade-filha, se projete aquela

11 Trata-se da redação vertida na al. a) do n.º 2 do artigo 73.º.

12 Pese embora a exigência *legal* nos conduza à verificação, no plano da imputação, de um exercício efetivo de influência determinante sobre o sujeito que veio a praticar o facto – porquanto se exige, na conceção literal da norma, o *exercício* de influência (que não, por conseguinte, a mera possibilidade ou a suscetibilidade de exercício da mesma influência) –, facto é que a consagração, *ex vis* n.º 3 do mesmo preceito, de uma presunção de exercício de influência determinante, dado um determinado cenário factual, vem, em parte, derrubar a pré-compreensão suscitada pelo texto posto na al. a) do n.º 2, de tal modo que, presumida naquele caso a influência determinante em razão de uma determinada participação no capital social, seria pouco curial apelidar de *efetivo* o exercício de uma influência que se nos afigura, em rigor, como meramente *potencial*.

relação de titularidade, *ex vis* n.º 3 do artigo 73.º da Proposta de Anteprojeto, como uma conexão geradora de influência determinante *tout court*.

A esse propósito, desde logo se faça notar que vir sustentar os pressupostos de ativação da responsabilidade – a influência determinante – no funcionamento de presunções é tarefa carregada de perigos. Como resulta evidente da atual formulação, sempre que uma entidade participe em 90% ou mais no capital social de uma sociedade presumir-se-á, por força desta proposta, que aquela exercerá sobre esta uma influência determinante. Se não erramos, tanto equivale a declarar que a demonstração de um elemento essencial do tipo escapa, afinal, ao princípio acusatório, presumindo-se a sua verificação. E assim sucederá, sempre que não seja oferecida prova em sentido contrário. O que nos conduz a uma segunda ordem de considerações. Julgamos perturbador que uma proposta de alterações ao NRJC dispense, por um lado, as autoridades incumbidas da perseguição da infração de provar a existência de uma influência determinante, enquanto elemento essencial do tipo – presumindo-a –, e transfira, por outro, a prova da inexistência de uma influência determinante para a esfera da entidade visada, opção que vem a suscitar sérias dúvidas de conformidade com o princípio fundamental da *presunção de inocência*¹³.

Ponto é que, mesmo dilucidada a problemática suscitada pela díade da influência determinante *potencial/efetiva*, no demais, a solução em perspetiva inaugura um resultado de imputação de jaez meramente objetivo, bastando-se a produção dos seus efeitos tão somente com a verificação de uma relação de influência determinante entre as entidades em presença. Não esclarece, pois, a Proposta de Anteprojeto, em que medida vem a reputada influência *relacionar-se*, sob qualquer forma, com a infração. O silêncio normativo presentido neste domínio é, em nosso entender, de uma ingenuidade vociferante, e em nada contribui para dissipar a neblina interpretativa instalada na ordem jurídica europeia quanto à natureza e fenomenologia próprias da imputação de responsabilidade às sociedades-mãe¹⁴ pelos ilícitos perpetrados pelas suas

13 Essa obnubilação do princípio do *in dubio pro reo* resiste, *mutatis mutandis*, na jurisprudência da UE – “quando aplicável, [...] essa presunção implica, salvo se for ilidida, que o exercício efetivo, por uma sociedade-mãe, de uma influência determinante sobre a sua filial é considerada provada e confere à Comissão legitimidade para responsabilizar a primeira pelo comportamento da segunda, *sem ter de apresentar nenhuma prova suplementar*” (itálico nosso) (C-155/14 P, *Evonik Degussa e AlzChem/Comissão*, EU:C:2016:446, §30).

14 Ou (-)avó, etc., dependendo da genealogia em presença.

subsidiárias¹⁵. Na nossa humilde perspectiva, ao prescindir da demonstração de um *nexo causal entre o real exercício daquela influência e a prática materializada da infração*, a Proposta de Anteprojeto encaminha-se para uma doutrina de imputação derivada que, embora nos convença pela sua adequação à mundividência que pretende disciplinar – no rigor das coisas, uma verdadeira responsabilidade por facto de outrem –, não parece compatível com o rumo trilhado noutros recintos do regime legal. Trata-se, no fundo, e recuperando a clarividência da perspectiva com que o Advogado-Geral Nils Wahl enfrentou o problema¹⁶, da adesão a uma de duas possíveis leituras do problema da imputação da responsabilidade¹⁷ – se dirigida a fundar uma responsabilidade *pessoal* ou *derivada* das sociedades-mãe pelas infrações praticadas pelas respectivas sociedades-filha, quando aquelas não comunguem de forma direta e autónoma da qualidade de participantes no delito produzido – em exclusivo, por sinal – pelas subsidiárias.

Reservamo-nos, neste ponto, e afora a inclinação reputada, a apelar, no essencial, ao valor de uma decisão legislativa armada de uma direção sistemática coesa que, tanto quanto pudemos testemunhar, não logrou, entretanto, assento nas propostas trazidas ao fórum da discussão. Vale por dizer, o tema

15 Para um apanhado da diversidade de sentidos terminológicos e normativos explorados, neste campo, pelos tribunais europeus, *vide* as conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl no proc. C-516/15 P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, EU:C:2016:1004, §61 ss.

16 C-516/15 P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, EU:C:2016:1004, §61 ss.

17 É ver que, “Do ponto de vista terminológico, a jurisprudência remete frequentemente para o conceito de imputação *da responsabilidade* e não da conduta ilícita. Em contrapartida, alguns acórdãos adotam uma perspectiva de ‘culpabilidade’, no sentido de que a própria sociedade-mãe é considerada autora da infração, sem que haja qualquer diferenciação clara entre a situação em que se considera que a sociedade em questão está diretamente envolvida na infração como autora da mesma e a situação em que a responsabilidade por essa infração é apenas indiretamente imputada à sociedade-mãe. Segundo esta linha jurisprudencial, em minha opinião dificilmente conciliável com a primeira, considera-se que a sociedade-mãe que exerce uma influência determinante numa filial que participa numa infração ao artigo 101.º TFUE cometeu pessoalmente a infração às regras de concorrência do direito da União” – C-516/15 P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, EU:C:2016:1004, §63. Já aqui se avista como um juízo de imputação indireta ou derivadamente estabelecido em relação à sociedade-mãe melhor se adequa à cobertura de uma responsabilidade por infrações ao Direito da concorrência em que aquela não haja intervindo diretamente, ao invés de um exercício de imputação da *própria conduta típica* que não arrecada, a nosso ver, merecido fundamento, quando o exercício da influência determinante se posiciona num nível meramente *abstrato*, e não *concreto*. A própria compreensão do problema pelo TJUE, segundo nos informa o Advogado-Geral, coaduna-se, ao que parece, com semelhante perspectiva: “embora o Tribunal de Justiça tenha declarado, em várias ocasiões, que a sociedade-mãe suportava, em tal configuração, uma responsabilidade denominada ‘pessoal’, fê-lo, em minha opinião, para salientar o facto de que lhe incumbia responder pelos comportamentos anticoncorrenciais da sua filial, *independentemente da sua implicação concreta nestes comportamentos* e devido aos vínculos de capital e organizacionais que mantém com a sua filial” (itálico nosso) – ainda o proc. C-516/15 P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, EU:C:2016:1004, §68.

da imputação, no que à configuração da responsabilidade projetada para as sociedades-mãe concerne, reclama, evidentemente, que o juízo legislativo que a precede enverede por uma determinada forma de entender a natureza daquela responsabilidade. E, como quer que seja, reclama, outrossim, que uma tal opção seja empreendida pela diversidade dos legisladores nacionais – também pela normatividade comunitária – até às últimas consequências, sob pena de desaguar – como hoje forçosamente se reconhece suceder – numa melodia legal em desafino (melhor, afinada algures, desafinada alhures). Ora, a busca pela harmonia principiaría, *prima facie*, por uma descrição aturada do tipo sancionatório adotado. Logo aí deveria a Proposta de Anteprojeto desvendar sem mistério, no confronto entre uma influência determinante *apreciada abstratamente* – isto é, objetivada na circunstância de a sociedade-mãe poder determinar a atuação em mercado da sociedade-filha, embora ignorando, para aquele efeito, se a produção do resultado danoso emerge como consequência dessa atuação da sociedade-mãe ou sequer se uma tal influência, não obstante em regra se faça notar, se evidenciou naquela situação – ou *avaliada diante das concretas circunstâncias do caso* – isto é, quando seja possível estabelecer, com recurso às ferramentas da causalidade, que o dano típico da infração foi provocado pelo exercício efetivo de uma tal influência –, qual o parâmetro normativo a privilegiar. É que a seleção de pressupostos mais ou menos exigentes para firmar a responsabilidade contribui, estamos em crer, para a coloração e esclarecimento da natureza da responsabilidade em presença. Acaso fará sentido supor que o exercício, em abstrato, de uma influência determinante sobre o comportamento da sociedade subsidiária no mercado – portanto, sem refração na concreta produção do ilícito – é fundamento bastante para a assunção de uma imputação, a título pessoal, da infração à sociedade-mãe, como se de uma autora material da infração se tratasse? A nosso ver, a resposta deverá ser negativa. De outro modo, ao que nos parece, avultam os riscos de uma imputação excessiva e injustificada dos comportamentos ilícitos do agente à pessoa *influyente* – mesmo de uma pessoa que, protagonizando em regra uma influência determinante sobre o sujeito que praticou o facto, em nada contribuiu para a produção daquele evento em concreto. Conjecture-se o caso de um diretor de uma sociedade comercial que pratica uma diversidade de factos subsumíveis a um qualquer tipo legal de infração ao Direito da concorrência. Supondo que a referida atuação é empreendida *em nome e no interesse coletivo*, concluir-se-á pela imputação da

conduta à sociedade, nos termos gerais¹⁸. Mas será de admitir – na hipótese de esta sociedade se tratar de uma subsidiária de uma outra sociedade principal – que a prática do ilícito resulte, outrossim, imputada à sociedade principal? Cremos que não, na esteira do que vimos defendendo, na exata medida em que, embora beneficiando a sociedade principal, em abstrato, de um poder de conformação da atividade da sua subsidiária – ou, repisando a fórmula da Proposta de Anteprojeto, influenciando de forma determinante sobre a atividade da subsidiária –, pouco ou nenhum significado haja adquirido uma tal influência na definição da concreta atuação protagonizada pela sua subsidiária, mormente através de um seu diretor¹⁹.

O que vimos de indagar é perfeitamente distinto, convém assinalar, de uma evasão da sociedade principal no que diga respeito à contribuição das suas forças patrimoniais para a satisfação da medida sancionatória aplicada. Nesses casos, porém, e em rigorosa obediência a um princípio elementar de justiça, quedar-se-á a emergência de uma tal responsabilidade simplesmente limitada pela técnica da derivação, o que explicaria, na tese que aqui perfilhamos, que a fixação da responsabilidade da sociedade-mãe se terá por necessariamente *dependente* da responsabilidade da sociedade subsidiária²⁰. Onde, por consectário, estranho seria que a sociedade principal, mesmo que instada na pressuposição de um juízo de imputação derivada, viesse responder pela infração *a título exclusivo* – cfr. a al. a) do n.º 2 do artigo 73.º –, isto é, independentemente das condições de efetivação da responsabilidade

18 Cfr. *infra*, pp. 18-19.

19 Ou, na síntese impressivamente fotografada por (Brito, 2008: 1427), quando falte à sociedade principal “o domínio de organização *concretamente conformador* da execução do ilícito típico” [o itálico é nosso] praticado pelo infrator material, o que é bem distinto de um poder de conformação abstrato, alheado do circunstancialismo em que se veio a produzir o facto ilícito.

20 Basta, para tanto, recordar que, mesmo a coberto de uma pretensa imputação pessoal da responsabilidade à sociedade-mãe, não deixaram os tribunais da União de reconhecer, aqui e ali, os efeitos de uma dependência vizinha de uma responsabilidade derivada, o que permite descobrir alguma inconsistência nas decisões proferidas. Assim, designadamente, no proc. C-597/13 P, *Total/Comissão*, EU:C:2015:613, §§38, 41 e 44, em que o TJUE arbitrou uma extensão do benefício da redução da responsabilidade da sociedade-filha ao âmbito da responsabilidade da sociedade-mãe; em sentido idêntico, as conclusões do Advogado-Geral no proc. C-516/15 P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, EU:C:2016:1004, §69 – “uma vez que a Comissão pode dirigir à sociedade-mãe uma decisão que aplica coimas, *sem que seja necessário fazer prova da implicação concreta* [...] desta última na infração, a contrapartida inevitável de utilizar esta possibilidade é, em meu entender, que qualquer erro que vicie as constatações relativas à participação concreta da filial na infração – e, por conseguinte, o cálculo da coima eventualmente aplicada a este título – deve também beneficiar a sociedade-mãe” (itálico nosso).

da sociedade-filha^{21,22}. A prossecução da finalidade subjacente ao comando legal, estamos convencidos, melhor se compaginaria com aquele outro regime instituído no universo contraordenacional do Regime Geral das Infrações Tributárias (“RGIT”) relativamente à responsabilidade subsidiária e solidária dos dirigentes das pessoas coletivas pelo não pagamento das coimas em que estas hajam sido condenadas, previsto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º daquele normativo. Diferentemente de uma responsabilidade fundada na comparticipação na prática da infração, do que ali se trata, em rigor, é de uma *co-responsabilidade* arrimada numa atuação culposa por referência à *falta de pagamento da sanção aplicada*²³.

Trata-se de um ponto absolutamente decisivo na compreensão da regulamentação do problema, na exata medida em que, onde não seja detetável uma afinidade relacional entre a posição de influência e a produção do ilícito anticoncorrencial – e ainda assim se busque interpelar a sociedade-mãe –, o juízo de imputação dirigido à sociedade-mãe reveste – *rectius*, deve revestir – um significado perfeitamente distinto de uma *condenação*^{24, 25}. Nessa

21 Já por isso se adere, na íntegra, às conclusões firmadas pelo Advogado-Geral Nils Wahl no proc. C-516/15 P, *Akzo Nobel e o./Comissão*, EU:C:2016:1004, §88, no sentido de que “O termo do prazo de prescrição não pode ter, quando se trata de um único e mesmo comportamento ilícito, um efeito limitado à entidade autora direta desse comportamento, mas deve estender-se às entidades a quem foi imputada a responsabilidade por esse mesmo comportamento”. E tanto é de supor essa concertação do regime prescricional aplicável aos sujeitos responsáveis que a Proposta de Anteprojecto – *ex vis* n.º 2 do artigo 74.º – entendeu aquiescer quanto à ampliação dos efeitos da interrupção do prazo de prescrição.

22 Como em regra ocorre, por exemplo, no domínio da responsabilização das entidades coletivas pelos atos praticados por quem que nelas ocupe uma posição de liderança ou pessoas que lhes sejam funcionalmente subordinadas – cfr. o n.º 7 do artigo 11.º do Código Penal; também, ressalvados alguns cenários especiais, o princípio extraído do n.º 6 do artigo 73.º do NRJC –, embora uma tal independência se justifique, aí, e ao contrário do que aqui sucede, pela pertinência da imputação à entidade coletiva, supondo uma aproximação ao facto ilícito muito mais inteligível que uma mera relação de participação societária.

23 Sobre as assimetrias daquele formato de responsabilidade, com destaque para o tema da sua natureza – se civil ou não –, da proibição do seu excesso e (des)conformidade com o postulado constitucional de intransmissibilidade das sanções punitivas, v. Silva Dias, 2018: 174 ss.

24 Sinal de que, também quanto à demarcação dos sujeitos sobre os quais se venha a projetar o antecedente contraordenacional, assalta-nos a inconcluída desta Proposta de Anteprojecto, quando interpretado o n.º 3 do seu artigo 69.º quer no sentido de que à sociedade-mãe responsabilizada nos termos do n.º 2 do artigo 73.º seja também fixado um antecedente pela prática de infrações ao Direito da concorrência incorridas pelas suas subsidiárias, quer no sentido de que os antecedentes contraordenacionais (próprios) das sociedades-mãe possam vir refletidos na determinação da medida concreta da sanção aplicada às suas sociedades-filha, pelas infrações que estas cometam.

25 Se assim se passam as coisas, parece também adequado concluir que as prerrogativas de defesa ao dispor da sociedade-mãe se deveriam circunscrever ao problema do título do seu chamamento à co-responsabilidade pelo pagamento da coima eventualmente aplicável – o *exercício efetivo (embora abstrato) de uma influência determinante* sobre o comportamento da sociedade que praticou a infração.

conformidade, a introdução da sociedade principal no espectro da medida sancionatória aplicada pela autoridade administrativa competente adquiriria plena justificação sob o formato de uma *responsabilidade por dívida alheia*, motivada pela hipótese de não pagamento da coima²⁶. E com isso se deveria bastar, achando-se assim plenamente acauteladas as apreensões reveladas pelo legislador.

Inversamente, acaso se pretenda progredir numa imputação da responsabilidade à sociedade-mãe a título pessoal, resulta para nós inequívoco que entre o pressuposto elegido a critério de imputação – *o exercício de influência determinante* – e a prática da infração se deverá perceber algo mais do que um mero nada, sob pena de a imputação da infração a um determinado sujeito se perfilhar como irrecusavelmente injustificada. A sobrevivência desta *exigência relacional* percebe-se, com feliz evidência, por exemplo, na conformação das regras atinentes à responsabilidade das pessoas coletivas pelos factos praticados por quem nelas exerça uma posição de liderança ou pessoa que lhes seja funcionalmente subordinada, onde, a par da estatuição de uma condição orgânico-funcional – a qualidade de órgão e representante da pessoa coletiva e/ou a disposição de autoridade para exercer o controlo da atividade dos quadros intermédios do ente coletivo –, se baseou a imputação à pessoa coletiva na circunstância de a infração haver sido cometida em seu nome e no interesse coletivo. Nesta conformidade, como se perceberá, o simples facto de uma infração anticoncorrencial ser perpetrada por uma pessoa funcionalmente ligada à pessoa coletiva – na aceção do n.º 5 do artigo 73.º da Proposta de Anteprojeto, pessoa que ocupe posição de liderança [al. a)] ou pessoa subordinada de pessoa que ocupe posição de liderança [al. b)] – não basta para fundar a respetiva responsabilização da pessoa coletiva. O resultado da imputação encontra-se, na verdade, submetido à demonstração de um *plus* revelador de uma forte conexão entre o agente coletivo e a prática da infração. Ora, com esse propósito, veio o legislador exigir que o estabelecimento da responsabilidade contraordenacional do ente coletivo ficasse dependente de

26 Afirmava o TC, no seu Ac. n.º 129/2009, proferido no proc. n.º 649/08, a respeito do significado daquela responsabilidade no contexto do RGIT, que não estava em causa “a mera transmissão de uma responsabilidade contra-ordenacional que era originariamente imputável à sociedade ou à pessoa colectiva; mas antes a imposição de um dever indemnizatório que deriva do facto ilícito e culposo que é praticado pelo administrador ou gerente”, revestindo por isso o alcance de “uma mera responsabilidade civil subsidiária que resulta de um facto ilícito e culposo que se não confunde com o facto típico a que corresponde a aplicação da coima”.

um requisito adicional: que o facto punível haja sido praticado *em seu nome e interesse*²⁷.

Do mesmo modo, no caso que nos ocupa, cumpre concluir: não basta a afirmação da responsabilidade contraordenacional da sociedade-mãe que esta se encontrasse em condições de exercer uma influência determinante, direta ou indireta, sobre a pessoa que executou a prática restritiva, mais se exigindo, rigorosamente, que *a execução dos factos constitutivos da contraordenação se apresente como resultado de um processo causal desencadeado pelo exercício de uma influência determinante pela principal*. Só uma tal interpretação permitiria corrigir aquilo que, na economia da Proposta de Anteprojeto, se nos afigura como uma perturbação regimental inultrapassável: a instituição de uma responsabilidade pessoal das sociedades-mãe, de travo condenatório e inspirada numa técnica de imputação da própria conduta ilícita – o que é mais que uma simples operação de co-responsabilização ou mera imputação da responsabilidade –, conquanto edificada sobre um conjunto de requisitos que, na modéstia dos seus termos, mais se confundem com uma imputação derivada de facto alheio, distraída de um juízo verdadeiramente condenatório.

b. Yet a portrait with a broken frame – da moldura das coimas

Volvida a análise reclamada pela *feição subjetiva* da responsabilidade por infrações ao Direito da concorrência – o exercício de imputação da infração a um determinado sujeito –, centraremos, por ora, a nossa atenção no *objeto-sanção privilegiado*²⁸ na cena contraordenacional – a aplicação de uma coima.

27 Conquanto a técnica legal haja privilegiado a incorporação do requisito da atuação *em nome e no interesse coletivo* apenas quanto à responsabilidade das pessoas coletivas sustentada em factos praticados pelas pessoas que nela ocupam uma posição de liderança – a al. a) do n.º 2 [renumerado n.º 5 na Proposta de Anteprojeto] do artigo 73.º do NRJC –, subsistem razões bastantes para estender uma tal exigência à ativação da responsabilidade contraordenacional por factos praticados por quem atue sob a autoridade das pessoas que ocupam uma pessoa de liderança – os *quadros intermédios* visados pela al. b) do mesmo número. Comungamos, por isso, da perspectiva de Lobo Moutinho & Garcia Marques (2017: 863, 874), quando assinalam que “A exigência de atuação *em nome e no interesse* do ente colectivo marca a necessidade de demonstração de um liame essencial da concreta actuação típica ao ente colectivo ou equiparado, como condição razoavelmente exigível de imputação”; outrossim, com renovada evidência, que “quanto ao que na mencionada alínea b) releva, em todo o rigor, não está em causa, para efeitos de identificação do *facto de conexão*, a identificação da concreta actuação de um subalterno na estrutura do ente colectivo em si e por si, mas antes ainda aqui a identificação de um facto de um *líder* no ente colectivo, de uma pessoa em *posição de liderança*. Pelo que também aqui faz sentido afirmar estar-se perante actuações que deverão ser ainda sujeitas à exigência de prática *em nome e no interesse* do ente colectivo”.

28 Em especial, como melhor se perceberá, a questão em torno da moldura abstrata da coima, decomposta que seja na avaliação de um duplo parâmetro de determinação [*qualitativo* – o volume de negócios

A proposta de alteração avançada *preserva*²⁹ como critério (*qualitativo*³⁰) essencial de determinação da moldura abstrata da coima aplicável a referência ao *volume de negócios* – cfr. o n.º 4 do artigo 69.º. Nesta conformidade, a definição da moldura legal da coima, ao estribar-se num dado atinente à *atividade negocial do infrator*, reflete uma construção do direito sancionatório que está, na verdade, muito mais próxima de um *direito sancionatório do agente*, o que é inaceitável. Neste sentido, o critério apontado revela-se desadequado para avaliar o desvalor associado ao tipo de ilícito que se sanciona, pois tal significaria que esse *desvalor não estaria (apenas) associado à conduta concreta que se condena, mas (também, e em larga medida) ao agente que a praticou*, afastando-se a Proposta de Anteprojeto largamente dos quadros do direito sancionatório erigido enquanto ciência jurídica em torno do *facto punível*, em manifesta colisão com as exigências elementares de um Estado de Direito democrático³¹. Bem assim, facilmente se constatará que a aplicação daquele critério legal, na medida em que conduz, para ilícitos valorados identicamente, a molduras abstratas da coima distintas, sempre conflituaria com

– e *quantitativo* – a cifra dos 10%) e do momento temporal para aquele efeito relevado – o *exercício imediatamente anterior àquele em que seja proferida uma decisão final condenatória*.

29 Grafâmos, a itálico, porquanto, mais do que a *preservação* de um critério de determinação da moldura abstrata da sanção – que seguramente existe por referência à versão atual do NRJC –, o recurso ao elemento caracterizador do volume de negócios adquire, na economia da Diretiva, um teor essencialmente *certificativo* para os Estados-Membros encarregues da sua transposição. Vale por dizer, o apuramento do volume de negócios do infrator enquanto dado merecedor de consideração na operação de determinação da moldura abstrata da coima revestia, até à adoção da Diretiva, o caráter de uma opção legal (nacional). Seguramente tal escolha conhecia fortes motivações no ordenamento comunitário, designadamente, pelo exemplo fornecido pela norma inscrita no n.º 2 do artigo 23.º do Regulamento 1/2003, onde se achava depositado parâmetro idêntico, quanto à aplicação de coimas da competência da Comissão Europeia. Com a Diretiva, porém, o pêndulo condutor do elemento *volume de negócios* transverte-se numa voz vinculante que se impõe na ordem jurídica interna, a par do que vinha sucedendo por imposição quanto à atividade sancionatória da Comissão. Também por essa razão, parece-nos, as debilidades do figurino do volume de negócios desviam-nos hoje de uma análise crítica dirigida a uma concreta opção legislativa nacional para uma apreciação das soluções encontradas no espaço da própria UE.

30 *Maxime*, enquanto *qualidade* própria do(s) agente(s) a quem venha a ser imputada a infração.

31 Em sentido próximo, cfr. Dias, 2011: 235: “Princípio hoje indiscutivelmente aceite em matéria de dogmática jurídico-penal e de construção do conceito de crime é o de que todo o direito penal é **direito penal do facto**, não *direito penal do agente*. E num duplo sentido: no de que toda a regulamentação jurídico-penal liga a punibilidade a tipos de factos singulares e à sua natureza, não a tipos de agentes e às características da sua personalidade; e também no de que as sanções aplicadas ao agente constituem consequências daqueles factos singulares e neles se fundamentam, não são formas de reacção contra uma certa personalidade ou tipo de personalidade. A esta dupla conclusão vinculam as posições acima tomadas em matéria de legitimação e de função do direito penal num Estado de Direito democrático [...]. Nesta acepção pode e deve logo ser dito que a construção dogmática do conceito de crime é afinal, em última análise, a construção do conceito de **facto punível**”.

alicerces fundamentais limítrofes – de ordem constitucional, é certo, mas nem por isso despercebidos no perímetro de valores da União –, designadamente em matéria de *igualdade*. Do exposto flui a nítida incompreensão de uma disciplina normativa que venha prescrever diferentes molduras abstratas da coima, em face da mesma infração, em função do maior ou menor volume de negócios do agente infrator³² – quando é certo que tais considerações deveriam vir refletidas, exclusiva e necessariamente, num exercício de *determinação concreta* da sanção aplicável, mas nunca na determinação da moldura legal. Por sinal, se é evidente que o legislador pretendeu equacionar os resultados económicos obtidos pelo agente da infração no cálculo da sanção merecida – e uma tal iniciativa facilmente se intuiria dos fatores de determinação da concreta medida da coima a que apela o n.º 1 do artigo 69.º da Proposta de Anteprojecto³³ –, melhor seria que a descrição da medida abstrata prescindisse de atender a uma grandeza facilmente confundível – pelo menos, certamente computável³⁴ – com aqueles outros fatores considerados, sob pena de nos desviarmos para uma inadmissível dupla valoração³⁵.

32 E, o que é mais grave, recorrendo mesmo a uma ferramenta de graduação da medida abstrata da coima que, não raro, chamará a si um volume de negócios mais vasto do que aquele relativo ao agente que consuma o ilícito. Assim decorrerá, nomeadamente, em virtude da aceção de volume de negócios esquadrihada no n.º 4 do artigo 69.º da Proposta de Anteprojecto, que parece habilitar a convocação dos resultados alcançados por entidades que, afora os laços de interdependência com a entidade que pratica a conduta antijurídica, não exibem qualquer conexão com a prática da infração (v. *supra*, na nossa exposição, pp. 14 ss.).

33 Em especial, no que aqui releva, “As vantagens de que haja beneficiado a empresa [...] em consequência da infração” [al. e)] e “A situação económica da empresa” [al. g)].

34 É ver, a propósito da relação de adjacência entre a introdução do parâmetro do volume de negócios no cômputo da moldura abstrata e a repercussão na sanção contraordenacional do conjunto das *vantagens alcançadas pelo infrator*, o Ac. do TRL proferido no proc. n.º 36/16.0YUSTR.L1, p. 252, no que reproduz as considerações expendidas no Ac. do TC n.º 353/2011, proc. n.º 619/2010, §7; ainda, em manifestação de uma equiparação do volume de negócios ao problema da *situação económica do agente*, escrevem Dias & Loureiro (2017: 839) que “No âmbito dos fatores relativos à personalidade do agente, a alínea g) do n.º 1 do artigo 69.º estabelece como critério a *situação económica do visado pelo processo*, particularmente importante na medida em que estamos aqui perante a aplicação de uma sanção pecuniária. A AdC deverá, pois, para a determinação da coima, atender à situação económica global da empresa, considerando nomeadamente os respetivos ativo e passivo e o *seu volume de negócios*” [itálico nosso].

35 A propósito, a advertência oportunamente formulada em Dias (2009: 234), de que “**não devem ser tomadas em consideração, na medida da pena, as circunstâncias que façam já parte do tipo de crime**: nisto se traduz o essencial do princípio da proibição da dupla valoração. Sob esta sua mais simples formulação, o princípio tem uma justificação quase evidente: não devem ser utilizadas pelo *juiz* para determinação da medida da pena circunstâncias que o *legislador* já tomou em consideração ao estabelecer a moldura penal do facto; e portanto não apenas os elementos do tipo-de-ilícito em sentido estrito, mas todos os elementos que tenham sido relevantes para a determinação legal da pena”.

Outrossim, em nossa convicção, revela a dimensão *quantitativa* do critério do volume de negócios graves deficiências quanto à necessária compatibilidade com o *princípio da legalidade*. Desde logo, se é evidente que, neste particular, a Diretiva autorizou o legislador nacional a estabelecer a razão percentual do volume de negócios considerada para efeitos do limite máximo da coima abstratamente aplicável – salvaguardado o limiar mínimo de 10% –, decerto já não se compreende a reprodução, em letra de lei, da opção adotada, que se nos afigura, na verdade, bem mais confusa do que a anterior redação. De facto, se o n.º 4 do artigo 69.º da Proposta de Anteprojeto fixa que “*o montante máximo da coima aplicável não pode exceder 10% do volume de negócios*”, já no n.º 2 do artigo 69.º do NRJC, de forma bem mais clara, se previa que “*a coima determinada nos termos do n.º 1 não pode exceder 10 / prct. do volume de negócios*”. A simplicidade da técnica legal em vigor – e da qual a Proposta de Anteprojeto parece pretender distanciar-se – é(era), a nosso a ver, a que melhor se compagina com as exigências convocadas pelo princípio da legalidade. O mais elementar cânone hermenêutico logo confirmaria serem coisas perfeitamente distintas o afirmar-se que *a coima não pode exceder um determinado nível* – que é o mesmo que fixar um limiar máximo à moldura legal abstrata – e o afirmar-se que *o montante máximo da coima não pode exceder um determinado nível* – o que, por conseguinte, é diferente de fixar um limiar máximo à moldura legal abstrata, na exata medida em que não se discrimina, como deve, o montante máximo da coima, antes exprimindo a redundância de um *montante máximo do montante máximo da coima*³⁶.

A aceitar-se a prescrição legal, nos termos descritos, teríamos ainda que a moldura abstrata da coima, quando identificada por referência ao volume de negócios do infrator, bem poderá conduzir a uma *amplitude manifestamente*

36 Não obstante a infelicidade do desvio de formulação assinalado, cremos que uma leitura conjugada da norma revista com o comando apontado no artigo 15.º da Diretiva, relativo ao montante máximo das coimas, permitirá intuir a fixação de um limiar máximo da coima, correspondente a 10% do volume de negócios. Assim que, se a proposta vertida na Proposta de Anteprojeto se limita a prescrever que o montante máximo da coima não pode exceder 10% do volume de negócios – donde, por consectário, a dúvida sobre qual seria afinal o montante máximo da coima, designadamente, se igual ou inferior àquele valor –, o facto é que a circunstância de o ato comunitário convencionar o seu preciso contrário – isto é, que o montante máximo da coima não deverá ser inferior a 10% do volume de negócios – leva a concluir que, se o horizonte máximo da moldura legal abstrata não pode ultrapassar nem ficar aquém de 10%, então, por convergência de critérios, deverá fixar-se naquela cifra. Evidentemente, porém, uma tal interpretação – que permitiria, quanto a este problema, restaurar vigor ao princípio da legalidade – sempre pressuporia que, tratando-se de um caso de aplicação autónoma do direito nacional – valendo, por isso, o tal n.º 4 do artigo 69.º da Proposta de Anteprojeto –, fosse ainda possível trazer à liça o disposto no artigo 15.º da Diretiva, muito embora aquele normativo se reporte, quanto ao seu âmbito de aplicação, à participação *numa infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE* (n.º 1).

exagerada, convocando um inevitável juízo de inadequação à exigência de legalidade da sanção. Num certo sentido, quando admita a composição de molduras com margens de tal maneira afastadas, o legislador quase prescinde de realizar a demarcação legal da sanção. Ora, uma tal amplitude da moldura vem a refletir-se numa *sobrevalorização absurda do princípio da culpa em detrimento do princípio da legalidade*, produzindo-se uma transferência de competências para o aplicador do Direito que transpõe a fronteira de uma irrecusável previsibilidade nesta matéria. Uma tal preocupação fora já assinalada, entre nós, por Figueiredo Dias e Flávia Loureiro³⁷, embora sem o merecido eco na evolução do quadro legal. E nem se pretenda aceitar como bastante para reverter a insegurança detetada que sobre tão larga moldura se faça incidir os fatores de determinação concreta da medida da coima contidos no n.º 1 do artigo 69.º do NRJC, como bem veio a sustentar o TC³⁸, no domínio das infrações contempladas no Código do Mercado dos Valores Mobiliários.

Por fim, não há como aderir à opção por um critério de determinação da moldura abstrata ancorado no volume de negócios *realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC*³⁹. Acaso se aceitasse a bondade da prescrição, quereria isso significar que a determinação da sanção aplicável em razão da infração ficaria irremediavelmente dependente do momento em que a autoridade administrativa viesse a proferir decisão condenatória. Nestes termos, visivelmente se perceberá que o critério acolhido na determinação da moldura abstrata da coima exprime uma inadmissível *volatilidade*, vinculando os termos da condenação à verificação de

37 Dias & Loureiro, 2017: 836: “[...] dada o âmbito de atuação da AdC e os seus poderes de largo espectro, se torna particularmente importante criar uma expectativa de segurança, de previsibilidade a respeito das suas decisões, de modo a que as empresas (destinatários por excelência dos seus atos) possam determinar-se levando em linha de conta esse fator. Tanto mais quanto algumas vezes se deparará com *margens muito afastadas nas molduras das coimas previstas*, o que pode suscitar problemas de eventual inconstitucionalidade derivados da *(in)compatibilidade de tais margens com o princípio da legalidade de determinabilidade da sanção*” (o itálico é nosso).

38 No seu Ac. n.º 547/01, proc. n.º 481/00, §10: “O que se questiona é, antes, a possibilidade de, pela aceitação de limites extraordinariamente amplos, se pôr em causa a previsibilidade da sanção, pela transferência para o aplicador do direito de uma tarefa da qual o legislador total ou parcialmente se demitiu. O que fica dito *não é ainda afectado pela aplicabilidade dos critérios gerais de determinação da medida da coima*, previstos no artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 433/82, *ou dos critérios especiais* previstos no Código de Mercado de Valores Mobiliários. É que a aplicação de tais critérios a um quadro sancionatório de limites tão afastados como aquele que é objecto do presente recurso *não reduz de modo significativo a insegurança dele resultante*” (a nós se deve o itálico).

39 Estamos a citar o n.º 4 do artigo 69.º da Proposta de Anteprojeto, consonante com o disposto no n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva.

um evento – a condenação – que em nada se relaciona com a própria infração (podendo, até, ocorrer muito tempo depois). cremos, por isso, também quanto a este ponto, a Proposta de Anteprojeto esculpe uma moldura rachada para o esboço normativo herdado da Diretiva. Curioso constatar, porém, que a Proposta de Anteprojeto haja prescindido de receber igual parâmetro na determinação da moldura legal das coimas aplicáveis a pessoas singulares, conforme evidencia o n.º 8 do artigo 69.º, optando aí pelo “último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida”. A debilidade da solução já havia sido repetidamente assinalada na jurisprudência, mesmo no contexto normativo que precedeu o NRJC⁴⁰, mas a advertência não parece ter colhido, na altura – hoje menos ainda, dada a estreita liberdade de conformação concedida pela Diretiva neste domínio – o assentimento do legislador.

Resta concluir, atenta a volatilidade implicada no momento temporal relevado nesta proposta, pela sua inadmissibilidade, porquanto resumiria uma transgressão das exigências de determinabilidade da medida sancionatória, do princípio da igualdade, na medida em que conduz a diferentes soluções sancionatórias para casos essencialmente idênticos, sempre que a decisão condenatória ocorra em momentos distintos, do princípio da legalidade, na medida em que subordina a extensão da moldura a facto diferente da lei, antes submetendo a determinação abstrata da sanção à diligência da autoridade administrativa, bem como uma derrogação do dogma da separação de poderes, legitimando uma ilegítima confusão de esferas de atuação entre as funções legislativa, administrativa e jurisdicional.

c. Perspetivas sobre o concurso

Mais surpreende o teor desta Proposta de Anteprojeto no tratamento dispensado ao concurso de contraordenações, nos termos admitidos no n.º 1 do recém-chegado artigo 69.º-A. Note-se que a solução alcançada, ao estabelecer uma correspondência entre a coima resultante do concurso e a mera adição das coimas que concretamente resultariam aplicadas às contraordenações

40 Assinalando o percurso desviante do legislador de 2012 em relação à experiência judicial até então verificada, Dias & Loureiro (2017: 840): “Note-se que na lei anterior não se estipulava qual o ano a considerar para a determinação do montante da coima, tendo o Tribunal da Relação de Lisboa entendido mesmo que este *não poderia ser* o ano anterior àquele em que tivesse sido proferida decisão condenatória pela AdC, mas antes *aquele em que cessou a prática ilícita*, sob pena de o valor máximo da coima poder ir variando ao ritmo da evolução do mercado e da diligência da autoridade sancionadora (processo n.º 7251/07; cfr. também sobre a questão o acórdão do TC n.º 353/2011). O legislador veio agora responder diretamente ao problema, *em sentido contrário àquela posição judicial*, fixando como critério o ano anterior ao da decisão condenatória” (itálico nosso). Já no contexto do NRJC, o Ac. do TRL proferido no proc. n.º 204/13.6YUSTR.L1-3, §19.

concorrentes, vem, afinal de contas, conferir força de lei à tese da *acumulação material*. Ora, uma tal perspetiva do problema do concurso não só não corresponde à solução prevista no RGCO – já por isso a proposta de alteração afasta ostensivamente a aplicação do artigo 19.º daquele diploma⁴¹ –, como não corresponde (quando deveria!) a um itinerário que se deva ter por aceitável nos quadros do direito sancionatório. Sobre as deficiências do sistema da acumulação material das sanções já se pronunciou Figueiredo Dias⁴², nestes termos: “Mesmo, porém, quando a um tal sistema se ponham limites destinados a permitir o seu funcionamento e a racionalizar a execução – máxime, quando à acumulação material se oponham *limites máximos de pena*⁴³ –, nem assim se evitam os seus graves e evidentes defeitos político-criminais. Por um lado, um tal sistema contraria o princípio da culpa: a mera adição mecânica das penas faz aumentar injustamente a sua gravidade proporcional e abre a possibilidade de ser deste modo ultrapassado o **limite da culpa**. Pois se a culpa não deixa de ser sempre referida ao facto (no caso: aos factos), a verdade é que, ao ser aferida por várias vezes, num mesmo processo, relativamente ao mesmo agente, ela ganha um inegável efeito multiplicador”.

O que vem sendo dito a respeito do concurso de contraordenações vale integralmente para a hipótese de concurso entre contraordenações e infrações criminais, previsto n.º 2 do artigo 69.º-A. Ao prescrever a perseguição, pelo mesmo facto, de duas sanções distintas, veio a Proposta de Anteprojecto reproduzir a tese da acumulação para esta modalidade de concurso – o agente será, afinal, condenado em coima e, adicionalmente, numa pena. Sucede, todavia, neste caso, que a alteração vertida na Proposta de Anteprojecto marca uma diferença assinalável em relação ao regime previsto no RGCO, cujo artigo 20.º vem estabelecer, nestas situações, uma regra de consunção da

41 Norma que referencia a soma das coimas concretamente aplicadas às infrações em concurso, não para efeitos de *determinação da coima do concurso* – como vem sugerido na Proposta de Anteprojecto –, mas tão somente para localizar o *montante máximo da coima do concurso*.

42 Dias, 2009: 279-280.

43 Sendo certo, porém, que, no caso, tampouco se verificaria o referido *efeito atenuante* – as coimas resultantes das infrações em concurso são, qual operação matemática, somadas, assim se decidindo, sem mais, o *quantum* de condenação. Nem sequer vem a revestir, neste ponto, qualquer sentido útil a indicação coligida no n.º 1 do artigo 69.º-A a propósito da observância dos “limites previstos nos n.ºs 4 e 9 do artigo anterior para cada contraordenação em concurso”, que, sob a aparência de uma imposição de limites à tese da acumulação material – o que é mera ficção –, só serve, na verdade, para reiterar o que naqueles números se prescreve sobre os limiares máximos da moldura abstrata de cada uma das coimas aplicadas. Não sobrevive, pois, qualquer bloqueio à doutrina da acumulação material.

punibilidade pela contraordenação, determinando que o agente seja apenas punido pela prática do ilícito criminal.

E não se divisam, em abono da verdade, razões suficientes para fundar as soluções aventadas nesta Proposta de Anteprojeto em matéria de concurso. Percorrida a Exposição de Motivos – com particular destaque para os pontos 86 a 90 –, resulta, aliás, evidente a confusão subjacente às conclusões que estiveram na base desta proposta. Uma leitura interessada do *Considerando 49* e do artigo 15.º da Diretiva permitira antever que o problema do concurso não surge, ali, minimamente afluído, contrariamente ao que pretende a Proposta de Anteprojeto veicular. Não se decifra, pois, naquele contexto normativo comunitário, qualquer indício bastante para fundamentar o propósito de instituir um regime de punibilidade do concurso como o que veio a ser acolhido na Proposta de Anteprojeto.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE

2008 *Comentário do Código Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

2011 *Comentário do Regime das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

2015 *Comentário do Código Penal*, 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA

1984 “Sobre a Valoração, como Meio de Prova em Processo Penal, das Gravações Produzidas por Particulares”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Vol. 1*, Boletim da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra, n.º 60: Universidade de Coimbra.

1999 *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

BRANDÃO, NUNO

2013 *Crimes e Contra-ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*, Coimbra: s.n., Tese de Doutoramento. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/23886>.

BRITO, TERESA QUINTELA DE

2008 “Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão (II)*, Coimbra: Almedina, p. 1427.

CARDOSO, TÂNIA VANESSA NUNES

2015 “O segredo profissional e o regime das buscas e apreensões em escritório de advogado. A problemática do advogado in-house”, in *Revista Eletrónica de Direito*, fevereiro, n.º 1, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6471668>.

CORREIA, E.

1963 *Direito Criminal, I*, Coimbra: Almedina.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO

2009 *Direito Penal Português – Parte Geral, Tomo II – As Consequências Jurídicas do Crime*, 1.ª ed., Coimbra: Almedina.

2011 *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO & LOUREIRO, FLÁVIA

2017 “Anotação e Comentário ao artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 – Regime Jurídico da Concorrência”, in Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques, José Luís da Cruz Vilaça, Gonçalo Anastácio, Manuel Lopes Porto (Coord.), Miguel Gorjão-Henriques (Dir.), *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 834-841.

LOBO MOUTINHO, J. & GARCIA MARQUES, P.

2017 “Anotação e Comentário ao artigo 73.º da Lei n.º 19/2012 – Regime Jurídico da Concorrência”, in Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques, José Luís da Cruz Vilaça, Gonçalo Anastácio, Manuel Lopes Porto (Coord.), Miguel Gorjão-Henriques (Dir.), *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 859-886.

MONTEIRO, CRISTINA LÍBANO

2018 “Natureza e equívocos da sanção contra-ordenacional”, in *Revista do Ministério Público*, Jul.-Set., pp. 97-107.

SILVA DIAS, A.

2018 *Direito das Contra-Ordenações*, 1.ª ed. Coimbra: Almedina.

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 vincadas, 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.

ÁGUA MOLE EM PEDRA DURA... MAIS UM RETOQUE NA NOÇÃO DE EMPRESA

Joaquim Vieira Peres & Luís Nascimento Ferreira, em representação da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, SP, RL

ABSTRACT *This article deals with a particular aspect of the transposition, into the Portuguese legal order, of the ECN+ Directive: the notion of undertaking for the purposes of antitrust law. As we seek to demonstrate in the present paper, some of the amendments to the national competition act that are being proposed by the Competition Authority to the Government do not follow from the implementation of the ECN+ Directive and are not supported by EU law, thus running the risk of entailing in the future an unjustified restriction of due process.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. A noção de empresa. 3. Principais alcances do conceito de empresa. 4. A proposta de transposição da Diretiva ECN+: análise e reflexão crítica. 5. Conclusão.

KEY-WORDS & JEL CLASSIFICATION CODES Diretiva ECN+, Empresa, Unidade económica, Responsabilidade jusconcorrencial

1. INTRODUÇÃO

A Diretiva 2019/1/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, adotada a 11 de dezembro de 2018 (“Diretiva ECN+”), visa assegurar que as autoridades nacionais de concorrência dispõem das competências necessárias para poderem aplicar os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) de forma eficaz, garantindo, assim, o bom funcionamento do mercado interno, a maximização do bem-estar dos consumidores e a competitividade da economia. A Diretiva ECN+ deve ser transposta até 4 de fevereiro de 2021. Em Portugal, o Ministério da Economia nomeou a Autoridade da Concorrência (“AdC”) como “serviço responsável” pela apresentação de uma proposta de transposição da Diretiva.

Na proposta apresentada ao Governo (“Proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+”, de 31 de março – “Proposta”), a AdC sugere alterar a Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) e introduzir determinadas disposições relativas ao conceito de empresa e de unidade económica. Propomo-nos discutir sumariamente estas modificações, algumas das quais são de louvar, outras – não sendo exigidas pela Diretiva ECN+ – conduzem a mais uma restrição injustificada dos direitos processuais e substantivos das empresas.

2. A NOÇÃO DE EMPRESA

Resulta da Diretiva ECN+ que, para efeitos de aplicação de coimas a sociedades-mãe e a sucessores legais e económicos das *empresas*, os Estados-Membros devem assegurar que seja aplicável o conceito de *empresa* tal como este foi desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJ”), isto é, o conceito de *empresa* deve ser entendido como referindo-se a uma entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento (cfr. artigos 13.º, n.º 5, e 2.º, n.º 1). Ou seja, a *empresa*, enquanto unidade económica, pode não coincidir com uma entidade com personalidade jurídica e uma unidade económica (*empresa*) pode ser composta por várias pessoas coletivas.

Tal não representa uma novidade para o nosso ordenamento jurídico. Segundo a versão atualmente em vigor do artigo 3.º, n.º 2, da Lei da Concorrência, “*considera-se como uma única empresa, o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência*”¹.

3. PRINCIPAIS ALCANCES DO CONCEITO DE EMPRESA

Um dos principais corolários deste conceito consiste na possibilidade de sancionar uma entidade jurídica em virtude de uma infração jusconcorrencial cometida por uma outra pessoa, por ambas constituírem uma única *empresa*.

Não obstante a letra da lei, os tribunais portugueses – nos poucos casos em que se debruçaram sobre a questão – demonstraram-se muito pouco receptivos a aceitar a possibilidade de responsabilizar uma sociedade mãe pelo

1 Numa feliz alteração, a Proposta substitui a expressão “conjunto de empresas” por “conjunto de entidades”, tornando a norma mais perceptível.

comportamento de uma sua filial, quando a primeira não tenha tido qualquer envolvimento direto na infração. De facto, esta solução inédita do direito da concorrência não encontra institutos semelhantes nos outros ramos de direito nacional, pelo que se compreende a relutância de aceitação da mesma pelos órgãos jurisdicionais nacionais.

No caso mais emblemático – a decisão *Associação Nacional das Farmácias* – o Tribunal da Relação de Lisboa recusou-se a atribuir responsabilidade a uma *holding* que detinha a 100% duas subsidiárias diretamente envolvidas num abuso de posição dominante. Segundo o Tribunal, a empresa mãe não podia responder pelo ilícito cometido, uma vez que (i) não assumia uma posição de garante; (ii) não detinha um poder de facto para impedir o abuso de posição dominante das duas participadas; e (iii) a sua inércia (ou omissão) não possuía um relevo causal na infração em causa².

Muito provavelmente fruto desta relutância, a AdC não tem perdido oportunidades para fincar a transposição do conceito de empresa e a teoria da unidade económica desenvolvidos pela jurisprudência do TJ para a ordem jurídica portuguesa. Aquando da transposição da Diretiva de *Private Enforcement* (Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014), ainda que a mesma nada dissesse a este respeito, a AdC, no artigo 3.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, promoveu, com sucesso (ao menos na letra da lei), a responsabilização pela obrigação de indemnização da pessoa ou pessoas que tenham exercido influência determinante sobre a infratora, durante a infração. Esta interpretação da Diretiva revelou-se em conformidade com o entendimento do TJ que veio confirmar, no acórdão *Skanska*, que “o conceito de ‘empresa’, na aceção do artigo 101.º TFUE, [...] não pode ter um alcance diferente no contexto da imposição, pela Comissão, de coimas [...] e no contexto das ações de indemnização por violação das regras de concorrência da União”³.

4. A PROPOSTA DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA ECN+: ANÁLISE E REFLEXÃO CRÍTICA

Nesta senda, a AdC propõe agora alterar o artigo 73.º da Lei da Concorrência, introduzindo o vocábulo “*empresa*” no n.º 1 deste preceito para clarificar que a responsabilidade pelas infrações jusconcorrenciais recai sobre a unidade

2 Proc. n.º 36/16.QYUSTR.L1, *Associação Nacional das Farmácias*, p. 202.

3 C-724/17, *Skanska Industrial Solutions*, EU:C:2019:204, §47.

económica. No entanto – limitando esta possibilidade – adiciona o n.º 2 para explicar que, em aplicação do conceito de empresa, só podem ser responsabilizadas “a) a título exclusivo ou solidário, as pessoas que integravam a mesma unidade económica à data da prática da infração e que exerciam influência determinante, direta ou indiretamente, sobre a pessoa que praticou os factos constitutivos da infração;” e “b) as pessoas coletivas ou entidades equiparadas [...] e as pessoas que integram os sucessores económicos da empresa infratora.”

Em relação à alínea a), parece-nos relevante sublinhar dois aspectos. Primeiro, esta alínea exprime uma das interpretações possíveis da jurisprudência europeia nesta matéria, a qual já foi comparada a um “*labirinto cretense de difícil saída*”⁴, atendendo à gritante falta de clareza da mesma. Repare-se que, na Proposta da AdC, resulta deste preceito que não é o exercício de influência determinante que delimita a unidade económica. Como definir, então, esta unidade? Uma possível resposta encontra-se nos chamados laços de interdependência descritos a título exemplificativo no artigo 3.º da Lei da Concorrência.⁵

Segundo, resulta também claramente da alínea a) que a responsabilidade jusconcorrencial não recai sobre toda a unidade económica. Uma sociedade só poderá ser responsabilizada se, além de pertencer à mesma empresa, tiver exercido influência determinante sobre a infratora. Fica assim excluída a possibilidade de aplicar uma coima a uma sociedade pelo simples facto de pertencer à mesma empresa ou ao mesmo grupo societário da entidade diretamente envolvida numa infração. A AdC rejeita deste modo – e na nossa opinião certamente – a possibilidade de responsabilizar sociedades irmãs ou sociedades filhas da infratora e confirma que a responsabilidade só pode ser vertical e no sentido ascendente: só as sociedades mães podem responder pelo comportamento das filhas.

Portanto, embora duas sociedades que pertençam à mesma empresa sejam automaticamente excluídas do escrutínio jusconcorrencial dos acordos entre ambas, ao abrigo do artigo 101.º do TFUE (ou do artigo 9.º da Lei da Concorrência), isso não significa necessariamente que uma responda pelo comportamento da outra. Tal só se verificará se a sociedade responsabilizada, além de pertencer à mesma unidade económica, controlar ainda a sociedade

4 Caravaca & González, 2018: 137. Veja-se também Briggs & Jordan, 2007: 28.

5 Para efeitos de melhor compreensão, o preceito deveria então ser alterado e, em vez de considerar como uma única empresa “o conjunto de entidades que [...] constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência”, ao invés determinar que se considera uma empresa “o conjunto de entidades que [...] constituem uma unidade económica por manterem entre si laços de interdependência”.

infratora. Esta assimetria de soluções parece-nos de aplaudir, no que não estamos sozinhos. Veja-se, por exemplo Thépot, segundo quem “*a concepção da empresa com o fim de determinar o alcance substantivo do direito da concorrência é inadequado para efeitos de atribuição de responsabilidade. A responsabilidade tem por fim proteger terceiros de condutas anticompetitivas, o que requer uma abordagem consistente com esse fim*”⁶. Esta solução é a que representa um menor atropelo ao princípio da culpa e da responsabilidade individual e a única que pode ser justificada por razões de prevenção geral.

Ora, isto leva-nos a questionar a solução vertida no artigo 69.º, n.º 3, da Proposta, a qual permite, para efeitos de apreciação dos antecedentes na determinação da medida da coima, nos processos de infração aos artigos 101.º e 102.º do TFUE, a consideração de “*decisões definitivas previamente adotadas pela Comissão Europeia ou por uma autoridade nacional de concorrência que tenham declarado que a empresa investigada participou numa infração aos artigos 101.º e 102.º do TFUE, igual ou semelhante à infração constatada pela AdC, independentemente da pessoa ou pessoas que tenham respondido pela infração ou pelo pagamento da coima nos termos dessas decisões, desde que constituam a mesma unidade económica nos termos do artigo 3.º, ao tempo da infração.*”

Este preceito, ao ignorar o requisito do exercício de influência determinante, parece-nos incompatível com o artigo 73.º, n.º 2. Com efeito, esta possibilidade não consta do articulado da Diretiva (nomeadamente do artigo 14.º, o qual estabelece os critérios a considerar no cálculo da coima),⁷ apesar de se poder considerar sugerida no preâmbulo 47 da Diretiva ECN+⁸. Entendemos até que esta disposição poderá não ser conforme com a jurisprudência do TJ. Veja-se, por exemplo, o parágrafo 96 do acórdão *Versalis*, segundo o qual sempre que a Comissão pretenda “*imputar a uma pessoa coletiva uma infração ao direito da concorrência e invocar contra esta a reincidência, a comunicação de acusações deve incluir todos os elementos que permitam a essa pessoa coletiva defender-se. [...] A este respeito, compete à Comissão demonstrar que a pessoa*

6 Thépot, 2019: 56. Defensora também desta ideia: Jones, 2012: 319.

7 Este é um exemplo, entre outros, de alterações à Lei da Concorrência sugeridas pela AdC que aparentam ser mais inspiradas nas considerações preambulares da Diretiva ECN+ do que no seu articulado, sabendo-se que, pela dinâmica muito própria do procedimento legislativo que a caracterizou, a Directiva ECN+ acabou por não acolher em redação final várias das ideias que constam dos respetivos considerandos.

8 Segundo o qual “*as ANC deverão ter a possibilidade de aumentar o montante da coima a aplicar a uma empresa ou associação de empresas quando a Comissão ou uma ANC tenham adotado previamente uma decisão que declara que a referida empresa ou associação de empresas infringiu os artigos 101.o ou 102.o do TFUE e caso a referida empresa ou associação de empresas continue a cometer a mesma infração ou cometa uma infração semelhante*”.

*coletiva visada pela segunda infração exercia já, no momento da primeira infração, uma influência determinante sobre a filial envolvida na primeira infração*⁹. Este requisito de exercício de influência determinante estará necessariamente ausente em todos os casos em que a segunda decisão tenha como destinatária uma subsidiária ou uma sociedade irmã da sociedade sancionada pela decisão anterior.

Convém também comentar o novo preceito constante do artigo 73.º, n.º 3 da Proposta, nos termos do qual “*presume-se que uma pessoa exerce influência determinante sobre outra quando detém 90% ou mais do seu capital social, salvo prova em contrário*”. Esta presunção *juris tantum* apareceu também já no artigo 3.º, n.º 3, da Lei n.º 23/2018 sobre *Private Enforcement*.

A opção de consagração desta presunção no nosso ordenamento jurídico levanta-nos sérias dúvidas. Repare-se que a mesma foi desenvolvida pela jurisprudência do TJ, não se encontra codificada em nenhum ato legislativo e tem vindo a ser alvo de inúmeras críticas pela doutrina que a considera ser um forte atropelo a vários princípios de direito penal¹⁰.

O TJ sempre reconheceu que caso a presunção fosse absoluta a mesma seria incompatível com a presunção de inocência¹¹; no entanto, na prática, a presunção tem-se revelado extremamente difícil (se não mesmo impossível) de ilidir.

Recorda-se que até ao acórdão *Akzo Nobel*¹², no qual o TJ confirmou a presunção e dirimiu de vez esta questão, a jurisprudência da UE era bastante inconstante, tendo, em certas decisões, o TJ feito transparecer que a detenção de 100% do capital não permitia, por si só, imputar a responsabilidade à sociedade-mãe¹³.

Mesmo após a decisão *Akzo Nobel*, alguns advogados gerais têm exprimido o desacordo com a mesma. Por exemplo, segundo o Advogado-Geral Bobek

9 C-93/13 P e C-123/13 P, *Comissão e o./Versalis e o.*, EU:C:2015:150.

10 Designadamente, o princípio da legalidade – *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; a presunção de inocência – os princípios *in dubio pro reo* e *actori incumbit probatio*; e o princípio da culpa. *Vd.* Leopold, 2013: 570; Bronckers & Vallery, 2011: 535-570; Vandenborre & Goetz, 2012: 17-21; Joshua, Botteman & Atlee, 2012; Thomas, 2012: 11-28; Briggs & Jordan, 2007:1-37; La Rocca, 2011: 68-76.

11 Conclusões da Advogada-Geral Kokott, C-97/08, *Akzo Nobel e o./Comissão*, EU:C:2009:262, §74; Conclusões do Advogado-Geral Bot, C-201/09 P e C-216/09 P, *ArcelorMittal Luxembourg*, EU:C:2010:634, §212.

12 C-97/08, *Akzo Nobel e o./Comissão*, EU:C:2009:536.

13 Veja-se, por exemplo, C-286/98, *Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão*, EU:C:2000:630, §§28 e 29 e T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 e T-136/02, *Bolloré/Comissão*, EU:T:2007:115, §132.

“*pode dizer-se que a presunção carece de rigor probatório*”¹⁴. Na mesma senda, o Advogado-Geral Bot afirmou continuar “*convencido de que a responsabilidade da sociedade-mãe não pode ser estabelecida apenas com base numa presunção resultante da detenção do capital*”, adicionando que “*a presunção de responsabilidade, pela sua própria essência, continua a constituir uma exceção ao princípio da presunção de inocência. Com efeito, por força deste princípio, o ónus da prova deve recair sobre as autoridades judiciais e a dúvida aproveitar ao acusado. Ora, a presunção de responsabilidade em causa atenua consideravelmente o ónus da prova que recai sobre a Comissão e obriga as sociedades-mães a apresentarem elementos de prova suficientes para ilidirem esta presunção. Esta inversão do ónus da prova afeta indiscutivelmente os direitos de defesa das empresas.*”¹⁵

A consagração legal da presunção é, portanto, no mínimo, controversa. Aliás, Portugal e Espanha foram os únicos Estados Membros a seguir esta discutível via legislativa no momento da transposição da Diretiva de *Private Enforcement*¹⁶.

Não nos parece que o Direito da UE obrigue ao reconhecimento legislativo desta presunção e, na sua ausência, à aplicação da mesma pelos órgãos jurisdicionais nacionais. Desde logo porque nem a Diretiva de *Private Enforcement* nem a Diretiva ECN+ fazem qualquer referência à mesma, nem mesmo nos respetivos preâmbulos. Em nosso entender, a presunção não afeta a definição nem a delimitação do conceito de empresa: existe unicamente para facilitar o trabalho da Comissão, contribuindo para a celeridade do processo e para a poupança de recursos. A presunção não serve um propósito de prevenção geral nem a sua aplicação é ditada pelo princípio da efetividade, uma vez que as empresas mães podem facilmente escapar à aplicação da presunção reduzindo a percentagem que detêm na subsidiária para níveis que não prejudiquem o exercício de controlo.

Acresce ainda que as presunções influenciam as regras relativas ao ónus da prova e ao nível de prova que, regra geral, são definidas pelo direito nacional de acordo com o princípio da autonomia processual¹⁷. O ónus da prova

14 Conclusões do Advogado-Geral Bobek, C-621/15, *We o.*, EU:C:2017:176, §72.

15 Conclusões do Advogado-Geral Bot, C-201/09 P e C-216/09 P, *ArcelorMittal Luxembourg*, EU:C:2010:634, §§204-206.

16 Nos termos do artigo 71.º, n.º 2, alínea b) da Lei de Defesa da Concorrência espanhola (Lei 15/2007 de 3 de julho): “*La actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas*”.

17 Veja-se, por exemplo, Comissão Europeia, 2013: §8, nos termos da qual “*sobre a questão da quantificação dos danos, na medida em que este tipo de exercício não é regido pelo direito da UE, as normas jurídicas*

relativo a infrações dos artigos 101.º e 102.º do TFUE encontra-se regulado no artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003, segundo o qual este incumbe à parte ou à autoridade que alega tal violação. Ora, esta norma não faz qualquer referência à presunção, nem resulta da mesma a obrigação de transpor para o contexto nacional as presunções de que a Comissão beneficia a nível europeu¹⁸.

Questionável é também a escolha do patamar dos 90%, o qual nos parece consideravelmente baixo. Repare-se que, segundo a jurisprudência da UE, a presunção pode ser aplicada a sociedades que detenham a totalidade ou a “quase totalidade” do capital social da filial e esta expressão tem sido reservada para participações sociais mais elevadas. Tanto quanto conseguimos aferir, o TJ nunca autorizou a aplicação da presunção a casos em que a empresa mãe detivesse apenas cerca de 90% da participada¹⁹.

5. CONCLUSÃO

Atendendo à natureza quase-penal das infrações jusconcorrenciais e tendo em conta que a AdC já concentra em si os poderes de investigação, acusação e sancionatório, quando é a mesma que também promove a definição das regras do jogo, é preciso que estas sejam sujeitas a uma leitura crítica minuciosa.

Impõe-se um escrutínio exigente e cauteloso de opções legislativas que não são ditadas pelo direito da UE e que, a cada revisão da Lei da Concorrência, provocam inevitavelmente uma gradual erosão dos direitos das pessoas (coletivas e singulares), incluindo aqueles que nos habituámos a considerar como fundamentais.

dos Estados-Membros determinam o tipo de prova adequado e o grau necessário de precisão para indicar o montante dos danos sofridos. São ainda as normas nacionais que regem a repartição do ónus da prova e das responsabilidades entre as partes interessadas em relação aos elementos de facto a apresentar ao tribunal”.

18 Cortese, 2014: 93.

19 Por exemplo, no acórdão *Elf Aquitaine/Comissão* (T-299/08, EU:T:2011:217), o Tribunal Geral permitiu a aplicação da presunção uma vez que a empresa mãe detinha 97,55% da filial; no caso *Agroexpansión/Comissão* (T-38/05, EU:T:2011:585) a Comissão considerou que uma participação de 90% não justificava a aplicação da presunção; e no caso *Keramag Keramische Werke e o./Comissão* (T-379/10 e T-381/10, EU:T:2018:400), perante participações sociais entre os 92 e os 95%, a Comissão suplementou a presunção com elementos adicionais de forma a provar o exercício de influência determinante por parte da empresa mãe.

BIBLIOGRAFIA

BRIGGS, JOHN & JORDAN, SARAH

2007 “Presumed Guilty: Shareholder Liability for Subsidiary’s Infringements of Article 81 EC Treaty”, in *Business Law International*, vol. 8, n.º 1, pp. 1-37.

BRONCKERS, MARCO & VALLERY, ANNE

2011 “No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law”, in *World Competition*, vol. n.º 34, n.º 4, pp. 535-570.

CARAVACA, ALFONSO-LUIS CALVO & GONZÁLEZ, JAVIER CARRASCOSA

2018 “El Derecho Internacional Privado de la Unión Europea Frente a las Acciones por Daños Anticompetitivos”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 2, pp. 7-178.

CORTESE, BERNARDO

2014 “Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability”, in Bernardo Cortese (ed.), *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

JONES, ALISON

2012 “The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law” in *European Competition Journal*, vol. 8, n.º 2, pp. 301-331.

JOSHUA, JULIAN, BOTTEMAN, YVES, & ATLEE, LAURA

2012 “You can’t Beat the Percentage – The Parental Liability Presumption in EU Cartel Enforcement”, in *The European Antitrust Review*, n.º 3-9.

LA ROCCA, LAURA

2011 “The Controversial Issue of Parent-Company Liability for the Violation of EC Competition Rules by the Subsidiary”, in *European Competition Law Review*, vol. 32, n.º 2, pp. 68-76.

LEOPOLD, BETTINA

2013 “Effective Enforcement of Competition Law gone too Far? Recent Case Law on the Presumption of Parental Liability”, in *European Competition Law review*, vol. 34, n.º 11, pp. 570-582.

THÉPOT, FLORENCE

2019 *The Interaction between Competition Law and Corporate Governance*, Cambridge University Press.

THOMAS, S.

2012 “Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limites of the Group-based sanction policy carried out by the Commission and the European Courts in Eu-Antitrust Law”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 3, n.º 1, pp. 11-28.

VANDENBORRE, INGRID & GOETZ, THORSTEN C.

2012 “Rebutting the Presumption of Parental Liability – a Probatio Diabolica?”, in Holmes, Simon & Girarder, Philipp (ed.), *International Comparative Legal Guide to Cartels and Leniency*, London: Global Legal Group, pp. 17-21.

Documentos Oficiais

COMISSÃO EUROPEIA

2013 *Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, COM (2013) 167/07, de 13.6.2013.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de novembro de 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão*, C-286/98 P, EU:C:2000:630.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de abril de 2007, *Bolloré/Comissão*, T-109/02, EU:T:2007:115.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de setembro de 2009, *Akzo Nobel e o./Comissão*, C-97/08 P, EU:C:2009:536.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de março de 2015, *Comissão e o./Versalis e o.*, C-93/13 P e C-123/13 P, EU:C:2015:150.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de março de 2019, *Skanska Industrial Solutions*, C-724/17, EU:C:2019:204.

Acórdão do Tribunal Geral de 17 de maio de 2011, *Elf Aquitaine/Comissão*, T-299/08, EU:T:2011:217.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de outubro de 2011, *Agroexpansión/Comissão*, T-38/05, EU:T:2011:585.

Acórdão do Tribunal Geral de 3 de julho de 2018, *Keramag Keramische Werke e o./Comissão*, T-379/10 RENV, EU:T:2018:400.

Conclusões da Advogada-Geral Kokott de 23 de abril de 2009, *Akzo Nobel e o./Comissão*, C-97/08 P, EU:C:2009:262.

Conclusões do Advogado-Geral Bot de 26 de outubro de 2010, *ArcelorMittal Luxembourg/Comissão e Commission / ArcelorMittal Luxembourg e o.*, C-201/09P, EU:C:2010:634.

Conclusões do Advogado-Geral Bobek de 7 de março de 2017, *W e o.*, C-621/15, EU:C:2017:176.

Jurisprudência Nacional

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de junho de 2017, processo n.º 36/16.QYUSTR.L1.

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.

ALGUMAS NOTAS SOBRE A DIRETIVA ECN+ E O SEU PROCESSO DE TRANSPOSIÇÃO PARA O ORDENAMENTO NACIONAL

Luís Silva Morais & Lúcio Tomé Feteira**,*

*em representação da Luís Silva Morais, Sérgio Gonçalves do Cabo & Associados
– Sociedade de Advogados, S.P., R.L.*

ABSTRACT *Following the contributions received at the public consultation stage, the Portuguese Competition Authority (“AdC”) decided to submit to the Government’s appraisal an amended version of the draft proposal for the transposition of the ECN+ Directive. We believe that the scope of draft proposal, both in its original and amended versions, clearly extends beyond what would be required as a transposition exercise and, in doing so, introduces a number of solutions that may be regarded as debatable, not the least because these may not ponder, to the fullest extension of its implications and in a highly sensitive domain for due process and guarantees of defence, the specific quasi-criminal (“contraordenacional”) nature of Portuguese competition law as opposed to the administrative nature of EU competition rules.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Âmbito da transposição e apreciação global da proposta de anteprojecto. 3. Apreciação crítica de algumas soluções adotadas. 3.1. Noção de empresa (artigo 3.º). 3.2. Aplicação paralela do direito europeu e nacional da concorrência à luz das suas consequências adjectivas (artigos 13.º, n.ºs 1 a 3 e 69.º-A, n.º 1). 3.3. Questões atinentes ao processo sancionatório: prazos e poderes de busca e apreensão (artigos 14.º, n.º 4, 18.º, n.º 2 e 18.º-A, n.º 2). 3.4. Prazo para interposição de recurso judicial (artigo 87.º, n.º 1). 4. Ponderações Conclusivas.

* Professor Associado da FDUL (*Tenure*). Cátedra Jean Monnet (julho de 2009) – Regulação Económica na UE. Advogado – Sócio fundador da Luís Silva Morais, Sérgio Gonçalves do Cabo & Associados – Sociedade de Advogados, S.P., R.L. Vice-Presidente (*Vice-Chair*) do *Appeal Panel* do *Single Resolution Board/SRB*. Presidente da Comissão de Fiscalização da Autoridade de Supervisão de Seguros e de Fundos de Pensões (ASF). *As opiniões expressas são exclusivamente pessoais e em nada envolvem as afiliações institucionais do autor.*

** Professor Associado da Nova School of Law e coordenador do respetivo Mestrado em Direito (especialização em Direito Público). Advogado na Luís Silva Morais, Sérgio Gonçalves do Cabo & Associados – Sociedade de Advogados, S.P., R.L.

KEY-WORDS ECN; EU competition law; antitrust enforcement; competition authorities

JEL CLASSIFICATION K21, K42, L40

PALAVRAS-CHAVE ECN; direito da concorrência da UE; aplicação do direito da concorrência; autoridades da concorrência

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo, configurando um texto assumidamente muito sucinto, corresponde à versão revista do contributo escrito apresentado pela *Luís Silva Morais, Sérgio Gonçalves do Cabo & Associados – Sociedade de Advogados, S.P., R.L.* no âmbito da consulta pública promovida pela Autoridade da Concorrência (“AdC”) sobre a proposta de anteprojecto de diploma de transposição da Diretiva 2019/1/UE (“Diretiva ECN+”)¹ (doravante “proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva ECN+”).

A referida consulta pública decorreu entre os dias 25.10.2019 e 15.01.2020, após o que a AdC remeteu ao Governo uma versão revista da proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva ECN+ (31.03.2020). Esta inclui alguns dos contributos das entidades que participaram na fase da consulta pública e que, no entender da AdC, deveriam figurar na versão revista da proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva ECN+².

Não obstante a revisão muito limitada empreendida e a introdução pontual de alguns desenvolvimentos/atualizações, a versão que ora se publica mantém-se fiel ao registo, forma e ao conteúdo do contributo escrito originalmente apresentado à AdC, incluindo aqueles aspetos que resultaram das marcadas limitações de tempo impostas pela consulta pública. No que à forma respeita, manteve-se a redação escorreita, com um número reduzido de notas de rodapé e o recurso parcimonioso a elementos doutrinários que, porventura, fariam sentido noutra contexto. Quanto ao conteúdo, manteve-se a opção inicial do contributo de privilegiar a análise crítica de alguns pontos mais salientes da proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva ECN+

1 Diretiva 2019/1/UE, 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 Diretiva ECN+ deverá ser transposta para os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros até 21 de fevereiro de 2021 (artigo 34.º, n.º 1).

2 Ver Proposta de Anteprojecto, 2020 [consultado em 11.09.20].

sem pretensões de exaustividade quer quanto às questões suscitadas a propósito de cada solução normativa analisada, quer quanto ao elenco das soluções normativas que foram objeto de análise. Em todo o caso, atendendo à circunstância de a AdC ter, entretanto, remetido ao Governo uma versão revista da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+, procurar-se-á igualmente fazer refletir no texto, conquanto de modo muito limitado, alguns pontos desta nova versão.

Pretendemos assim corresponder da melhor forma ao convite que nos foi dirigido pela *Revista de Concorrência & Regulação*, e ao propósito de contribuir para uma discussão alargada destas matérias, que lhe estará subjacente, respeitando o teor do contributo inicialmente apresentado com todas as limitações inerentes ao seu contexto, mas procurando não ignorar os desenvolvimentos entretanto ocorridos no processo de transposição da Diretiva ECN+. Não deixam os autores de expressar o seu propósito de retornar oportunamente ao tema, com outro horizonte temporal mais alargado de análise, e, desse modo, com outro quadro de elaboração doutrinal, acompanhado das naturais referências (doutrinárias e referentes a precedentes relevantes) nesse tipo de análises, não compaginável por ora com a produção do presente texto, com a sua específica origem e o tempo disponível para a sua conclusão.

Para destrinçar as versões da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ nos casos em que tal seja relevante designaremos a que foi sujeita a consulta pública como “versão original” e designaremos por “versão revista” a que foi posteriormente remetida ao Governo pela AdC.

2. ÂMBITO DA TRANSPOSIÇÃO E APRECIÇÃO GLOBAL DA PROPOSTA DE ANTEPROJETO

A proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ tem por objeto um conjunto muito apreciável de alterações legislativas que, embora identificadas globalmente como “*anteprojeto de diploma*”, se estendem por um conjunto de cinco diplomas, a saber: (i) a Lei da Concorrência (“LdC”)³; (ii) os estatutos da Autoridade da Concorrência (“estatutos da AdC”), (iii) o Código de Processo Penal (“CPP”); (iv) o Código dos Contratos Públicos (“CCP”); e (v) a Lei de Enquadramento Orçamental (“LEO”).

O número de diplomas abrangidos e a diversidade das matérias pelos mesmos versada indicia já a extensão das alterações que a AdC propõe e cujo

³ Aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

âmbito extravasa o da LdC. É nesta última, no entanto, que se concentram as maiores alterações – seja do ponto de vista *quantitativo*, seja *qualitativo* –, e são estas que em grande medida justificam que a proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ venha acompanhada por uma “*Exposição de motivos*”.

Uma comparação entre o elenco dos diplomas abrangidos pela proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ e o âmbito da Diretiva ECN+ revela, desde logo, que mais do que um exercício de transposição está em causa a introdução um conjunto muito significativo de alterações cuja justificação não decorre de todo do texto da Diretiva ECN+ e cuja oportunidade não parece encontrar outra razão que não seja a coincidência temporal com a transposição da Diretiva ECN+. Pese embora esta opção da AdC não encerrar de *per se* uma solução que se afigure *prima facie* contrária ao Direito da União ou ao Direito nacional – referimo-nos à opção de incluir no exercício de transposição um conjunto de alterações não relacionadas com esta, e não concretamente à materialidade das soluções propostas –, não deixa ainda assim de ser uma solução que justifica apreciáveis dúvidas a dois títulos. Por um lado, trata-se de uma solução que, não sendo inédita noutros quadrantes do ordenamento jurídico (pensamos, em particular, no domínio do direito orçamental), não primará pela transparência, circunstância que se afigura particularmente de assinalar no âmbito de um diploma com amplas e gravosas implicações em sede contraordenacional (ponto em que existe marcada diferença face à aplicação das regras de concorrência do TFUE, revestindo-se estas de natureza exclusivamente *administrativa*) e relativamente ao qual deverá também por essa razão, vigorar uma exigência de transparência reforçada no que concerne a alterações legislativas. Por outro lado, enxertar no exercício de transposição da Diretiva ECN+ um conjunto de alterações que manifestamente excedem o âmbito desta configura uma opção que, pela sua extensão e implicações, justificaria um período de reflexão alargado e que, no limite, deveria ser empreendido a dois tempos de forma a abranger, por um lado, as alterações que decorrem (efetivamente) da Diretiva ECN+ e, por outro lado, outras alterações que a AdC ponderou ser oportuno incluir no contexto do processo de transposição da Diretiva ECN+ (mas que marcadamente não decorrem desta). Tal opção de política legislativa, desdobrando os momentos de ponderação e, porventura, de reforma, teria permitido uma reflexão mais aturada no que respeita a opções legiferantes de largo alcance e que transcendem o quadro normativo mais restrito da Diretiva ECN+.

Não deixa, aliás, de ser muito sintomático que, comentando a propósito da Proposta que veio a resultar na Diretiva ECN+, opções e soluções mais abrangentes em sede de direito da concorrência (*v.g.* harmonização extensa do estatuto e direitos dos queixosos e outras matérias) como reflexões *de iure condendo* para o futuro, Wils (2017: 54) conclua que esse tipo de aspetos transcende claramente o âmbito relativamente modesto da Diretiva em causa⁴.

De resto, o núcleo de propostas de alteração que resultam explicitamente da Diretiva ECN+ não se afigura difícil de delimitar, reconduzindo-se – no essencial, *brevitatis causae* – a dois grupos de normas claramente identificáveis e que correspondem *grosso modo* aos artigos aditados à proposta de alteração da LdC. Versam os mesmos sobre (i) cooperação entre autoridades nacionais da concorrência (artigos 35.º-A a 35.º-E); e (ii) pedido de dispensa ou redução da coima (artigo 80.º-A a 80.º-E).

Na generalidade dos demais casos, como adiante se observará, as soluções ora contempladas não careceriam da introdução de normas autónomas uma vez que já haviam sido objeto de decisões jurisprudenciais, de resto em muitos casos num sentido favorável à AdC (sendo noutros casos aconselhável o benefício de uma consolidação de jurisprudência num quadro de adequada ponderação). Ora, o que parece suceder em alguns casos (*v.g.* 18.º-A, n.º 1, alínea *b*) da versão original, correspondente ao artigo 18.º, n.º 1, alínea *b*) da versão revista) é uma tentativa de, a pretexto da transposição da Diretiva ECN+, dirimir por via legislativa e em sentido favorável à AdC questões que têm sido objeto de decisões judiciais nem sempre favoráveis a esta última.

Acresce que algumas das soluções que resultam da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ parecem corresponder a uma leitura conjugada do articulado desta Diretiva ECN+ e dos respetivos considerandos, por vezes mesmo reconhecendo a estes últimos uma vinculatividade autónoma que extravasa o seu papel de meros auxiliares interpretativos. Assim parecer pretender-se caucionar a adoção de soluções que não só não decorrem da Diretiva ECN+ como suscitam fundadas dúvidas (inclusive jurisprudenciais) no plano interno⁵, mormente à luz do *enquadramento contraordenacional* do direito da concorrência.

4 “(...) That would however go beyond the relatively modest ECN+ Proposal, but could conceivably be a further step for the future” (Wils, 2017: 54).

5 Cfr. Riesenhuber (2017).

Sem preocupações de exaustividade refirmam-se os seguintes exemplos mencionados em sede de exposição de motivos (comum às versões original e revista da proposta de transposição da Diretiva ECN+):

- Alteração do n.º 2 do artigo 3.º (“*Noção de empresa*”), com base na terminologia adotada pela Diretiva ECN+ e consagrada na definição de “*empresa*” (artigo 2.º, n.º 1, 10) (p. 5, §§13-15 da exposição de motivos);
- Aditamento do artigo 18.º-A (“*Poderes de busca, exame, recolha e apreensão*”)⁶, com base no artigo 6.º e nos considerandos 30 a 32 e 35 da Diretiva ECN+ (p. 12, §55 da exposição de motivos);
- Alteração dos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º da LdC (“*Busca domiciliária*”), com base no artigo 7.º, n.º 1 e no considerando 34 da Diretiva ECN+ (p. 13, §60 da exposição de motivos);
- Aditamento do artigo 69.º-A, n.º 1 (“*Concurso de contraordenações e concurso de infrações*”), com base no artigo 15.º e no considerando 49 da Diretiva ECN+ (p. 17, §87 da exposição de motivos).

Antes de passarmos à análise do conteúdo (3.) e à apreciação crítica – *intencionalmente muito telegráfica e seletiva* – algumas das soluções propostas (4.) importa ainda deixar uma nota de carácter geral que se prende com a circunstância de, em diversas instâncias, a maior aproximação ao direito europeu da concorrência – quando não *uniformização* – ensaiada na proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva ECN+ parecer relegar para segundo plano a *diversa natureza dos processos no plano europeu e nacional*.

Ora, a aproximação do Direito nacional da concorrência ao congénere Direito europeu não deve desconsiderar a *matriz contraordenacional* do primeiro – e as inegáveis exigências que do mesmo decorrem – e a matriz administrativista do segundo (sem prejuízo de desenvolvimentos como os que decorrem da jurisprudência *Menarini*⁷ e que não temos ora aqui espaço para abordar *ex professo*)⁸, nem tão pouco que o afastamento do Direito contraordenacional do Direito sancionatório clássico (o Direito Penal) possa

6 Correspondente ao artigo 18.º na versão revista.

7 Ver TEDH, *A. Menarini Diagnostics srl c. Italia*, segunda secção, 27 de setembro de 2011. Sobre este acórdão e, mais amplamente, sobre a problemática do enquadramento do direito europeu da concorrência no plano penal/contraordenacional ver, *inter alia*, Le Soudeer (2019: 495-543).

8 Sobre esta problemática ver o recente contributo de Caeiro (2020: 2429-2471).

significar a sua diluição numa espécie de ramo especial do Direito Administrativo⁹.

Assim, neste contexto, afigura-se que proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ se socorrerá com excessiva facilidade do figurino europeu em obediência a uma ideia difusa de eficácia sem cuidar, caso a caso e com o necessário rigor jurídico, se tal aproximação é efetivamente tolerada pela diversa natureza das regras concorrenciais no plano europeu e nacional.

Não obstante as alterações que resultam da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ abrangerem um conjunto mais amplo de diplomas, centraremos as nossas observações sucintas nas alterações propostas à LdC e, dentro destas, num conjunto muito limitado e circunscrito de aspetos que se nos afiguram mais problemáticos.

A versão original da proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ abrange um conjunto de diplomas, sendo mais expressivas as alterações propostas à LdC. Com efeito, as modificações inseridas no novo articulado abrangem a totalidade dos capítulos da LdC¹⁰, embora as alterações mais substanciais se concentrem no capítulo I (*“Promoção e defesa da concorrência”*)¹¹, nas disposições adjetivas do capítulo II (*“Práticas restritivas da concorrência”*), secção II (*“Processo sancionatório relativo a práticas restritivas da concorrência”*)¹², no capítulo VII (*“Infrações e sanções”*)¹³, no capítulo VIII (*“Dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência”*)¹⁴, e nas disposições do capítulo IX (*“Recursos judiciais”*) referentes a processos contraordenacionais (secção I)¹⁵.

Na impossibilidade de analisar exaustivamente cada uma das alterações propostas, que, como já referido transversalmente a propósito do registo e características do presente artigo, justificariam outro enquadramento temporal

9 Sobre a questão ver, em geral, Silva Dias (2018: 185-257).

10 ALdC integra atualmente onze capítulos, a saber: capítulo I (*“Promoção e defesa da concorrência”*), capítulo II (*“Práticas restritivas da concorrência”*); capítulo III (*“Operações de concentração de empresas”*); capítulo IV (*“Estudos, inspeções e auditorias”*); capítulo V (*“Auxílios públicos”*); capítulo VI (*“Regulamentação”*); capítulo VII (*“Infrações e sanções”*); capítulo VIII (*“Dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência”*); capítulo IX (*“Recursos judiciais”*); capítulo X (*“Taxas”*); e capítulo XI (*“Disposições finais e transitórias”*).

11 Artigos 1.º a 8.º.

12 Artigos 13.º a 35.º-E.

13 Artigos 67.º a 74.º.

14 Artigos 75.º a 82.º.

15 Artigos 83.º a 90.º-A.

de intervenção e também – noutro plano – como já igualmente se sublinhou outros contornos e faseamento do processo legislativo, centrámos a nossa atenção na apreciação crítica de algumas propostas que nos parecem ser merecedoras de maior ponderação.

Concretamente, analisaremos em moldes extremamente sucintos de seguida a redação proposta para um conjunto de artigos agrupados em torno dos seguintes tópicos:

- Noção de empresa (artigo 3.º);
- Aplicação paralela do direito europeu e nacional da concorrência à luz das suas consequências adjetivas (artigos 13.º, n.ºs 1 a 3 e 69.º-A, n.º 1);
- Questões atinentes ao processo sancionatório: prazos e poderes de busca e apreensão (artigos 14.º, n.º 4, 18.º, n.º 2 e 18.º-A, n.º 2); e
- Prazo para interposição de recurso judicial (artigo 87.º, n.º 1).

3. APRECIÇÃO CRÍTICA DE ALGUMAS SOLUÇÕES ADOTADAS

3.1. Noção de empresa (artigo 3.º)¹⁶

A redação proposta para o artigo 3.º na versão original da proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva ECN+ configurava um claro exemplo de uma alteração não suportada pelo âmbito da Diretiva transposta. Com efeito, invocando a necessidade de uniformização de terminologia, mormente a substituição da expressão “*visado*” pela de “*empresa investigada*” (artigo 3.º, n.ºs 3 e 4), a verdade é que a redação proposta para o artigo 3.º, n.º 2 não se limitava a uma alteração terminológica, tendo também ampliado o perímetro de “*única empresa*” (*single economic unit*) ao substituir a expressão “*empresas*” pela de “*pessoas*”. Tal alteração não se afigurava portadora de nenhum benefício palpável – com efeito, já a atual redação do artigo 3.º, n.º 2 identifica de forma clara as situações em que o âmbito subjetivo das normas abrange as pessoas singulares (mormente em sede de responsabilidade contraordenacional no artigo 73.º, n.º 2) –, comportando ao invés efeitos potencialmente negativos, desde logo por suscitar dúvidas quanto ao âmbito de aplicação da LdC a pessoas singulares independentemente da sua qualificação como empresa.

¹⁶ Sem alteração de numeração em ambas as versões da proposta de transposição da Diretiva ECN+.

A ter sido adotada *qua tale* a redação proposta para o artigo 3.º, n.º 2 que constava da versão original, a mesma traduzir-se-ia na introdução de um elemento de incerteza sobre o âmbito de aplicação das normas referentes às práticas restritivas da concorrência e ao controlo de concentrações, ao qual acresceria a desarmonia sistemática entre a delimitação do âmbito das referidas normas e o âmbito da responsabilidade contraordenacional das pessoas singulares (artigo 73.º, n.º 2).

De resto, é sabido que os princípios da legalidade e da tipicidade contraordenacional quadram mal com esta indeterminação na imputação de comportamentos contraordenacionais, aspeto que seria agravado pelas alterações de redação propostas. Assim, se o enquadramento jusadministrativo das regras europeias da concorrência não se revela incompatível com a consabida maleabilidade de alguns dos conceitos utilizados, mormente no que respeita à redução à unidade de um conjunto de empresas (*single economic unit*)¹⁷, entende-se que a transposição de idêntico exercício para o plano nacional deve ser acompanhado das devidas cautelas em face das maiores exigências que rodeiam o enquadramento contraordenacional da matéria.

A solução adotada na versão revista da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ não manteve a referência a pessoas, optando por uma expressão mais anódina – “*entidades*” – que, no nosso entender, não afasta totalmente os receios anteriormente formulados. É de saudar, porém, que a versão revista não inclua o anterior artigo 3.º, n.º 3 – cuja introdução figurava na versão original –, atenta a desnecessária sobreposição com o artigo 73.º (“*Responsabilidade*”). Já o anterior artigo 3.º, n.º 4 (versão original) integra agora, inalterado, o artigo 13.º, n.º 4 (versão revista).

3.2. Aplicação paralela do direito europeu e nacional da concorrência à luz das suas consequências adjetivas (artigos 13.º, n.ºs 1 a 3 e 69.º-A, n.º 1)¹⁸

O aditamento do artigo 13.º, n.º 3 (“*Normas aplicáveis*”) constante da versão original da proposta de alteração à LdC introduzia a possibilidade de as infrações ao disposto nos artigos 9.º a 11.º da LdC serem igualmente passíveis de configurar “*a possibilidade de aplicação paralela dos artigos 101.º e 102.º do TFUE ao mesmo processo*”. Trata-se, como de resto é reconhecido na

¹⁷ Vejam-se, neste sentido e com referência à flexibilidade na apreciação da existência de uma influência dominante das empresas-mãe relativamente a uma *joint-venture* comum, T-91/13, *LG Electronics Inc c Comissão*, ECLI:EU:T:2015:609, e C-588/15P e C-622/15P (apensos), *LG Electronics Inc c Comissão*, ECLI:EU:C:2017:679.

¹⁸ Sem alteração de numeração em ambas as versões da proposta de transposição da Diretiva ECN+.

exposição de motivos e não obstante os motivos aduzidos em defesa desta solução¹⁹, de uma alteração que não decorre da Diretiva ECN+ em virtude de esta não se aplicar a infrações ao direito da concorrência puramente nacionais, ou seja, àquelas que se apresentam como insuscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros²⁰.

Não obstante o artigo 13.º, n.º 3 representar o elemento mais inovador que a versão original da proposta de transposição da Diretiva ECN+ introduzia na atual redação do artigo 13.º, o alcance desta norma deve ser enquadrado no contexto das alterações mais cirúrgicas propostas para o n.º 1 e da redação largamente inalterada do artigo 13.º, n.º 2. Uma leitura global do artigo 13.º, n.ºs 1 a 3 revelava, a nosso ver, uma intenção de estabelecer, de algum modo, uma intercomunicabilidade entre os regimes adjetivo e substantivo da concorrência nos planos nacional e europeu tendo por base a *diluição da relevância do Regime Geral das Contraordenações* (RGCO) no âmbito da LdC e a emergência de um regime processual autónomo (contraordenacional mitigado, dir-se-ia). Tal alteração, a confirmar-se na prática, afigura-se questionável e problemática em razão de não levar em devida conta a natureza diversa dos regimes europeu (de carácter essencialmente jusadministrativo, não obstante desenvolvimentos jurisprudenciais já *supra* afluídos) e nacional (de carácter contraordenacional) da concorrência.

Com efeito, a aplicação do artigo 13.º, n.º 1 (tramitação dos processos sancionatórios relativos a práticas restritivas da concorrência) à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE em processos instaurados pela AdC (n.º 2), outrossim no contexto da aplicação paralela dos artigos 9.º, 10.º e 11.º da LdC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (n.º 3) assenta numa autonomização e *hibridização* (entre o administrativo e contraordenacional) do processo sancionatório relativo a práticas restritivas da concorrência. Na prática, tal poderia implicar o retrocesso da aplicação do RGCO no âmbito dos referidos processos possibilitada pelo aditamento (cirúrgico, mas nem por isso menos relevante) da expressão “*com as devidas adaptações*” ao artigo 13.º, n.º 1. Do aditamento desta expressão parece decorrer que a aplicação do RGCO aos processos abertos por infração dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da LdC passaria a ser não *apenas subsidiária (como já sucede)*, mas *também sujeita a adaptações*. O

19 Pp. 3-4, §§6-8.

20 A exceção é, como refere a exposição de motivos (*idem, ibidem*) o artigo 31.º, n.ºs 3 e 4 referentes ao regime aplicável ao acesso às declarações de clemência e propostas de transação e à utilização da informação obtida com base nesses documentos.

exato alcance e sentido destas *adaptações* não é esclarecido pela norma, mas a *ratio* que lhe subjaz e que percorre a proposta de transposição da Diretiva ECN+ aponta inequivocamente no sentido do retrocesso da aplicação do RGCO à tramitação dos processos referentes a práticas restritivas da concorrência. Esta afigura-se ser, de resto, a única interpretação plausível da expressão “*com as devidas adaptações*” à luz das boas regras de interpretação normativa plasmadas no CC²¹, já que a alternativa seria considerar que o aditamento nada acrescentava ao sentido atual da norma.

A nova redação do artigo 13.º incluída na versão revista da proposta de transposição da Diretiva ECN+ manteve inalteradas as redações propostas para os respetivos n.ºs 1 e 2, não acolhendo assim as críticas formuladas a estas dois preceitos, mormente no que respeita ao sentido e alcance da expressão “*com as devidas adaptações*”. No que respeita ao artigo 13.º, n.º 3, a nova redação limita-se a precisar que a aplicação paralela das regras internas (artigos 9.º e 11.º da LdC) e da União (artigos 101.º e 102.º do TFUE) apenas ocorre quando estas últimas forem “*aplicáveis*” *in casu*²². Esta alteração tem um alcance clarificador que na medida em que esclarece em definitivo a dúvida sobre se a aplicação paralela dos artigos 101.º e 102.º do TFUE apenas teria lugar se a infração em causa fosse suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros (como resulta de orientação jurisprudencial uniforme²³ e do artigo 3.º, n.º 1 do Regulamento n.º 1/2003) ou se a aplicação paralela poderia ter lugar ainda que o critério anterior não estivesse verificado. A clarificação deste ponto não era despicienda na medida em que a segunda hipótese comportava o risco de agravar a retração na aplicação do RGCO pela simples circunstância de a prática ser configurada à luz do Tratado e não de legislação interna. Porém, o retrocesso na aplicação do RGCO pode ainda suceder por via da redação – inalterada em ambas as versões da proposta de transposição da Diretiva ECN+ – do artigo 13.º, n.ºs 1 e 2 da LdC.

Igualmente no sentido da diluição da relevância do RGCO no âmbito dos processos referentes a práticas restritivas apontava a versão original do artigo 69.º-A, n.º 1. Com efeito, o objetivo da norma em apreço era o de, declaradamente, afastar a aplicação dos limites da coima aplicável em caso de concurso de contraordenações decorrentes do artigo 19.º do RGCO em termos que

21 Mais concretamente, à luz dos cânones interpretativos consagrados no artigo 9.º, n.º 3 do CC.

22 “3 – Todas as referências na presente lei a infrações ao disposto nos artigos 9.º e 11.º devem ser entendidas como efetuadas também aos artigos 101.º e 102.º do TFUE, sempre que aplicáveis.”

23 Ver as Orientações, 2004 e a jurisprudência aí referenciada.

excediam o que seria exigido pela correspondente norma da Diretiva ECN+ (artigo 15.º) invocada na exposição de motivos²⁴.

Com efeito, o artigo 15.º, n.º 1 da Diretiva ECN+ refere que impende sobre os Estados-Membros a obrigação de assegurar que o montante máximo da coima aplicável a cada empresa ou associação de empresas que tenha participado numa infração ao artigo 101.º ou 102.º do TFUE “*não é inferior a 10% do volume de negócios global total da empresa ou associação de empresas no exercício anterior à decisão*”. No entanto, o artigo 69.º-A, n.º 1 afastava expressamente a aplicação dos limites decorrentes do artigo 19.º do RGCO ao concurso de infrações previstas no artigo 68.º, n.º 1, alíneas *a)* a *g)*²⁵ nas quais se compreende não apenas “[a] *violação do disposto nos artigos 101.º e 102.º do TFUE*”, mas também um conjunto de outras contraordenações a que a Diretiva ECN+ não alude. No limite, o afastamento dos limites previstos no artigo 19.º do RGCO e sua substituição pelos que se encontram previstos no artigo 69.º, n.ºs 4 a 9 estender-se-ia às infrações com carácter puramente interno (i.e. não suscetíveis de afetar o comércio intracomunitário) e, caso a anterior redação do artigo 13.º, n.º 3 não tivesse sido objeto de alteração na versão revista, à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE a situações puramente internas.

Na redação do artigo 69.º-A, n.º 1 incluída na versão revista da proposta de transposição da Diretiva ECN+ constata-se que a AdC acolheu os reparos feitos e eliminou a secção final da norma na qual se previa que a não aplicação do disposto no artigo 19.º do RGCO em caso de concurso de infrações. Sobre o ponto parece a AdC entender que os receios manifestados durante a fase de consulta pública já estariam acautelados por normas e princípios gerais²⁶, mas ainda assim a alteração é de saudar tanto mais que a

24 P. 17, §§86-87. Dir-se-ia que há um reconhecimento implícito da falta de correspondência entre a redação do artigo 69.º, n.º 1 e o articulado da Diretiva ECN+ quando, a este propósito, a AdC se limita a afirmar que “[e]sta solução encontra ainda apoio no artigo 15.º e considerando 49 da Diretiva” (p. 17, §87, *in fine*).

25 Por lapso, a versão original da proposta de transposição da Diretiva ECN+ aludia, em sede de artigo 69.º-A, n.º 1, ao artigo 69.º (“*Determinação da medida da coima*”) ao invés do artigo 68.º (“*Contraordenações*”). Este lapso foi entretanto corrigido na versão revista da proposta de transposição da Diretiva ECN+.

26 Ver Proposta de Anteprojeto, 2020: p. 8, ponto 44: “44. *Note-se, a este respeito, que a proporcionalidade e adequação que deverá nortear a determinação da medida concreta das coimas aplicáveis a cada infração, ponderando os diversos critérios plasmados no artigo 69.º e concretizados nas Linhas de Orientação da AdC para a determinação de coimas, é que permite assegurar o respeito pelo princípio da proporcionalidade invocado. As normas que regem o concurso de contraordenações ou de infrações deverão, pois, assegurada tal proporcionalidade e adequação, determinar de forma previsível e geradora de segurança jurídica nos seus destinatários regras claras quanto ao cúmulo jurídico, o que se entende plenamente atingido com a formulação constante do Anteprojeto.*”, [consultado em 11.09.20].

anterior redação não deixava margem para dúvidas sobre o afastamento da norma do RGCO.

Em súmula, mais do que a discussão sobre se as alterações aos artigos 13.º e 69.º-A introduzidas na versão original e amenizadas – *mas não eliminadas* – na versão revista são impostas ou sequer decorrem da Diretiva ECN+ – *o que, salvo o devido respeito, não nos parece suceder em qualquer dos casos* –, a questão de fundo é, afinal, a de saber se tais opções são compatíveis com a natureza contraordenacional das infrações ao direito da concorrência ou, dito de outra forma, se o caráter substancialmente contraordenacional das infrações comporta uma *hibridização* do procedimento de tramitação perante a AdC, desde logo pelo que tal implica de *compressão sobre os direitos de audiência e de defesa* decorrentes do artigo 32.º, n.º 10 da CRP (matéria de reconhecida sensibilidade e que justifica as maiores cautelas em sede de intervenção legiferante).

Em última análise afigura-se-nos que, de alguma forma na proposta de transposição da Diretiva ECN+ (em ambas as versões, embora de forma mais marcada na versão original), seja por convicção, seja por “conveniência”, se terá pretendido ver na Diretiva ECN+ – *que de uma Diretiva se trata, sublinhe-se* – uma versão adjetiva do Regulamento n.º 1/2003. Ora, a convivência de regimes adjetivos diversos, mesmo o âmbito de aplicação das regras de concorrência, corresponde a uma realidade nos diferentes Estados-Membros a qual convive bem, *respeitados determinados limites que não estão minimamente em causa no caso português*²⁷ (mormente a dimensão de efeito útil do primado do direito europeu), com a convergência substantiva de regras da concorrência decorrente do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003. A aplicação paralela dos direitos europeu e nacional da concorrência não visa os objetivos (porventura estimáveis) articulados na exposição de motivos²⁸, pelo que a aplicação do direito europeu não poderá nem deverá servir para introduzir convergência adjetiva onde a mesma não é reclamada pela Diretiva ECN+.

27 Sem prejuízo do aprofundamento noutra sede dos limites e aspetos a ponderar que aqui não temos manifestamente espaço para desenvolver.

28 Unidade do sistema jurídico, igualdade de tratamento entre infratores, interpretação uniforme e certeza jurídica (p. 4, §7).

3.3. Questões atinentes ao processo sancionatório: prazos e poderes de busca e apreensão (artigos 14.º, n.º 4, 18.º, n.º 2 e 18.º-A, n.º 2)²⁹

Em sede das alterações propostas ao processo relativo a práticas restritivas da concorrência avultam duas grandes tendências cuja justificação parece assentar mais numa hipotética preocupação de eficácia do que em soluções decorrentes da Diretiva ECN+: por um lado, reforçar os poderes e a margem de discricionariedade da AdC, mormente no que toca à recolha de prova; por outro, dirimir pela via legislativa questões controvertidas – ou pelo menos não inteiramente pacíficas – na jurisprudência. Refiram-se, unicamente a título de exemplo paradigmático, dois casos que se nos afiguram ilustrativos, embora não sejam os únicos, assim evidenciando a necessidade de maior ponderação global nestas matérias de extrema sensibilidade para os direitos de defesa e “*due process*”: os artigos 14.º e 18.º

No que respeita ao artigo 14.º (“*Regras gerais sobre prazos*”), a versão original da proposta de transposição da Diretiva ECN+ incluía a possibilidade de, nos termos da redação proposta para o n.º 4, a AdC poder recusar o pedido de prorrogação de prazo quando, em aditamento ao fundamento já previsto (*requerimento com intuito meramente dilatatório*), entendesse que o mesmo (i) era *desnecessário* ou (ii) não estava suficientemente fundamentado.

Tal alargamento afigurava-se desproporcionalmente gravoso e eventualmente inconstitucional fosse por conferir à AdC uma margem de discricionariedade excessivamente ampla (no limite possibilitando “vitórias na secretaria”, mormente em processos de elevada complexidade relativamente aos quais a AdC permanece sujeita a prazos meramente dilatatórios, diversamente das empresas visadas), fosse por se afigurar incompatível com o sentido geral das alterações incluídas na proposta de alteração da LdC e que vão no sentido de dotar a AdC de instrumentos de atuação e investigação mais agressivos e, como tal, potencialmente mais penalizadores dos direitos de defesa das empresas visadas. A tudo acresce a circunstância, agravante *hoc sensu*, de esta decisão da AdC ser insuscetível de recurso, solução que já resultava do artigo 14.º, n.º 5 mas que no presente contexto assumia contornos claramente mais gravosos.

A AdC terá sido sensível às críticas feitas à redação do artigo 14.º, n.º 4 da LdC, pelo que a versão revista já não inclui a possibilidade de a AdC recusar

29 O artigo 14.º manteve a mesma numeração em ambas as versões da proposta de transposição da Diretiva ECN+; o artigo 18.º (versão original) passou a ser o artigo 17.º-A na versão revista; e o artigo 18.º-A (versão original) passou a ser o artigo 18.º na versão revista.

a prorrogação de prazo com fundamento na desnecessidade da mesma. Em todo o caso, a prorrogação concedida pela AdC não será necessariamente por igual período, como resultava até agora da redação do n.º 3 da mesma norma, podendo ser também por período inferior³⁰.

Por outro lado, face ao reforço dos poderes da AdC que transparece de muitas das alterações propostas, teria sido de toda a conveniência salvar guardar explicitamente em sede de artigo 18.º, n.º 2, alínea *d*) (versão original da proposta de transposição da Diretiva ECN+) o princípio do *nemo tenetur*,³¹ bem como extrair as devidas consequências do seu desrespeito, mormente em sede da invalidade da prova recolhida em tal contexto. Na versão revista a norma em apreço passa a figurar como artigo 17.º-A, não tendo a AdC acolhido a sugestão de incluir o princípio do *nemo tenetur* em sede dos elementos que devem constar da convocatória para uma inquirição. Em contrapartida, a AdC terá pretendido compensar esta ausência com a inclusão de um novo n.º 6, no qual se refere o seguinte:

“6 – A pessoa inquirida pode fazer-se acompanhar de advogado, que a informa, quando entender necessário, dos direitos que lhe assistem, sem intervir na inquirição”

Afigura-se, no entanto, que o alcance da nova norma introduzida no artigo 17.º-A não supre a não inclusão da advertência para a não incriminação em sede de convocatória para a inquirição. Com efeito, a transferência do ónus de alegar o direito ao silêncio para o mandatário que acompanhar a pessoa inquirida equivale a fazer depender de uma contingência – constituição de mandatário – a salvaguarda de um direito fundamental. Uma vez mais se afigura que aflora nas alterações propostas uma tentação de “fuga” das implicações processuais da natureza contraordenacional das infrações em causa.

No que toca ao artigo 18.º-A, n.º 2 (*“Poderes de busca, exame, recolha e apreensão”*) da versão original da proposta de transposição da Diretiva ECN+,

30 A versão original da proposta de transposição da Diretiva ECN+ incluía uma referência expressa à possibilidade de prorrogação igual período ou por período inferior, a qual terá sido reputada de desnecessária na versão revista, passando apenas a figurar no artigo 14.º, n.º 3 a possibilidade de os prazos fixados legalmente ou determinados por decisão da AdC poderem ser prorrogados mediante requerimento fundamentado apresentado antes do termo do prazo.

31 Sobre a matéria ver, em geral, os artigos que integram o *dossier* temático “O dever de colaboração e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*” incluído na *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1 (Jan-Mar 2010), pp. 121-265: Sousa Mendes, 2010; Martinho, 2010; Costa Ramos, 2010; Anastácio, 2010; e Silva Dias, 2010.

pese embora a mesma se filiar no artigo 6.º da Diretiva ECN+³², afigura-se problemática a fundamentação tendo por base a simples existência de motivos razoáveis para suspeitar da existência de uma infração da concorrência. Com efeito, estando em causa não apenas a justificação do exercício de poderes de busca, exame, recolha e apreensão, mas também a determinação da sua extensão, tal fundamentação poderá suscitar mesmo problemas de constitucionalidade (suspeita razoável). Acresce que a redação proposta na versão original favorecia a interpretação de que a margem de apreciação da autoridade judiciária competente fica aquém da plena jurisdição, convertendo-se num exercício de mera verificação de requisitos gerais e razoavelmente vagos quando a AdC “*se encontre em condições de demonstrar que existem motivos razoáveis para suspeitar*” de uma infração às regras nacionais ou europeia da concorrência.

A versão revista da proposta de transposição da Diretiva ECN+ renumera a disposição em causa (figurando agora como artigo 18.º), mas pouco ou nada alterou no conteúdo do respetivo n.º 2. É, no entanto, digna de nota a eliminação da possibilidade – que constava da versão original – de as diligências referidas no artigo 18.º, n.º 1, alíneas *a)* a *c)* poderem ser consentidas pela pessoa que fosse objeto da medida de investigação (em alternativa à autorização da autoridade judiciária competente). Subjacente a esta alteração terá estado, crê-se, a preocupação de salvaguardar o respeito pelo princípio do *nemo tenetur*, pelo que a leitura conjugada do artigo 13.º, n.º 6 e da nova redação do artigo 18.º, n.º 2 poderão ser consideradas uma cedência à consagração implícita deste princípio em sede de inquirição e diligências de investigação. Ainda assim, reitera-se ser justificada a consagração expressa do mesmo princípio, mormente nos moldes sugeridos.

3.4. Prazo para interposição de recurso judicial (artigo 87.º, n.º 1)³³

Dado o reforço considerável dos poderes da AdC no articulado da proposta de alteração à LdC e a especial complexidade de alguns dos processos que envolvem práticas restritivas da concorrência, afigurava-se recomendável a previsão de uma dilação a crescer ao prazo geral de recurso das decisões finais (30 dias úteis improrrogáveis) previsto no artigo 87.º, n.º 1. Com efeito, a caracterização da especial complexidade de um processo pode ser determinada com base em critérios de fácil verificação como o número de empresas

³² P. 12, §56 da exposição de motivos.

³³ Sem alteração de numeração em ambas as versões da proposta de transposição da Diretiva ECN+.

visadas/investigadas, a duração da prática ou práticas em causa ou o acervo probatório recolhido e utilizado pela AdC. *Mutatis mutandis* e por idênticas razões, afigurava-se igualmente recomendável que as empresas visadas/investigadas dispusessem de semelhante dilação a acrescer ao prazo geral de resposta à nota de ilicitude (prazo mínimo de 20 dias úteis) previsto no artigo 25.º, n.º 1.

A versão revista da proposta de transposição da Diretiva ECN+ não terá sido insensível a esta linha de argumentação e, embora não reconhecendo a possibilidade de uma dilação, veio, no entanto, aumentar para 40 (quarenta) dias úteis (sempre improrrogáveis) o prazo para a interposição de recurso judicial de decisão final da AdC. Na mesma linha, a nova redação do artigo 25.º, n.º 1 aumenta para 30 (trinta) dias úteis o prazo mínimo para que a empresa investigada se pronuncie sobre a nota de ilicitude e sobre as diligências complementares de prova que entenda convenientes.

4. PONDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A consulta pública sobre a proposta de transposição da Diretiva ECN+ constituiu um exercício não só oportuno mas igualmente imprescindível de reflexão sobre um conjunto muito significativo de alterações que abrangem não apenas a LdC, mas igualmente os estatutos da AdC, o CPP, o CCP e a LEO. Os contributos dos *stakeholders*, ou mais latamente do que poderemos denominar de comunidade jurídica nacional de direito da concorrência, sobre a versão original da proposta de transposição da Diretiva ECN+ foram parcialmente acolhidos pela AdC e incorporadas na versão revista da mesma propostas. No entanto, mais do que uma questão aritmética – e mesmo nessa perspectiva a versão revista permaneceu em grande imune às críticas e sugestões feitas –, o acolhimento dos contributos recebidos deve ser aferido no plano qualitativo, i.e. por referência à relevância e sensibilidade das matérias a que se reportam.

Ora, neste particular e como ficou patente na apreciação crítica precedente (ainda que extremamente seletiva e assumidamente sucinta, sem prejuízo do compromisso dos autores de retornarem ao tema noutra formato analítico), algumas das soluções propostas continuam a suscitar preocupações, em particular no que respeita ao retrocesso da aplicação do RGCO (potencial ou efetivo, a jurisprudência o dirá) e no que tal pode significar no plano extremamente sensível dos direitos de audição e defesa em sede contraordenacional.

Como nota mais geral (e concetual), encara-se com igual preocupação aquilo que se nos afigura ser uma tendência para o *decoupling* entre o regime substantivo contraordenacional e o respetivo regime adjetivo, caminhando este último para uma *hibridização* que não se afigura consentânea com a natureza contraordenacional das infrações. Cremos que, neste particular, haveria outras formas de conciliar as legítimas preocupações de eficácia da AdC (e de efeito útil do direito europeu e respetivas políticas públicas de *enforcement*) e o respeito pela natureza contraordenacional das infrações ao direito da concorrência no plano nacional.

Em muitos dos domínios em causa, e em matérias de extrema sensibilidade, antecipam-se por via legiferante soluções que podem – e *devem* – ser justamente decantadas na jurisprudência ora em consolidação no plano nacional, daí emergindo o risco de outras formas de litigância cujo resultado seja afinal o inverso do pretendido em termos de estabilização de soluções, *maxime* no campo processual relacionado com essenciais direitos de defesa.

Neste ponto afigura-se-nos, uma vez mais, que uma revisão a dois tempos – i.e. comportando numa primeira fase as disposições diretamente implicadas na transposição da Diretiva ECN+ e, numa segunda fase, as demais alterações que a AdC entendeu propor, mormente a outros diplomas que não a LdC – teria sido preferível, permitindo uma reflexão mais aturada por parte de todos os *stakeholders* e pela comunidade científica neste domínio sobre o alcance e implicações das alterações globalmente incluídas na proposta de transposição da Diretiva ECN+.

BIBLIOGRAFIA

ANASTÁCIO, CATARINA

2010 “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, pp. 199-235.

CAEIRO, PEDRO

2020 “Punível com coima de até 10% de um montante qualquer: inconstitucionalidade das normas sancionatórias do Regime Jurídico da Concorrência, na parte em que (não) fixam um limite máximo para as coimas aplicáveis ao *Abuso de Posição Dominante*”, in AAVV, *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, vol. IV, Lisboa: Universidade Católica Editora.

COSTA RAMOS, VÂNIA

2010 “*Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa*”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, pp. 175-198.

LE SOUDEER, MATHIEU

2019 *Droit antitrust de l’Union européenne et les droits fondamentaux des entreprises. Approche contentieuse*, Bruxelles: Bruylant.

MARTINHO, HELENA GASPAR

2010 “O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, pp. 145-174.

RIESENHUBER, KARL

2017 *European Legal Methodology*, Antwerp: Intersentia.

SILVA DIAS, AUGUSTO

2010 “O direito à não-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, pp. 237-265.

2018 *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra: Almedina.

SOUSA MENDES, PAULO

2010 “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, pp. 121-144.

WILS, WOUTER

2017 “Competition authorities: Towards more independence and prioritisation? – The European Commission’s ‘ECN+’ Proposal for a Directive to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers”, Paper presented at *New Frontiers of Anti-trust* 8th International Concurrences Review Conference (Paris, 26 June 2017), disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3000260 [consultado em 11.09.20].

Documentos Oficiais

COMISSÃO EUROPEIA

2004 *Orientações da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio entre Estados-Membros previsto no artigo 81.º e 82.º do Tratado*, 2004/C 101/07, JO C 101, p. 81-96, 27.4.2004.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

2020 *Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN+ – Relatório sobre a Consulta Pública*, http://concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Proposta%20de%20Anteprojeto%20apresentada%20ao%20Governo%20%E2%80%93%20Relat%C3%B3rio%20da%20Consulta%20P%C3%ABlica.pdf, 31.03.20.

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de setembro de 2017, *LG Electronics Inc c. Comissão*, C-588/15P e C-622/15P (apensos), ECLI:EU:C:2017:679.

Acórdão do Tribunal Geral, de 9 de setembro de 2015, *LG Electronics Inc c. Comissão*, T-91/13, ECLI:EU:T:2015:609.

DIREITO DA CONCORRÊNCIA: A NECESSÁRIA REFORMA POR FORÇA DA DIRETIVA ECN+

Miguel Pena Machete, Catarina Pinto Xavier & Beatriz Belo, em representação da SLCM – Serra Lopes, Cortes Martins & Associados – Sociedade de Advogados, SP, RL*

ABSTRACT *Competition Law faces a certain incongruence with its essence. It has been balancing between Misdemeanours Law, Criminal Law and Administrative Law, which difficulties the application of the norms. This study aims to bring to light some of the inconsistencies, especially the ones brought by the new ECN+ Directive. More specifically, the recent advances culminate on giving the National Competition Authorities more power, while not giving the parties under investigation more means of protection. This article focuses on the several problems that arise from those discrepancies.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Os poderes acusatórios reforçados. 2.1. Introdução. 2.2. Os poderes reforçados de busca, exame, recolha e apreensão de correspondência e outros meios de comunicação privada. 2.3. Outros aspetos. 3. Buscas Domiciliárias. 4. Indicação do montante concreto da coima na Nota de Ilicitude. 5. Responsabilidade solidária das empresas associadas pelo pagamento da coima da associação. 6. Intervenção do Ministério Público no processo especial por infração ao Direito da Concorrência 7. Recursos judiciais em função da natureza da matéria controvertida. 8. Conclusão.

KEY-WORDS: Competition Law; European Competition Law; ECN+ Directive; Means of taking evidence; Home Search; Investigation phase; Joint and several liability; Judicial Remedies.

JEL CLASSIFICATION: K210

* Respetivamente, Sócio responsável pelas áreas de Concorrência & Regulação e Direito Público, Advogada e Advogada Estagiária nas mesmas áreas, na Serra Lopes, Cortes Martins & Associados – Sociedade de Advogados. O artigo reflete o entendimento pessoal dos autores relativamente às matérias nele incluídas.

1. INTRODUÇÃO

A 25 de outubro de 2019, a Autoridade da Concorrência (doravante, “AdC”) publicou no seu sítio da internet a sua proposta de anteprojecto de diploma legislativo de transposição da Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, também conhecida por Diretiva ECN+ (de ora em diante, “Diretiva”). A Diretiva, que deverá ser transposta até ao dia 4 de fevereiro de 2021, pretende conferir às autoridades da concorrência nacionais de cada Estado-Membro competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e assim garantirem o bom funcionamento do mercado interno.

Considera-se, desde logo, ser discutível a bondade da opção, pelo Ministério da Economia, de nomeação da AdC como “*serviço responsável*” pela apresentação de uma proposta de transposição da Diretiva, sobretudo quando esta Autoridade é, notoriamente, a principal parte interessada no processo e, muito particularmente, no reforço dos seus poderes. Sem prejuízo de dever sempre ser consultada no âmbito do processo legislativo como um dos agentes interessados na aplicação do Direito da Concorrência, a delegação da preparação e redação do diploma legislativo de transposição da Diretiva não favorece a separação de poderes e a própria independência da AdC, que enquanto autoridade administrativa independente deveria manter um saudável distanciamento, não só relativamente ao poder executivo, mas também relativamente ao próprio legislador.

Na sequência do lançamento da consulta pública sobre o anteprojecto de transposição da Diretiva, em representação da Serra Lopes, Cortes Martins & Associados – Sociedade de Advogados, SP, RL (“SLCM”) pronunciamo-nos sobre o novo projecto legislativo proposto pela AdC, apresentando observações que se cingiam a algumas das alterações propostas ao Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (em diante, “Lei da Concorrência” ou “LdC”), que, em nosso entender, deveriam e devem ser objeto de especial reflexão. Aproveitamos, assim, a presente oportunidade para partilhar com a comunidade jurídica as principais preocupações que subsistem no Projecto final aprovado pela AdC, sejam elas de cariz mais substantivo – convocando, nalguns casos, direitos fundamentais –, sejam elas de cariz mais formal e sistemático, apelando à clareza das normas e à harmonia com os outros regimes do ordenamento jurídico português.

Tal como a SLCM, muitos outros interessados apresentaram as suas observações, sendo que, após analisados e ponderados os vários comentários, a AdC procedeu a algumas alterações ao anteprojecto inicialmente apresentado,

tendo, assim, elaborado um Relatório sobre a Consulta Pública (doravante, “Relatório”) e apresentado ao Governo uma Proposta de Anteprojeto (de ora em diante, “Proposta”), ambos publicados no seu sítio da internet.

O presente artigo foi escrito com base nalguns dos comentários e observações por nós apresentados em sede de consulta pública que foram desconsideados na Proposta que a AdC entendeu submeter ao Governo. Pela sua relevância e pertinência para a discussão do novo regime jurídico da concorrência, entendemos que se mantém o interesse na sua divulgação científica por esta via. Na elaboração do presente artigo, analisámos, ainda, algumas das alterações propostas pela AdC que foram posteriormente explanadas no Relatório e adotadas na Proposta.

2. OS PODERES ACUSATÓRIOS REFORÇADOS

2.1. Introdução

O regime de defesa do Direito da Concorrência assenta, em matéria sancionatória, na aplicação de coimas pela prática de contraordenações. O direito das contraordenações tutela o interesse punitivo do Estado relativamente a ilícitos de mera ordenação social, em que o nível do desvalor ético-social não atinge e não se confunde com o desvalor ético tutelado pelo regime sancionatório penal plasmado no nosso Código Penal.

No entanto, tal não foi sempre assim. O Direito da Concorrência foi sofrendo, em virtude da sua evolução histórica, mutações substanciais. Nos seus primórdios, poderíamos encontrar as práticas anticoncorrenciais punidas pelo Código Penal de 1852, que condenava o uso de meios fraudulentos para alteração de preços que resultariam da livre concorrência¹. Posteriormente, durante o período do Estado Novo viveu-se um período tendencialmente avesso à lógica da livre concorrência. Foi então que em 1983 o Direito da Concorrência passou a seguir o Regime-Geral das Contraordenações, onde tem permanecido desde então.

Neste seu projeto de revisão, a AdC denuncia uma perspetiva de abordagem da temática sancionatória das infrações ao Direito da Concorrência que não é compatível com este pressuposto essencial.

Na verdade, do projeto de alteração em apreciação parece resultar, estranhamente, o contrário, chegando mesmo a propor-se que as condutas que

1 Silva, 2008: 41.

constituem crime e são hoje exclusivamente sancionadas pelo Direito Penal, sejam também cumulativamente sancionadas pelo direito punitivo da concorrência enquanto contraordenações.

Ora, pese embora o propósito do presente estudo não tenha por objeto a análise desta tão interessante e – ao mesmo tempo – complexa problemática, impõe-se deixar aqui claro que enquanto a tutela do Direito da Concorrência continuar a recair sobre um regime de aplicação de meras contraordenações, não poderão subverter-se as limitações originárias de que se reveste este regime, precisamente, em virtude de nele se tratarem ilícitos de mera ordenação social e menor desvalor ético-social.

Caso se entenda que o desvalor associado à violação do regime da concorrência tem uma dimensão ético-social equivalente à dos ilícitos mais graves que são regulados pelo Direito Penal, então, nesse caso, a solução não passará por subverter o regime das contraordenações no Direito da Concorrência através da importação das armas de acusação exclusivas do Direito Penal, mas, sim, por transferir a tutela dos ilícitos de concorrência para o regime do Direito Penal, como já anteriormente ocorria. Isto porque, como é consabido, no Direito Penal coexistem – num equilíbrio saudável e fundamental para materialidade de um Estado de Direito Democrático – as armas da acusação e as garantias da defesa.

Pretender importar as armas do Direito Penal para a acusação no processo de contraordenação em Direito da Concorrência, sem reconhecer aos visados pelos correspondentes processos contraordenacionais as mesmas garantias de defesa que os arguidos – perante armas semelhantes, têm no Direito Penal – seria um inaceitável retrocesso a um Estado todo-poderoso e onipotente, em que as ingerências na vida dos cidadãos e os atropelos aos seus mais elementares direitos fundamentais se justificavam e se legitimavam pela pré-compreensão do interesse público e da vontade do povo que o Estado, através dos seus órgãos de poder e controlo, se arrogava ter. A evolução do Estado totalitário e autocrático para o Estado de Direito Democrático, assente no princípio da legalidade e no reconhecimento de direitos aos seus cidadãos, passou muito pelo reconhecimento de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos contra o próprio Estado.

Neste sentido, a evolução do Direito da Concorrência não se pode limitar, apenas, a assegurar a sua maior eficácia punitiva, como que partindo do pressuposto de que a autoridade de defesa da concorrência beneficia de uma presunção de verdade e de correção, não carecendo os seus juízos ou condutas de ser sindicadas ou justificadas. Pelo contrário, atentos os poderes reforçados

que lhe são reconhecidos enquanto autoridade administrativa independente, haverá que equilibrar a concorrência dos seus poderes de regulação, monitorização, supervisão, regulamentação, fiscalização e sancionatórios com o reconhecimento de fortes garantias de defesa dos indivíduos e empresas que com ela interagem e que por ela podem ser sancionados. E, assim sendo, é com consternação que se assiste neste novo projeto de revisão da Lei da Concorrência, a par de um significativo reforço dos poderes acusatórios da Autoridade da Concorrência, a uma preocupante tentativa de redução das garantias dos visados e dos advogados.

2.2. Dos poderes reforçados de busca, exame, recolha e apreensão de correspondência e outros meios de comunicação privada

A questão dos meios de prova deve ser alvo de grande debate, nomeadamente a possibilidade de acesso e recolha de todas as informações, dados ou esclarecimentos em qualquer suporte ou formato.

Compreende-se que a redação proposta para a alínea b) do n.º 1 do artigo 18.º-A tenha como base a Diretiva, e que seja motivada pela necessidade de acompanhamento das novas realidades de comunicação. No entanto, a grande abrangência de suportes de comunicação a que a AdC sustenta – através do seu Projeto – dever ter acesso levanta dúvidas e questões de carácter constitucional.

Dispõe o artigo 34.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa que *“É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”* (destaque nosso). Ora, da leitura deste preceito constitucional retira-se que, uma vez que *“a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação”* é apenas permitida em matéria de processo criminal, estamos perante uma séria incongruência do Direito da Concorrência, cujas infrações [ainda] não são punidas pelo Direito Penal.

É que, se se permitir a ingerência na correspondência e outros meios de comunicação privada (*i.e.*, e por outras palavras, todo o tipo de meios de comunicação que a imaginação alcance) em sede de processo contraordenacional, sobre a norma que o consagre poderá (e, porventura, *deverá*) recair um juízo de inconstitucionalidade.

Com efeito, e como decorre do referido artigo 34.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa, essa ingerência apenas é permitida *em determinadas circunstâncias*, e sempre em sede de processo criminal. Assim, uma norma

como aquela que consta do artigo 18.º-A, n.º 1, alínea b) da LdC é de duvidosa compatibilidade com a Constituição da República Portuguesa.

Para que se possam permitir estes grandes passos no Direito da Concorrência impostos pela Diretiva, é necessário, antes de mais, repensar o papel do Direito da Concorrência no ordenamento jurídico português e, idealmente, rever aprofundadamente o Regime Geral das Contraordenações. Se, por um lado, se opta por não penalizar as infrações ao Direito da Concorrência, atribuindo-lhe apenas uma natureza contraordenacional, a que estará associado um desvalor ético-jurídico diminuto – permitindo-se a transgressão de princípios base do direito sancionatório, tal como o princípio da culpa e intransmissibilidade das penas –, por outro lado, é contraditório defender que a punição das infrações ao Direito da Concorrência admite a violação de direitos fundamentais, tais como a reserva da intimidade da vida privada, sob o pretexto da extrema importância do Direito da Concorrência e do elevado desvalor que a sua violação acarreta.

Embora esteja sempre subjacente a questão do princípio do primado da União Europeia – e, bem assim, da articulação normativa que o mesmo impõe na relação do Direito da União Europeia com o Direito Constitucional dos Estados-Membros –, julga-se necessário ter espírito crítico perante esta afronta a um dos princípios fundamentais de um Estado de Direito Democrático.

Pondo de parte a longa discussão do princípio do primado, e ainda que a AdC se veja na obrigação de transpor esta norma, então este é o momento para refletir sobre o papel do Direito da Concorrência, mais concretamente sobre qual deve ser a via a seguir para que ambas as partes – a Autoridade e os visados pelos processos por ela intentados – possam conviver de modo mais harmonioso, sem que uma das partes detenha todas as armas, e a outra nenhuma defesa contra essas mesmas armas.

Sem prejuízo do que se avançou, a AdC nada comentou no que concerne à existência (ou não) de uma inconstitucionalidade dos referidos poderes de ingerência, tendo optado por não fazer qualquer comentário no Relatório apresentado. Compreende-se que talvez não fosse sede própria para o debate deste denso e importante tópico, no entanto, à luz da sua extrema importância – por abalar em grande escala as atuais bases do Direito da Concorrência –, julga-se ser premente o debate, seja em que sede for, da questão a que se alude.

2.3. Outros aspetos

Nos (novos) artigos 17.º-A., n.º 3, e 18.º, n.ºs 1 e 5 são conferidos poderes, a respeito da obtenção de prova, a “agentes” da AdC.

Porém, olhando (i) à LdC, (ii) aos Estatutos da AdC e, ainda, (iii) à Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, conclui-se que a categoria de “agentes da AdC” é desconhecida no ordenamento jurídico.

Com efeito, e de acordo com os Estatutos da AdC, os seus recursos humanos integram, em termos gerais, uma de três categorias: (i) membros do Conselho de administração, (ii) titulares de cargos de direção ou equiparados e (iii) trabalhadores (cfr. por exemplo, artigo 30.º dos Estatutos da AdC). Não havendo referência sistemática ao conceito de “agentes” – e sendo a realidade a que se refere desconhecida –, deve a sua utilização ser evitada e, conseqüentemente, eliminada. Os motivos são simples: sabe-se que os membros do Conselho de Administração, os titulares de cargos de direção ou equiparados e os trabalhadores da AdC estão sujeitos a deveres de imparcialidade, diligência, sigilo profissional e, bem assim, que respondem civil, criminal, disciplinar e financeiramente pelos seus atos e omissões. Ao invés, desconhecendo-se as funções que subjazem à figura dos “agentes”, receia-se o surgimento de dúvidas interpretativas acerca dos termos, limites e responsabilidades a que estes estarão sujeitos.

Ainda no n.º 7 do artigo 18.º, refere-se que a AdC pode fazer-se acompanhar “*de quaisquer outros acompanhantes autorizados pela AdC ou nomeados para o efeito*”. Não se compreende esta abertura a quaisquer outras pessoas, quem possam ser ou que interesse podem ter na participação em diligências de inspeção. Estando em causa métodos de obtenção de prova que implicam a intromissão em propriedade privada, em correspondência e meios de telecomunicação – podendo até, em alguns casos, colidir com a reserva da intimidade da vida privada –, não é coerente que se alargue o acesso às instalações a toda e qualquer pessoa, cuja seleção estará sujeita a critérios que não estão determinados e que, tanto quanto se alcança, dependerão apenas do arbítrio da AdC.

Além disso, e também aqui, esses eventuais “*quaisquer outros acompanhantes*” não estão sujeitos a deveres de imparcialidade, diligência, sigilo profissional, nem respondem civil, criminal, disciplinar e financeiramente pelos seus atos e omissões.

3. BUSCAS DOMICILIÁRIAS

De acordo com a Diretiva, no seu artigo 7.º e considerando 34, as inspeções em domicílios privados estão sujeitas a autorização prévia de uma autoridade judicial nacional, devendo a sua admissão ter por base dois critérios: (i) existência de suspeita razoável de que os livros ou outros documentos relacionados com a atividade e com o objeto da inspeção se encontram no domicílio em causa; (ii) esses livros ou documentos sejam pertinentes para provar a infração.

Nesta linha, no artigo 19.º do anteprojeto, deixou de ser necessário demonstrar a “*fundada suspeita de que existem (...) provas de violação grave dos artigos 9.º ou 11.º*” (destaque nosso), passando apenas a exigir-se a demonstração da “*suspeita razoável de que existe prova que possa ser pertinente para demonstrar uma infração*” (destaque nosso).

No entanto, a AdC foi mais longe do que aquilo que a Diretiva impunha e, na sua proposta ao n.º 2 do artigo 19.º – onde antes se lia “*O requerimento deve mencionar a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização*” (destaque nosso) – sugere a AdC que se estabeleça que “*O requerimento deve mencionar a razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio para o qual é pedida a autorização referida no número anterior e a sua pertinência para provar a infração.*” (destaque nosso).

Constituindo a exigência, na lei portuguesa, da verificação de uma *fundada suspeita* um requisito mais exigente do que o da indicação de *mera suspeita razoável* prevista de modo *de minimis* na Diretiva, não se vislumbra que exista necessidade ou bondade no aliviar da atual exigência prevista na lei portuguesa. Sobretudo quando estamos perante direito meramente contraordenacional – sancionador de ilícitos de mera ordenação social –, em que só com fundado e justificado motivo relevante será legítima a compressão de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos por via da realização de buscas domiciliárias.

Na verdade, as buscas domiciliárias são uma ingerência na vida privada e acarretam sempre – ainda que legítimas – a lesão da privacidade de qualquer pessoa. Deste modo, para que essa lesão seja permitida, exige-se a contraposição de motivos de substancial relevo que a justifiquem. Com efeito, para que as buscas domiciliárias sejam autorizadas, impõe-se que o Juiz de instrução esteja totalmente convencido de que esses motivos existem. Assim sendo,

devem existir requisitos mínimos a demonstrar pela AdC, para que as buscas sejam permitidas.

Acresce, ainda, que a AdC foi mais longe neste seu propósito – injustificado, diga-se – de aliviar a exigência requerida na fundamentação do pedido de realização de buscas domiciliárias. Com efeito, na proposta de alteração do n.º 2 do artigo 19.º, a AdC diminui os elementos que por si devem ser demonstrados ao Juiz de Instrução, bastando-se a demonstração da “razoabilidade da suspeita de que as provas estão guardadas no domicílio” e “a sua pertinência para provar a infração”, deixando assim de parte a necessidade de mencionar a “gravidade da infração, a relevância dos meios de prova procurados, a participação da empresa ou associação de empresas envolvidas”, exigidos na atual redação. Este passo simplifica o processo de autorização e, conseqüentemente, vem diminuir as barreiras à violação da vida privada dos cidadãos.

Ora, existem certos procedimentos que, por configurarem ingerências na vida privada dos cidadãos – e mesmo que devendo ser articulados com a economia e a eficiência processuais –, não devem ser simplificados, sendo que as buscas domiciliárias estão contempladas nesse leque. Mal seria se, quando a própria Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 32.º, n.º 8, estabelece que são nulas todas as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, para efeitos de processo criminal, uma *simples* lei, para efeitos de um *mero* processo contraordenacional, permitisse a busca domiciliária com menor exigência. Será caso para perguntar: se constantemente se negam direitos e garantias em sede de processo contraordenacional com o fundamento de que “*no ilícito de mera ordenação social, as sanções não têm a mesma carga de desvalor ético que as penas criminais*”², qual a razão para se conferir mais poderes (ou menos limitações) a uma autoridade administrativa para investigar uma contraordenação do que aqueles que são conferidos às autoridades judiciárias quando investigam crimes? Por outras palavras, se as contraordenações correspondem a um desvalor ético menor (e se a infração ao Direito da Concorrência ainda não é crime), não faz sentido que se confirmem grandes e robustos poderes para “atacar” algo que tem importância diminuta e um fraco desvalor ético-jurídico. Numa outra perspectiva ainda, se, com base naquele referido fundamento, aos visados num processo contraordenacional não cabem os mesmos direitos e

2 Cfr. Acórdão n.º 574/95 do Tribunal Constitucional. Sobre a distinção entre ilícitos penais e ilícitos contraordenacionais, ver também os Acórdãos n.ºs 158/92, 344/93, 469/97, 461/2011, 537/2011, 45/2014, 180/2014 e 297/2016, todos do Tribunal Constitucional.

garantias que aos arguidos em processo penal, que sentido tem aumentar os poderes das autoridades administrativas para um nível superior aos das autoridades judiciárias criminais? Já que parece existir um consenso sobre a diferença de desvalor ético-jurídico³ entre crimes e contraordenações, essa diferença deve servir, por maioria de razão, tanto para limitar os direitos e garantias dos visados, como, também, para limitar os poderes das autoridades, sob pena de a balança da justiça deixar de estar equilibrada.

Contudo, a AdC não se pronunciou quanto a este ponto, tendo mantido a sua proposta de redação. Não parece uma proposta razoável, ainda para mais porque a prática recente, por parte da AdC, de recurso recorrente e sucessivo a buscas domiciliárias na maioria das investigações mais recentemente prosseguidas é bem demonstrativa de que o regime atualmente vigente é adequado e não limita ou dificulta o recurso a este meio extremo e excepcional de recolha de prova para efeitos da investigação da prática de contraordenações em matéria de Direito da Concorrência. Deste modo, não é necessário recorrer a vias mais gravosas e questionáveis do ponto de vista das garantias de defesa dos visados.

4. INDICAÇÃO DO MONTANTE CONCRETO DA COIMA NA NOTA DE ILICITUDE

É positiva a introdução, no artigo 25.º, n.º 1, da possibilidade de a empresa investigada se pronunciar sobre as sanções em que incorre. Com efeito, a experiência revela que a Nota de Ilícitude corresponde a um projeto da decisão final que a AdC se propõe adotar em sede de processo contraordenacional, que segue a mesma estrutura e está obrigada aos mesmos deveres de fundamentação e clareza dessa decisão.

Contudo, se há elemento que a AdC normalmente não inclui na Nota de Ilícitude é a sanção concreta que se propõe aplicar, no sentido de especificar o montante concreto da coima que pretende aplicar ou a concreta sanção acessória que pretende impor.

3 Da nossa parte, não concordamos que a diferença entre os ilícitos se faça com apelo a critérios de des-trinça material, não só porque, como também defende Dias (2018: 49) “*um critério baseado na natureza ético-social dos ilícitos e/ou da carga ética das respetivas sanções não tem aqui valor operativo*”, como atenta a discricionariedade do legislador, não há elementos materiais comuns às centenas de contraordenações previstas nos mais variados ramos do Direito. Na verdade, certas contraordenações, considerando os elevados valores das coimas que podem atingir, como as do Direito da Concorrência, acabam por refletir uma ofensa social e uma severidade punitiva tais que as torna semelhantes aos crimes económicos.

A nova redação do artigo 25.º, n.º 1, embora se refira às sanções, não refere, expressamente, as “sanções concretas” a aplicar, permitindo, assim, uma interpretação que acomode aquilo que a AdC já faz hoje: indica na Nota de Ilicitude a norma legal que prevê e pune a infração investigada (através da indicação do artigo da lei) e o montante máximo da coima aplicável, pelo simples cálculo de 10% do volume de negócios que a empresa investigada lhe declara. Ora, com o devido respeito, essa informação resulta sem dificuldade da própria LdC, bastando que a AdC identifique a infração em causa. E isso de nada vale à empresa investigada para o exercício do seu direito de defesa, limitando-o até. É que, de zero a dez por cento, num volume de negócios que pode chegar aos milhões de euros, vai uma grande distância. E a verdade é que o montante da coima que a AdC projeta aplicar é um elemento bastante relevante para a empresa investigada definir a sua estratégia de defesa. Com efeito, esse montante, se já estiver concretizado ou, pelo menos, balizado num intervalo curto, pode determinar se a empresa investigada se pronuncia sobre a Nota de Ilicitude ou se dá início a um procedimento de transação. Em qualquer caso, transmitir à empresa investigada, logo na Nota de Ilicitude, o montante concreto da coima a aplicar, permitir-lhe-á apresentar argumentos de defesa que podem ser pertinentes para a AdC rever o exercício de determinação da medida da coima. Ninguém contestará que o valor concreto da coima a aplicar é um elemento da máxima importância para a empresa investigada, pois que representa a consequência direta (e concreta) que lhe advirá de uma decisão final condenatória; o que constitui razão mais do que suficiente para que, ainda na fase de instrução do processo, lhe seja dada oportunidade para se pronunciar sobre o valor concreto da sanção a aplicar.

Todavia, este não parece ser o caminho que a AdC pretende seguir, uma vez que nada mencionou no Relatório e optou por manter a redação, o que não se entende. Reitera-se que, por um lado, esta informação é de grande importância para os visados, tal como exposto *supra*, e por outro lado, esta informação não causa qualquer prejuízo à AdC, antes pelo contrário. Veja-se o exemplo dado anteriormente: se uma empresa optar pela transação, uma vez analisada a sanção que lhe poderá vir a ser aplicada, a AdC veria o seu trabalho mais simplificado, pois deixaria de ter de avançar com os procedimentos subsequentes à Nota de Ilicitude. Tal é tanto mais importante no contexto atual da prática da AdC, nomeadamente pelo elevado número de visados que os mais recentes processos que correm na Autoridade contêm. Na verdade, quantos mais visados optarem pela transação, mais simplificado se torna o processo, o que beneficiaria maioritariamente a AdC.

5. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS ASSOCIADAS PELO PAGAMENTO DA COIMA DA ASSOCIAÇÃO

Os n.ºs 12 e 13 do artigo 73.º da LdC referem-se à responsabilidade de associações de empresas e empresas suas associadas. Dispõe este artigo que podem ser solidariamente responsáveis pelo pagamento da coima as empresas associadas, caso a associação de empresas não tenha capacidade para suportar o pagamento da coima. A nosso ver, este artigo já levantava e, nesta formulação, continua a levantar algumas questões de constitucionalidade, nomeadamente por violação dos princípios da culpa, da intransmissibilidade das penas e da proporcionalidade, os quais são transversais a todo o regime sancionatório, seja ele penal ou contraordenacional.

Em primeiro lugar, viola o *princípio da culpa*, ínsito no artigo 1.º da Constituição, que proíbe a imposição de uma sanção por um facto ilícito a quem não o cometeu. Este princípio aplica-se também ao sistema sancionatório contraordenacional, e não apenas ao penal, uma vez que serve o propósito de defender os cidadãos contra o poder punitivo do Estado, independentemente do conteúdo do juízo de censura e do conteúdo das próprias sanções. Alguém que pratique um facto ilícito de acordo com o regime das contraordenações vê na sua esfera jurídica a responsabilidade de pagamento de uma coima, imposta pelo Estado. Estamos perante uma censura dirigida a quem praticou esse mesmo facto ilícito que viola os paradigmas da ordem social em que se vive.

Ao permitir-se a responsabilidade solidária para o pagamento da coima, estamos a impor a pessoas (coletivas) uma sanção – o pagamento de uma coima – por um facto que por si não foi cometido. Independentemente de nos encontrarmos no regime contraordenacional e independentemente do grau de censura subjacente, a ninguém deve ser imposto qualquer tipo de sanção por um facto ilícito que não cometeu. Tal está ainda consagrado no artigo 8.º, n.º 1 do Regime Geral das Contraordenações, que propugna que “*só é punível o facto praticado com dolo ou (...) com negligência*”. A solidariedade do pagamento da coima implica o mesmo resultado prático, com o mesmo prejuízo, que a aplicação da coima a quem foi imputado o facto ilícito.

Já o *princípio da intransmissibilidade da responsabilidade sancionatória*, consagrado no artigo 30.º, n.º 3 da Constituição, propugna que ninguém deve ser responsabilizado por factos praticados por terceiros, ou seja, que a responsabilidade sancionatória não é transmissível. Tal como o princípio da culpa, este deve também ser entendido como abrangendo as contraordenações e não apenas os ilícitos penais.

Nos n.ºs 12 e 13 do artigo 73.º estamos perante uma clara transmissão da responsabilidade da associação – a pessoa jurídica que cometeu o facto ilícito – para a empresa e, conseqüentemente, uma violação do princípio da intransmissibilidade da responsabilidade sancionatória.

No que concerne ao *princípio da proporcionalidade*, este é violado na sua vertente da proporcionalidade *stricto sensu*. A coima é calculada em função do volume de negócios total, mundial, da associação que praticou o facto ilícito, desde que esse montante não seja inferior a 10 % do volume de negócios total, agregado, a nível mundial, das pessoas que, constituindo as empresas associadas, exerçam atividades no mercado afetado pela infração cometida pela associação. Ora, este valor é claramente superior ao valor que a empresa solidariamente responsável teria de pagar, caso a sanção fosse aplicada à própria empresa e não à associação de empresas. Estamos perante um valor desproporcional tendo em conta o volume de negócios de uma empresa que se veja solidariamente responsável.

Não obstante entendermos que a responsabilidade solidária pelo pagamento da coima padece de inconstitucionalidade e que, nesse sentido, a transposição da Diretiva cria um problema no ordenamento jurídico português, não podemos deixar de chamar a atenção para o facto de os n.ºs 12 e 13 do artigo 73.º da Proposta não estarem conformes ao disposto na Diretiva.

Resulta claramente da parte final do n.º 4 do artigo 14.º da Diretiva que não pode ser exigido o pagamento da coima (na sua função de “*fiador forçado*”, digamos) às empresas que demonstrem que:

- i) Não executaram a decisão da infração da associação; e
- ii) Desconheciam a decisão ou a conduta infratora da associação; ou
- iii) Distanciaram-se ativamente dessa decisão ou conduta antes do início da infração.

Ora, como uma decisão ou, melhor dizendo, uma conduta de uma associação não tem que ser obrigatoriamente lavrada em ata, não se compreende por que razão os referidos n.ºs 12 e 13 do artigo 73.º da Proposta se referem a uma oposição por escrito. Repare-se que, se, por hipótese, a associação atuar num determinado sentido, mas nunca o tiver assumido como decisão ou determinação numa reunião de direção, impossível se torna expressar por escrito uma oposição. Noutra hipótese, mesmo que a associação tenha feito constar a decisão ilícita em ata, pode suceder que a empresa nunca venha a executar a decisão e que na prática, considerando as suas atuações no mercado, resulte

que a empresa se distanciou dessa decisão. Verifica-se, assim, que a LdC tem uma previsão muito mais restritiva e, por isso, mais irrazoável do que a da Diretiva. É que, tendo presente o que se expôs *supra*, aquilo que, com algum esforço interpretativo, poderia salvar estas normas da inconstitucionalidade seria a possibilidade de a empresa se eximir do pagamento demonstrando que não cometeu a infração.

A isto acresce que não faz sentido incluir as sanções pecuniárias compulsórias neste normativo. Não só a Diretiva não o prevê, pois que os casos de “*fiadores forçados*” estão apenas previstos para a aplicação de coimas, no artigo 14.º da Diretiva, como aplicar uma sanção pecuniária para fazer cumprir uma ordem da AdC justifica ainda menos a violação dos princípios da culpa, da intransmissibilidade das penas e da proporcionalidade, pois que ainda não está em causa uma decisão final condenatória. Até porque, desde logo, a empresa associada não tem, sequer, legitimidade ou capacidade jurídicas para se substituir à Associação na execução das decisões da AdC que lhe são dirigidas.

Assim, sem prejuízo do que se deixou *supra* exposto sobre o elevado risco de inconstitucionalidade, sugeriu-se uma redação para os n.ºs 11, 12 e 13 do artigo 73.º do Projeto, que melhor acautelasse a Diretiva.

Ainda que sem mencionar a possível inconstitucionalidade da norma, a AdC procedeu à clarificação da norma, de modo a aproximá-la do regime da redação prevista na Diretiva⁴.

Da nossa parte, embora saudemos a clarificação, não podemos deixar de continuar a salientar que, pelos mesmos motivos *supra* expostos, deverá ser discutida, porventura em sede própria, a inconstitucionalidade de que esta norma padece.

6. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO ESPECIAL DE CONTRAORDENAÇÃO POR INFRACÇÃO AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A Diretiva propugna que as autoridades administrativas nacionais da concorrência deverão poder participar no âmbito de processos instaurados contra decisões tomadas pelas autoridades nacionais da concorrência para a aplicação dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE, de pleno direito, na qualidade de parte recorrente ou parte recorrida, e deverão poder gozar dos mesmos

4 Autoridade da Concorrência, §52

direitos que de que gozam as partes públicas em processos desta natureza (cfr. considerando 71 e artigo 30.º da Diretiva).

Nesse sentido, a AdC vem propor que, não obstante o artigo 70.º do RGCO já prever o direito de participação de autoridades administrativas na audiência de julgamento de processos judiciais e de o direito a tal participação ter sido confirmado por jurisprudência, se clarifiquem os poderes de intervenção da AdC, em particular na audiência de julgamento.

Em nosso entender, deveria ser aproveitada esta oportunidade para se ir mais além, clarificando e simplificando um dos aspetos incoerentes e inadapáveis do RGCO: a intervenção do Ministério Público. Em nossa opinião, tendo em conta o nível de litigância que os processos contraordenacionais de infrações ao Direito da Concorrência acarretam e o nível de complexidade e tecnicidade que o julgamento dos mesmos envolve, a participação jurídica de pleno direito conferida à AdC torna desnecessário manter a atual intervenção processual do Ministério Público no processo especial de contraordenação por infração a normas de Direito da Concorrência.

Assim sendo, cremos ter chegado o momento certo para poder ser dispensada a intervenção do Ministério Público na fase judicial destes processos contraordenacionais especiais.

Em primeiro lugar, tendo em conta a estrutura e capacidade técnica da AdC, o Ministério Público já não serve aqui o propósito de auxiliar a Administração Pública na fase judicial do processo, uma vez que a AdC intervém diretamente e de pleno direito no processo. Assim e ao contrário do que acontece nos demais processos de contraordenação regulados pelo RGCO, em que o Ministério Público representa as entidades administrativas e estas se limitam a auxiliá-lo na sua conduta processual, no processo de contraordenação por infração ao Direito da Concorrência, o Ministério Público não representa a AdC.

Em segundo lugar, justamente pela experiência consolidada do elevado grau de intervenção da AdC na fase judicial, a intervenção do Ministério Público apenas faz com que o processo tenha dois acusadores contra um réu, saindo a acusação desproporcionalmente reforçada por oposição à defesa, sem qualquer justificação (note-se que, no processo penal, o Ministério Público acusa sozinho).

Em terceiro lugar, não é estranho, nem original, no ordenamento jurídico português, como bem o comprovam o contencioso administrativo e o contencioso tributário, que existam ações judiciais que sejam diretamente propostas por ou contra entidades administrativas, incluindo o Governo, sem

necessidade de intermediação do Ministério Público, sendo essas mesmas entidades administrativas que se apresentam e se defendem em tribunal, na qualidade de parte, seja como autor ou réu, com os seus próprios mandatários.

Em quarto lugar, a solução por nós defendida continuaria a conferir ao Ministério Público liberdade e oportunidade para desempenhar no processo o seu verdadeiro papel de garante da legalidade e dos interesses do Estado de Direito Democrático, que estão acima de qualquer posição das partes no processo, incluindo da própria AdC. Com efeito, e como tantas vezes é revelado no contencioso administrativo e no contencioso tributário, defender a posição das entidades públicas não é a mesma coisa que defender a legalidade, podendo suceder – como inúmeras vezes acontece – que as entidades públicas não estejam a cumprir a lei ou a prosseguir os interesses do Estado.

Em quinto lugar, são já tantas as diferenças e especificidades dos processos contraordenacionais no âmbito do Direito da Concorrência, com a LdC a derogar por tantas vezes o disposto no RGCO, que uma alteração como a que sugerimos apenas reforçaria a especialidade dos processos de contraordenação por violação de normas de Direito da Concorrência.

Deste modo, sugeriam-se, em sede de consulta pública, alterações aos artigos 84.º a 89.º do Projeto, que visavam dispensar o Ministério Público da função de acusador, entregando-a em exclusivo e de pleno direito à AdC, assim simplificando o processo e clarificando o papel das partes – de um lado a AdC, e do outro, a empresa investigada.

7. RECURSOS JUDICIAIS EM FUNÇÃO DA NATUREZA DA MATÉRIA CONTROVERTIDA

Tendo presente que a experiência prática tem demonstrado a impreparação e desacerto da jurisdição comum na aplicação das normas do direito administrativo em sede de Direito da Concorrência, sugeriu-se, ainda, uma alteração ao artigo 93.º do Projeto, no sentido de prever o recurso (mas apenas em segunda instância) das decisões em matéria administrativa para a jurisdição administrativa.

Pretende-se assim afastar uma indesejável aplicação das regras de direito administrativo por uma jurisdição constitucionalmente não vocacionada para tal aplicação e que não beneficia da longa experiência dos tribunais superiores da jurisdição administrativa nessa matéria.

A solução proposta constitui, no nosso entender, um compromisso razoável entre a aplicação uniforme e especializada do Direito da Concorrência

em primeira instância, sem prejuízo de assegurar, em segunda instância, que as matérias de direito administrativo sejam reapreciadas pelos tribunais mais bem apetrechados para o fazer.

Lamenta-se que este entendimento não tenha merecido a atenção da AdC, que não se pronunciou sobre o tópico. Cremos, todavia, ser um tema cuja abordagem – embora inovadora – se reveste de grande importância e que, enquanto tal, gostaríamos de ver reconhecido.

8. CONCLUSÃO

Resulta do *supra* exposto que o Direito da Concorrência se encontra atualmente num momento de indefinição. É nosso entendimento que não existe momento mais adequado do que este, em que a AdC se prepara para uma alteração à LdC, para ponderar todas as questões aqui levantadas.

Em primeira linha, deve-se analisar o papel do Direito da Concorrência no que concerne aos meios de obtenção de prova. Depois, deve ocorrer uma limitação às permissões de buscas domiciliárias que, com esta Proposta da AdC, se veem mais facilitadas. Por outro lado, deve existir, finda a fase de instrução do processo, um maior detalhe no valor da coima a ser aplicada aos visados. Ainda, é necessário ponderar a (in)constitucionalidade da norma que estatui a responsabilidade solidária pelo pagamento das coimas. Por último, crê-se ter chegado ao fim o papel do Ministério Público na fase de julgamento dos processos que correm termos no Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão, por motivos de igualdade.

Retira-se desta Diretiva ECN+ que a AdC vai ganhando cada vez mais poder, enquanto que os visados não ganham mais meios para se defender desse mesmo poder. Há, assim, uma crescente desigualdade de armas que urge ser reapreciada.

Cabe, então, ao legislador o ónus desta tão necessária reestruturação, que tem como objetivo a harmonização dos vários aspetos do Direito da Concorrência e em prol dos direitos fundamentais dos visados, que têm vindo a ser, sucessivamente, postos de lado.

BIBLIOGRAFIA

DIAS, AUGUSTO SILVA

2018 *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra; Edições Almedina.

SILVA, MIGUEL MOURA E

2008 *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Coimbra; Edições Almedina.

Documentos Oficiais

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

2020 *Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN+ – Relatório sobre a Consulta Pública*, 31.03.2020, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Proposta%20de%20Anteprojeto%20apresentada%20ao%20Governo%20%E2%80%93%20Relat%C3%B3rio%20da%20Consulta%20P%C3%Ablica.pdf.

Jurisprudência

Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 23.04.1992, acórdão n.º 158/92.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 23.04.1992, acórdão n.º 344/93.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 18.10.1995, acórdão n.º 574/95.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 02.07.1997, acórdão n.º 469/97.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 23.12.2008, acórdão n.º 632/2008.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 11.10.2011, acórdão n.º 461/2011.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 15.11.2011, acórdão n.º 537/2011.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 09.01.2014, acórdão n.º 45/2014.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 26.02.2014, acórdão n.º 180/2014.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 12.05.2016, acórdão n.º 297/2016.

THE ECN@2.0. SYSTEM FAILURE AHEAD?

*João Pateira Ferreira**

SUMMARY Directive ECN+ builds upon the experience and track record of the European Competition Network in the application of Regulation no. 1/2003, departing from traditional rules facilitating decentralisation – jurisdiction, cooperation and exchange of information – to address governance features of the national agencies tasked with enforcing competition rules – independence, adequate resources, priority setting. However, it remains to be seen if these features are adequate (or enough) to ensure cohesive policy setting and enforcement action throughout the single market.

HAS ENFORCEMENT DECENTRALISATION REACHED ITS LIMITS?

The radical shift in enforcement of the prohibitions enshrined in articles 101 and 102 TFEU brought about by Regulation no. 1/2003 can be fully apprehended by revisiting the previous enforcement rules, set out under Regulation no. 17/62. These rules were based on a pre-notification and authorisation system for article 101(3) TFEU centralized in the European Commission. In other terms, if a company wanted to benefit from the application of article 101(3) TFEU exempting it from article 101(1) TFEU (which generally prohibits any agreement between companies which prevent, restrict or distort competition and which may affect trade between Member States, *unless* the conditions found in article 101(3) TFEU are met), it would have to notify its

* PhD Law, Lawyer (Linklaters LLP (Lisbon), and researcher at CIDEFF (Lisbon University Law School). This article was submitted to the special number of “Competition & Regulation” devoted to the implementation of Directive (EU) no. 2019/1 in Portugal. Together with Margarida Rosado da Fonseca, I had the privilege to represent the Circle of Portuguese Competition Lawyers (“Circle”) in the working group set up by the Portuguese Competition Authority as a sounding board and discussion forum for the Authority’s proposals to implement Directive (EU) no. 2019/1 (“Directive ECN+”), which were later subjected to public consultation and finally submitted as a draft proposal to the Portuguese Government. The opinions expressed in this article are personal to the author and in no way represent the views or positions of the Circle nor of any other organization to which the author is affiliated.

agreements to the Commission and apply for a negative clearance, certifying that there would be no grounds for action in respect of that agreement under article 101(1) TFEU.

This system of exemption by authorisation ensured that the power to grant an exemption was kept under the prerogative of the Commission, and while article 101(1) should be applied in tandem by the Commission and national authorities, the centralization of the exemption procedure meant that, in practice, the full effect of the Treaty's competition rules was somewhat muted at national level: national authorities (including the courts) had the power (and the obligation) to find infringements of the Treaty, as the prohibitions in articles 101 and 102 TFEU were directly applicable and were applied in parallel and concurrently by the Commission, the national authorities and the courts, but the legality of any restrictive practices meeting the requirements of article 101(3) would be conditional upon authorisation by the Commission.

Administrative centralization was arguably required to ensure a harmonised approach to, and *effective supervision*¹ of, the application of Treaty rules on competition in what was then an emerging – and relatively untested – reality of economic integration: in 1962, the six Member States of European Economic Community had already some experience of economic integration with the Benelux Union of 1948 and with the European Coal and Steel Community of 1951², but while most provisions of the Treaty were aimed at the States themselves, competition rules were original in that their provisions are aimed at companies, and their goal to prevent a disruption to the internal market resulting from the behaviour of companies, not of the States – here, it would be for the States to enforce the rules of the Treaty on their nationals, while a European-wide *competition culture* required to enable this was still emerging³. Additionally, the legal framework supporting this developing edifice was still nascent, as was the *constitutional* power of the Court nudging it⁴.

However, in 2004, when Regulation no. 1/2003 came into force, this was no longer the case; and while the need to ensure a uniform application of the Treaty competition rules was (and is) still paramount, the centralised system

1 See Regulation no. 17/62, 2nd whereas.

2 Which already contained provisions to safeguard competition, albeit with a narrower scope.

3 It should be recalled that when the Treaty of Rome was signed, the only founding Member State with a modern competition legal and institutional framework in place was Germany.

4 The principle of primacy of EU Law would be defined in *Van Gend en Loos* (C-26/62, *Van Gend en Loos/ Administratie der Belastingen*, EU:C:1963:1), delivered on 5 February 1963.

established in 1962 was no longer keeping pace with the enlargement of the internal market.

If in 2004 Regulation no. 17/62 was already at that point 40 years old and unchanged, and somewhat a relic of a system of centralised administrative review and authorisation gone out of fashion⁵, Regulation no. 1/2003 was all about *decentralisation*, through a *directly applicable exception system*⁶: decentralisation by empowering national authorities, including the courts, to apply in full article 101 TFEU, including the exempting conditions of article 101(3) TFEU, and decentralisation through the *self-assessment* of market behaviour. Once article 101(3) TFEU became directly applicable, companies were no longer required to notify their agreements to the Commission to obtain a negative clearance or an exemption, instead having to rely on their own assessment of the rules to ensure compliance with the Treaty.

The shift from a centralized application system relying upon a strong and independent bureaucracy with technical acumen in constant dialogue with a powerful judicial authority to a decentralised model where a common set of rules was to be applied by national authorities each with its own legal statute, varying degrees of technical capacity and independent judicial systems was bound to generate problems leading to inefficient outcomes, where the lack of coherence in the application of the Treaty rules could become apparent in instances where the decentralised approach to competition enforcement could potentially hamper integration goals.

HAS DECENTRALISATION BEEN A STORY OF SUCCESS?

Directive (EU) no. 1/2019 came into force 15 years after Regulation no. 1/2003⁷, whose decentralisation features became a hallmark of European Competition Policy: a systemic shift from the centralised framework set

5 Remnants of which can still be found in the review procedure of mergers falling under the scope of Regulation (EU) no. 139/2004, the European Union Merger Regulation (“EUMR”).

6 See *White Paper on Modernisation of the Rules implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty*, Brussels, 28.04.1999, p. 9.

7 Discussions (and concerns) surrounding the effective enforcement capabilities of national authorities under Regulation no. 1/2003 started earlier: in 2015 the Commission launched a public consultation on the effectiveness of the enforcement of EU competition rules by national authorities, following a 2014 communication from the Commission on the 10th anniversary of Regulation no. 1/2003 where these issues were already raised. This would be the starting point for the legislative proposals eventually submitted by the Commission in 2017. See <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/nca.html>, for full access to the documents supporting these discussions and proposals.

out in Regulation no. 17/62 that had lasted almost 40 years and had served well the principle of competition as an integral part of the internal market⁸, Regulation no. 1/2003 relies on an *ever closer* cooperation between national competition authorities and the European Commission in applying and enforcing articles 101 and 102 TFEU.

While Regulation no. 17/62 already provided for some limited exchange of information procedures between national authorities and the European Commission, Regulation no. 1/2003 – whose application, unlike the rules it repealed, is dependent upon teamwork of the European competition authorities – went further and introduced cooperation procedures between the Commission and the national authorities tasked with enforcing competition rules in each Member State (the National Competition Authorities, or “NCA”), especially in terms of responsibility sharing, not only when deciding the set of rules to apply in each case (the Treaty or national statutes), but also to determine which authority would be responsible for the application of the Treaty in any given case.

Some successes are undisputed: the emergence of a network of competition authorities tasked with the application of European Competition Law was not only relevant from the perspective of the cooperation features provided in Regulation no. 1/2003⁹, but probably more so in the introduction of more coherent approach to competition policy and competition law throughout the internal market, as the approach to the fight against cartels and a renewed interest in vertical restraints, at European and national level, show.

However, if negative or positive conflicts between the European competition authorities resulting from the jurisdictional rules of Regulation no. 1/2003 are remarkable by their absence¹⁰, and while some loopholes in the leniency programme when confronted with multijurisdictional applications are yet to be fully addressed¹¹, a lack of a coherent (or unified) driving

8 As shown in the discussions surrounding the “competition principle” in the Treaty of Lisbon and the need to introduce a protocol (Protocol no. 27) on competition, reminding Member States that “*the internal market as set out in Article 3 of the Treaty on European Union includes a system ensuring that competition is not distorted.*”

9 See Regulation no. 1/2003, article 11.

10 Including here the lack of invocation of article 11(6) of Regulation no. 1/2003, allowing the Commission to take over an investigation initiated by a National Competition Authority.

11 As showcased in the DHL Express case (C-428/14, *DHL Express (Italy) e DHL Global Forwarding (Italy)*, EU:C:2016:27). While the Directive addressed some concerns, it stopped short of adopting a fully fledged “one stop shop” to leniency applicants facing multiple filings.

force behind competition policy and enforcement at European level can be frustrating to companies and authorities alike, as showcased by the haphazard approach to the competition assessment of *card payment scheme rules*, which would ultimately be settled by a regulation, to the difficulties in securing a coherent framework to address the application of EU Competition Law to digital markets at all levels, national and European, to name only two examples.

In the Commission's own statistics¹², decentralisation appears to have worked well: of the well over 1000 enforcement decisions concerning articles 101 and 102 TFUE adopted between 2004 and 2017 (when the Commission published the proposal for the directive), more than 85% of the decisions had been adopted by national authorities.

Such impressive figures mask a growing imbalance within this community of enforcers, especially when comparing the Member States where the local competition culture was still emerging and their institutions of the "regulatory state"¹³ had yet to mature, with those which have had competition enforcement rules and agencies well established within their legal systems for longer periods.

This was clearly in the mind of the Commission when in 2017 it proposed the draft Directive later to be known as the "ECN+ Directive": in its explanatory memorandum to the draft proposal, the first concern of the Commission was that "[s]ome NCAs do not have enforceable guarantees that they can apply the EU competition rules independently without taking instructions from public or private entities"¹⁴. Other concerns dwelt on the effectiveness of the NCAs' investigative tools and capabilities, the scattered approach to fines and penalties for infringement of articles 101 and 102 TFEU, the loopholes in the leniency programmes tackling multijurisdictional applications and diverging outcomes to proceedings depending on the authorities involved in certain investigations, leading to *over* or *under*enforcement of competition rules.

As the success of market integration grows, imbalances between the application of competition rules across the European Union by different agencies will become increasingly harder to manage. This duality is coupled with a lack of institutional answers regarding *how* the national authorities operate and

12 Available in <https://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html>.

13 See, e.g., Majone, G., "The rise of the regulatory state in Europe", in *West European Politics*, Vol. 17, no. 3, pp. 77-101.

14 See European Commission, COM(2017) 142 final, p.2.

how a single competition policy for the internal market should be framed, none of which, unfortunately, the Directive addressed.

It is doubtful whether the Directive has indeed successfully tackled the issues it set out to solve: by adopting a minimum harmonisation approach setting a relatively low standard for institutional independence and enforcement capability, the Directive may be able to raise the playing field relative to those Member States where enforcement is lacking, or adequate institution-building is still inadequate; but in those Member States where competition enforcement has benefited from a stronger regulatory and institutional framework (which in any case appears to be the case of the majority of Member States), changes ought to be minimal. In relation to these, however, the Directive failed to develop a second layer of integration goals and stronger incentives and institutional mechanisms for a more coherent approach to competition policy across the Union.

SHOULD WE START DISCUSSING A MORE INTEGRATED EUROPEAN COMPETITION NETWORK?

Admittedly, the development of an institutional network of agencies independent of each other to pursue collective goals and a harmonised approach to articles 101 and 102 TFEU – which, in their application, owe much to the action of the Commission and to the case law of the EU Courts – is challenging, and in many ways an example of the *step by step approach* adopted in so many other fields of European integration: beyond the allocation of cases, the Commission, at the centre of the network, nudges, incentivizes, and advises on specific investigations (and ultimately may take over investigations, even if this power has not been acted upon until now), while national authorities have the opportunity to discuss investigations led by the Commission; the multiplication of working groups within the Advisory Committee¹⁵ contributes to ongoing discussions involving enforcers from the Commission and NCAs where a common purpose is developed. This in turn fosters a harmonised frame of mind between competition enforcers, enabling a uniform discourse and (hopefully) practice, with shared concerns and goals¹⁶.

¹⁵ See Regulation no. 1/2003, article 14.

¹⁶ Even if the Commission's role within the network is not one of leader, but more akin to a *primus inter pares*, this movement also translates into an ever-growing influence of EU Law over national enforcement agencies and national law. Competition Law is a good case in point, as the concurrent application of EU *and*

With Regulation no. 1/2003, the decentralised enforcement of article 101 and 102 TFEU was framed with a set of rules on competence allocation, cooperation and exchange of information within the authorities tasked with the application of competition rules, including rules applicable to the national judiciary. The European Competition Network, while deprived of own powers and competences, operates in a way to facilitate the implementation of the cooperation framework required to enforce competition rules across the Union and enables a discussion forum to share best practices between enforcers.

But as Directive ECN+ pushes the decentralisation model inaugurated with Regulation no. 1/2003 to a different direction, moving from base rules on how national authorities cooperate to the governance models of those authorities vis-à-vis their national governments, we may already recognise a steppingstone for a new governance model for this network.

Indeed, the Directive now entitles NCAs to set their own enforcement priorities. But it remains mute on how the priorities for competition enforcement across the single market should be defined (and by whom), and on how national priorities set at each Member State should be coherently adopted within a competition policy for the single market – which is, in the end, the ultimate goal of the competition rules in the Treaty. It clearly addresses the need to ensure that NCAs are independent and adequately staffed, but it is neutral on how the enforcers themselves should be organized, or to what standards of technical capacity and internal checks and balances they should be held up to, issues pertaining directly to the way competition policy and law is applied throughout the single market.

If we consider the regulatory models adopted in the Union for the financial sector, including the regulatory frameworks now in place for capital markets and banking, where the European agencies in place (such as ESMA and EBA) have a clearer role in setting the standards of operation and goals of national agencies alongside the framework that will be in place for competition enforcement in the single market following the transposition of the Directive, it remains to be seen if the (revised) European Competition Network will be able to provide a coherent and clear approach to competition law enforcement, or if these unanswered questions will eventually open the way for “re-centralisation” of competition enforcement in the European Union.

National Competition Law is progressively leaving little to no room to the particularities of national law to subsist.

A DIRETIVA ECN+ E A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS GRAVAÇÕES OCULTAS

*Sara Estima Martins**, em representação da *PLMJ Advogados, SP, RL*

1. AS GRAVAÇÕES COMO ELEMENTO DE PROVA NA DIRETIVA ECN+

Uma das áreas sobre as quais a Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 (“Diretiva ECN+”) se debruça de forma particularmente incisiva diz respeito aos poderes de inspeção das autoridades da concorrência nacionais e aos meios de prova admissíveis em processos relativos a infrações de direito da concorrência. De entre os meios de prova admissíveis devem passar a contar-se, nos termos do artigo 32.º da Diretiva ECN+, documentos e declarações orais, mensagens eletrónicas, gravações ou quaisquer outros objetos que contenham informações.

A admissibilidade de gravações como meio de prova, em particular, traz dúvidas e problemas importantes, que importa considerar.

Note-se que a parte dispositiva da Diretiva ECN+ – o acima referido artigo 32.º – refere apenas “gravações”, não determinando em que condições essas gravações serão consideradas admissíveis. Contudo, o preâmbulo da Diretiva parece pretender ir mais longe, referindo o Considerando 73 que as autoridades da concorrência nacionais deverão poder ter em consideração os elementos de prova relevantes, incluindo “*gravações ocultas efetuadas por pessoas singulares ou coletivas, que não sejam autoridades públicas, desde que essas gravações não sejam o único meio de prova, e sem prejuízo do direito a ser ouvido e da admissibilidade de gravações efetuadas ou obtidas pelas autoridades públicas.*” [nosso destaque].

* Sócia da área de Direito Europeu e da Concorrência de PLMJ, Advogados, RL, SP. A PLMJ participou na “Consulta Pública sobre o anteprojeto de diploma de transposição da Diretiva ECN+” lançada pela AdC em 25 de outubro de 2019, tendo o seu contributo abordado, entre outros, o tema tratado neste artigo.

O disposto no Considerando 73 mais não faz do que reproduzir a jurisprudência do Tribunal Geral expressa em *Goldfish e outros c. Comissão* (T-54/14, *Goldfish*, ECLI:EU:T:2016:455, §§57 e seguintes), processo em que o Tribunal Geral declarou admissíveis determinadas gravações efetuadas de forma oculta por um colaborador de uma empresa concorrente e apreendidas pela Comissão Europeia aquando da realização de diligências de busca e apreensão.

2. A ADMISSIBILIDADE DE GRAVAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

A admissibilidade de gravações ocultas depara-se, contudo, com obstáculos intransponíveis no ordenamento jurídico português.

Diga-se, desde logo, que o direito à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar é reconhecido pelo artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”). A CRP estabelece, ademais, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada, assim como a proibição de qualquer ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal (artigo 34.º). Como corolário natural, CRP dispõe a nulidade das provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada ou nas telecomunicações (artigo 32.º, n.º 8). Devemos, pois, concluir que a CRP apenas admite exceções à proibição de ingerência nas comunicações e à correspondente nulidade da prova em sede de processo-crime e não de processo contraordenacional, e, em todo o caso, quando os elementos em causa sejam obtidos pelas autoridades públicas com respeito pelas condições legalmente previstas.

Esclarecidas que estão as balizas colocadas pela CRP sobre esta questão, recordemos o disposto no artigo 167.º, n.º 1 do Código de Processo Penal (“CPP”), nos termos do qual “*as reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo eletrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal.*”

A lei processual penal prevê, assim, uma proibição da admissibilidade como elemento de prova de reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas – vulgo “gravações” – que estejam feridas por um ilícito penal. Vejamos, pois, o que dispõe a lei sobre a licitude das gravações ocultas.

No que respeita às gravações feitas pelas autoridades públicas, prevê o artigo 187.º, n.º 1 do CPP que a interceção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas quando estejam em causa certos tipos de crime, exaustivamente listados no referido artigo. O mesmo se aplica a conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, nos termos do artigo 189.º do CPP. Significa isto que, em conformidade com o disposto na CRP, a possibilidade de as autoridades realizarem gravações é apenas admissível em processo penal e, ainda assim, em relação a determinados crimes. É, pois, totalmente inadmissível a realização de gravações em processos contraordenacionais, como é o caso dos processos relativos a infrações de direito da concorrência. A prova eventualmente obtida em violação desta proibição será, portanto, nula (cfr. artigo 126.º, n.º 3 do CPP). Consequentemente, a possibilidade de realização de gravações de conversações ou comunicações está vedada à Autoridade da Concorrência (“AdC”).

Já quanto a gravações feitas por outros terceiros que não autoridades públicas, as mesmas, nos termos do disposto no artigo 199.º do Código Penal, constituem sempre crime quando sejam feitas sem consentimento dos envolvidos. Por conseguinte, tais gravações, constituindo um ilícito penal, não são em caso nenhum admissíveis como prova, tal como estabelecido pelo artigo 167.º, n.º 1 do CPP, acima referido. Tal proibição vale, naturalmente, tanto para processos-crime como para processos contraordenacionais.

Atendendo ao que precede, é forçoso concluir que, nos termos da CRP e da lei processual penal, a utilização de gravações ocultas, quer realizadas pelas autoridades, quer realizadas por terceiros, não é admissível em processos contraordenacionais de concorrência. Mais, a realização e utilização de tais gravações constituirá sempre, independentemente de quem as realize e/ou utilize, um crime punível nos termos do Código Penal.

3. A PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA ECN+

A Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN+ apresentada pela AdC ao Governo em 31 de março de 2020 prevê, na nova redação proposta do artigo 31.º, n.º 2 da Lei da Concorrência, que constituirão meios de prova admissíveis, entre outros, “*gravações nos termos do disposto no artigo 167.º do Código de Processo Penal*”. Não nos parecendo inteiramente clara esta referência ao artigo 167.º do CPP, tal, a nosso ver, só poderá significar que

quaisquer gravações realizadas e/ou utilizadas sem o consentimento de todos os envolvidos constituirão sempre prova inadmissível, independentemente de serem feitas pelas autoridades encarregadas da investigação – mormente a AdC – ou por terceiros.

Restarão assim, como prova eventualmente admissível, as gravações cuja realização e utilização no processo seja consentida pelos envolvidos nas mesmas, com exclusão de quaisquer gravações feitas de forma secreta ou oculta.

Tal impossibilidade de realizar e utilizar gravações ocultas não impedirá, a nosso ver, uma correta transposição da Diretiva ECN+. Na verdade, e como já antes mencionado, a referência a “gravações ocultas” apenas se encontra no preâmbulo da Diretiva ECN+, e não na sua parte dispositiva. Sendo esta uma questão controversa, seria razoável concluir que, se o legislador da UE pretendesse, sem lugar a dúvidas, incluir as gravações ocultas no leque de elementos de prova admissíveis, tê-lo-ia feito de forma expressa. Esta possibilidade deve, pois, ser analisada à luz de cada ordenamento jurídico nacional.

Uma última menção acerca do impacto que teria a eventual admissibilidade de gravações ocultas em processos de direito da concorrência. Tal compressão de direitos fundamentais ligados à reserva da intimidade da vida privada, em processos meramente contraordenacionais, não se compreenderia quando confrontada com a proibição de o fazer em processos-crime. Estaríamos, pois, perante a introdução de uma relevante e dificilmente resolúvel incongruência no seio do ordenamento jurídico português.

A FISH OUT OF WATER – CRITICAL ANALYSIS OF THE ADC’S DRAFT PROPOSAL FOR THE TRANSPOSITION OF THE ECN+ DIRECTIVE INTO PORTUGUESE LAW

*Nuno Salazar Casanova, Tânia Luísa Faria, Duarte Peres & Margot Lopes Martins**, em representação da *Uría Menéndez – Proença de Carvalho*

ABSTRACT *The Portuguese Competition Authority has been heading the transposition of the ECN+ Directive into Portuguese law, having already submitted to the Portuguese Government the final draft transposition proposal, also taking advantage of this opportunity to propose some adjustments to the existing Portuguese competition law framework. Further to its contribution within the public consultation held by the Portuguese Competition Authority, the authors of this article aim to provide a brief critical analysis of the ongoing work on the transposition of the ECN+ Directive, in order to contribute to ensure that the right balance is struck between the efficient application of Competition Law and the fundamental rights of the undertakings and individuals targeted by antitrust investigations in Portugal.*

SUMMARY 1. Introduction. 2. Scope of application of the Portuguese Competition Act. 3. Processing complaints. 4. Requests for information within restrictive practices investigations. 5. Search and seizure of documents to be used as evidence. 6. Confidentiality issues. 7. Procedural deadlines. 8. Fines and other financial penalties. 9. Effects of judicial appeals. 10. Conclusions

KEY WORDS Competition Law – ECN+ Directive – Portuguese Draft Transposition – Portuguese Competition Authority – Restrictive Practices – Handling of Complaints – Dawn Raids – Evidence Seizure – Confidentiality Issues – Judicial Appeals

* *Uría Menéndez – Proença de Carvalho lawyers: Nuno Salazar Casanova is a partner in the Litigation Practice Area, Tânia Luísa Faria is a counsel and head of the Competition and EU Law Practice Area, Duarte Peres is a senior associate in the Competition and EU Law Practice Area and Margot Lopes Martins is a junior associate in the Competition and EU Law Practice Area. The authors would like to thank and acknowledge the contributions of Amanda Fabbri Barelli, senior associate at BMA – Barbosa Müssnich Aragão, and Guilherme Neves Lima and Manuel Franqueira Dias, both trainee lawyers at Uría Menéndez-Proença de Carvalho.*

1. INTRODUCTION

The open-ended tale of the transposition of Directive (EU) 2019/1 (“ECN+ Directive”)¹ into Portuguese law starts with the appointment of the Portuguese Competition Authority (*Autoridade da Concorrência*, “AdC”) by the Ministry of Economy to come up with a first draft transposition proposal (the “Draft Proposal”). The initial act of the transposition – the attribution of a central role to the AdC – was immediately criticised. Indeed, having as the spearhead of transposition efforts – which include the definition of what are admissible investigative techniques and what is admissible proof – the entity responsible for investigating competition law infringements in Portugal, was perceived as being contradictory and counterproductive.

In any event, irrespective of the criticism on the methodology, on 25 October 2019, the AdC submitted to public consultation its transposition proposal, including amendments, mainly, to Law no. 19/2012 of 8 May 2012 (“Competition Act”) (“Preliminary Draft”)². The Preliminary Draft was subject to comments by several stakeholders, including the authors of this article and, on 3 April 2020, the AdC submitted the Draft Proposal to the Government, with adjustments compared to the Preliminary Draft, based, to a large extent, on the comments received during the public consultation.

Regardless on the methodological issues already mentioned, which we understand could be prejudicial to the necessary balance between the investigative powers of the National Competition Authorities (“NCA”) and the fundamental protection of the rights of the investigated entities and individuals, we have adopted a constructive approach throughout the transposition procedure and, further to having participated in all the relevant public debates on the topic³, we have also provided, according to our experience, input during the public consultation.

In this regard, Uría Menéndez – Proença de Carvalho, through the input of the authors of this article, submitted, on 15 January 2020, its observations

1 Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0001>.

2 But also proposes amendments to the Statutes of the AdC, approved by Decree-Law no. 125/2014 of 18 August; to the Code of Public Procurement (*Código dos Contratos Públicos*), approved by Decree-Law no. 18/2008 of 29 January 2008, to the Budgetary Framework Law (Law no. 151/2015 of 11 September) and to the Criminal Procedure Code (*Código de Processo Penal*), approved by Decree-Law no. 78/87 of 17 February.

3 Which included, among others, the participation in a consultative workshop promoted by the AdC which took place in Hotel Eurostars, in Lisbon, on 2 July 2019.

during the public consultation (“Observations”), including the comments below, aiming to ensure that the transposition of the Directive contributed to improving the Portuguese competition legal framework, without creating exceptional and incompatible solutions if compared to the remaining sanctioning law applicable in Portugal, to the applicable legal principles deriving from the Portuguese Constitution, which are generally common to the tradition of the several EU Member States.

In this context, this article aims to provide a brief critical analysis of the ongoing work on the transposition of the ECN+ Directive, focusing on the main issues that have been subject to the authors’ comments during the public consultation, which we understand are still relevant, in view of the current Draft Proposal⁴:

- (i). the scope of application of the Competition Act, insofar as it alters the terminology used in respect of investigated companies;
- (ii). amendments to provisions concerning the processing of complaints;
- (iii). increased jurisdiction of the AdC concerning the scope of dawn raids and other investigative powers;
- (iv). power of the AdC to reclassify the confidentiality of the information;
- (v). amendments to procedural deadlines;
- (vi). amendments to the methodology to set fines and other pecuniary sanctions; and
- (vii). effects of judicial appeals.

2. SCOPE OF APPLICATION OF THE PORTUGUESE COMPETITION ACT

2.1 Removal of the term “*visado*”

The AdC proposed, as a necessary amendment for the transposition of the Directive, the removal of the term “*visado*” from the Competition Act, preferring the term “undertaking” and “investigated undertaking”⁵ instead or,

⁴ For additional, more comprehensive, comments aiming to provide a potential overall review of the Portuguese Competition Act please refer to Faria, 2019:104-114.

⁵ In Portuguese, “*empresa*” and “*empresas investigadas*”.

where appropriate, the term “natural person”⁶ and “investigated association of undertakings”⁷. Even if, in some cases, such as article 89 (related to judicial appeals against decisions of the Competition Court), the AdC only refers to “investigated undertaking” and thus excludes natural persons and associations that are defendants in the proceedings from the persons entitled to bring an appeal.

According to the AdC’s Explanatory Memorandum⁸ which accompanied the Preliminary Draft, said change aimed “*to stick [the terminology of the Competition Act] as much as possible to the terminology and wording used in the Directive, with appropriate adaptations to national culture and legal tradition*”⁹.

However, as explained in the Observations, the indiscriminate replacement of the term regrettably has consequences that transcend theoretical or purely terminological dimensions.

Indeed, the term “*visado*”, which can be translated as “targeted entity”, designates the entity subject to an investigation/accusation for an infringement of competition law and basically corresponds to the procedural status of the “defendant” (“*arguido*”). Bearing in mind that the expression “*arguido*” is the term commonly used in the Portuguese criminal system and in various legal frameworks applicable to administrative offences/misdemeanours sanctioned with fines and systematically comparable to the legal framework applicable to competition law infringements¹⁰, to define rights and duties applicable to an individual or company under criminal investigation.

Formally designating the subject as a defendant is related to various procedural and constitutional guarantees. To this end, the Competition Act refers to the “*visado*” as the subject of specific rights and duties in sanctioning proceedings. Since specific rights are recognised to the “*visado*”, not only in the Competition Act, but also within the provisions applicable to administrative

6 In Portuguese, “*pessoa singular*”.

7 In Portuguese, “*associação de empresas investigadas*”.

8 Available at http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Proposta%20de%20Anteprojecto%20apresentada%20ao%20Governo%20-%20Exposição%20de%20Motivos.pdf.

9 In Portuguese, “*seguir de perto, na medida do possível, a terminologia e fórmulas redaccionais empregues na Diretiva, com as devidas adaptações à cultura e tradição jurídica nacionais*”.

10 *i.e.*, under the administrative offence pursuant to the General Administrative Offence Proceedings Regime (*Regime Geral das Contraordenações*), approved by Decree-Law no. 433/82 of 27 October, the Environmental Administrative Offences Framework Act, approved by Law no. 50/2006 of 29 August, the Credit Institutions and Financial Companies Framework Act, approved by Decree-Law no. 298/92 of 31 December and the Communications Sector Administrative Offences Framework Law, approved by Law no. 99/2009 of 4 September.

offences/misdemeanours and, in general, to sanctioning law in Portugal, we consider that it is essential and (should be) legally mandatory to officially designate the entity that is the subject of a procedure as “*visado*” and specifically attribute to it the status of defendant.

In fact, the unlawful degradation of the status of the entities targeted by a restrictive practices investigation seems to continue to be endorsed by the successive amendments to the Competition Act, increasing the notion of the competition law framework as an exceptional set of rules, a fish out of water within the Portuguese sanctioning regime.

In this sense, contrary to the previous version of the Competition Act (Law no. 18/2003 of 11 June), the legislator, in the current version of the Competition Act, already opted for the omission of the notion of “defendant” (“*arguido*”) in favour of the term “*visado*”, which was a new procedural subject in the Portuguese legislative framework on administrative offences, and was not specifically defined. Only after several years of debate did it become clear that the status of the “*visado*” benefits, further to article 32(10) of the Portuguese Constitution¹¹, from the set of rights and obligations attributed to the defendant (“*arguido*”) in administrative offence proceedings¹².

The fact that the Draft Proposal introduces (again) an expression that does not reflect any commonly referred procedural status in the context of administrative offence proceedings may very well bring about negative recollections for companies of lengthy administrative and judicial crusades aimed to see recognised to the “*visado*” the application of the procedural rights commonly recognised to the “*arguido*”.

The justification provided by the AdC for this change, that is, the need to ensure terminological consistency with the ECN+ Directive – as seems to stem the AdC’s Explanatory Memorandum – is, in our view, neither adequate nor sufficient.

11 Which states that “*accused persons in proceedings concerning administrative offences or in any proceedings in which sanctions may be imposed are assured the right to be heard and to a defence*”, thus imposing equal treatment of defendants irrespective of the type of administrative offence procedure in question.

12 Which benefits from, among others: (i) the possibility to express, by written request to the AdC, its intention to enter into discussions with a view to possibly proposing a transaction (article 22(2) of the Competition Act); (ii) the right to propose commitments which are likely to eliminate the effects on competition arising from alleged infringements of competition law with a view to having the investigation terminated (article 23(1) Competition Act) (iii) require the AdC to keep the case secret until a final judgment is rendered (iv) the possibility of consulting the file and at their own expense obtaining extracts, copies, certificates (article 33(1) Competition Act).

First of all, terminological consistency should not be an objective of the Directive, since different Member States and the European Union (“EU”) present a significant degree of heterogeneity as regards the legal classification of competition law infringements (be they a misdemeanour or of a criminal or merely administrative nature)¹³. In any case, it is clear from the provisions related to fundamental rights applicable to sanctioning law, common to all Members States and deriving from the Charter of Fundamental Rights and from the case law of the Strasbourg Court (“ECtHR”), that an entity targeted by an antitrust investigation should be protected by a certain procedural status that translates the severity of the consequences of the infringement of such rules. In fact, the ECtHR has already stated that fines imposed for infringing competition law, because of their severity, are of a “*criminal*” nature within the distinct meaning of article 6 of the European Convention on Human Rights (“ECHR”) and, as such, are likely to entail the application of the guarantees provided for in criminal matters¹⁴. The ECJ has, moreover, agreed that, insofar as the amount of the fine is significantly high and the competition procedure is likely to lead to a penalty, competition law must be regarded as being of a criminal law nature¹⁵.

In Portugal, competition law infringements are administrative offences that are sanctioned with fines, to which the General Administrative Offence Proceedings Regime (*Regime Geral das Contraordenações*) and the Criminal Procedure Code (*Código de Processo Penal*) apply on a subsidiary basis (both of which refer to the “*arguido*”)¹⁶. As such, the proposed terminological amendment also ultimately affects the coherence of the Portuguese legal system, insofar as it introduces a regulatory divergence between subjects sued or charged with infringements of the same nature.

In any case, is needing to ensure alleged “terminological consistency” with the ECN+ Directive, through a mere terminological change that, in Portugal,

13 Indeed, EU law, and in particular Regulation no. 1/2003 of 16 December, allows Member States to qualify competition law infringements differently than at an EU level.

14 See, for example, ECHR Judgment no. 43509/08, *Menarini Diagnostics S.R.L. v Italy*, §42; ECHR Judgment no. 53892/00, *Lilly France, S.A. v France*; Opinion in ECHR case no. 11598/85, *Société Stenuit v France*, Report of 30 May 1991, Series A, no. 232-A.

15 Case no. T-348/94 – *Enso Española v. Commission*, ECLI:EU:T:1998:102.

16 As Jorge de Figueiredo Dias and Nuno Brandão highlight, even if competition law infringements are administrative offences, the maximum limit of up to 10% of the turnover of the sanctioned undertaking may result in amounts exceeding the maximum fine abstractly applicable to legal persons for crimes, which, taking into account the combined reading of article 77(2) and article 90-B of the Criminal Code, must not exceed EUR 30 million. See Figueiredo Dias & Brandão, 2014: 452-453.

has material consequences, more important than recognising a procedural status and equivalent rights of defence? We very much doubt so.

Notwithstanding the fact that the AdC ultimately ignored the calls of various stakeholders, pursuant to the public consultation (including the authors of this paper¹⁷), to refrain from changing the terminology in the current Competition Act. The authors of this paper believe that it is both necessary and fundamental to maintain a specific procedural status of the “*visado*” (e.g. through its autonomisation in a single provision in the Competition Act, rather than its outright removal). This is also necessary to avoid that the competition law regime becomes a third type of sanctioning procedure in which more stringent sanctions are applicable than in criminal proceedings and where companies have fewer guarantees of defence than in other administrative offence proceedings (which would undoubtedly be the case, even if only on a temporary time basis, if the term “*visado*” is replaced by “undertaking under investigation”¹⁸).

We therefore believe that the concept of “*visado*” must remain in the Competition Act, to refer to each natural or legal person that is the subject of an investigation and may be held liable for a given infringement. Besides, a possible amendment within this context should be to reintroduce the concept of “*arguido*”, previously used and common to comparable legal frameworks in Portugal, in order to better reflect the seriousness of the consequences at stake within antitrust investigations that require a reinforced procedural status.

2.2 Extending the concept of undertaking

Despite not following from the ECN+ Directive, further to article 3(2) of the Draft Proposal¹⁹ the AdC proposes to replace the term “group of

17 See, for example, the Observations of APED – Portuguese Association of Distribution Companies; ICC Portugal; Luís Silva Morais, Sérgio Gonçalves do Cabo & Associados; Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados; PLMJ; Sérvulo & Associados; Telles Advogados and Vieira de Almeida & Associados.

18 In Portuguese, “*empresa investigada*”.

19 Article 3(2) of the Draft Proposal amends the notion of undertaking for the purpose of the Competition Act and reads, in the amended proposal, “*for the purposes of this Act, a single undertaking is considered to be all entities [entidades] that, although legally distinct, constitute a single economic entity or are all in a position of interdependence*”.

undertakings”²⁰, as it is set out in the current Competition Act²¹, with the term “group of entities”²². This suggestion, according to the Explanatory Memorandum, seems to seek to cover all the legal entities that are part of the infringing company, including associations of undertakings.

In the Preliminary Draft submitted to public consultation, the AdC proposed to replace the term “undertaking” with “persons”²³. After widespread criticism, including from the authors of this paper, the AdC refrained from including the reference to “persons” in the notion of undertaking for the purpose of the Competition Act. The term “persons”, without further explanation, contributes to the lack of clarity of the definition and deviates from the definition set out in EU case law. In fact, such proposal shows that the AdC is seeking solutions that not only exceed national law, but also transcend consolidated EU case law²⁴.

Although such retour merits recognition, for reasons not entirely understandable, the term “persons” has managed to stick (or was forgotten about) in other segments of the Competition Act in replacement of what was previously a reference to “undertaking”: article 69 is a clear example of this. Indeed, while on the one hand, the term “person” is referred to in a generic way in paragraph 3 (in reference to background), on the other, paragraph 4 refers to the term “person” to designate “undertakings” in the sense of legal person, since it also refers to “turnover”. In addition, paragraph 9 uses the term “natural person”²⁵ to refer to an individual.

The generic use of the word “person”, without properly framing its meaning within the Competition Act (as is the case further to the Draft Proposal,

20 In Portuguese, “conjunto de empresas”.

21 Which currently reads: “A group of undertakings is deemed to be a single undertaking, even if the even if the undertakings themselves are legally separate entities, where such undertakings make up an economic unit or maintain interdependence ties”. In Portuguese, “Considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência”.

22 In Portuguese, “conjunto de entidades”.

23 In Portuguese, “pessoas”.

24 Over the years, EU case law has established the single economic entity doctrine according to which delimiting each undertaking depends essentially on legal and economic criteria (namely, the existence of autonomy in defining each company’s business activity). Such definition is clearly provided, for example, in the Béguelin case – Case no. C-22/71 – *Béguelin Import Co. v. SA G.L. Import Export*, ECLI:EU:C:1971:113, §8 – in which the European Court of Justice (“ECJ”) defined “undertaking” as a group of companies “which, although having separate legal personality, enjoys no economic independence”.

25 In Portuguese, “pessoa singular”.

which no longer refers to “persons” within the meaning of an undertaking), makes the law unclear as to who the subjects and/or addressees of the its provisions are or may be.

Therefore, we are of the opinion that, without proper and express equivalence of the term “person” to the term “undertaking” for the purposes of the Competition Act – something that does not occur expressly further to article 3 – the term “persons” should not be used to generally refer to undertakings. In this context, there is no need to change the current version, other than to standardise the reference to “undertaking” pursuant to article 3 of the Competition Act and pursuant to consolidated EU case law²⁶.

3. PROCESSING COMPLAINTS

Concerning the prerogative/possibility for the AdC to set its competition policy priorities – which already follows, to an extent, from article 7(1) of the current Competition Act²⁷ – and unlike what follows from the current Competition Act, the Draft Proposal amends article 7(1) of the Competition Act so as to confer on it the possibility to *refuse* addressing issues which it considers not to be a priority. The possibility of not processing complaints on the grounds that they are not priority (see proposed amendments to article 8 of the Competition Act) is also proposed in the Draft Proposal²⁸.

In addition, the amendments proposed to article 7(2) limit the criteria to be considered by the AdC when deciding whether to accept or reject a complaint: under the Draft Proposal, these now refer exclusively to “*the priorities of the competition policy*” and “*the seriousness of the possible infringement*”. Thus, excluding from the mandatory scope of assessment of complaints (i) *the probability of proving the infringement* and (ii) *the extent of the measures required to investigate the potential case*. In our view, such limitation does not follow expressly from the ECN+ Directive and is ill-fated, to say the least.

²⁶ See, among others, Case no. C-724/17 – *Skanska Industrial Solutions and Others* – ECLI:EU:C:2019:204, §§19 and 29; Case no. C-516/15 P – *Akzo Nobel and Others v Commission* – ECLI:EU:C:2017:314, §46; Case no. C-501/11 P – *Schindler Holding and Others v Commission*, ECLI:EU:C:2013:522, §102.

²⁷ Where under the current Competition Act it also has to consider “*the likelihood of being able to prove [the] existence [of an infringement] and the extent of investigation required to fulfil as well as possible its mission to ensure compliance with articles 9, 11 and 12 of this law and articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union.*”

²⁸ To a certain extent, the possibility of not considering complaints on the grounds that they are not priority cases was already provided for in the Competition Act; in this respect, see case no. 11/15.1YQSTR.S1 (Judge Rapporteur: Helena Moniz).

If anything, the limitation of criteria proposed in the Draft Proposal is *contrary* to the purposes set out in the ECN+ Directive, in particular the need to ensure effective use of the NCA's resources: indeed, the need to consider the probability of proving an infringement allows for better and more efficient use of the NCA's resources; it also limits the existence of “fishing expeditions” based on ill-founded complaints that ultimately use up the NCA's and exhaust the investigated companies' resources.

However, the amendments to the regime for processing complaints do not end here. Indeed, further to the proposed wording of article 8(5) of the Competition Act, if a complainant fails to submit observations after the AdC's communication of absence of grounds to pursue the complaint, the complaint will be considered as having been withdrawn; this ultimately allows for the complaint to be submitted again relating to the same facts on an *ad eternum* basis (that is, within the applicable limitation period) – whereas the current wording of the Competition Act does not²⁹ –, favouring practices of sham litigation and very likely “clogging up” the AdC's complaint processing services. Ultimately, the AdC's capability to exercise its functions is also seriously affected.

Therefore, it is the authors' view that, much like it suggested in its Observations, the possibility of submitting complaints again relating to the same facts should be expressly removed.

4. REQUESTS FOR INFORMATION WITHIN RESTRICTIVE PRACTICES INVESTIGATIONS

4.1 General “clarification” requests

Further to the Draft Proposal, and in an amendment which goes far beyond what article 8 of the ECN+ Directive³⁰ sets out, the AdC proposes to amend article 15 of the Competition Act (*requests for information*) so as to be able to request to (i) investigated undertakings and (ii) third parties, all information, data or clarifications it deems necessary for an investigation, in any physical or digital format, namely documents, files and emails or instant messages,

29 Only allowing complaints to be submitted again if new facts arise, therefore preventing complaints related to the same facts from being submitted persistently.

30 Which allows for the request of “*all necessary information for the application of Articles 101 and 102 TFEU within a specified and reasonable time limit*” without detailing the exact support and location in which the information may be found.

regardless of where they are stored (*i.e.* computer system or other system to which legitimate access is allowed from servers, laptops, mobile phones or other mobile devices) and provided that they are accessible to the addressee of the request for information.

Moreover, further to the amendment to article 15(5) of the Draft Proposal, the addressee of a request for information is obliged to provide all information, data or clarifications required, provided that such obligation is not disproportionate to the investigation requirements or entails the confession of an infringement.

Thus, under the proposed amendments, undertakings undergoing an investigation – as well as *third parties* – may only refuse to provide the information and documents requested if doing so would entail admitting to an infringement. Otherwise, undertakings may be subject to a fine of up to “1% the total worldwide turnover in the financial year immediately preceding the final decision by the group of persons included in each of the offending companies”³¹.

We take the view that this is not, by any means, compatible with the constitutionally-protected fundamental rights to remain silent and the privilege against self-incrimination³², which are not only intended to prevent a person from confessing to the crime/infringement, but also to prevent the defendant from being obliged to contribute to its incrimination³³. Indeed, and particularly as regards third parties, the possibility to request “clarification”, and not objective information or documents, but rather actual statements about alleged facts, not only goes beyond the scope of the Directive³⁴, but is also contrary to the essence of the right against self-incrimination.

Any effective amendment to the current Competition Act should take this into consideration, and the possibility of requesting generic information should be substantially limited or excluded, as the AdC currently has sufficient powers in that respect.

31 Article 68(6) of the Competition Act, as amended in the Draft Proposal.

32 Article 6 of the ECHR; articles 47 and 48(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union; articles 1, 18(2), 26 and 32(10) of the Portuguese Constitution.

33 See, for example, Judgment of the Portuguese Constitutional Court of 17 June 2011, case no. 340/11, (Judge Rapporteur: Cura Mariano) and Judgment of the Portuguese Constitutional Court of 11 October 2011, case no. 461/11, (Judge Rapporteur: Catarina Sarmento e Castro), regarding the conformity with the Portuguese Constitution of (current) article 15 of the Competition Act.

34 The Directive only provides for the possibility to require a natural or legal person that is not under investigation to provide relevant information within a specific and reasonable period of time.

4.2 Access to digital evidence through requests for information

As mentioned, the AdC proposes to amend the Competition Act so as to be able to request to the investigated undertakings information in any physical or digital format, namely documents, files and emails or instant messages, regardless of where they are stored (*i.e.* computer system or other system to which legitimate access is allowed from servers, laptops, mobile phones or other mobile devices, including apps)³⁵.

However, under the applicable law to administrative offences in Portugal, it is clear that the AdC has no powers to seize digital evidence, such as emails and messages. Firstly, administrative offences are considered less serious than criminal offences, as they generally only apply to less significant conduct from an ethical and social standpoint³⁶. In other words, in administrative offences, the prohibited conduct is ethically neutral, in the sense that, although the illicit act is not axiologically neutral – hence being sanctioned – the conduct itself in no way entail less adherence to the ethical values on which the legal order is based³⁷. Because of these differences, the procedural regime of administrative offences is, in Portugal as in most EU sanctioning traditions, subject to its own autonomous rules, although the rules of criminal procedure apply on a subsidiary basis. Thus, contrary to criminal procedural law, in administrative offence proceedings it is not possible to remand in custody, to interfere in correspondence or telecommunications, or to use evidence that entails a violation of professional secrecy³⁸.

In addition, according to article 34(1) of the Portuguese Constitution, the secrecy of correspondence and other private means of communication are inviolable and article 34(4) restricts the intrusion of public authorities in correspondence, except in cases provided for by law regarding criminal proceedings.

To this end, the ECtHR has also confirmed that the right to respect for correspondence (article 8(1) ECHR) aims to protect the confidentiality of

35 Article 15(2) of the Draft Proposal.

36 See Pinto de Albuquerque, 2011:27.

37 See de Figueiredo Dias, 1983:331.

38 Article 42 of the General Administrative Offence Proceedings Regime and article 34 of the Portuguese Constitution.

communications in a wide range of situations, including emails³⁹ and also covers data stored on computer servers⁴⁰.

Moreover, under the Cybercrime Act⁴¹, email, text messages and any records of communications of a similar nature cannot be treated as mere documents and benefit from the legal protection afforded to correspondence (article 17 of the Cybercrime Act)⁴². Such qualification requires that any correspondence can only be seized in criminal proceedings by a court order (article 34 of the Portuguese Constitution and 18 of the Cybercrime Act) and are not admissible in administrative offence proceedings (article 42 of the General Administrative Offence Proceedings Regime)⁴³.

In this context, the question here, once again, is not whether the format of the evidence is analogue or digital, but its nature. Regardless of the means used, what should be borne in mind is that evidence obtained through interference with telecommunications and correspondence is expressly prohibited.

Therefore, requiring the defendant to deliver emails or text messages is a way of circumventing the prohibition of seizure of correspondence, in violation of the secrecy of correspondence (article 34 of the Portuguese Constitution). As far as text messages and instant messages (e.g. WhatsApp) are concerned, ethically, this prerogative of the AdC constitutes an more serious intrusion, which should be circumscribed in the same way as phone tapping, which is absolutely forbidden in the case of administrative offences⁴⁴.

As such, this amendment is not compatible with existing constitutional and legal principles in the national legal system; therefore, it should be removed.

39 Case no. 62617/00 – *Copland v. Reino Unido*, 3 April 2007.

40 Case no. 74336/01 – *Wieser v. Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, 16 October 2007.

41 Law no. 109/2009 of 15 September.

42 Given the controversial uncertainty related to digital evidence and the extensive use of the administrative bodies' investigative powers beyond the terms expressly provided for by law, courts and scholars have looked for regulatory elements that could clarify the rules to apply to such concept. To this end, in recent years, the Cybercrime Act has served as a support to understand the concept of digital evidence and respectively the applicable regime. See for example Anastácio & Alfafar, 2017: 340-341.

43 As Paulo Pinto de Albuquerque clearly explained: “*Communications already received by the addressee and stored in digital form fall within the scope of the legal prohibition, as provided in article 189 of the Code of Criminal Procedure. For example, emails (whether read or not) filed on the computer or messages filed in a mobile phone card cannot be used as evidence of an administrative offence*” (Pinto de Albuquerque, 2011:159).

44 Article 42(1) of the General Administrative Offence Proceedings Regime.

5. SEARCH AND SEIZURE OF DOCUMENTS TO BE USED AS EVIDENCE

The proposed transposition of the ECN+ Directive has suggested relevant changes within the AdC's powers of search and investigation. Indeed, the proposed amendments outlined in the Draft Proposal extend the AdC's powers to conduct search procedures, to request information, to order the application of interim measures and to strengthen the binding nature of proposed commitments in response to the competition concerns identified by the AdC. Although some of these principles are, in fact, incorporated in the ECN+ Directive, the Draft Proposal ultimately expands their scope in a way that the authors consider not to be entirely in accordance with the Portuguese legal framework and the general legal principles.

5.1 Searches on “any support”

The Draft Proposal extends the scope of the AdC's investigative powers to electronic means; this is justified, according to the AdC's Explanatory Memorandum, on the need for effective application of competition law to be updated in line with the reality of the undertakings' *modus operandi*.

Further to this argument, the amendments are intended to ensure that the AdC has access to, or can collect, *all* information, data or clarifications on any format, whether physical or digital (namely, documents, files and emails or instant messages), irrespective of the support, condition or location in which they are stored, as long as they are accessible to the undertaking under investigation. The amendment has resulted in rather wide-ranging wording being used in article 18(1)(b).

However, administrative offence proceedings must assure the absolute inviolability of correspondence or telecommunications⁴⁵; therefore, it is forbidden in such proceedings to resort to phone tapping (article 187 of the Criminal Procedure Code), seizing correspondence (article 179 of the Criminal Procedure Code) and seizing emails (article 17 of the Cybercrime Act and article 189 of the Criminal Procedure Code).

In this context, on the topic of seizure of emails – and the reasons why it breaches the fundamental principle of secrecy of correspondence, as protected by article 8 of the ECHR – please refer to section 4.2 above.

As for the seizure of instant text messages – insofar as these have replaced, to a great extent, telephone communications – grants the AdC a power which, in practice, is equivalent to seizing correspondence and phone tapping. Further

⁴⁵ Article 34(4) of the Portuguese Constitution.

to the ECHR, as well as the Portuguese Constitution, unless expressly permitted by *criminal procedure law* (which the Competition Act does not do), public authorities are prohibited from tapping communications⁴⁶. Therefore, the possibility for the AdC, further to the Competition Act, to seize instant messages, is ultimately contrary to the Portuguese Constitution and should not be introduced in the Competition Act.

On the other hand, the amendments proposed to article 18 of the Competition Act not only exceed what is required by the ECN+ Directive⁴⁷ but fail to incorporate important gatekeeping mechanisms therein established in order to ensure that NCA's do not disproportionately make use of their investigative powers. Indeed, further to article 6 and recitals 30 to 32 and 35 of the ECN+ Directive (on which the amendments to article 18 are based) a principle of proportionality is established limiting the NCA's investigative powers to what is strictly necessary for the investigation.

In other words, and further to the ECN+ Directive, the AdC's right "*should not result in an obligation on the part of the undertaking or association of undertakings which is disproportionate to the requirements of the investigation. For example, it should not result in excessive costs or efforts*". The transposition of such guarantee is not, yet should be, reflected in the proposed article 18 of the Competition Act.

Moreover, article 18(1)(b) gives rise to related reflections in respect of the impact of the seizure and analysis of the volume of information potentially involved; the absence of objective limits; and harmonisation with the Portuguese legal system, which reflects EU rules, in particular with regard to the right to privacy and data protection.

In relation to the volume of information, failing to delimit the AdC's powers of investigation to what is *strictly necessary* for the proceedings results in the possibility of searching, examining and collecting large and disproportionate volumes of emails and information which not only breaches the right to privacy of their owners but also the principles of efficiency, effectiveness and economic use of resources which, even more further to the ECN+ Directive, should govern the AdC's actions.

If adapting to the reality of economic agents includes accessing electronic files, such right cannot be granted without the imposition of filters and limits

⁴⁶ Article 8(2) of the ECHR and article 34(4) of the Portuguese Constitution.

⁴⁷ Article 6 of the Directive makes no reference, in particular, to emails or unread emails, other than what is stated in its recitals.

on the data collected, subject to the breach of the constitutional principle of proportionality; indeed, the AdC should not be allowed to search on all or any document stored on a particular server, but only to elements related to the case, to be determined according to the communication subject, the recipient and limited to the period of the conduct being investigated. Furthermore, it becomes even more essential for judges to strictly delimit search warrants, as the analysis of exorbitant quantities of electronic documents would be excessively lengthy, compromising the timing of the process and violating the defendant's rights of defence and right to fair and due process⁴⁸.

Extending the AdC's investigative powers is also prompted by the need for harmonisation with the guarantees provided for in Law no. 59/2019 of 8 August on the processing of personal data for the purpose of the prevention, detection, investigation or prosecution of criminal offences or the enforcement of criminal penalties, which transposed Directive (EU) no. 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016. Therefore, considering the wide scope of the AdC's investigative powers provided in the Draft Proposal, it would be necessary to ensure that the processing of personal data is in accordance with Portuguese law.

However, based on our understanding, the Draft Proposal does not reflect the guarantees in the processing of personal data, in particular those provided for in article 4 of Law no. 59/2019, such as: (i) processing of data that is adequate, relevant and limited to the minimum necessary for the purposes for which they are processed; (ii) storage of data in such a way as to ensure that inaccurate data are erased or rectified without delay; (iii) protection against unauthorised or unlawful processing and against their accidental loss, destruction or damage, using appropriate technical or organisational measures.

To this end, access to data must be limited to personal documents, to the extent necessary for the exercise of this right. It would therefore be advisable for article 18 to state that if the information collected in any format contains personal data, these should be kept in the file within the limits of what is

48 Indeed, unless further determination in search warrants is provided (e.g. with judges validating up-front the search words to be used during dawn raids), the AdC's typical *modus operandi* in conducting searches – commonly using very broad search words, at times unrelated to the investigated practices but just to the identity of the investigated companies – with the possibility of seizing even more types of information will result, in all probability, in the seizure of an even greater amount of information, making it almost impossible for both the investigated companies to treat that information and the AdC to carry out its functions.

strictly necessary for the investigation and ensuring at all times that such data is processed as provided for in Law no. 59/2019.

On a more positive note, between the Preliminary Draft and the Draft Proposal, the AdC decided to include, as proposed by the authors of this paper, the reference in article 30-A of the Draft Proposal that access to personal data be granted when necessary to exercise the rights of defence of another defendant⁴⁹.

Finally, an additional concern that should be included in the Draft Proposal concerns the need to ensure the reliability of information obtained by electronic means. As important as the content of the document – even more so – is the guarantee that the information in said document has not been altered in any way. In this respect, the inclusion of the possibility of searching, examining, collecting and seizing data in electronic format should be backed by requirements relating to the preservation of the chain of custody of the data collected and its authenticity.

5.2 Request for information in the course of a dawn raid (*diligências de busca e apreensão*)

Further to article 18(1)(d) of the Draft Proposal, the AdC proposes to include a right to request information on the object and purpose of the search or related to documents therein to “*any representative, worker or collaborator of the company or the association of companies*”⁵⁰. From the outset, such prerogative contradicts the wording of the Directive, in recital 35, which states that any requests from the authority “*should not compel an undertaking or association of undertakings to admit that it has committed an infringement, which is incumbent upon the NCAs to prove*”.

Considering the context in which the searches often occur – where companies are often not accompanied by a legal representative –, the information obtained from employees and collaborators amidst a dawn raid scenario is very likely not to accurately reflect the context in which a given document was produced and/or in that, a certain fact has occurred. The fact that, under the Draft Proposal, the AdC will be entitled to record such inquiries and keep them in the file may, ultimately, contribute to influence the investigation

⁴⁹ The previous version provided in a disproportionate manner that “*any personal data contained in documents of the case do not require the protection of their confidentiality vis-à-vis the undertakings investigated*”.

⁵⁰ In Portuguese, “*solicitar, no decurso das diligências a que se referem as alíneas anteriores, a qualquer representante, trabalhador ou colaborador da empresa ou da associação de empresas, esclarecimentos necessários ao desenvolvimento da diligência*”.

from an early stage. In this regard, we consider that it is advisable to completely remove article 18(1)(d) of the Competition Act due to its potential breach of the rights of defence of the defendants to the extent that it reduces their right to appropriate legal representation and breaches the privilege to avoid self-incrimination.

5.3 Interviews⁵¹

The changes proposed by the AdC result in the autonomisation of the interview process as a means of gathering evidence (article 17-A of the Draft Proposal). In addition, the AdC has given more emphasis to some aspects of the interview procedure, such as (i) the elements to include in the notice for the interview; (ii) the possibility of this type of interview being carried out outside the AdC's premises by duly identified agents of the AdC; (iii) the drafting of a report from the interview; the (iv) the continuation of the procedure even if the interviewee does not attend and, relevantly, (v) the express indication that the interviewee's failure to turn up to a regularly called interview is an administrative offence that may be penalised with a fine.

Although the Draft Proposal is silent in this respect, we believe it would be valuable, in relation to the information required to call the interview, for the notice to include a description of the facts relating to the object of the interview, especially when the events took place at a much earlier date.

5.4 Document Seizure⁵²

Without prejudice to the additional prerogatives contemplated in the Draft Proposal, which we will examine in general below, it would be useful to specifically incorporate in the competition legal system the principle resulting from the joint interpretation of articles 124 and 186 of the Criminal Procedure Code (*Código de Processo Penal*), namely the provisions that entail that the AdC is not allowed to seize and keep information in case files that is unrelated to the subject matter of the investigation and that this type of information should be immediately excluded from the case and returned to the addressees (in the case of hard copies) or destroyed (in the case of digital files). Indeed, the authors' personal experience shows that once the AdC seizes a document – regardless of whether or not it is connected with the

51 In Portuguese, “*inquirições*”

52 “*Apreensão de documentos*”.

investigation – it is very difficult to ensure that the document is removed from the case file.

5.5 Access to documents held by in-house lawyers

The AdC proposes the inclusion of a new paragraph in article 20 of the Competition Act (proposed paragraph 6) in order to allow the AdC to seize documents from company employees who hold the professional title of lawyer, namely in-house lawyers, provided that such documents do not constitute the practice of an act that is exclusive to lawyers.

On this issue, irrespective of having modified the Preliminary Draft by removing the initial expression “*not covered by professional secrecy*” in relation to the seizure of information from in-house lawyers, the fact is that even the prerogative now being conferred on the AdC does not stem from the wording of the Directive, which, in any event, aims to reduce the professional secrecy prerogatives inherent to lawyers who are also employees of the company. This should be reason enough to stop the AdC from experimenting with unnecessary and precipitated changes.

Even more importantly, lawyers’ professional secrecy prerogatives are a fundamental right under the Portuguese Constitution (article 208) and the Statute of the Bar Association (article 92) – which apply regardless of whether the lawyer is acting as in-house counsel – and a cornerstone of the Portuguese legal and judicial system as it ensures the correct exercise of the defendants’ rights of defence, which in turn is essential for their effective judicial protection.

Indeed, the lifting of professional secrecy for the use of certain documents/information as evidence is only possible if it is absolutely necessary and indispensable to discover the truth and is proportionate to the facts sought to be proven⁵³. It is therefore, “*a mechanism of an exceptional nature exclusively, (...) aimed at situations of a gravity that goes far beyond the classic situations of cartel or abuse of a dominant position*”⁵⁴.

Moreover, under the terms of article 20(5) of the Competition Act (which we note have not been amended), “*no documents may be seized which are covered by the professional secrecy of a lawyer or doctor on the grounds that this is a*

53 Judgment of the Lisbon Court of Appeal, case no. 246/14.4TELSB-A.L1-3.

54 Anastácio & Alfafar, 2017:346: “*um mecanismo de natureza totalmente excepcional, tal como as buscas domiciliárias, vocacionado para situações de uma gravidade que vai muito além das situações clássicas de cartel ou de abuso de posição dominante*”.

*sine qua non condition of the existence of said professions*⁵⁵ and, in the case of the secrecy of lawyers, a fundamental condition for an effective system of justice, which guarantees access to it and effective judicial protection.

Therefore, the mere possibility for the AdC to assess if an in-house lawyer communication amounts to an act exclusively carried out by lawyers allows it to, ultimately, (i) review the documents, in breach of privilege prerogatives and (ii) make judgements based on the information reviewed, irrespective of the impossibility of seizing documents which effectively amount to lawyers' acts.

This alone is completely contrary to the Portuguese legal system. As far as the Constitution is concerned, article 208 guarantees to all professionals the immunity necessary for the exercise of their activity and does not make any exception to the status under which such professional works. Article 92 of the Statute of the Bar Association imposes a “universal” right (and duty) to lawyer privilege, irrespective of the lawyer being an external or in-house lawyer; therefore, any distinction in how they are regulated is unlawful. Unfortunately, this is exactly what follows from the Draft Proposal, particularly if you consider the indiscriminate treatment proposed for dawn raids targeting the house or offices of external lawyers. Indeed, further to the new article 19(8), documentation can be seized from the home of an in-house lawyer without a judge being present, the mere presence of a representative of the Bar Association being sufficient to this end, while this is required for a dawn raid conducted in the office of an external lawyer.

In addition, it is inconsistent with other provisions of the Competition Act, that is, article 69 which lists which criteria should be taken into account in determining the extent of the fine for anti-competitive infringements. These include “*the conduct of the investigated company in eliminating restrictive practices*” and “*the cooperation with the AdC until the end of the proceedings*”⁵⁶. Both require the involvement of the legal department, either in implementing an effective compliance programme (in the former scenario), or in gathering initial information on the possible existence of an anti-competitive conduct (in the latter scenario). In this context, the prerogatives now conferred on the AdC are capable not only of undermining the trust between the undertaking's

55 Anastácio & Alfafar, 2017:347: “*não poderão ser apreendidos documentos que se encontrem abrangidos pelo segredo profissional de advogado ou médico, pelo facto de este se tratar de uma condição sine qua non da existência das referidas profissões*”.

56 In Portuguese, “*o comportamento da empresa investigada na eliminação das práticas restritivas*” and “*a colaboração prestada à AdC até ao termo do procedimento*”.

lawyer and his client (the undertaking itself) but also undertaking's activity, the in-house lawyer's duties and, to a certain extent, the administration of justice.

For (all) the above reasons, the authors' of this paper believe that said provisions should not be included in the Competition Act.

6. CONFIDENTIALITY ISSUES

6.1 The AdC's prerogative to review the confidentiality of the evidence gathered

Even though the ECN+ Directive's is silent on the matter, the Draft Proposal contemplates the inclusion of article 30(5), according to which the AdC can provisionally accept a certain confidentiality qualification but, later, and even after the final decision, unilaterally change the confidentiality status. According to the Explanatory Memorandum, the purpose for such amendments lies in the need to "*create a circle of confidentiality for strictly intra-procedural purposes, allowing full access to the process only by lawyers or economic advisers of the undertakings concerned, without prejudice to further treatment in greater detail of confidentiality for access by third parties*"⁵⁷.

It is indeed necessary to ensure that ancillary issues do not jeopardise the reasonable duration of the proceedings. However, the absence of a time limit to review confidentiality, in accordance with the wording of the Draft Proposal, creates an unacceptable degree of legal uncertainty for those concerned, who may see business secrets disclosed even after the final decision has been handed down.

Therefore, we believe that the possibility of reviewing a confidentiality qualification should only be allowed until either (i) the moment before the final decision is issued or (ii) the moment the final decision has *res judicata* effect.

6.2 Access to the case files versus personal data protection

Again in a matter on which the ECN+ Directive is silent, the AdC suggests, in the Draft Proposal, to include article 30-A, which provides for the possibility

57 In Portuguese, "*criar um círculo de confidencialidade para efeitos estritamente intra-processuais, permitindo-se o acesso na íntegra ao processo apenas por advogados ou assessores económicos das empresas em causa, sem prejuízo de um ulterior tratamento em maior detalhe das confidencialidades para efeitos de acesso por terceiros.*"

of the defendant accessing all documents available in the file, regardless of whether it contains any personal data belonging to other defendants. Under the terms of the Explanatory Memorandum, expanding access is a necessary measure to enforce rights of defence and it would no longer “*be limited to consultation, without the possibility of reproduction, on the premises of the AdC*”⁵⁸.

Although the previous consultation system in the premises of the AdC was indeed counterproductive (as it failed to protect personal data and, due to its limitations, considerably limited the exercise of the rights of defence), the current system appears to grant absolute priority to the exercise of the rights of defence over the protection of personal data.

In a context in which holding information entails an asset that is becoming increasingly important, due caution is required to identify personal data; that said, and irrespective of the AdC having amended the Preliminary Draft so as to include that access is granted “*for the purpose of exercising their rights of defence*”, we believe that the provision could be even more precise and state that access to personal data in case files is guaranteed *as long as the information is proven to be necessary for the exercise of the rights of defence and upon a well-founded request*.

7. PROCEDURAL DEADLINES

Several parts of the ECN+ Directive generally provides for the specific and reasonable nature of deadlines within antitrust investigations. For example, it states that undertakings must provide information within a specific and reasonable time limit (see article 8) and that the NCAs have the power to set a reasonable time limit for the applicant undertaking to submit the full leniency application (see article 22(5)). There are also other examples that, to a lesser or greater extent, extend or set time limits for companies to practice certain acts, with the aim of rendering the process secure and expeditious.

In addition to the obligations imposed on undertakings, the obligation of reasonable deadlines also applies to national competition authorities. This dual function of reasonableness of deadlines, in particular as regards their predictability, is apparent, for example, in article 3(3) of the Directive, which provides that proceedings must be conducted within a reasonable time.

58 In Portuguese, “*deixa de estar limitada à consulta, sem possibilidade de reprodução, nas instalações da AdC*”.

Considering these obligations, the following contributions seek to indicate to what extent the amendments contained in the Draft Proposal seem incompatible with one of the clear objectives of the Directive: to provide greater certainty and reasonableness in conveying deadlines.

7.1 Purely indicative deadlines

Article 14 of the Competition Act provides for the general rule applied to deadlines, which remains unchanged in the Proposal. While maintaining a general rule is appreciated, some important time limits would benefit from more precision in the context of the Draft Proposal, all for the sake of better legal certainty, full exercise of the rights of defence, the principle of equality of arms and reasonable duration of the procedure.

The first amendment that merits attention is the removal of the two-year time limit for the AdC to reopen a case which has been concluded with commitments, in accordance with article 23 of the Competition Act. The new wording proposed leaves open the possibility for the AdC to reopen the procedure not only if the commitments (offered to remedy the infringement identified) have not been complied with, but also in the event that “a *substantial change has occurred in the concrete circumstances on which the decision was founded*”.

The possibility of the AdC being able to indefinitely review a decision to close the case based on a change in the circumstances on which it was based (which may not even result from the investigated undertaking’s actions) infringes the principle of legal certainty and is not supported by the text of the ECN+ Directive. Much to the contrary: the ECN+ Directive sets as its goal to ensure and impose further predictability and reasonableness in setting deadlines, which is why we believe it is necessary to maintain the two-year period currently set in the Competition Act as the time limit for reviewing filling decisions by the AdC.

7.2 Reasonableness of deadlines applicable to the defendants

In view of the need for reasonableness in providing deadlines, it seems necessary to review certain time limits laid down in the Competition Act on the grounds that they are incompatible with the complexity and intricacy of the investigations often conducted by the AdC.

To this end, we positively acknowledge the change proposed by the AdC between the Preliminary Draft and the Draft Proposal, which aimed to increase the time limit for the undertaking under investigation to submit its

defence after notification of the statement of objections (see article 25(1)), from 20 to 30 working days. Indeed, this amendment was necessary to allow the correct (and possible) exercise of the defendant's rights of defence.

Similarly, it is necessary to reconsider the deadline provided in article 25(5), since the minimum time needed to process all the evidence related to an anticompetitive infringement – even if straightforward – is clearly more than ten working days. We would recommend that, in compliance with the concept of reasonable deadlines, the period for submitting a probative statement in response to the presentation of probative elements would be, at least, 20 working days.

7.3 Determination of deadlines applicable to the AdC

Although the deadlines imposed on the defendants are, in most cases, preclusive, the deadlines applicable to the AdC are merely indicative. Indeed, the deadline for the completion of prosecution proceedings (established in article 29(1) of the Competition Act) is “*whenever possible*” 12 months but, if not sufficient, the AdC may inform the defendant of the period required to complete it (article 29(2) of the Competition Act). There is also no time limit for the AdC to provide an answer (of either acceptance or rejection) to a proposed transaction during prosecution proceedings (further to article 27(6) of the Draft Proposal).

Therefore, we believe that the rules establishing deadlines for the AdC to conclude the investigation, before and after the issuance of the statement of objections – probably inspired by the Spanish legal framework⁵⁹ – does not confer particularly added value to the AdC's practice. In fact, unlike Spain, these deadlines are not mandatory and there are no limits to their unilateral extension by the AdC. In our experience, the AdC regularly extends the deadline three to four times (sometimes even after the deadline has elapsed) without justification other than the complexity of the case. In our opinion these provisions would only serve their purpose if they were mandatory or at least if the number of extensions was limited.

In respect of deadlines for the AdC to respond to a request or a complaint, uncertainty is also king. Indeed, on several occasions, we have been faced with the lack of a clear deadline for the AdC to respond: first responses usually

⁵⁹ Article 36 of the Spanish Competition Act provides for the deadlines for any administrative resolution of the CNMC, see, for example, article 36(1), that gives the CNMC a maximum of 18 months to issue and notify the decision ending the sanctioning procedure for conducts that restrict competition; these deadlines can only be extended or suspended in very limited cases, as provided for mainly in article 37.

take place within two weeks in the best case scenario but can easily also take one month. Although the general deadlines resulting from the Administrative Procedure Code apply to the Competition Act⁶⁰ – where the latter is silent – it would be useful, in practical terms, to avoid unnecessary delays, at the expense of the defendant’s right to a fair trial. To this end, it would be helpful to establish a subsidiary deadline for the AdC within this context, namely a maximum of ten working days (which is the general deadline for undertakings), and applicable to all matters for which the Competition Act does not provide a specific deadline.

Ultimately, ensuring a relative degree of certainty as to the duration of a given investigation would not only be in line with the Directive – which, as mentioned above, allows to deal with the cases in due time – but would also be in line with the principles of legal certainty and would help the defendant manage their internal resources more efficiently.

7.4 Deadlines for appeals

Entering into uncharted territory until now – due to the silence of the current Competition Act on the matter – the Draft Proposal proposes to amend article 85(1) of the Competition Act so as to set the deadline for appealing AdC’s interlocutory decisions to 20 working days; positively, this proposal ends an interpretative discussion which, on several occasions, has resulted in interlocutory appeals being filed within ten working days⁶¹. However, if the definition of the exact deadline that should be considered upon appealing one of the AdC’s preliminary decision is certainly positive, the fact that the Draft Proposal also sets out the impossibility of further extensions of said deadline, irrespective of the matter involved and the complexity of the case, is most certainly negative. Indeed, considering the size and complexity of the procedures commonly investigated by the AdC and the authors practice regarding (long and complex) interlocutory procedures, lodging an appeal – even if of an interlocutory nature – within 20 business days is inclined to limit the correct exercise of the defendants’ defence rights.

Additionally, the Draft Proposal suggests amending article 87(1) of the Competition Act so as to extend this term to 40 working days (instead of the current 30 working days provided in the Competition Act) to appeal a final

60 Decree-Law no. 4/2015 of 7 January, *Código de Procedimento Administrativo*.

61 Further to article 74 of the General Administrative Offence Procedures Framework, which applies on a subsidiary basis to the Competition Act.

sanctioning decision. Although such amendment is generally positive and allow the adjustment of Portuguese law to the EU standard and other Member States' rules, we believe that it is crucial to eliminate the already existing deadline extension prohibition so as to include the possibility for the defendant to request, at least, one extension to said deadline when the complexity and volume of documentation in the case file justifies so.

7.5 Limitation period deadlines

Under the Draft Proposal and further (at least to an extent) to article 29 of the ECN+ Directive, the AdC also promotes relevant changes with regard to the deadlines provided for in article 74 of the Competition Act on limitation periods.

The first relevant amendment concerns the possibility of the interruption of the limitation period as a result of the notification to any of the undertakings under investigation (even to companies that are part of the same economic entity or are in a position of interdependence with the defendant) of any act that may affect it.

However, despite the fact that the proposed wording follows the ECN+ Directive⁶², the provisions being proposed are ultimately not in line with Portuguese law, which acknowledges that the general principles of law apply to all areas of law.

Indeed, according to article 323(4) of the Civil Code, the interruption of the limitation period occurs when “*knowledge of the act is given to the person against whom the right may be exercised*”⁶³. In other words, the knowledge of the existence of the proceedings by the individual or undertaking under investigation, of the facts involved and of any deadlines for carrying out the acts, is a fundamental element for the interruption of the limitation period to occur.

Therefore, it seems to us manifestly incompatible with the provisions of the Civil Code that the notification to any of the defendants – including group companies not directly involved in the infringement – results in the interruption of the limitation period for other defendants in the proceedings without them having any knowledge of the existence of the proceedings.

62 In particular, article 29, which states that the suspension or interruption of the limitation period “*shall take place from the notification of the first formal investigative measure to at least one undertaking subject to the enforcement proceedings*”.

63 In Portuguese, “*é equiparado à citação ou notificação, para efeitos deste artigo, qualquer outro meio judicial pelo qual se dê conhecimento do ato àquele contra quem o direito pode ser exercido*”.

It should also be highlighted that the AdC proposes that it is sufficient for the purpose of interrupting the limitation period to notify companies that they are in a “*position of interdependence*”⁶⁴ (article 74(3)). Considering that this position of interdependence (broadly outlined in article 3(2) of the Competition Act) can (and most likely will) be considered at the time of the infringement and that, most times, investigations of a sanctioning nature take place years after the investigated events, the wording as proposed leads to the possibility for the limitation period to be suspended/interrupted with the notification to a company that does not belong to the same economic entity as the defendant at the time of the investigation.

This solution affects in an inconceivable manner the sphere of rights of third parties.

Considering the clear incompatibility of this solution with the existing legal system, we see no other option but to propose the removal of the addition introduced by the AdC to article 74(3) of the Competition Act.

Additionally, the AdC also proposes, in article 74(9) of the Competition Act, the possibility of suspending – unlimitedly – the limitation period of the proceedings while the AdC’s decision is subject to judicial appeal, “*including interlocutory appeal or appeal to the Constitutional Court*”.

This inclusion reflects article 29(2) of the Directive that provides for the interruption or suspension of the limitation period in the event of the existence of pending appeals. Notwithstanding this provision, the wording “*without any time limit*” was included by the AdC in addition to what would be necessary for the transposition of the ECN+ Directive. In fact, the wording proposed by the AdC goes beyond what the Directive states and becomes manifestly incompatible with the Portuguese legal system, since it eliminates the limit for the suspension of the limitation period indefinitely in a clear deviation from the constitutional principles of legal certainty and predictability⁶⁵. This is a clear example of the lack of balance between the interests of the investigation and efficient application of competition law, and the fundamental rights of the defendants.

In fact, the Portuguese legal system provides for more balanced solutions, and often in cases that typically impose equally high penalties. The first example is the General Framework for Credit Institutions and Financial

64 In Portuguese, “*manterem entre si laços de interdependência*”.

65 Article 2 of the Portuguese Constitution.

Institutions⁶⁶, which allows the provision of a guarantee as a rule for an amount corresponding to 50% of the fine. The General Regime for Administrative Offences in the Telecommunications Sector⁶⁷ is another example, as article 32(3) provides that the appeal of any decisions issued by ICP-ANACOM that, in administrative offence proceedings, impose fines or ancillary sanctions or concern court secrecy causes the suspension of the relevant limitation period. Besides, article 407 of the Portuguese Securities Market Code refers to the General Regime for Administrative Offences, which in turn refers to the suspensive effect of final sanctioning decisions provided for in article 408 of the of Criminal Procedure Law.

In this context, we are of the opinion that this rule should be removed and replaced by a more balanced solution, as has already been done for other administrative offence regimes.

8. FINES AND OTHER FINANCIAL PENALTIES

The AdC proposes several amendments to article 69 of the Competition Act concerning setting the amounts of fines.

Firstly, it proposes adding a paragraph 3 on assessment of legal precedents for the purposes of setting the amount of a fine. In this respect, the AdC proposes considering any infringements – declared so in a final and binding decision of the European Commission or of a national competition authority – by any person or persons “*provided that they constitute a single economic entity*” with the undertaking under investigation at the time of the infringement.

The AdC amended its preliminary draft on this point, in order to be more consistent with the Directive, namely recital 47, and limited the consideration of legal precedents only in cases where the entity continues to commit the same or similar infringement to the one under investigation. Such amendment to the Preliminary Draft was necessary to ensure the proportionality of such rule.

Secondly, article 69(4) of the Draft Proposal states that “*the total worldwide turnover in the financial year immediately preceding the AdC’s final decision, by all the persons who constitute a single economic entity with each of the*

⁶⁶ Decree-law no. 298/92 of 31 December.

⁶⁷ Law no. 99/2009 of 4 September.

*infringing undertakings*⁶⁸ should be taken into account to determine how the fines should be calculated.

The Draft Proposal appears to reflect the provisions of article 15(1) of the Directive that are, in themselves, incompatible with the general principles applicable to sanctioning law at the EU level. However, the adoption of the worldwide turnover seems disproportionate and incompatible with both Portuguese law and the general principles of law.

Indeed, further to article 18(2) of the Portuguese Constitution, the restriction of rights, freedoms and guarantees may only occur in cases allowed by the Portuguese Constitution itself and to the extent necessary to safeguard rights or constitutionally-protected interests. Moreover, the legal asset that the Competition Act seeks to protect is, in general, competition, but it may, in particular, be segmented into several other assets: protecting consumer welfare, market competitiveness and small businesses, among others. Regardless of the public policy adopted to interpret and pursue the legal assets protected by the Competition Act, the protection must, in any event, be limited to the Portuguese market.

Therefore, the AdC proposes that the maximum limit of the fine be calculated based on a parameter that extrapolates this circumscription. In other words, by providing that the turnover is considered for the purpose of determining the maximum amount of the fine and is calculated from the overall turnover there is a clear discrepancy between the legal asset protected and the penalty resulting from the violation. This leads to the imposition of clearly disproportionate sanctions, such as an undertaking with limited activities in Portugal facing a huge penalty due to its global presence when this is unrelated to the infringement.

Therefore, the amendment does not comply with the fundamental provisions of the Portuguese Constitution under which penalties must be limited to safeguarding constitutionally-established rights and interests. Thus, the criteria included in article 69(4) should be removed⁶⁹.

Moreover, similar to the debate which took place in Spain and Germany, questions of unconstitutionality arise in relation to the higher limit of 10%

68 In Portuguese, “*volume de negócios total, a nível mundial, realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final proferida pela AdC, pelo conjunto de pessoas que integrem cada uma das empresas infratoras*”.

69 As highlighted by Jorge de Figueiredo Dias and Nuno Brandão, the maximum limit of up to 10% of the turnover of the sanctioned undertaking may result in amounts exceeding the maximum fine abstractly applicable to legal persons for offences, which, taking into account the combined reading of article 77(2) and article 90-B of the Criminal Code, must not exceed EUR 30 million. See Dias Figueiredo & Brandão, 2014: 452-453.

established to a heterogeneous set of infringements, which are very different in terms of seriousness and impact. Indeed, it is important to ensure that these provisions are fully compatible with the principles of legality, liability and harm⁷⁰.

Besides, as with other administrative offences, we are of the opinion that that specific ranges should be established within the 10% limit depending on the impact and seriousness of the infringement.

Furthermore, the ancillary sanction which prohibits the infringing entity from participating in tenders as provided for in article 71(1)(b) of the Competition Act is another example of a provision that would need to be reviewed. Indeed, this prohibition is likely to have negative effects on competition itself, in particular by limiting the number of participants in tenders and subsequent bids and, consequently, in the relevant markets.

However, we do acknowledge that the AdC has eliminated the wording proposed to article 88(2) in the Preliminary Draft, which provided for “*the amount of the fine fixed by the Court shall be updated by applying a rate equivalent to the legal interest calculated from 30 working days after notification of the AdC’s sanctioning decision until actual payment*”⁷¹, as this provision would only have reinforced the unpredictability and uncertainty of the penalty measure applicable to infringements of competition law. Indeed, even in the current Competition Act, the methodology for setting fines (article 69(2)) makes the maximum limit of the penalty to be imposed unpredictable and is out of touch with the economic reality of the infringing undertaking at the time of the infringement. In fact, this criterion is not even indicative of the potentially benefit obtained through the infringement. Thus, according to the criteria set out in article 69(2) of the Competition Act, the scope of the fine is not directly tied to the economic benefit obtained as a consequence of the alleged infringement.

9. EFFECTS OF JUDICIAL APPEALS

While determining the suspensive effect of appeals against final decisions imposing fines (see article 84(4)) in the Preliminary Draft was praiseworthy

70 Articles 2 and 8 of the General Regime of Administrative Offences and articles 18 and 29 of the Portuguese Constitution.

71 In Portuguese, “*o montante da coima fixado a final pelo Tribunal será atualizado mediante a aplicação de taxa equivalente aos juros legais, calculados desde 30 úteis dias após notificação da decisão sancionatória da AdC e até efetivo pagamento*”.

– in response to regular criticisms – unfortunately the AdC, in the Draft Proposal, ultimately decided to reinstate the current legal solution under which appeals, including those of an interlocutory decision, do not suspend the effects of the AdC’s decisions.

Indeed, the regime provided in article 84(4) and (5) of the Competition Act, which determines that appeals in competition law proceedings have no suspensive effect, by requiring the advance payment of very significant fines, but not allowing the provision of a guarantee or the constitution of an escrow deposit as in the EU, is clearly unconstitutional.

Such system breaches (i) the principle of presumption of innocence, (ii) the right to effective judicial protection, discouraging the right to an appeal, which is made worse by its combination with the possibility of a being fine being imposed – *reformatio in pejus* – also enshrined in the current version of the Competition Act, and (iii) the principle of proportionality, given the existence of more appropriate alternatives.

Additionally, the solution provided by the AdC diverges from legal regimes applicable in other areas of law within the Portuguese legal system and possibly in other jurisdictions, in violation of the principle of equality of procedural arms and leads to the unjust enrichment of the regulatory body at the expense of the sanctioned undertaking, while the legal proceedings are ongoing.

The unconstitutionality of this rule (and of other identical rules in other areas of law) has been repeatedly and contradictorily discussed by the Portuguese Constitutional Court, reflecting the important shortcomings of the rule contained in article 84(4) and (5) of the Competition Act.

Recently – between the date of publication of the Preliminary Draft and the Draft Proposal (which may explain the aforementioned twist) –, the Plenary of the Constitutional Court held that the effect enshrined in article 84(5) of the Competition Act is not contrary to the principles of effective judicial protection and the presumption of innocence⁷².

However, this decision cannot be considered to have resolved, or responded to, all the shortcomings of the rule, inasmuch as the judgment did not rule on, *inter alia*:

- (i). the disproportionate nature of the requirement that all provisional payment of the fine be made, excluding the possibility of a guarantee

⁷² Case no. 776/2019, (Judge Rapporteur: Rodrigues Ribeiro).

- been provided in lieu, without having to prove that the early payment of the fine causes the defendant considerable harm;
- (ii). the limitation of effective access to justice as there is no provision that allows the appeal court to grant a waiver or reduce the amount to be paid;
 - (iii). the existence of alternatives that ensure in a more equitable way the interests of the administrative authority and those of the defendant, as for example legal regimes drafted in different terms but which apply in similar cases in other areas (and jurisdictions), raising the issue of violation of the principle of equal procedural treatment⁷³;
 - (iv). unjust enrichment of the administrative authority at the expense of the sanctioned entity, without adequate guarantee for the protection and compensation in the event of annulment or subsequent reduction of the fine;
 - (v). the fundamental differences between the system established under the Competition Act and that applied in the EU, thus threatening the coherence and unity of the national and European systems.

We therefore recommend that appeals against decisions imposing fines or other penalties have, as for decisions imposing structural measures, suspensive effect. Additionally, we believe that the list of appeals with suspensive effect should be extended to include other appeals, namely of interlocutory decisions. Indeed, in such cases the non-suspensive effect would irreparably compromise protected interests and would in time become futile and, in this way, undermine the application of articles 407 and 408 of the Criminal Procedure Law in relation to administrative offence proceedings in competitive matters⁷⁴.

10. CONCLUSIONS

In conclusion, and as mentioned throughout this piece, there is ample room for improvement in the Draft Proposal and the AdC, without prejudice to its efforts to adjust some debatable issues (for instance, in providing further

⁷³ For example, the European Commission's repeated decision practice has been to refrain from promoting the enforcement of decisions by allowing the provision of a bank guarantee (possibly for a lesser amount than the fine and that is less restrictive than having to deposit an amount of the fine), irrespective of any "considerable harm" eventually caused by the early enforcement of the fine.

⁷⁴ For further developments, see Faria, 2017:147-166.

clarity in respect of the deadlines to file appeals), in particular in as regards the unjustified extension of the AdC's investigative powers and sanctioning alternatives, is at risk of gravely damaging the defendant's rights of defence and proper access to justice in a way that is contrary to the remainder of the Portuguese legal framework, and to the applicable general principles of law common to the legal traditions of other Member States. Even more importantly, some of these very debatable changes, such as interfering with in-house lawyers' scope of protection, are not even required by the Directive, as shown, and, therefore, should be cast aside at this stage.

Indeed:

- (i). the terminological changes proposed in the Draft Proposal – in particular, the removal of the term “*visado*” from the Competition Act – may have serious consequences for undertakings' rights of defence before the AdC and courts;
- (ii). the generic use of the word “person” – without proper and express equivalence of the term “person” to the term “undertaking” and the framing of its meaning within the Competition Act – makes the law unclear as to who are, or may be, the subjects and/or addressees of the provisions therein;
- (iii). the limitation of the criteria to be considered by the AdC when deciding whether to accept or reject a complaint, if anything, is *contrary* to the purposes set out in the ECN+ Directive, in particular the need to ensure effective use of the NCA's resources: indeed, the need to consider the probability of proving an infringement allows for better and more efficient use of the NCA's resources; it also limits the existence of “fishing expeditions” based on ill-founded complaints that ultimately use up the AdC's and investigated companies' resources;
- (iv). under the Draft Proposal, undertakings subject to an investigation – as well as *third parties* – may only refuse to provide the information and documents requested by the AdC if such entails the admission of an infringement; this is not compatible with the constitutionally-protected rights to remain silent and the privilege against self-incrimination, which are not only intended to prevent a person from confessing to a crime, but also to prevent the defendant from being obliged to contribute to its own incrimination;

- (v). requiring the defendant to submit emails and/or text messages is a way of circumventing the prohibition to seize correspondence, in breach of the principle of secrecy of correspondence set out in the Portuguese Constitution;
- (vi). the Draft Proposal expands the AdC search and seizure powers in a way that is not in accordance with the Portuguese legal framework. Indeed, the possibility of conducting searches for all information, data or clarifications on any format, whether physical or digital (namely, documents, files and email or instant messaging systems), irrespective of the support, condition or location they are stored in, as long as they are accessible to the undertaking being searched, is contrary to the principle of secrecy of correspondence and telecommunications and the principles of proportionality and necessity;
- (vii). no delimiting the AdC's powers of investigation to what is *strictly necessary* for the proceedings results in the possibility of searching, examining and collecting large and disproportionate volumes of emails and information which not only breaches the right to privacy of its holders but also the principles of efficiency, effectiveness and economic use of resources;
- (viii). the extension of the AdC's powers to access documents held by in-house lawyers – even if to determine whether they qualify as acts typically carried out by lawyers – breaches the fundamental right to professional secrecy constitutionally and legally afforded to lawyers, regardless of their contractual status;
- (ix). the possibility for the AdC to provisionally accept a certain confidentiality qualification but, at a later stage, and even after the final decision has been issued, change its stance unilaterally, creates an unacceptable degree of legal uncertainty for those concerned, who may see business secrets disclosed even after the procedure has ended with the issuance of the final decision;
- (x). the possibility for the defendant to access all documents available in the case file, regardless of the existence of any personal data belonging to other defendants, appears to grant absolute priority to the exercise of the rights of defence over the protection of personal data. To avoid such a radical change, the provision should be more explicit and state that access to personal data in the case file

- is protected *to the extent that the information is proven to be necessary for the exercise of the rights of defence and upon a well-founded request;*
- (xi). the possibility of the AdC indefinitely reviewing a decision to close the case based on a change in the circumstances on which it was based infringes the principle of legal certainty and is incompatible with one of the clear objectives of the Directive: to provide greater certainty and reasonableness in setting deadlines;
 - (xii). to this end, it is necessary to reconsider the deadline to file an objection in response to the submission of evidence from 10 to, at least, 20 business days;
 - (xiii). to provide greater certainty and reasonableness in setting deadlines, the rules establishing deadlines for the AdC to conclude its investigation should be mandatory or, at least, the number of extensions should be limited;
 - (xiv). still regarding the deadline for the defendant to appeal against a final sanctioning decision, the already existing deadline extension prohibition should be removed so as to include the possibility for the defendant to request, at least, one extension where this is justified by the complexity and volume of documentation in the case file;
 - (xv). the possibility of interrupting the limitation period as a result of any of the undertakings under investigation (even to companies that are part of the same economic entity or in a position of “interdependence” with the defendant) being notified of any act that may affect it, is not in line with Portuguese law;
 - (xvi). the possibility of interrupting the limitation period by notifying companies that are in a position of “interdependence” with the defendant, considering that such may entail notifying a company that does not belong to the defendant’s same economic entity at the time of the investigation, affects in an inconceivable manner the sphere of rights of third parties;
 - (xvii). using worldwide turnover to determine the fine is disproportionate and not coherent with neither Portuguese law nor the general principles of law: indeed, it could result in an undertaking with limited activities in Portugal facing an excessive penalty due to having a significant global presence that is in no way related to the infringement;

- (xviii). for the sake of legal certainty and proportionality, specific ranges should be established within the 10% limit of the fine, the impact and seriousness of the infringement being used as criteria;
- (xix). the ancillary sanction determining the inability of the infringing entity to participate in tender processes should be reviewed, as such sanction is likely to have negative effects on competition itself, in particular by limiting the number of participants in tenders and subsequent bids and, consequently, in the relevant markets; and
- (xx). the appeals against decisions imposing fines or other penalties and against interlocutory decisions should have, as for decisions imposing structural measures, suspensive effect.

For the reasons set out above, the authors hope that the Portuguese Parliament critically reviews the Draft Proposal when it is submitted by the Government with a view to re-balancing its provisions according to their observations and comments, which will thus ensure not only the effective transposition of the ECN+ Directive goals, but also its necessary coherence with the solutions of the Portuguese legal system and with the general principles of law applicable at the EU level, common to the traditions of the Member States and set out in the Fundamental Rights Charter and in the ECHR.

Even though the Competition Act is the apple of competition lawyers' (and competition law enforcers') eye, this emotional bond cannot justify establishing exceptional solutions and granting exceptional investigative powers, and the Draft Proposal, in the authors view, could benefit from a more rational systematic approach in terms of its solutions being more coherent with the applicable sanctioning law framework.

BIBLIOGRAPHY

ANASTÁCIO, GONÇALO & ALFAFAR, DIANA

- 2017 "Anotação e Comentário ao artigo 20.º da Lei n.º 19/2012 – Regime Jurídico da Concorrência", in Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques, José Luís da Cruz Vilaça, Gonçalo Anastácio, Manuel Lopes Porto (Coord.) Miguel Gorjão-Henriques (Dir.), *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, 2.ª ed., Edições Almedina, pp. 335-349.

FARIA, TÂNIA LUÍSA

2017 “Os efeitos dos recursos judiciais em processo de contraordenações da Autoridade da Concorrência: uma interpretação sistemática”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 32, pp. 147-166.

2019 “Review of the Portuguese Competition Act – The Seven Year Itch”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 39, pp. 104-114.

FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE

1983 “O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social”, in *Jornadas de Direito Criminal: O novo Código Penal Português e Legislação Complementar, I*, Centro de Estudos Judiciários, p. 331.

FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE & BRANDÃO, NUNO

2014 “Práticas Restritivas da Concorrência pelo Objeto: Consumação e Prescrição – Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Janeiro de 2014”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 24, julho-setembro.

PINTO DE ALBUQUERQUE, PAULO

2011 *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, Universidade Católica Editora.

Case law

European Court of Human Rights

Judgment of the ECHR of 6 December 2002, case no. 53892/00, *Lilly France, S.A. v France*.

Judgment of the ECHR of 3 April 2007, case no. 62617/00 – *Copland v. United Kingdom*.

Judgment of the ECHR of 16 October 2007, case no. 74336/01 – *Wieser v. Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*.

Judgment of the ECHR of 27 September 2011, case no. 43509/08, *Menarini Diagnostics S.R.L. v Italy*.

Opinion in case no. 11598/85 of 30.05.1991, *Société Stenuit v France*, Report Series A, no. 232A.

Case-Law of the Court of Justice of the European Union

Judgement of the Court of Justice of 25 November 1971, case no. C-22/71 – *Béguelin Import Co. v. SA G.L. Import Export*, ECLI:EU:C:1971:113.

Judgement of the Court of Justice of 18 July 2013, case no. C-501/11 P – *Schindler Holding and Others v Commission*, ECLI:EU:C:2013:522.

Judgement of the Court of Justice of 27 April 2017, case no. C-516/15 P – *Akzo Nobel and Others v Commission* – ECLI:EU:C:2017:314.

Judgement of the Court of Justice of 14 March 2019, case no. C-724/17 – *Skanska Industrial Solutions and Others* – ECLI:EU:C:2019:204.

Judgement of the Court of First Instance of 14 May 1998, case no. T-348/94 – *Enso Española v. Commission*, ECLI:EU:T:1998:102.

Portuguese case law

Judgement of the Constitutional Court of 10 February 2020, case no. 776/2019.

Judgement of the Constitutional Court of 11 October 2011, case no. 461/11.

Judgement of the Constitutional Court of 17 June 2011, case no. 340/11.

Judgment of the Supreme Court of Justice of 19 January 2017, case no. 11/15. 1YQSTR.S1.

Judgment of the Lisbon Court of Appeal of 31 May 2017, case no. 246/14. 4TELSB-A.L1-3.

C&R

BREVES

BREVES

A CRISE DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO DE 5 DE MAIO DE 2020

*Miguel Pena Machete & Marlene Sennewald Sippel**

1. A POSIÇÃO ADOPTADA PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO

No passado dia 5 de Maio, o segundo Senado do Tribunal Constitucional alemão proferiu um acórdão que está a gerar polémica em toda a Europa e que reacende discussões clássicas da integração europeia.

Em causa estava um conjunto de queixas constitucionais (*Verfassungsbeschwerden*), instauradas por cidadãos na Alemanha, nas quais se submetia à apreciação do Tribunal Constitucional eventuais infracções à Constituição alemã, por parte de órgãos políticos, nomeadamente do Governo central e do Parlamento central da Alemanha, por não terem adoptado as medidas adequadas à avaliação e fundamentação, à luz do princípio da proporcionalidade, por parte do Banco Central Europeu (BCE), do seu programa de compra de activos do sector público em mercados secundários, o denominado *Public Sector Asset Purchase Programme – PSPP* (implementado pela Decisão 2015/774 do Banco Central Europeu, de 4 de Março de 2015, posteriormente alterado pela Decisão 2015/2101, de 5 de Novembro de 2015, pela Decisão 2015/2464 de 16 de Dezembro de 2015, pela Decisão 2016/702, de 18 de Abril de 2016 e pela Decisão 2017/100, de 11 de Janeiro de 2017). O Tribunal Constitucional deu razão aos queixosos e julgou que

* Advogados na SLCM – Serra Lopes, Cortes Martins & Associados. Os autores escrevem de acordo com a antiga ortografia. *Key-Words*: Supremacy of European Union over national law; German Constitutional Court; European Central Bank; Monetary Policy.

o Governo central e o Parlamento central alemães, efectivamente, violaram a Constituição alemã, ao não terem adoptado medidas que garantissem que as decisões adoptadas pelo BCE para instituir e executar o PSPP fossem adequadamente avaliadas e fundamentadas à luz do princípio da proporcionalidade.

A decisão foi precedida de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que foi chamado a pronunciar-se sobre a legalidade da Decisão 2015/774 do BCE (e posteriores alterações), em especial, se aquela violava o artigo 123.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) – que proíbe a concessão de créditos sob a forma de descobertos ou sob qualquer outra forma pelo BCE ou pelos bancos centrais dos Estados membros em benefício de autoridades e de organismos públicos da União e dos Estados membros, bem como a compra directa de títulos de dívida a essas entidades – e se o BCE estaria a exceder o seu mandato em matéria de política monetária, nomeadamente, pelo facto de (i) o PSPP ter uma influência considerável sobre as condições de refinanciamento dos Estados membros, (ii) poderem estar em causa, não só objectivos de política monetária (da competência exclusiva da União Europeia), mas também, pelo menos ao mesmo nível, objectivos de política económica (matéria em que a União Europeia apenas dispõe de competências de coordenação), (iii) a Decisão em causa violar o princípio da proporcionalidade devido ao seu forte impacto em matéria de política económica, e (iv) além disso, face à ausência de fundamentação específica dessa Decisão, durante a sua execução, que dura há mais de dois anos, a mesma ser insindicável do ponto de vista da sua necessidade e proporcionalidade.

É de salientar que, em virtude de estar em causa a apreciação de uma questão que envolvia a interpretação dos Tratados, assim como a apreciação da validade de actos adoptados por uma instituição da União, o reenvio era obrigatório (ao abrigo do artigo 267.º, 3.º parágrafo do TFUE).

O TJUE veio a proferir acórdão em 11 de Dezembro de 2018, tendo julgado que (i) o PSPP não violaria a proibição de concessão de créditos sob a forma de descobertos, ou sob qualquer outra forma, pelo BCE ou pelos bancos centrais dos Estados membros, em benefício de autoridades e de organismos públicos da União e dos Estados membros, bem como a proibição de compra directa de títulos de dívida a essas entidades, prevista no artigo 123.º, n.º 1 do TFUE; (ii) que o BCE fundamentou suficientemente a Decisão 2015/774, estando satisfatoriamente definido o objectivo prosseguido pelo PSPP e os motivos que justificaram a instituição e prossecução deste programa; (iii) que,

tendo em conta o objectivo dessa Decisão (contribuir para a retoma, a médio prazo, das taxas de inflação para níveis inferiores, mas próximos de 2%) e os meios previstos para o alcançar, o PSPP se enquadra no domínio da política monetária e; (iv) que não foi violado o princípio da proporcionalidade, uma vez que, quer sob o prisma da adequação, quer sob o prisma da necessidade do PSPP, não se afiguraria que a análise feita pelo SEBC – Sistema Europeu de Bancos Centrais (ao qual o TJUE reconhece um amplo poder de apreciação) estaria viciada por erro manifesto de apreciação.

De acordo com os Tratados, esta decisão vincula o tribunal nacional. Sucede que o Tribunal Constitucional alemão entendeu que não estaria vinculado por determinadas partes da decisão proferida pelo TJUE, nomeadamente pela apreciação feita do cumprimento do princípio da proporcionalidade e da necessidade de fundamentação associada a esse princípio. A justificação apresentada para esta desvinculação foi a de que, no âmbito da fiscalização da proporcionalidade das decisões referentes ao PSPP, o TJUE terá seguido raciocínios arbitrários (a metodologia de aplicação do princípio da proporcionalidade não era defensável, na medida em que TJUE deixara de fora, por completo, as consequências concretas do PSPP), o que conduz à qualificação da própria decisão do TJUE, nesta parte, como um acto *ultra vires* que, portanto, não vincula o Tribunal Constitucional alemão. No entendimento deste Tribunal, ao reputar de irrelevantes as consequências económicas concretas do PSPP, o TJUE está a desconsiderar a importância do princípio da proporcionalidade (previsto no artigo 5.º, 1.º parágrafo, 2.º subparágrafo, e 4.º parágrafo, do Tratado da União Europeia – TUE), nomeadamente a sua função correctiva com vista a proteger as competências estaduais. No entendimento do Tribunal Constitucional alemão, uma tal interpretação, praticamente, esvazia o princípio da atribuição (previsto no artigo 5.º, 1.º parágrafo 1, 1.º subparágrafo, e 2.º parágrafo, do TUE), na medida em que tem por efeito uma alteração estrutural à delimitação de competências entre a União e os Estados membros, em detrimento dos últimos. O Tribunal Constitucional alemão sublinha que aceita que se tem de reconhecer uma certa margem de discricionariedade ao BCE, mas não no que toca à definição da amplitude da sua esfera de competências. A ponderação dos efeitos concretos do PSPP (não só ao nível monetário, mas, também, ao nível político-económico, político-social e, até, político-fiscal) constitui um pressuposto para que possa ser possível proceder a um efectivo controlo sobre se as medidas em questão ainda encontram cobertura na competência atribuída ao BCE, ou se a excedem. Em consequência, a não atribuição de relevância jurídica, pelo

TJUE, aos efeitos concretos do PSPP, tanto no âmbito da definição de objetivos por parte do SEBC, como no âmbito do controlo da proporcionalidade, não seria, metodologicamente, aceitável e, por isso, excederia manifestamente o mandato conferido ao TJUE (ao abrigo artigo 19.º, n.º 1, 2.º parágrafo, do TUE), sendo, por isso, qualificável como um acto *ultra vires*, que não vincula o Estado alemão.

Aqui chegados, o Tribunal Constitucional procede à avaliação da Decisão 2015/774 do BCE, de 4 de Março de 2015, e posteriores alterações, à luz do princípio da proporcionalidade, seguindo a sua própria metodologia, sem atender ao entendimento alcançado pelo TJUE, concluindo que as decisões em causa não estariam suficientemente fundamentadas ao abrigo do princípio da proporcionalidade, por não cumprirem o dever de fundamentação referente à ponderação dos efeitos económicos do PSPP. Em concreto, o Tribunal Constitucional entendeu que, sob o prisma da necessidade ou exigibilidade, as decisões referentes ao PSPP se limitaram a afirmar que, tendo em vista o objectivo de alcançar taxas de inflação inferiores, mas próximas de 2%, não existiam à disposição medidas menos onerosas, sem que se tenha especificado quais os “ónus” que deverão entrar nessa ponderação. Além disso, as decisões também não conteriam uma prognose por referência aos efeitos económicos do PSPP e se tais efeitos se encontram numa relação adequada com as vantagens de política monetária que se pretendem alcançar. A omissão da demonstração de uma ponderação dos efeitos económicos do PSPP comprometeria a possibilidade de fiscalização da proporcionalidade das medidas tendo em conta os seus eventuais efeitos económico-sociais, pelo que é de considerar que violam o princípio da atribuição. Em consequência, concluiu o tribunal alemão, a Decisão (UE) 2015/774 do BCE, de 4 de Março de 2015, e posteriores decisões de alteração, deverão ser qualificadas como actos *ultra-vires*.

Num último momento, o Tribunal Constitucional explicita que o Governo central e o Parlamento central, enquanto órgãos estatais supremos da Alemanha, têm uma “responsabilidade de integração”, que compreende o dever de adoptar todas as medidas necessárias ao cumprimento do “programa de integração” europeia. Neste sentido, sempre que uma medida adoptada pelas instituições, órgãos ou organismos da União excede, de forma manifesta e estruturalmente significativa, os limites do programa de integração, o Governo central alemão e o Parlamento central alemão têm o dever de tomar (ao abrigo da sua discricionariedade política) as medidas necessárias à reposição da ordem de competências (o que poderia ocorrer, até, por via

da legitimação posterior de tais competências, isto é, por via da alteração do Direito Primário). No caso de não ser possível, ou desejado, proceder-se a uma ampliação dos poderes atribuídos à União Europeia, aqueles órgãos têm o dever de, no âmbito das suas competências, tomar as medidas legais ou políticas adequadas ao levantamento das medidas não cobertas pelo programa de integração e, ainda – enquanto tais medidas forem eficazes –, tomar as providências apropriadas à contenção, ao nível nacional, dos efeitos produzidos por essas medidas.

O Tribunal Constitucional alemão foi ainda mais longe, referindo que, no caso concreto, a responsabilidade de integração dos referidos órgãos políticos implica que estes tomem as medidas apropriadas a obter, por parte do BCE, uma adequada avaliação (e fundamentação) do PSPP à luz do princípio da proporcionalidade (o que implica a ponderação dos seus efeitos económicos) e, ainda, a monitorizar as compras feitas pelo Eurosistema ao abrigo do PSPP, de modo a garantir o respeito (pelas fronteiras) do mandato conferido ao SEBC.

O Tribunal Constitucional alemão ainda sublinha que os órgãos constitucionais, assim como organismos e tribunais alemães não podem colaborar na concepção, execução ou implementação de actos *ultra vires*, pelo que o Banco central alemão (*Bundesbank*) estaria impedido de proceder à execução do PSPP, sem que (antes) o BCE demonstre, de forma adequada, que os objectivos de política monetária prosseguidos através do PSPP não são desproporcionais quando contrabalançados com os respectivos efeitos político-económicos e político-fiscais.

2. ANÁLISE CRÍTICA

Um primeiro aspecto que confere grande impacto a esta decisão do Tribunal Constitucional alemão é que este Tribunal procedeu à fiscalização (em última instância) da validade de decisões adoptadas pelo Conselho do BCE, ou seja, de actos de uma instituição da União Europeia, o que, de acordo com os Tratados da UE, constitui uma prerrogativa própria e exclusiva do TJUE. Mas o Tribunal Constitucional alemão não se ficou por aí, pois sindicou, também, a própria decisão proferida pelo TJUE, em sede de reenvio prejudicial, sobre as questões (de Direito da União Europeia) que lhe foram dirigidas pelo Tribunal Constitucional alemão.

O acórdão proferido pelo Tribunal Constitucional alemão reacende, assim, de modo porventura inédito, a discussão em torno do princípio da primazia

do Direito da União Europeia, e em especial, sobre a questão do posicionamento hierárquico das leis fundamentais nacionais em relação ao direito da União Europeia e a consequente possibilidade de controlo, pelos guardiões de tais leis fundamentais (os tribunais constitucionais nacionais), dos actos praticados pelas instituições da União Europeia.

É curioso que, na fundamentação do seu acórdão, o Tribunal Constitucional alemão reconhece e sublinha a importância do respeito pelo princípio da unidade e coerência do Direito da União, afirmando mesmo que, se cada Estado membro, sem mais, se arrogasse do direito de, através dos seus próprios tribunais, decidir da validade dos actos jurídicos da União, aquele princípio estaria posto em causa. Não obstante, em momento posterior, este mesmo Tribunal reafirma o que já vinha afirmando no passado, nomeadamente que entende que os Estados membros não poderão abdicar, por completo, de fazer um controlo *ultra vires*, sob pena de se correr o risco de apenas os órgãos da União Europeia disporem das normas dos Tratados, mesmo naqueles casos em que, na prática, poderá estar em causa um extravasar do mandato atribuído à União Europeia.

Compreende-se que os tribunais constitucionais nacionais não pretendam prescindir, de forma geral e abstracta, da possibilidade de verificar – e fiscalizar – se as instituições europeias actuam no âmbito (e, portanto, respeitando os limites) do mandato (das competências) que os Estados membros soberanos lhes concederam através dos Tratados, havendo, por isso, a tentativa de preservar a prerrogativa de poder fazer um tal controlo, pelo menos, nos casos mais ostensivos e gritantes. E isto vale, também, para a actuação do próprio TJUE. Com efeito, há que reconhecer que existe o risco, por via interpretativa do Direito da União, ou mesmo por via do aligeiramento do controlo, por parte do Tribunal da União, das medidas adoptadas por uma instituição europeia, de que se abra caminho a uma auto-extensão das competências da União Europeia. A este propósito é de notar que, no caso concreto, o TJUE adoptou uma postura de controlo minimalista da fundamentação do PSPP – um programa que, à data de 8 de Novembro de 2019, já totalizava compras de activos por um valor superior a 2 biliões de euros – à luz do princípio da proporcionalidade, fundamentando tal opção minimalista na reserva de discricionariedade que deveria ser reconhecida ao SEBC. Ora, do corpo do acórdão do Tribunal Constitucional alemão resulta, precisamente, a preocupação com o facto de o TJUE, na prática, estar a autorizar o BCE a invadir as competências estaduais em matéria de política económica (e social), em violação do princípio da

atribuição. Com efeito, o raciocínio basilar exposto no acórdão do tribunal alemão é o de que só a explicitação da ponderação (também) dos efeitos económicos do PSPP permitiria, em última análise, poder aferir se ainda nos encontramos perante medidas de política monetária (da competência exclusiva da União Europeia) ou se já se terá de constatar que o BCE está a invadir a esfera de competências dos Estados membros, nomeadamente em matéria de política económica.

É evidente que é necessário proceder ao controlo (rigoroso) da actuação das instituições da União Europeia, nomeadamente à luz do quadro de competências que lhes foram atribuídas pelos Estados membros. A questão é, todavia, a de saber a quem deve pertencer esse controlo. Nos termos dos Tratados, esse controlo deve pertencer à própria União Europeia, nomeadamente ao TJUE, estando previstos, nos Tratados, os mecanismos necessários ao recurso, pelos próprios tribunais nacionais, àquele TJUE, sempre que esteja em causa a apreciação da legalidade de um acto de uma instituição (ou órgão ou organismo) da União Europeia. Mas, feito tal controlo, poderão os Estados membros formular um juízo autónomo sobre a questão e afastar-se do juízo do TJUE? É que, recorde-se, a fiscalização por parte do Tribunal Constitucional das decisões do BCE referentes ao PSPP teve como pressuposto que aquele tribunal se considera desvinculado ou desobrigado do julgamento que o TJUE fez das referidas decisões do BCE. E, em bom rigor, o que temos é uma discordância substantiva do Tribunal Constitucional alemão sobre o juízo que o TJUE fez no âmbito da apreciação do PSPP à luz do dever de fundamentação e do princípio da proporcionalidade. Isto é, o TJUE entendeu que o PSPP estaria suficientemente fundamentado e passaria no teste do princípio da proporcionalidade, enquanto que o Tribunal Constitucional alemão discordou deste entendimento.

Trata-se de uma discussão muito complexa, no âmbito da qual os diversos actores (nomeadamente os tribunais constitucionais nacionais) procuram tendencialmente actuar de forma muito reservada, cientes da importância do princípio da primazia para a efectividade do Direito da União e, nessa medida, para o funcionamento da União Europeia.

O Tribunal Constitucional alemão sublinhou (aliás, de forma coerente com o que vinha afirmando no passado) que se pode afastar do (e desconsiderar o) juízo do TJUE, desde que esteja em causa uma actuação *ultra vires* (neste caso, do próprio TJUE), isto é, que extravase os limites do mandato conferido à União e às suas instituições. O Tribunal Constitucional alemão ainda

sublinha que, para poder haver controlo *ultra vires*, a violação do princípio da atribuição deve ser “suficientemente qualificada”, isto é, que tem de se tratar de uma violação evidente, que conduz a uma alteração estruturalmente significativa do modelo de distribuição de competências em prejuízo dos Estados membros, salientando, além disso, que a fiscalização *ultra vires* deve ser exercida “com as devidas reservas” e de modo “Europe-friendly”.

O Tribunal Constitucional alemão refere, ainda, que o princípio da primazia simplesmente não tem aplicação quando se trata de um acto *ultra vires*, na medida em que, neste caso, não há legitimação democrática. Contudo, é evidente que se trata de um raciocínio circular, pois a primazia última do Direito da União tem como pressuposto necessário que seja o TJUE a ter a última palavra nas questões de legalidade dos actos das instituições da União Europeia. Aliás, só assim se obterá a satisfação de um outro não menos relevante princípio do direito da União, nomeadamente o da sua aplicação uniforme em todos e cada um dos Estados membros.

É certo que o acórdão em apreço representa, por isso, um forte abanão na unidade jurídica da União Europeia, que não é negligenciável, atento o peso e respeito reconhecidos ao Tribunal Constitucional alemão e o risco inerente de o acórdão proferido poder qualificar-se como precedente para outros tribunais (constitucionais ou infraconstitucionais) e governos nacionais, mormente aqueles com regimes mais críticos relativamente à Europa e ao projecto europeu. O *timing* para a ocorrência de um abanão deste calibre, numa altura em que se pretende implementar os denominados “coronabonds”, também não foi, certamente, o melhor.

Resta a questão: e agora? Como se vai posicionar o Governo central alemão e o Parlamento central alemão, que receberam ordens claras, pelo Tribunal Constitucional alemão, para adoptar as medidas adequadas a obter, por parte do BCE, uma apropriada avaliação (e fundamentação) do PSPP à luz do princípio da proporcionalidade (o que implica a necessária ponderação dos seus efeitos económicos) e, ainda, a monitorizar as compras feitas pelo Eurosistema ao abrigo do PSPP, de modo a garantir o respeito (das fronteiras) do mandato conferido ao SEBC? Como se vai posicionar o Banco central alemão, que, de acordo com o Tribunal Constitucional alemão, está impedido de proceder à execução do PSPP, sem que o BCE demonstre, de forma adequada, que os objectivos de política monetária prosseguidos através do PSPP não são desproporcionais, quando contrabalançados com os respectivos efeitos político-económicos e político-fiscais? Como se vai posicionar a União? E como se vai posicionar o próprio BCE?

É certo que a Comissão Europeia já ameaçou com uma acção de incumprimento (o que faz todo o sentido, visto que o Tribunal Constitucional alemão não respeitou a decisão de reenvio proferida pelo TJUE, que, segundo os Tratados, é vinculativa). Por sua vez, o BCE já esclareceu que não deve explicações ao Tribunal Constitucional alemão e o TJUE sublinhou a força vinculativa das suas decisões proferidas em sede de reenvio prejudicial. Mas será que um medir de forças resolve verdadeiramente o problema?

Se queremos uma Europa unida (o que, neste momento, parece ser mais importante do que nunca, atenta a actual situação de crise), e se queremos preservar a união monetária, cerrar fileiras e brandir as armas (assim como assumir uma postura arrogante) não nos levam, seguramente, a lado algum, pelo que a solução a encontrar terá de ser, forçosamente, uma solução de natureza político-diplomática.

É de notar que o próprio Tribunal Constitucional alemão aponta para uma saída para o impasse criado, referindo que, na sua perspectiva, o vício apontado às decisões do BCE ficará (poderá ficar), à partida, sanado, se aquela instituição proceder à demonstração da proporcionalidade do PSPP. Como o BCE não está sujeito à jurisdição do Tribunal Constitucional alemão, isso não poderá ocorrer, como é evidente, por via directa, devendo, antes, ser o Banco central alemão ou, até, o Parlamento Europeu, a solicitar essa demonstração ao BCE.

Parece que uma tal solução poderá desbloquear o problema, não obstante poder ela própria, também, lançar novas questões. Desde logo, pergunta-se, o que sucederá com as explicações que vierem a ser dadas pelo BCE (a pedido do Banco central alemão ou do Parlamento Europeu)? Sentir-se-á o Banco central alemão confortável para ser ele próprio a aferir se essas explicações cumprem as exigências, em termos de proporcionalidade, impostas pelo Tribunal Constitucional alemão? Ou terão essas explicações que ser novamente fiscalizadas pelo Tribunal Constitucional alemão (o que, em rigor, pressuporia e exigiria novo reenvio prejudicial para o TJUE)? E o que acontecerá se, atenta a fundamentação que vier a ser avançada pelo BCE, o Tribunal Constitucional alemão entender que as medidas em questão deverão ser classificadas como medidas de política económica, que, nessa medida, extravasam a competência do BCE e, assim, violam o princípio da atribuição? Isto porque, recorda-se, o ênfase colocado pelo Tribunal Constitucional alemão na necessidade de exposição da ponderação dos efeitos económicos do PSPP se prendeu com a necessidade de apurar se se trata, ainda, de medidas cobertas pelo mandato europeu do BCE.

Não obstante todas as críticas – certamente fundadas – que poderão ser dirigidas à decisão do Tribunal Constitucional alemão e de todas as questões que suscita, é indubitável que a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão lançou um grande desafio a toda a União, às instituições europeias e à própria Alemanha. Só resta esperar que todos os intervenientes adoptem, agora, uma postura pragmática e diplomática e, sobretudo, “Europe-friendly”.

REGRAS SOBRE AUXÍLIOS DE ESTADO EM TEMPOS PANDÉMICOS: FLEXÃO OU TORÇÃO?*

*Miguel Mendes Pereira** & Carla Marcelino***

Ao som das sirenes pandémicas, Margrethe Vestager, Comissária Europeia para a Concorrência, apresentou em 19 de março de 2020 o Quadro Temporário relativo a medidas de Auxílios de Estado¹ e expôs, com linearidade escandinava, a visão da Comissão:

“The economic impact of the COVID-19 outbreak is severe. We need to act fast to manage the impact as much as we can. And we need to act in a coordinated manner. This new Temporary Framework enables Member States to use the full flexibility foreseen under State aid rules to support the economy at this difficult time.”

A 17 de setembro, a Comissão Europeia tinha aprovado um assombroso montante de 1.406 mil milhões de euros em auxílios estatais para concessão pelos Estados Membros, transversalmente a toda a UE, no intuito de combater o impacto económico do surto de coronavírus.

* Republicação e tradução do artigo *State aid rules in pandemic times: flexing or bending?* publicado na edição de setembro de 2020 da publicação *Antitrust Matters* da DLA Piper. A presente republicação inclui dados atualizados até 17 de setembro de 2020. Os autores agradecem a inestimável colaboração de Rita Pimentel Torres na tradução do texto. *Key-Words*: auxílios estatais; auxílios de Estado; Covid-19; Quadro Temporário relativo a medidas de auxílio estatal. *JEL Code K210*.

** Advogados na DLA Piper na área de Direito da Concorrência & União Europeia.

“Quadro temporário relativo a medidas de auxílio estatal em apoio da economia no atual contexto do surto de COVID-19”, 2020/C 91 I/01, 20.03.2020, p. 1-9.

1. O QUADRO TEMPORÁRIO (ALARGADO)

O núcleo do pacote da Comissão foi aprovado ao abrigo do Quadro Temporário, concebido com o propósito de permitir auxílios concedidos “para sanar uma perturbação grave da economia de um Estado Membro”¹. A versão inicial centrava-se em:

- subvenções diretas, benefícios fiscais seletivos e adiantamentos;
- garantias estatais para empréstimos contraídos por empresas junto de bancos;
- empréstimos públicos subvencionados às empresas;
- salvaguardas para bancos que canalizam auxílios estatais para a economia real;
- seguro de crédito à exportação em operações de curto prazo.

A 3 de abril, a Comissão alterou o Quadro Temporário² de modo a cobrir:

- investigação e desenvolvimento relevantes em matéria de coronavírus;
- construção e modernização de instalações destinadas a testar produtos relacionados com coronavírus;
- produção de produtos necessários para dar resposta ao surto de coronavírus;
- diferimento do pagamento de impostos e/ou suspensão das contribuições para a segurança social nos sectores, regiões ou para os tipos de empresas mais afetados pelo surto;
- subsídios salariais para os trabalhadores das empresas dos sectores ou regiões mais afetados pelo surto de coronavírus que, de outra forma, teriam de recorrer a despedimentos.

A 8 de maio a Comissão alargou o âmbito do Quadro Temporário³ para permitir intervenções públicas direcionadas, sob a forma de recapitalização e de medidas de dívida subordinada para empresas não-financeiras, centrando-se nos seguintes aspetos:

1 Artigo 107.º, n.º 3, alínea b) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“Tratado”).

2 “Alteração ao Quadro Temporário relativo a medidas de auxílio estatal em apoio da economia no atual contexto do surto de COVID-19”, 2020/C 112 I/01, 4.4.2020, p. 1-9.

3 “Segunda alteração ao Quadro Temporário relativo a medidas de auxílio estatal em apoio da economia no atual contexto do surto de COVID-19”, 2020/C 164/03, 13.05.2020, p. 3-15.

- condições sobre a necessidade, adequação e dimensão da intervenção;
- condições sobre a entrada do Estado no capital das empresas e remuneração;
- condições relativas à saída do Estado do capital das empresas em causa;
- condições relativas à governação;
- proibição de subvenções cruzadas e impedimentos à aquisição de empresas.

Finalmente, a 29 de junho, a Comissão expandiu o Quadro Temporário⁴ para permitir aos Estados Membros prestarem apoio público a micro e pequenas empresas, mesmo que estas já se encontrassem em situação de dificuldade financeira a 31 de dezembro de 2019.

A Comissão adaptou também as condições relativas a medidas de recapitalização para os casos em que os investidores privados contribuem para o aumento de capital das empresas (independentemente da respetiva dimensão) em conjunto com o Estado. O objetivo foi o de encorajar injeções de capital nas empresas com significativa participação de investidores privados, limitando a necessidade de auxílios estatais e o risco de distorções da concorrência, nomeadamente quando os investidores privados contribuam para o aumento de capital com, pelo menos, 30% do novo capital injetado, nas mesmas condições que o Estado.

Nessas circunstâncias, a condicionalidade à aprovação do auxílio pela Comissão será substancialmente reduzida, nomeadamente no que respeite a aquisição de empresas e proibições de dividendos, limites máximos à remuneração dos gestores e saída do Estado.

Até 17 de setembro, a Comissão tinha aprovado 1.310 mil milhões de euros de medidas de auxílio estatal a serem concedidas ao abrigo do Quadro Temporário⁵.

4 “Terceira alteração ao Quadro Temporário relativo a medidas de auxílio estatal em apoio da economia no atual contexto do surto de COVID-19”, 2020/C 218/03, 2.7.2020, p. 3-8.

5 A Comissão aprovou um montante adicional de 64 mil milhões de euros de auxílios de Estado tecnicamente fora do âmbito do Quadro Temporário, mas ainda ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3, alínea b) do Tratado, a mesma disposição em que se baseia o Quadro Temporário.

2. OCORRÊNCIAS EXTRAORDINÁRIAS

A Comissão aprovou também “auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários”⁶.

A Comissão qualificou o surto da Covid-19 como um “acontecimento extraordinário”, uma vez que se trata de uma ocorrência excecional e imprevisível, com significativo impacto económico. Deste modo, as intervenções excecionais dos Estados Membros destinadas a compensar os danos diretamente ligados ao surto são consideradas justificadas.

O argumento do “acontecimento extraordinário” foi menos utilizado pelos Estados Membros nas suas notificações à Comissão do que o fundamento baseado numa “perturbação grave da economia”. A justificação para tal parece residir num maior peso do ónus da prova em sede de invocação do “acontecimento extraordinário”, ligado à necessidade de provar os danos e demonstrar o nexo de causalidade direto com o surto de coronavírus. Não significa que a prova seja, nas atuais circunstâncias, especialmente laboriosa, mas requer em casos menos evidentes um trabalho adicional de apuramento dos factos, o que acarreta uma inevitável morosidade. Como a celeridade é um imperativo no exercício de resgate em curso, a maioria dos Estados Membros optou por invocar a justificação da “perturbação grave na economia”.

Até 17 de setembro, a Comissão tinha aprovado 28.2 mil milhões de euros de medidas de auxílio estatal para compensar os danos causados por “acontecimentos extraordinários”.

3. AUXÍLIOS DE EMERGÊNCIA E À REESTRUTURAÇÃO

O Quadro Temporário (tal como o fundamento baseado em “acontecimentos extraordinários”) não se aplica a “empresas em dificuldade”, isto é, a empresas que estão provavelmente condenadas à insolvência no curto ou médio prazo sem intervenção do Estado, quer devido à dissipação da maior parte do seu capital social em resultado de perdas acumuladas, quer em virtude da sujeição a um processo de insolvência, ou ainda em razão da debilidade do respetivo rácio de endividamento. Nestes casos, aplicam-se o artigo 107.º, n.º 3, alínea c) do Tratado e as “regras sobre auxílios de emergência e à reestruturação”⁷, as

6 Artigo 107.º, n.º 2, alínea b) do Tratado.

7 “Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade”, 2014/C 249/01, 31.7.2014, p. 1-28.

quais obrigam a empresa em causa a submeter-se a um processo de reestruturação.

Até 17 de setembro, apenas dois casos (TAP Air Portugal e SATA) foram aprovados pela Comissão ao abrigo destas regras (1.3 mil milhões de euros).

4. SETORES

Para além de regimes horizontais ou medidas destinadas a apoiar a economia em geral, os Estados Membros notificaram um conjunto de medidas setoriais específicas ou por categoria. Até 17 de setembro, estes são os sectores e categorias mais significativos que receberam a aprovação da Comissão para apoio estatal:

Tabela 1

Setores*	Montante de auxílios de Estado (em mil milhões de euros)
Transporte aéreo	20.934
Mercado de seguros de crédito	13.048
Serviços de transporte**	6.849
Indústria automóvel	5.071
Agricultura, floricultura, silvicultura, pesca, aquicultura	3.621
Operadores turísticos	1.374
Produção, oferta e I&D de equipamento médico relevante para o surto de Covid-19	2.729
Indústria da restauração	0.12
Organizadores de grandes eventos ou eventos culturais	0.7
Empresas de media	0.3

*Excluídos esquemas que visam o apoio global da economia.

**Excluído o transporte aéreo.

Fonte: Comissão Europeia, Surto de Coronavírus – Lista das medidas dos Estados-Membros, aprovada ao abrigo dos artigos 107.º, n.º 2, alínea b), 107.º, n.º 3, alínea b) e 107.º, n.º 3, alínea c) do Tratado, e ao abrigo do Quadro Temporário de Auxílios Estatais, atualizada a 17 de setembro de 2020.

Tabela 2

Beneficiários*	Montante de auxílios de Estado (em mil milhões de euros)
Trabalhadores independentes	28.8**
PMEs e empresas de média capitalização	20.4
Empresas exportadoras	6

*Lista não exaustiva de beneficiários.

**Dos quais 2.3 mil milhões para “empresas e trabalhadores independentes”.

Fonte: Comissão Europeia, Surto de Coronavírus – Lista das medidas dos Estados-Membros, aprovada ao abrigo dos artigos 107.º, n.º 2, alínea b), 107.º, n.º 3, alínea b) e 107.º, n.º 3, alínea c) do Tratado, e ao abrigo do Quadro Temporário de Auxílios Estatais, atualizada a 17 de setembro de 2020.

Em termos de setores, não surpreende que o montante atribuído ao transporte aéreo se destaque vivamente, dado o congelamento quase total que foi imposto ao tráfego aéreo e ao custo inerente à paralisação de extensas frotas em terra.

Em termos de categorias de beneficiários, o montante atribuído a trabalhadores independentes pode afigurar-se ligeiramente mais surpreendente, embora a inexistência de um regime de “layoff” para trabalhadores independentes constitua uma justificação provável para este destaque.

5. DÉJÀ VU, OU TALVEZ NÃO

A Comissão tem sido amplamente elogiada pela celeridade no tratamento dos pedidos dos governos nacionais. O ritmo a que as notificações foram tratadas (nalguns casos, em 24 horas) recorda a cadência das “*task forces* para a crise financeira” criadas pela Direção-Geral da Concorrência durante a crise financeira e económica de 2008.

De facto, esta é a segunda vez em dez anos que se assiste a esta escala de intervenção pública na economia da UE sob a forma de auxílios de Estado. Felizmente, ao contrário do que ocorreu aquando da crise de 2008, desta vez não está em causa o risco sistémico no sector financeiro, nem se verificam as ligações entre empresas em dificuldades (na verdade, bancos) e países soberanos suscetíveis de comprometer a solvência de ambos. No entanto, as boas notícias terminam aqui.

A pandemia de Covid-19 atingiu diretamente a economia real, provocando um colapso simultâneo do lado da oferta e do lado da procura. Por outro lado, a situação epidemiológica mantém-se, a doença continua ativa

e, até que exista uma vacina eficaz, continuarão a ser necessárias medidas de contenção da pandemia em toda a Europa. Como tal, prevê-se que as indústrias continuarão a ser severamente afetadas pela diminuição do consumo, uma vez que é expectável que o comportamento dos consumidores continue a adaptar-se às medidas de contenção e ao seu receio da doença.

Prevê-se, portanto, que a injeção de dinheiro público na economia continue a ser necessária por algum tempo. Ao contrário do que aconteceu durante a crise de 2008, o surto de coronavírus é uma ocorrência simétrica para todas as economias da UE, pelo que o risco moral não desempenha um papel relevante na avaliação da concorrência levada a cabo pela Comissão, o que irá certamente facilitar a aprovação de novos auxílios de Estado.

6. FLEXÃO OU TORÇÃO?

A abordagem resoluta da Comissão Europeia na flexibilização das regras dos auxílios estatais de modo a mitigar o impacto do surto de coronavírus não colheu um elogio unânime.

Alguns Estados Membros sobrecarregados com restrições financeiras de maior peso (nomeadamente ao nível orçamental e da dívida pública) criticaram a aparente facilidade com que a Comissão aprovou regimes de apoio generalizado a empresas estabelecidas em Estados Membros financeiramente mais fortes. Na perspetiva dos países descontentes, a ajuda – aparentemente sem limite – trai o objetivo de um mercado interno, livre de distorções da concorrência induzidas por medidas protecionistas dos governos nacionais, que é a própria razão pela qual as regras dos auxílios de Estado foram criadas.

Por outro lado, algumas empresas manifestaram insatisfação com o desequilíbrio provocado pela concessão de auxílios estatais em mercados onde empresas privadas e públicas competem entre si. A companhia aérea de baixo custo Ryanair foi provavelmente quem mais veementemente protestou, tendo até agora anunciado a interposição junto do Tribunal Geral da UE de recursos de anulação as decisões da Comissão que aprovaram auxílios à Finnair, Lufthansa, SAS e TAP, bem como das decisões que aprovaram um regime francês de diferimento de impostos para companhias aéreas com uma licença emitida pela França e um programa sueco de garantia de empréstimos para companhias aéreas com uma licença emitida pela Suécia.

Caberá agora ao Tribunal de Justiça, no Luxemburgo, decidir se a Comissão flexibilizou ou torceu as regras da UE em matéria de auxílios estatais. Veremos.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – DE ABRIL A SETEMBRO DE 2020

Elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de setembro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-601/18 P; ECLI:EU:C:2020:751

Partes: Prysmian SpA e o. / Comissão.

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado europeu dos cabos elétricos subterrâneos e submarinos – Repartição do mercado no âmbito de projetos – Infração única e continuada – Sucessão de entidades jurídicas – Imputabilidade do comportamento ilícito – Princípio da igualdade de tratamento – Desvirtuação de elementos de prova – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 20.º – Poderes de inspeção da Comissão Europeia em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas – Poder de copiar dados sem uma análise prévia e de os analisar em seguida nas instalações da Comissão – Coimas.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de setembro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-462/19; ECLI:EU:C:2020:715

Partes: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia / Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarios de Buques (Anesco) e o.

Descritores: Reenvio prejudicial – Conceito de “órgão jurisdicional” na aceção do artigo 267.º TFUE – Critérios – Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Comissão Nacional dos Mercados e da Concorrência, Espanha) – Inadmissibilidade do pedido de decisão prejudicial.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2020, proferido no âmbito do Processo C-606/18 P; ECLI:EU:C:2020:571

Partes: Nexans France SAS e o. / Comissão.

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado europeu dos cabos elétricos subterrâneos e submarinos – Repartição do mercado no âmbito de projetos – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 20.º – Poderes de inspeção da Comissão Europeia em matéria de cartéis – Poder de copiar dados sem exame prévio e de os examinar em seguida nas instalações da Comissão – Coimas – Competência de plena jurisdição.

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de julho de 2020, proferido no âmbito do Processo T-758/14 RENV; ECLI:EU:T:2020:307

Partes: Infineon Technologies AG / Comissão

Descritores: Concorrência – Acordos – Mercado de chips para cartões – Decisão que declara a violação do artigo 101.º TFUE – Troca de informações comerciais sensíveis – Competência de plena jurisdição – Cálculo do montante da coima – Consideração da participação unicamente em parte de uma rede de contatos bilaterais entre concorrentes.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de maio de 2020, proferido no âmbito do Processo C-607/18 P; ECLI:EU:C:2020:385

Partes: NKT Verwaltungs GmbH / Comissão.

Descritores: Recurso – Concorrência – Acordos – Mercado europeu de cabos elétricos subterrâneos e submarinos – Partilha de mercado no âmbito de projetos – Multas – Direitos de defesa – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 27.º, n.º 1 – Concordância entre a comunicação de acusações e a decisão impugnada – Acesso ao processo – Infração única e continuada – Ônus da prova – Desvirtuamento de argumentos e de elementos de prova.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 abril de 2020, proferido no âmbito do Processo C-228/18; ECLI: ECLI:EU:C:2020:265

Partes: Gazdasági Versenyhivatal / Budapest Bank Nyrt., e o.

Descritores: Reenvio prejudicial – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Artigo 101.º, n.º 1, TFUE – Sistemas de pagamento através de cartão – Acordo interbancário que fixa o nível das taxas de intercâmbio – Acordo restritivo da concorrência tanto pelo seu objetivo como pelo seu efeito – Conceito de restrição da concorrência por objeto.

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de setembro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-516/19; ECLI:EU:C:2020:754

Partes: NMI Technologietransfer GmbH / EuroNorm GmbH

Descritores: Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Artigos 107.º e 108.º TFUE – Regulamento (UE) n.º 651/2014 – Isenção de certas categorias de auxílio compatíveis com o mercado interno – Anexo I – Pequenas e médias empresas (PME) – Definição – Critério de independência – Artigo 3.º, n.º 1 – Empresa autónoma – Artigo 3.º, n.º 4 – Exclusão – Controlo indireto de 25 % do capital ou dos direitos de voto por organismos públicos – Conceitos de “controlo” e de “organismos públicos”.

Acórdão do Tribunal Geral de 23 de setembro de 2020, proferido no âmbito dos Processos T-515/13 RENV e T-719/13 RENV; ECLI:EU:T:2020:434

Partes: Espanha e o. / Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílio concedido pelas autoridades espanholas a favor de certos agrupamentos de interesse económico (AIE) e dos seus investidores – Regime fiscal aplicável a certos acordos de locação financeira para aquisição de navios (regime espanhol de leasing fiscal) – Decisão que declara o auxílio em parte incompatível com o mercado interno e que ordena a sua recuperação parcial – Carácter seletivo – Dever de fundamentação – Recuperação do auxílio – Igualdade de tratamento – Confiança legítima – Segurança jurídica.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de setembro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-594/18 P; ECLI:EU:C:2020:742

Partes: Áustria / Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Artigo 107.º, n.º 3, alínea c), TFUE – Artigos 11.º e 194.º TFUE – Artigo 1.º, artigo 2.º, alínea c), e artigo 106.º-A, n.º 3, do Tratado Euratom – Auxílio previsto a favor da unidade C da central nuclear de Hinkley Point (Reino Unido) – Decisão que declara o auxílio compatível com o mercado interno – Objetivo de interesse comum – Objetivos ambientais da União

Europeia – Princípios da proteção do ambiente, do poluidor-pagador, da precaução e da sustentabilidade – Determinação da atividade económica em causa – Deficiência de mercado – Proporcionalidade do auxílio – Auxílio ao investimento ou ao funcionamento – Determinação dos elementos do auxílio – Comunicação sobre as garantias.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-212/19; ECLI:EU:C:2020:726

Partes: Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation / Compagnie des pêches de Saint-Malo

Descritores: Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Conceito – Naufrágio do navio petrolífero Erika – Regime de auxílios a favor de empresas de aquicultura e de pesca – Decisão que declara o regime de auxílios em parte incompatível com o mercado comum e que ordena a recuperação dos auxílios pagos – Apreciação da validade Avaliação oficiosa Admissibilidade Não interposição de um recurso de anulação pela recorrida no processo principal Redução de encargos sociais – Contribuições dos trabalhadores – Vantagem – Determinação do devedor da obrigação de restituição.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de setembro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-745/17; ECLI:EU:T:2020:400

Partes: Kerkosand spol. s r. o. / Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílio destinado a um projeto de investimento no oeste da Eslováquia – Auxílio ao investimento com finalidade regional – Rejeição de uma denúncia – Decisão de não levantar objeções – Condições de isenção – Artigo 14.º do Regulamento (UE) n.º 651/2014 – Alcance do poder de fiscalização da Comissão – Orientações relativas aos auxílios de Estado com finalidade regional para o período 2014-2020 – Conceito de PME – Artigo 3.º, n.ºs 2 e 3, do anexo I do Regulamento n.º 651/2014 – Dados a reter para o cálculo dos efetivos e dos montantes financeiros e período de referência – Artigo 4.º do anexo I do Regulamento n.º 651/2014 – Dúvidas quanto à compatibilidade do auxílio com o mercado interno – Artigo 4.º, n.º 4, do Regulamento (UE) 2015/1589 – Dificuldades sérias.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 setembro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-817/18 P; ECLI:EU:C:2020:637

Partes: Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederlande o. / Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Regime de auxílios relativo à aquisição subvencionada ou à disponibilização a título gratuito de zonas naturais – Procedimento preliminar de investigação – Decisão que declara o auxílio compatível com o mercado interno – Recurso de anulação – Admissibilidade – Regulamento (CE) n.º 659/1999 – Artigo 1.º, alínea *b)* – Conceito de “parte interessada” – Relação de concorrência – Conceito de “dificuldades sérias” – Serviço de interesse económico geral – Atividades secundárias – Conexão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2020, proferido no âmbito do Processo C-686/18; ECLI:EU:C:2020:567

Partes: OC e o. / Banca d'Italia

Descritores: Reenvio prejudicial – Admissibilidade – Artigos 63.º e seguintes TFUE – Livre circulação de capitais – Artigos 107.º e seguintes TFUE – Auxílios de Estado – Artigos 16.º e 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Liberdade de empresa – Direito de propriedade – Regulamento (UE) n.º 575/2013 – Requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento – Artigo 29.º – Regulamento (UE) n.º 1024/2013 – Artigo 6.º, n.º 4 – Supervisão prudencial das instituições de crédito – Funções específicas atribuídas ao Banco Central Europeu (BCE) – Regulamento Delegado (UE) n.º 241/2014 – Normas técnicas de regulamentação dos requisitos de fundos próprios das instituições – Legislação nacional que impõe um limite do ativo aos bancos populares constituídos sob a forma de sociedades cooperativas e que permite limitar o direito ao reembolso das ações dos sócios exonerados.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2020, proferido no âmbito dos Processos T-778/16 e T-892/16; ECLI:EU:T:2020:338

Partes: Irlanda / Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílios implementados pela Irlanda – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ilegal e ordena a sua recuperação – Decisões fiscais preliminares – Vantagens fiscais seletivas – Princípio do preço de plena concorrência.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de junho de 2020, proferido no âmbito do Processo C-262/18 P; ECLI:EU:C:2020:450

Partes: Comissão / Dôvera zdravotná poisťovňa, a.s. e o.

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Artigo 107.º, n.º 1, TFUE – Regime de Segurança Social – Organismos de seguros de doença – Conceitos de “empresa” e de “atividade económica” – Finalidade social – Princípio da solidariedade – Controlo do Estado – Avaliação global – Possibilidade de procurar a obtenção de lucros – Concorrência residual quanto à qualidade e à oferta das prestações de seguro de doença.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de junho de 2020, proferido no âmbito do Processo C-456/18 P; ECLI:EU:C:2020:421

Partes: Hungria / Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Alegados auxílios – Decisão de dar início ao procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, TFUE – Injunção de suspensão das medidas em causa – Condições de legalidade da injunção.

Acórdão do Tribunal Geral de 13 de maio de 2020, proferido no âmbito do Processo T-716/17; ECLI:EU:T:2020:181

Partes: Germanwings GmbH / Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Setor aéreo – Auxílio concedido por Itália a favor dos aeroportos sardos – Decisão que declara o auxílio em parte compatível e em parte incompatível com o mercado interno – Imputabilidade ao Estado – Beneficiários – Vantagem para as companhias aéreas cocontratantes – Princípio do operador privado em economia de mercado – Afetação das trocas comerciais entre Estados-Membros – Violação da concorrência – Dever de fundamentação – Regime de auxílios – Auxílio de minimis – Recuperação.

Acórdão do Tribunal Geral de 13 de maio de 2020, proferido no âmbito do Processo T-607/17; ECLI:EU:T:2020:180

Partes: Volotea, SA, com / Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Setor aéreo – Auxílio concedido pela Itália a favor dos aeroportos sardos – Decisão que declara o auxílio em parte compatível e em parte incompatível com o mercado interno – Imputabilidade ao Estado – Recuperação – Beneficiários – Vantagem para as companhias aéreas cocontratantes – Princípio do operador privado em economia de mercado – Seletividade – Afetação das trocas comerciais

entre Estados-Membros – Violação da concorrência – Recuperação – Confiança legítima – Dever de fundamentação.

Acórdão do Tribunal Geral de 13 de maio de 2020, proferido no âmbito do Processo T-8/18; ECLI:EU:T:2020:182

Partes: easyJet Airline Co. Ltd / Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Setor aéreo – Auxílio concedido por Itália a favor dos aeroportos da Sardenha – Decisão que declara o auxílio em parte compatível e em parte incompatível com o mercado interno – Imputabilidade ao Estado – Beneficiários – Vantagem para as companhias aéreas cocontratantes – Princípio do operador privado em economia de mercado – Afetação das trocas comerciais entre Estados-Membros – Violação da concorrência – Recuperação – Confiança legítima – Dever de fundamentação.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de maio de 2020, proferido no âmbito do Processo C-148/19 P; ECLI:EU:C:2020:354

Partes: BTB Holding Investments SA e o. / Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Auxílios regionais a favor da indústria siderúrgica – Decisão que declara os auxílios incompatíveis com o mercado comum – Conceito de “auxílios de Estado” – Vantagem – Critério do operador privado – Erro manifesto – Ónus da prova – Limites da fiscalização judicial.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de abril de 2020, proferido no âmbito do Processo C-627/18; ECLI:EU:C:2020:321

Partes: Nelson Antunes da Cunha, Lda / Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas IP (IFAP)

Descritores: Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Artigo 108.º TFUE – Regime de auxílios incompatível com o mercado interno – Decisão da Comissão Europeia que ordena a recuperação dos auxílios ilegais – Regulamento (UE) 2015/1589 – Artigo 17.º, n.º 1 – Prazo de prescrição de dez anos – Aplicação aos poderes de recuperação da Comissão – Artigo 16.º, n.ºs 2 e 3 – Regulamentação nacional que prevê um prazo de prescrição inferior – Princípio da efetividade.

Concentrações de empresas

Acórdão do Tribunal Geral de 28 de maio de 2020, proferido no âmbito do Processo T-399/16; ECLI:EU:T:2020:217

Partes: CK Telecoms UK Investments Ltd / Comissão

Descritores: Concorrência – Concentrações – Atividades de telecomunicações sem fios – Mercado retalhista de serviços de telecomunicações móveis – Mercado grossista de acesso e originação de chamadas nas redes públicas móveis – Aquisição da Telefónica Europe pela Hutchison – Decisão de declaração de concentração incompatível com o mercado interno – Mercado oligopolístico – Obstáculo significativo à concorrência efetiva – Efeitos unilaterais – Ónus da prova – Exigência da prova – Quotas de mercado – Efeitos da concentração sobre os preços – Análise quantitativa da pressão ascendente esperada sobre preços – Concorrentes próximos – Forte restrição competitiva – Importante motor da concorrência – Acordos de compartilhamento de rede – Grau de concentração – Índice Herfindahl-Hirschmann – Erro de direito – Erro de avaliação.

NOTAS CURRICULARES

ANDRÉ VELOSO PEDROSA

Advogado estagiário na TELLES, trabalha essencialmente nas áreas de comercial e societário, contencioso empresarial e concorrência. Frequentou o ano curricular do Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, com menção em Direito Processual Civil, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde se licenciou. Na mesma instituição exerceu funções de Monitor, na Secção de Ciências Jurídico-Civilísticas, com destaque para o domínio das obrigações, teoria geral do direito civil, direitos reais e direito internacional privado. Pela melhor classificação final do curso de Licenciatura, foi-lhe atribuído o Prémio Doutor Manuel de Andrade.

Trainee lawyer at TELLES, he practices mainly in the areas of commercial and corporate law, corporate litigation and competition. He attended the curricular year of the Master's Degree in Civil Law, with a minor in Civil Procedural Law, at the Universidade de Coimbra Faculty of Law, where he graduated. At the same institution he worked as a Trainee Assistant in the Civil Law Department, focusing on tort law, general theory of civil law, Rights in rem and private international law. For highest final classification of his degree, he was awarded the prize Doutor Manuel de Andrade.

BEATRIZ BELO

Licenciada em Direito pela Universidade de Lisboa (2018). LLM Law in a European and Global Context na Universidade Católica de Lisboa (2019). Advogada Estagiária na SLCM// Serra Lopes, Cortes Martins & Associados.

Graduated in Law from the Universidade de Lisboa (2018). LLM Law in a European and Global Context na Universidade Católica de Lisboa (2019). Trainee Lawyer at SLCM// Serra Lopes, Cortes Martins & Associados.

CARLA MARCELINO

Carla Marcelino é associada sénior na área de Direito da UE e Concorrência na DLA Piper, prestando assistência jurídica a empresas nacionais e internacionais em diversos setores e questões jurídicas, como investigação de cartéis, controlo de concentrações e infrações ao Direito da Concorrência.

Antes de integrar a DLA Piper, adquiriu experiência em diversas jurisdições e perspetivas desta área do Direito, tendo trabalhado na Comissão de Concorrência e Consumidores de Singapura como Assistant Director e na Divisão de Concorrência da OCDE com sede em Paris como especialista em concorrência, e foi associada numa prestigiada sociedade de advogados em Portugal. Carla tem ainda vasta experiência de contencioso.

Carla Marcelino is a senior associate at DLA Piper in the EU & Competition practice, providing legal assistance to national and international companies on various industries and legal matters, such as cartel investigations, merger control review and Competition Law infringements. Before joining DLA Piper, Carla has acquired experience in many jurisdictions and practice perspectives, having worked in the Competition and Consumer Commission of Singapore as Assistant Director and in the Competition Division of OECD as a competition law expert, and was associate at a prestigious Portuguese law firm. Carla also benefits from a litigation background.

CATARINA PINTO XAVIER

Licenciada em Direito pela Universidade de Lisboa (2008). Diplomada pela Academia Europeia de Direito Público da EPLO – *European Public Law Organization* (2011). Pós-Graduação de Atualização sobre Contencioso Administrativo e Pós-Graduação sobre Direito da Água na Universidade de Lisboa (2012). Advogada na SLCM// Serra Lopes, Cortes Martins & Associados nas áreas de Direito Público e Concorrência & Regulação. Integra a Lista de Árbitros do CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa, na área de Direito Administrativo desde 2018.

Catarina Pinto Xavier is graduated in Law from the Universidade de Lisboa (2008). Is certified by the European Academy of Public Law of the EPLO – European Public Law Organization (2011). Holds a post-graduate course in Administrative Litigation and post-graduate course in Water Law, Universidade de Lisboa (2012). Lawyer at SLCM// Serra Lopes, Cortes Martins & Associados of Public Law, Competition & Regulatory. Member of the roster of arbitrators of CAAD – Administrative Arbitration Centre in administrative matters since 2018.

DIOGO MIGUEL SANTOS GRAÇA NUNES DA SILVA

Mestre em Ciências Empresariais pelo ISEG – *Lisbon School of Economics and Management*, Universidade de Lisboa. Mestre em Ciências Farmacêuticas pela Faculdade de Farmácia, Universidade de Lisboa. Director Técnico Adjunto na Farmácia Mota Capitão.

Master's degree in Corporate Sciences from ISEG – Lisbon School of Economics and Management, Universidade de Lisboa. Master's degree in Pharmaceutical Sciences from the Faculty of Pharmacy, Universidade de Lisboa. Assistant Managing Pharmacist at Farmácia Mota Capitão.

DUARTE PERES

Duarte Peres é associado sénior do departamento de Direito da Concorrência, da União Europeia e do Comércio Internacional do escritório de Lisboa da Uría Menéndez – Proença de Carvalho, desde janeiro de 2020. Conta com mais de seis anos de experiência na assessoria em matérias de direito da concorrência a clientes ativos nas áreas da banca, seguros, telecomunicações, energia, grande distribuição, saúde, indústrias transformadoras e segurança privada. Foca a sua atividade na assessoria em procedimentos de concentração junto da Autoridade da Concorrência e da Comissão Europeia, processos de práticas restritivas da concorrência, onde acompanhou a realização de diversas buscas, e procedimentos de auxílios de estado. Previamente a se ter juntado à Uría Menéndez, integrou o escritório de Lisboa das sociedades Cuatrecasas, Gonçalves Pereira e Linklaters LLP.

Duarte Peres is senior associate in the Competition, European Union and International Trade Department of the Lisbon office of Uría Menéndez – Proença de Carvalho. He joined the firm in July 2019. He has over six years of experience in advising clients active in the areas of banking, insurance, telecommunications, energy, large-scale distribution, health, manufacturing and private security on competition law matters. He focuses his activity on advising companies in merger control procedures before the Competition Authority and the European Commission, restrictive practices procedures, where he accompanied several dawn raids, and state aid procedures. Prior to joining Uría Menéndez, he was part of the Lisbon offices of Cuatrecasas, Gonçalves Pereira and Linklaters LLP.

FRANCISCO ESPREGUEIRA MENDES

Sócio da TELLES desde 2001, coordena as equipas de comercial e societário e de europeu e concorrência. É docente do Curso Geral de Gestão na Porto Business School, autor de artigos científicos em publicações da especialidade e orador convidado em diversas conferências e cursos. Francisco é membro da Associação Portuguesa de Direito Europeu (APDE), da Association Européenne d'Etudes Juridiques et Fiscales (AEEJF) e possui experiência na assessoria de temas de direito marítimo e da economia do mar. Foi distinguido

pela Chambers Europe 2020, pelo aconselhamento jurídico desenvolvido em projetos empresariais. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e do Processo de Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, obteve o LLM (DES – Diplôme d'Études Spécialisés) em Direito Comunitário e Internacional pela Universidade Católica de Louvain-la-Neuve, na Bélgica, em 1995. Francisco é licenciado em Direito pela Faculdade de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa.

Partner of TELLES since 2001, he coordinates the commercial and corporate and European and competition teams. He is an Assistant Professor of the General Management course at Porto Business School, author of scientific articles in expert publications and guest speaker in several conferences and courses. Francisco is a member of the Portuguese Association of European Law (APDE), of the Association Européenne d'Études Juridiques et Fiscales (AEEJF) and has a wide experience in assisting clients on maritime law and economy of the sea issues. He was distinguished by Chambers Europe 2020 for his legal advice on business projects. Post-Graduate in Labour Law and Labour Procedure by the Universidade Católica Law School, Porto, he got a Master of Laws degree (DES – Diplôme d'Études Spécialisés) in International and European Law from Catholic Belgium University at Louvain-la-Neuve, in 1995. Francisco graduated in Law from Universidade Católica Law School, Porto.

JOÃO PATEIRA FERREIRA

Advogado (desde 2004), Counsel no departamento de Direito da Concorrência da sociedade de advogados Linklaters LLP Portugal desde 2014. Entre 2007 e 2014 foi jurista sénior no Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência. Doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa, onde defendeu em 2018 a sua tese de doutoramento sobre restrições por objeto no Direito Europeu da Concorrência. Fundador e investigador associado do CIDEFF – Centro de Investigação em Direito Económico, Financeiro e Fiscal, membro do IDEFF – Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal, e do Instituto Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Desde 2016 é Diretor executivo do curso de pós-graduação em Concorrência e Regulação do IDEFF.

Lawyer (since 2004), Counsel in the Competition department of law firm Linklaters LLP Portugal, since 2014. Between 2007 and 2014 was senior legal officer in the Antitrust Department of the Portuguese Competition Authority. Ph.D. Law from Universidade de Lisboa. Founder and associate researcher of CIDEFF – Centre for Research in Economic, Financial and Tax Law, member of IDEFF

and of the European Institute of Lisbon University Law School. Executive Director of IDEFF's Post-Graduation Course in Competition and Regulation, since 2016.

JOAQUIM MIRANDA SARMENTO

Joaquim Miranda Sarmento é Professor Auxiliar (com Agregação) de Finanças no ISEG – Lisbon School of Economics and Management, da Universidade de Lisboa. Leciona em diversas faculdades nacionais e estrangeiras, sendo Professor Convidado na Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro. Ph.D. in Finance pela Tilburg University. Foi assessor económico do Presidente da República Professor Cavaco Silva no segundo mandato, foi Consultor da UTAO (Unidade Técnica de Apoio Orçamental) e trabalhou cerca de dez anos no Ministério das Finanças, na DGO (Direção-Geral do Orçamento) e na DGCI (Direção-geral Contribuições e Impostos).

Joaquim Miranda Sarmento is an Assistant Professor of Finance at ISEG – Lisbon School of Economics and Management, da Universidade de Lisboa. He has been teaching at several universities in Portugal and abroad, and he is an invited Professor at Fundação Getúlio Vargas in Rio de Janeiro. He holds a Ph.D in Finance from Tilburg University. He worked as the President of the Republic Chief Economic Advisor between 2012 and 2016. Before he worked at UTAO (Technical Budget Unit at the Parliament) and at the Ministry of Finance for 10 years.

JOAQUIM VIEIRA PERES

Joaquim Vieira Peres é sócio da Moraes Leitão desde 2006. Coordena o departamento de europeu e concorrência. É um dos mais ativos advogados portugueses na área do direito da concorrência, tanto a nível nacional quanto a da União Europeia. A sua experiência inclui aconselhamento e representação de empresas em processos de controlo das concentrações, assim como na área das práticas restritivas da concorrência e dos auxílios de Estado. Desenvolve também a sua atividade ao nível do contencioso europeu, mediante representação de clientes em processos junto dos tribunais da União Europeia, destacando-se ainda a sua participação em processos nas áreas do comércio e distribuição, comunicações e tecnologias de informação, imobiliário e construção, seguros e fundos de pensões e transportes. No meio académico, foi Assistente da Católica Faculdade de Direito – Escola do Porto – entre 1986 e 2003, lecionando disciplinas no âmbito de direito comunitário, direito internacional privado, direito institucional comunitário, contencioso comunitário

e direito económico comunitário. Recentemente, retomou a docência universitária lecionando direito da concorrência português. Em 1989, fundou a Osório de Castro, Verde Pinho, Vieira Peres, Lobo Xavier e Associados – Sociedade de Advogados –, tendo sido sócio da mesma até à sua fusão com a Morais Leitão, Galvão Teles Soares da Silva & Associados, em 2006.

Joaquim Vieira Peres became a Morais Leitão partner in 2006. He coordinates the European law and competition department. He is one of the most active Portuguese lawyers in the area of competition law, both at the national and EU level. His experience includes advising and representing clients in merger control procedures, as well as in the areas of antitrust and state aid. His professional activity also includes the representation of private parties in proceedings before the Court of Justice of the European Union. He has experience in the areas of trade and distribution, electronic communications, real estate and construction, insurance, telecommunications and transports. Joaquim recently resumed his collaboration with the Católica Porto School of Law, teaching national competition law. He had been an Assistant Professor there, from 1986 to 2003. In 1989 he established Osório de Castro, Verde Pinho, Vieira Peres, Lobo Xavier e Associados – Sociedade de Advogados –, being a partner until the merger with Morais Leitão, Galvão Teles Soares da Silva & Associados in 2006.

JOSÉ FRANCISCO VEIGA

Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 2013. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela mesma Faculdade, em 2016, tendo apresentado dissertação orientada pela Senhora Doutora Suzana Tavares da Silva, intitulada “As fundações e a tributação – Das fundações da empresa às fundações de empresa: Contributo para a criação de um novo tipo fundacional”. Pós-graduado em Regulação e Concorrência pelo CEDIPRE – Centros de Estudos de Direito Público, que funciona junto da Faculdade Direito da Universidade de Coimbra, em 2020. Annual Training on the Regulation of Energy Utilities 2019-2020, ministrado pela Escola de Regulação de Florença (Instituto Universitário Europeu – Centro de Estudos Robert Schuman). Advogado, inscrito na Ordem dos Advogados desde março 2017, realizou estágio entre setembro de 2014 e março de 2017 na Sociedade de Advogados PLMJ. Assistente Convidado no Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa (ISCAL), desde 2016, tendo lecionado Introdução ao Direito, Direito Empresarial e Direito da União Europeia. Jurista e Advogado na Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), desde abril de 2017.

Graduated in Law from the Faculty of Law of the Universidade de Coimbra, in 2013. Master Degree in Public Law from the same Faculty, in 2016. Master thesis on “Foundations and Taxation – From foundations created by companies to corporate foundations: a contribution for the creation of a new type of foundation”, supervised by Professor Suzana Tavares da Silva. Post-graduated in Regulation and Competition from CEDIPRE – Centre for Public Law and Regulatory Studies (Faculty of Law of the Universidade de Coimbra), in 2020. Annual Training on the Regulation of Energy Utilities 2019–2020, Florence School of Regulation (European University Institute – Robert Schuman Centre for Advanced Studies). Lawyer, member of the Bar Association (Ordem dos Advogados), since March 2017, after being trainee lawyer, between September 2014 and March 2017, in PLMJ Law firm. Guest Lecturer, in the Accounting and Management School of Lisbon (ISCAL) since 2016, teaching Introduction to Law, Company Law and European Union Law. Lawyer in the Portuguese Energy Services Regulatory Authority (ERSE), since April 2017.

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA

Nascido em 1944; licenciatura em Direito e mestrado em Ciências Político Económicas pela Universidade de Coimbra; doutoramento em Economia Internacional (Universidade de Paris I Panthéon Sorbonne); foi ou é professor na Universidade Coimbra e das Universidades Católica, Nova e Lusíada, de Lisboa; membro do Governo português (1980 1983): Secretário de Estado da Administração Interna, da Presidência do Conselho de Ministros e da Integração Europeia; deputado no Parlamento português; presidente do Conselho de Disciplina da Comissão Europeia (2003 2007); foi presidente da Associação Portuguesa de Direito Europeu e da FIDE – Federação Internacional para o Direito Europeu; advogado geral no Tribunal de Justiça (1986 1988); presidente do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (1989 1995); juiz do Tribunal de Justiça (2012-2018); sócio fundador e administrador de Cruz Vilaça Advogados.

Born 1944; degree in law and master’s in political economy at the Universidade de Coimbra; Doctorate in International Economics (University of Paris I – Panthéon Sorbonne); is or has been Professor at Universidade de Coimbra and at the Universidades Católica, NOVA and Lusíada of Lisbon; Member of the Portuguese Government (1980–83): State Secretary for Home Affairs, in the Prime Minister’s Office and for European Affairs; Member of the Portuguese Parliament; member of the Working Party on the Future of the European Communities’ Court System – ‘Due Group’ (2000); Chairman of the Disciplinary Board of the European

Commission (2003–07); has been President of the Portuguese Association of European Law and of FIDE – International Federation of European Law; Advocate General at the Court of Justice (1986–88); President of the Court of First Instance of the European Communities (1989–95); Judge of the Court of Justice (2012–2018); founder and managing partner of Cruz Vilaça Advogados.

LÚCIO FETEIRA

Licenciado em Direito (Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa). Estudos de pós-graduação em Direito das Empresas e em Direito da Concorrência e Regulação. Master of Research e Ph.D. (Departamento de Direito do Instituto Universitário Europeu – Florença). Estudos de pós-doutoramento (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Professor associado e coordenador do Mestrado em Direito (especialização em Direito Público) na Nova School of Law / Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Advogado na Luís Silva Morais, Sérgio Gonçalves do Cabo & Associados – Sociedade de Advogados, S.P., R.L. https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1259444.

Law degree (Faculty of Law of the Portuguese Universidade Católica/Lisboa). Post-graduate studies in Company Law and Competition Law and Regulation. Master of Research and Ph.D. (Law Department of the European University Institute – Florence). Post-doctoral studies (Faculty of Law of the Universidade de Lisboa). Associate Professor and Coordinator of the Master's Programme (specialization in Public Law) at NOVA School of Law. Lawyer at Luís Silva Morais, Sérgio Gonçalves do Cabo & Associados – Sociedade de Advogados, S.P., R.L. https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1259444.

LUÍS HENRIQUE

Luís Henrique, 46 anos de idade, tem uma licenciatura em direito pela Universidade Lusíada. Desde 2003, trabalha como jurista no Departamento dos Assuntos Jurídicos e Sócio-Laborais da CIP – Confederação Empresarial de Portugal, onde acompanha os desenvolvimentos políticos e técnicos de matérias sociais e laborais ao nível nacional, europeu e internacional.

Luís Henrique, 46 years-old, has a degree in Law by Universidade Lusíada. Since 2003 he works as a legal adviser in the Legal and Social Affairs Department of CIP – Confederation of Portuguese Business where he follows the political and technical developments of social and labour issues at national, European and international levels.

LUÍS NASCIMENTO FERREIRA

Luís do Nascimento Ferreira colabora com a Sociedade desde 2003, sendo sócio da Morais Leitão desde 2017. Integra a equipa de europeu e concorrência. A sua atividade centra-se no âmbito do direito europeu e do direito da concorrência, nomeadamente através do aconselhamento e representação de clientes nacionais e internacionais em processos de controlo de concentrações, práticas restritivas da concorrência, posições dominantes, auxílios de Estado e serviços de interesse económico geral – quer perante a Autoridade da Concorrência, quer perante a Comissão Europeia – a par da conceção e implementação de programas de compliance em vários setores de atividade. Intervém também ativamente no âmbito do direito regulatório da energia, através do aconselhamento e representação de empresas em variados processos de natureza sancionatória e da assessoria jurídica constante em diversas matérias de regulação setorial desde o processo de reorganização do setor energético nacional, em 2003 e 2004. Aconselha e representa clientes em matérias respeitantes ao direito europeu, em especial no que se refere às regras do mercado interno, contratação pública, concessões e fundos estruturais. É igualmente experiente em processos contenciosos junto dos Tribunais da União Europeia, dos Tribunais portugueses e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Luís do Nascimento Ferreira joined the firm in 2003 and he became a Morais Leitão partner in 2017. He's a member of the firm's European law and competition team. His practice focuses on advising and representing national and international clients in the areas of merger control, restrictive practices, market dominance, State aid and services of general economic interest — both before the Portuguese Competition Authority and the European Commission — as well as the setting up and implementation of compliance programs for various industries. He's deeply experienced in regulatory energy law, representing companies in a number of sanctioning proceedings and regularly advising on sectoral regulatory matters since the reorganization process of the national energy sector in 2003 and 2004. He also advises and represents clients on EU law matters, especially on internal market, public procurement, concession agreements and structural funds rules. Luís do Nascimento also has significant experience in cases before European and Portuguese Courts and the European Court of Human Rights.

LUÍS SILVA MORAIS

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) (2005). Professor Associado da FDUL (Tenure). Cátedra Jean

Monnet (julho de 2009) – Regulação Económica na UE. Advogado – Sócio fundador da Luís Silva Morais/Sérgio Gonçalves do Cabo & Associados, rl. Vice-Presidente (Vice-Chair) do Appeal Panel do Single Resolution Board/SRB. Presidente da Comissão de Fiscalização da Autoridade de Supervisão de Seguros e de Fundos de Pensões (ASF). Fundador e Coordenador do CIRSF – Centro de Investigação em Regulação e Supervisão do Sector Financeiro, em parceria científica com autoridades de supervisão financeira e com o EBI – European Banking Institute de Frankfurt (EBI). Co-Director da Revista de Concorrência e Regulação (C&R) entre 2010 e 2015. Autor de numerosas obras e artigos científicos publicados em Português, Inglês, e Francês nos domínios do direito da concorrência, direito da UE, direito da economia e direito da regulação económica (maxime sector financeiro). SSRN author page: <http://ssrn.com/author=1644131>.

Universidade de Lisboa Law School (FDUL) Doctor in Law (Ph.D.) (2005); Professor of FDUL (Full Professor – Tenure). Jean Monnet Chair (July 2009) – Economic Regulation in the EU. Attorney-at-law. Founding Partner of Luís Silva Morais/Sérgio Gonçalves do Cabo – Law Firm, rl. Vice Chair of the Appeal Panel (AP) of the Single Resolution Board (SRB). President of the Supervisory Council of the Portuguese Supervisory Authority of Insurance and Pension Funds (ASF). Founder and Coordinator of CIRSF – Research Centre on Regulation and Supervision of the Financial Sector in scientific partnership with financial supervisory authorities and EBI – European Banking Institute. Co-Director of Competition and Regulation (C&R) between 2010 and 2015. He has published extensively in Portuguese, English and French, in the fields of competition law, EU Law, economic law (especially as regards regulation and supervision of the financial sector). SSRN author page: <http://ssrn.com/author=1644131>.

MARGOT LOPES MARTINS

Margot Lopes Martins é associada júnior do departamento de Direito da Concorrência, da União Europeia e do Comércio Internacional do escritório de Lisboa da Uría Menéndez – Proença de Carvalho, desde julho de 2019. A sua área de prática abrange principalmente assuntos de direito da União Europeia e direito português da concorrência, em particular, controlo de concentrações, processos de práticas restritivas e auxílios de Estado. Licenciou-se em Direito pela Universidade de Nice (França) e obteve um LLM joint degree em European legal practice integrated studies pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal), pela Faculdade de Direito da Universidade de Rouen (França) e pela Faculdade de Direito da

Universidade Mykolas Romeris em Vilnius (Lituânia). Tem também pós-graduações em direito e regulação da concorrência e em direito fiscal, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Margot Lopes Martins is a junior associate in the Competition, European Union and International Trade Department of the Lisbon office of Uría Menéndez – Proença de Carvalho, since July 2019. Her practice area mainly covers European Union and Portuguese competition law, covering, in particular merger control issues, restrictive practices procedures and State aid. She graduated with a bachelor's degree in law from the University of Nice (France) and earned an LLM joint degree in European legal practice integrated studies from the Law Faculty of the Universidade de Lisboa (Portugal), the Law Faculty of the University of Rouen (France) and the Law Faculty of Mykolas Romeris University in Vilnius (Lithuania). She also has post-graduate degrees in competition law and regulation and in tax law, from the Law Faculty of the Universidade de Lisboa.

MARIANA MARTINS PEREIRA

Mariana Martins Pereira tem dedicado a sua atividade, tanto académica como profissional, ao direito da União Europeia, direito internacional e direitos fundamentais. É licenciada em Direito pela Universidade Nova de Lisboa, tendo seguidamente ingressado no LLM Law in a European and Global Context, na Católica Global School of Law. Foi visiting researcher na University of Michigan Law School e estagiou no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e no Tribunal de Justiça da União Europeia. Foi ainda estagiária na Morais Leitão, no departamento de Direito Europeu e da Concorrência. É membro da Ordem dos Advogados Portugueses desde 2019. Atualmente, é Associada na Cruz Vilaça Advogados, uma sociedade criada em 2019 e que centra a sua atividade no direito da UE, concorrência e direitos fundamentais.

Mariana Martins Pereira has dedicated her studies and professional career to EU law, international law and fundamental rights. She holds a law degree from Universidade NOVA of Lisbon Law School and an LLM in Law in a European and Global Context from Católica Global School of Law. She was a visiting researcher at the University of Michigan Law School and a trainee at the European Court of Human Rights and at the European Court of Justice. She was also a trainee at Morais Leitão, where she worked at the EU and Competition Law department. She is a member of the Portuguese Bar Association since 2019. She is currently an associate lawyer at Cruz Vilaça Advogados, a law firm focused on EU law, competition law and fundamental rights.

MARLENE SENNEWALD SIPPEL

Licenciada em Direito (2007) e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas (2009) pela Universidade de Coimbra. Estagiária na sociedade de advogados “PLMJ – A. M. Pereira, S. Leal, O. Martins, Júdice & Associados” (2008–2010). Assistente Convidada de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2010–2014). Advogada na SLCM// Serra Lopes, Cortes Martins & Associados (desde 2011), essencialmente no âmbito da assessoria de clientes internacionais. Membro da ANWALT.DE, DIRO e DACH.

Law degree (2007) and Master's degree in Public Law (2009), Universidade de Coimbra. Trainee-Lawyer at the law firm “PLMJ – A. M. Pereira, S. Leal, O. Martins, Júdice & Associados” (2008–2010). Assistant Teacher of Public Law at the Universidade de Coimbra (2010–2014). Lawyer at SLCM// Serra Lopes, Cortes Martins & Associados (since 2011), especially assisting international clients. Member of ANWALT.DE, DIRO and DACH member.

MIGUEL MENDES PEREIRA

Miguel Mendes Pereira é o sócio responsável pela área prática de Direito da UE e Concorrência na DLA Piper. Tem mais de 25 anos de experiência em questões de concorrência, controlo de concentrações e auxílios de Estado. Também presta assistência jurídica relativamente às quatro liberdades fundamentais da UE e representa frequentemente clientes (incluindo a República Portuguesa) perante o Tribunal de Justiça. Antes de integrar a DLA Piper, era sócio de uma prestigiada sociedade de advogados em Portugal e exerceu funções, durante alguns anos, na DG Concorrência da Comissão Europeia, no Tribunal Geral da UE e na Autoridade da Concorrência portuguesa como Consultor Jurídico Principal. Miguel lecionou na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa durante 20 anos.

Miguel Mendes Pereira is head of the EU & Competition practice in Portugal at DLA Piper. He has over 25 years of experience handling antitrust, merger control and State aid matters. Miguel also advises on the EU four freedoms and often represents clients (including the Portuguese Republic) before the EU's top court in Luxembourg. Before joining DLA Piper, he was a partner at a prestigious Portuguese law firm and he previously worked at the European Commission, the General Court of the EU and the Portuguese Competition Authority. Miguel was also a lecturer at the Law Faculty of the Universidade de Lisboa between 1992 and 2012.

MIGUEL PENA MACHETE

Licenciado em Direito pela Universidade Católica de Lisboa (1992). Mestrado em Direito Económico pela mesma Universidade (2005). Professor Assistente, na área de jurídico-económicas, nas Faculdades de Direito da Universidade Católica de Lisboa (1992-1999) e da Universidade Nova de Lisboa (1999-2002). Sócio responsável pelas áreas de Concorrência & Regulação e Direito Público na SLCM// Serra Lopes, Cortes Martins & Associados. Membro do Círculo de Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, da ANWALT.DE, DIRO e DACH.

Miguel Pena Machete is graduated in Law and holds a Master's degree in Economic Law from the Lisbon Universidade Católica (1992:2005). Miguel was Assistant Teacher at the Faculties of law of the Lisbon Universidade Católica (1992-1999) and the Lisbon Universidade NOVA (1999-2002), in the legal and economic area. Partner at SLCM// Serra Lopes, Cortes Martins & Associados, coordinating Competition & Regulatory and Public Law areas of practice. Member of the Portuguese Competition Lawyers Association, ANWALT.DE, DIRO and DACH.

NUNO RUIZ

Advogado e Sócio Sénior do Grupo Público, Concorrência & Saúde da sociedade de advogados Vieira de Almeida & Associados. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Graduado em Altos Estudos Europeus, Colégio da Europa, Bruges. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lecionou Direito Comunitário, Direito Internacional Económico, Harmonização de Legislações e Direito da Concorrência na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na Universidade Católica Portuguesa e no Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi vogal do Conselho de Concorrência. Foi consultor da Comissão Europeia e do Banco Mundial em questões de direito de concorrência e de política de concorrência. Foi responsável pela Área de Concorrência & UE da sociedade de advogados Vieira de Almeida & Associados. É.

Nuno Ruiz is a lawyer and currently the Public, Competition & Life Sciences Group Senior Partner at Vieira de Almeida & Associados law firm. Until recently he was the senior partner in charge of Competition and EU Law at the same law firm. Law Degree from the Universidade de Lisboa, Faculty of Law. Post-graduation in European Legal Studies from the College of Europe, Bruges. Master degree in Economic Law from the Universidade de Lisboa, Faculty of Law. Assistant

Professor of EU Law, International Economic Relations, Harmonisation of Legal Systems and Antitrust Law at the Universidade de Lisboa, Faculty of Law, at the Universidade Católica Portuguesa, Faculty of Law, Lisbon and at the Institute for European Studies of the Universidade Católica Portuguesa. Member of the Competition Council. Legal advisor to the European Commission and to the World Bank in several programs for the development of competition law and policy.

NUNO SALAZAR CASANOVA

Nuno Salazar Casanova é sócio da Uría Menéndez – Proença de Carvalho e é advogado do departamento de Contencioso desde 2004. Presta assessoria em processos judiciais de diversa natureza, incluindo civil, administrativa, criminal e comercial. Participa também em diversas arbitragens, quer como advogado, quer como árbitro. Nos últimos anos, tem representado clientes em litígios complexos, tanto nacionais como internacionais, relativos a derivados e outros produtos financeiros. Tem uma vasta experiência em processos de contraordenação, designadamente nas áreas do Direito bancário, dos valores mobiliários, da concorrência e do ambiente. Aconselha e representa clientes em processos de insolvência e de reestruturação, e participou em diversos processos de insolvência com múltiplas jurisdições.

Nuno Salazar Casanova is a partner of Uría Menéndez – Proença de Carvalho and has been a lawyer in the Litigation Practice Area since 2004. He represents clients in judicial proceedings on a wide range of litigation matters, including civil, administrative, criminal and commercial proceedings. He also participates in arbitrations as attorney and as arbitrator. In the last years, he has represented clients in complex disputes, both national and international, regarding derivatives and other financial products. He has wide experience in administrative offences proceedings ranging from infringements to banking, finance, securities and environmental law. He represents clients in insolvency and restructuring proceedings, and has participated in numerous cases involving multiple jurisdictions.

RUI MESQUITA GUIMARÃES

Advogado na TELLES, Rui é um profissional qualificado nas áreas de administrativo e contratação pública e europeu e concorrência. É autor de diversos artigos científicos e orador convidado em várias conferências, cursos de especialização e pós-graduação. Membro do Grupo de Contratação Pública do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), integra ainda o círculo de árbitros do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). Rui é pós-graduado em Contratação Pública pela Faculdade

de Direito da Universidade de Coimbra e Mestre em Direito Administrativo pela mesma instituição. Frequentou a especialização em Contencioso Comunitário, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde se licenciou, em 2007.

Senior Associate lawyer at TELLES, Rui is a qualified practitioner in the field of public administration and public procurement, European and competition law. He is an author of several scientific articles and guest speaker at various conferences, specialisation courses and post-graduation studies. He is a member of the Public Procurement Group of the Centre for the Study of Public Law and Regulation (CEDIPRE), and also an arbitrator at the Centre for Administrative Arbitration (CAAD). Rui has a post-graduate degree in Public Procurement from Universidade de Coimbra Faculty of Law and a Master's degree (LLM) in Administrative Law from the same institution. He attended a Graduate degree in Community Litigation at the Universidade de Coimbra Faculty of Law, where he graduated in 2007.

SARA ESTIMA MARTINS

Sara Estima Martins é licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e tem um LLM em Direito da UE pela Colégio da Europa, Bruges, Bélgica. Sara Estima Martins trabalha em Direito Europeu e da Concorrência há mais de 15 anos. Ingressou na PLMJ em 2002 e é Sócia desde 2016. Em 2005, colaborou como *secondee associate* na Allen & Overy, em Madrid. Possui vasta experiência em controle de concentrações, práticas restritivas (acordos verticais e cartéis) e programas de compliance em direito da concorrência. Sara Estima Martins representou vários clientes em processos perante a Autoridade de Concorrência e os tribunais nacionais, bem como perante a Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça.

*Sara Estima Martins has a law degree from the Faculty of Law of the Universidade de Coimbra and an LLM in EU law from the College of Europe, Bruges, Belgium. Sara Estima Martins has been practising EU and competition law for over 15 years. She joined PLMJ in 2002 and is a Partner since 2016. In 2005, she worked as a *secondee associate* at Allen & Overy Madrid. She has extensive experience in merger control, restrictive practices (both vertical agreements and cartels) and competition compliance programmes. Sara Estima Martins has assisted a number of clients in proceedings before the Portuguese Competition Authority and national courts, as well as before the European Commission and the Court of Justice.*

TÂNIA LUÍSA FARIA

Tânia Luísa Faria é counsel e dirige o departamento de Direito da Concorrência, da União Europeia e do Comércio Internacional no escritório de Lisboa da Uría Menéndez – Proença de Carvalho, onde trabalha desde 2004, tendo trabalhado nos escritórios de Lisboa e Bruxelas. Desenvolve a sua atividade profissional em assuntos de direito da União Europeia e direito português da concorrência, em particular, controlo de concentrações, cartéis, abuso de posição dominante e auxílios de Estado. A sua experiência profissional engloba diversos sectores, incluindo o sector financeiro, telecomunicações e meios de comunicação social, transportes aéreos, energia, distribuição a retalho e outros setores industriais, e aconselha regularmente empresas multinacionais líderes no sector farmacêutico, incluindo processos perante a Comissão Europeia, a autoridade da concorrência portuguesa, o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Português da Concorrência, Regulação e Supervisão. A Tânia é também assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Tânia Luísa Faria is a counsel and head of the Competition, European Union and International Trade Department in the Lisbon office of Uría Menéndez – Proença de Carvalho, where she works since 2004, having worked in both the Lisbon and Brussels offices. Her practice area is European Union and Portuguese competition law, covering, in particular merger control issues, cartels, abuses of dominant positions and State aid. She acts for clients in various sectors, including financial institutions, telecommunications and media, air transport, energy, retail distribution and other industrial sectors, and regularly advises leading multinational companies in the pharmaceutical sector, including proceedings before the European Commission, the Portuguese competition authority, the Court of Justice of the European Union and the Portuguese Competition, Regulation and Supervision Court. Tânia is also a teaching assistant at the Law Faculty of the Universidade de Lisboa.

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

ÍNDICE TEMÁTICO CONSOLIDADO – N.ºS 1 a 41

- 2 Concorrência – Questões gerais
- 2 *Questões processuais*
- 4 *Private enforcement*
- 6 *Nemo tenetur se ipsum accusare*
- 7 *Outros*
- 7 Concorrência – Práticas restritivas
- 8 *Geral*
- 8 *Abuso de posição dominante*
- 9 *Restrições verticais*
- 10 *Restrições horizontais*
- 11 Concorrência – Controlo de concentrações
- 12 Concorrência – Auxílios de Estado
- 13 Financeiro e bancário
- 16 Seguros
- 16 Comunicações eletrónicas
- 16 Energia
- 17 Saúde
- 18 Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
- 20 Regulação do comércio e concorrência desleal
- 20 Contratação pública
- 21 Direito contraordenacional e processual penal
- 22 Ambiente
- 23 Transportes
- 23 Artigos transversais e outros

Concorrência – Questões gerais

Questões processuais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Patrícia Lopes	<i>Segredos de negócio versus direitos da defesa do arguido nas contraordenações da concorrência</i>
4	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2010 no Processo C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia</i>
6	Sara Rodrigues/ Dorothee Serzedelo	<i>O Estado português seria condenado? As buscas efetuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem</i>
6	Carla Farinhas	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2011 no Processo C-375/09 –Tele2Polska</i>
7-8	Alexander Italianer	<i>The European Commission's New Procedural Package: Increasing Interaction With Parties and Enhancing the Role of the Hearing Officer</i>
9	João Espírito Santo Noronha	<i>Impugnação de decisões da Autoridade da Concorrência em procedimento administrativo</i>
9	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália</i>
10	Márcio Schlee Gomes	<i>As buscas e apreensões nos escritórios de advogados de empresas</i>
11-12	Paulo de Sousa Mendes	<i>O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório</i>
16	Paulo de Sousa Mendes	<i>Eficácia das sanções e transações</i>
17	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 2 de outubro de 2014, Petição n.º 97/11, Delta Pekárny A.S. c. República Checa [Buscas e inspeções]</i>
22	Jeroen Capiiau/Virgílio Mouta Pereira	<i>The Easyjet Case and the rejection of complaints when they have already been dealt with by another Member of the ECN</i>
23-24	Eva Lourenço	<i>O Acórdão Vinci Construction e GTM Génie Civil et Services c. França, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), de 2 de abril de 2015, n.ºs 63629/10 e 60567/10</i>

25	Francisco Marcos	<i>Blowing hot and cold: the last word of the Supreme Court on setting fines for competition law infringements in Spain</i>
25	Mateusz Blachuki	<i>Judicial control of guidelines on antimonopoly fines in Poland</i>
25	Luís Miguel Romão/ Miguel Alexandre Mestre	<i>Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional – Parte I</i>
26	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 8 de junho de 2016, Peugeot Portugal Automóveis, S.A. contra Autoridade da Concorrência – Efeito devolutivo da interposição do recurso de impugnação judicial</i>
31	Patrícia Oliveira	<i>Acesso das visadas a documentação confidencial com potencial valor exculpatório nas contraordenações do Direito da Concorrência: análise jurisprudencial</i>
32	Luís Miguel Romão/ Alexandre Miguel Mestre	<i>Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do Direito Comunitário e do Direito nacional (Parte II)</i>
32	Tânia Luísa Faria	<i>Os efeitos dos recursos judiciais em processo de contraordenações da Autoridade da Concorrência: uma interpretação sistemática</i>
33-34	Inês Neves	<i>O lugar da proteção de dados na efetividade necessária ao direito da concorrência</i>
33-34	Rita de Sousa Costa	<i>O direito à portabilidade dos dados pela lente do direito da concorrência</i>
33-34	Maria Gabriela Castanheira Bacha	<i>CADE's application of pecuniary penalties and punitive measures: the need of ascertaining its "state of rightness"</i>
35	Sérgio Martins P. de Sousa	<i>Reflexões "soltas" sobre a jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em matéria de confidencialidade e acesso à prova</i>
36	Maria José Costeira	<i>Direito da concorrência: o controlo jurisdicional das decisões proferidas em processos sancionatórios</i>
36	Inês Azevedo	<i>A utilização jusconcorrencial de compromissos como mecanismo de regulação</i>
37	Maria João Melícias & Rita Prates	<i>Diretiva ECN+: um processo de transposição pautado pela abertura, transparência e participação</i>

38	Marta Campos	<i>Competência do TCRS em relação à intervenção do Ministério Público na fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência</i>
39	Marta Campos	<i>Right of Defence – Article 3 of the ECN+ Directive</i>
40	Irene Moreno-Tapia & Victoria Rivas	<i>Some Thoughts About Fundamental Rights and the ECN+ Directive</i>
41	Daniel Favoretto Rocha	<i>Acordos substitutivos como precedentes administrativos: desafios do CADE e lições para o direito concorrencial europeu</i>
41	Dani de Sousa Moreira	<i>Programas de clemência: a experiência norte-americana versus a experiência europeia</i>

Private enforcement

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Alberto Saavedra	<i>The relationship between the leniency programme and private actions for damages at the EU level</i>
9	Assimakis Komninos	<i>Private Antitrust Damages Actions in the EU: Second Generation Questions</i>
10	Alberto Saavedra	<i>Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission</i>
10	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case-law</i>
10	Catarina Anastácio	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, no Processo C-360/09, Pfeiderer AG v. Bundeskartellamt</i>
11-12	José Robin de Andrade	<i>Apresentação sobre a nova Lei de Arbitragem Voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais</i>
11-12	Christopher Hodges	<i>New Modes of Redress for Consumers and Competition Law</i>
11-12	Laurence Idot	<i>Arbitration, European Competition Law and Public Order</i>
11-12	Assimakis P. Komninos	<i>Arbitration and EU Competition Law</i>
13	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams</i>

14-15	Fernanda Paula Stolz	<i>A defesa da concorrência no Mercosul e a responsabilidade civil por ilícitos concorrenciais</i>
14-15	Fernando Xarepe Silveiro	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2013, no Processo C-536/11, Bundeswettbewerbshbehörde v. Donau Chemie AG</i>
18	Nuno Calaim Lourenço	<i>The European Commission's Directive on Antitrust Damages Actions</i>
19	João Espírito Santo Noronha	<i>Litigância jurídico-privada e Direito da Concorrência – A Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária</i>
20-21	Marco Botta/Natalie Harsdorf	<i>The Judgement of the European Court of Justice in Kone: Any Real Added Value?</i>
22	Ricardo Alonso Soto	<i>La aplicación privada del Derecho de la competencia</i>
22	Antonio Robles Martín-Laborda	<i>La Directiva 2014/104/UE sobre daños antitrust y la configuración del Derecho español de daños</i>
22	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>O “private enforcement” do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova</i>
22	Antonio Davola	<i>Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market</i>
22	Vasil Savov	<i>Quel role du regroupement de creances indemnitaires par voie de cession pour la reparation du prejudice subi en raison d'infractions commises au droit de la concurrence ?</i>
26	Maria João Melícias	<i>The art of consistency between public and private antitrust enforcement: practical challenges in implementing the Damages Directive in Portugal</i>
26	Miguel Sousa Ferro	<i>Workshop consultivo sobre o anteprojeto de transposição da diretiva 2014/104/UE – Relatório Síntese</i>
26	Autoridade da Concorrência	<i>Enquadramento da consulta pública da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Relatório sobre a consulta pública da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Exposição de motivos anexa à Proposta de Anteprojeto submetida ao Governo; e Proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement</i>

27-28	Maria Elisabete Ramos	<i>Situação do “private enforcement” da concorrência em Portugal</i>
31	Catarina Varajão Borges, Inês Neves, Ricardo Tavares & Tiago Monfort	<i>Sobre o prazo de prescrição e outros aspetos da Diretiva 2014/104/UE</i>
40	Guilherme Oliveira e Costa	<i>Otis: another brick in the wall of EU Competition Law’s private enforcement</i>

Nemo tenetur se ipsum accusare

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Paulo de Sousa Mendes	<i>As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem</i>
1	Helena Gaspar Martinho	<i>O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária</i>
1	Vânia Costa Ramos	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa</i>
1	Catarina Anastácio	<i>O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare</i>
1	Augusto Silva Dias	<i>O direito à não-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários</i>
11-12	Diana Alfafar	<i>O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência</i>
23-24	Angélica Rodrigues Silveira	<i>“Nemo tenetur se ipsum accusare” e o dever de colaboração: análise do caso Web c. Áustria da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</i>
31	Tiago Costa Andrade	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas</i>
36	Marta Campos	<i>De novo o direito à não autoincriminação em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas</i>

Outros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Espírito Santo Noronha	<i>Algumas reflexões na perspectiva de uma reforma da Lei da Concorrência</i>
1	Luís Silva Morais	<i>Evolutionary Trends of EC Competition Law – Convergence and Divergence with US Antitrust Law in a Context of Economic Crisis</i>
5	Gonçalo Anastácio	<i>Aspectos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal</i>
7-8	Fernando Herren Aguillar/ Diogo R. Coutinho	<i>A evolução da legislação antitruste no Brasil</i>
7-8	Vinícius Marques de Carvalho/Ricardo Medeiros de Castro	<i>Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: Uma avaliação crítica</i>
10	João Espírito Santo Noronha	<i>A aplicação no tempo do novo Regime Jurídico da Concorrência</i>
10	Paulo de Sousa Mendes	<i>O contencioso da concorrência: Balanço e perspetivas em função da reforma do direito da concorrência português</i>
19	Lúcio Tomé Feteira	<i>Entre eficiência e desenvolvimento: Reflexões sobre o Direito da Concorrência nos países em vias de desenvolvimento</i>
22	Francisco Portugal	<i>Impact of taxes on competition: the legal status quo in the European Union</i>
23-24	António Ferreira Gomes	<i>IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência: discursos de abertura e de encerramento</i>
26	Miguel Moura e Silva	<i>As operações sobre valores mobiliários e o direito da concorrência</i>
27-28	Mary Catherine Lucey	<i>Economic crisis and competition law in Ireland and Portugal</i>
33-34	Peter Freeman	<i>Things are not what they were – Competition Law in a changing context</i>
33-34	Bruno de Zêzere Barradas	<i>Blockchain e Concorrência – Um novo horizonte de aplicação?</i>
33-34	Danilo Sérgio de Souza	<i>Direito da concorrência e inovação. O uso da tecnologia blockchain e possíveis implicações concorrenciais</i>
35	Marta Borges Campos	<i>Competition Law and the Competition, Regulation and Supervision Court</i>

35	Sofia Oliveira Pais	<i>Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União: breves reflexões</i>
35	Abel Mateus	<i>Portugal precisa de uma política de concorrência mais ativa</i>
35	António Ferreira Gomes	<i>Com concorrência todos ganhamos</i>
35	António Saraiva	<i>15 anos ao serviço da concorrência nos mercados</i>
35	Manuel Sebastião	<i>Concorrência. Um valor, uma lei, uma instituição, uma praxis</i>
35	Margarida Matos Rosa	<i>Direito à Concorrência</i>
35	Vasco Colaço	<i>Concorrência, Inovação digital e dados pessoais: os novos desafios das Autoridades de Concorrência</i>
36	José Luís da Cruz Vilaça	<i>Challenges to the judiciary in the enforcement of competition rules in the digital age</i>
36	María Ortiz	<i>Competition enforcement and advocacy in the financial sector in Spain</i>
36	Ana Patrícia Carvalho	<i>Competition compliance: a mudança do paradigma</i>
38	Carlos Pinto Correia	<i>A propósito dos dez anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência</i>
38	Margarida Matos Rosa	<i>Concorrência e política industrial</i>
38	Ana Ferreira Neves	<i>Impacto do e-commerce na política de concorrência</i>
39	Margarida Rosado da Fonseca	<i>Amendment of the Competition Act. Notes on past experience on the timing, milestones and scope</i>
39	Tânia Luísa Faria	<i>Review of the Portuguese Competition Act – The Seven Year Itch</i>
40	João Torres	<i>Opportunities and challenges</i>

Concorrência – Práticas restritivas

Geral

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Cristina Camacho	<i>O sistema de competências paralelas e o princípio “non bis in idem”</i>
3	Ana Perestrelo de Oliveira / Miguel Sousa Ferro	<i>The sins of the son: parent company liability for competition law infringements</i>

9	Nuno Carroulo dos Santos	<i>Like running water? The Interplay Between Antitrust and Online Music Licensing</i>
10	Fernando Xarepe Silveiro	<i>O regime jurídico da clemência na nova Lei da Concorrência: Novas valências, novos desafios</i>
13	Stéphane Rodrigues	<i>Les services sociaux d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne</i>
18	Harry First/Spencer Weber Waller	<i>Antitrust's Democracy Deficit</i>
26	Francisco Hernández Rodríguez/José Antonio Rodríguez Miguez	<i>La aplicación descentralizada del derecho de la competencia: la experiencia española</i>
37	Francisco Marcos	<i>A desordem judicial e a defesa da concorrência</i>
38	Eduardo Maia Cadete	<i>Artigo 101.º, law in books, law in action e o mundo real</i>
38	João Pateira Ferreira	<i>Old classics die hard. A few comments on vertical restraints as object infringements</i>

Abuso de posição dominante

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João E. Gata/Jorge Rodrigues	<i>Uma perspectiva económica sobre abuso de posição dominante – A distribuição de gelados de impulso a nível europeu</i>
1	Miguel Moura e Silva	<i>A tipificação do abuso de posição dominante enquanto ilícito contra-ordenacional</i>
5	Ioannis Kokkoris	<i>Should the Dominance Test Have Been Changed?</i>
5	António Pedro Santos	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 2011 no Processo C-52/09, Telia-Sonera (Abuso de posição dominante sob a forma de esmagamento de margens pela empresa TeliaSonera)</i>
6	Damien Neven/Hans Zenger	<i>Some remarks on pricing abuses and exclusionary conduct</i>
6	João Ilhão Moreira	<i>Preços predatórios: Encontros e desencontros de jurisprudência e pensamento económico</i>

7-8	Vicente Bagnoli	<i>Um balanço crítico do desenvolvimento da política de concorrência no Brasil nos últimos 15 anos e o início da repressão das condutas unilaterais – Abuso de posição dominante</i>
7-8	Carlos Emmannuel Joppert Ragazzo	<i>A eficácia jurídica da norma de preço abusivo</i>
9	Miguel Moura e Silva	<i>Os abusos de exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?</i>
14-15	Konstantina Bania	<i>Abuse of dominance in online search: Google's special responsibility as the new bottleneck for content access</i>
14-15	Lucas Saretta Ferrari	<i>Google e o direito europeu da concorrência: abuso de posição dominante?</i>
29	Tânia Luísa Faria	<i>Direito da concorrência e big data: ponto da situação e perspectivas</i>
37	John Davies & Jorge Padilla	<i>Another look at the role of barriers to entry in excessive pricing cases</i>
38	Luís do Nascimento Ferreira	<i>Breve apontamento sobre os desafios das plataformas digitais em processos de abuso de posição dominante</i>

Restrições verticais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Miguel Gorjão-Henriques / Miguel Sousa Ferro	<i>The latest reform of EU Competition Law on Vertical Restraints</i>
4	Laurence Idot	<i>La pratique de l'Autorité française de concurrence en matière de restrictions verticales</i>
4	Ioannis Lianos	<i>Upfront access payment, category management and the new regulation of vertical restraints in EU Competition Law: importing the retail side of the story</i>
5	Jean-François Bellis	<i>The new EU rules on vertical restraints</i>
7-8	Paula Vaz Freire	<i>O poder de compra e as restrições verticais determinadas pela procura</i>

7-8	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 2011, nos Processos C-403/08 e C429/08, Murphy Football Association Premier League Ltd e o. / QC Leisure e o. e Karen Murphy / Media Protection Services Ltd</i>
33-34	Francisco Espregueira Mendes, Leyre Prieto & Daniela Cardoso	<i>Da natureza das restrições à concorrência nos acordos de distribuição seletiva: a influência de Coty Prestige no comércio eletrónico</i>
37	Tânia Luísa Faria, Maria Francisca Couto e Francisco Chilão Rocha	<i>Comércio eletrónico e restrições verticais da concorrência: regresso ao futuro?</i>

Restrições horizontais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Matos Viana	<i>Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2008 – Processo T-99/04 (Os conceitos de autor e cúmplice de uma infração ao artigo 81.º TCE)</i>
2	João Pateira Ferreira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2009 (3.ª secção) no Processo C-8/08, T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Práticas concertadas entre empresas, trocas de informações e infrações concorrenciais por objecto e/ou por efeito)</i>
4	Arianna Andreangeli	<i>Modernizing the approach to article 101 TFEU in respect to horizontal agreements: has the Commission's interpretation eventually “come of age”?</i>
4	Silke Obst / Laura Stefanescu	<i>New block exemption regulation for the insurance sector – main changes</i>
6	Donald I Baker/Edward A. Jesson	<i>Adam Smith, modern networks and the growing need for antitrust rationality on competitor cooperation</i>
6	Luís D. S. Morais	<i>The New EU Framework of Horizontal Cooperation Agreements</i>
6	Fernando Pereira Ricardo	<i>As infrações pelo objecto do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia na jurisprudência da União Europeia</i>
6	Cristina Camacho/Jorge Rodrigues	<i>Using Economic Evidence in Cartel Cases: A Portuguese Case Study</i>

6	João Pateira Ferreira	<i>A aplicação da Lei da Concorrência às decisões de associações de empresas na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa</i>
13	Imelda Maher	<i>The New Horizontal Guidelines: Standardisation</i>
13	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 2013, no Processo C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais</i>
16	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de janeiro de 2014 e Decisão Sumária do Tribunal Constitucional de 21 de maio de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência</i>
18	João Cardoso Pereira	<i>Judgment of the Court (Third Chamber) of 11 September 2014, Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission (Groupement des Cartes Bancaires: Reshaping the Object Box)</i>
19	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 16 de Dezembro de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais e foro competente</i>
33-34	Angelo Gamba Prata de Carvalho	<i>Os contratos associativos no direito da concorrência brasileiro</i>
33-34	Marcela Lorenzetti	<i>Contratos associativos no transporte marítimo: análise de VSAs no Brasil</i>
35	Bernardo Sarmento & Jorge Padilla	<i>Another look at the competitive assessment of information exchanges amongst competitors in EU Competition Law</i>
36	Richard Whish	<i>Hub and spoke concerted practices</i>
37	João Miranda Poças	<i>O enquadramento da figura hub-and-spoke na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais britânicos</i>
39	João E. Gata	<i>Controlling Algorithmic Collusion: Short Review of the Literature, Undecidability, and Alternative Approaches</i>
41	Nuno Alexandre Pires Salpico	<i>As restrições à concorrência nas plataformas de cartões de pagamento através das interchange fees</i>

Concorrência – Controlo de concentrações

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	António Gomes	<i>Minority Shareholders and Merger Control in Portugal</i>
2	Carlos Pinto Correia / António Soares	<i>Tender offers and merger control rules</i>
4	Fernando Pereira Ricardo	<i>A aquisição de participações ou de ativos da empresa insolvente e o conceito de concentração de empresas</i>
5	Miguel Mendes Pereira	<i>Natureza jurídica e função de compromissos, condições e obrigações no controlo prévio de concentrações</i>
7-8	Pedro Costa Gonçalves	<i>Controlo de concentração de empresas no direito português (uma visão jus-administrativista)</i>
7-8	Ana Paula Martinez	<i>Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil</i>
10	Luis Ortiz Blanco/ Alfonso Lamadrid de Pablo	<i>Del test de posición dominante al test OSCE (Historia y evolución de los criterios de prohibición y autorización de las concentraciones entre empresas en el Derecho europeo, 1989 – 2004)</i>
31	Maria Teresa Capela	<i>Controlo de concentrações e o n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF: uma exceção à obrigação de notificação prévia?</i>
33-34	Daniela Cardoso	<i>Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 7 de setembro de 2017, processo C-248/16</i>
35	Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmiento	<i>A fusão da Estradas de Portugal com a REFER: o caso da integração do operador rodoviário com o operador ferroviário</i>
36	Ricardo Horta	<i>Articulação AdC-ERC no âmbito do artigo 55.º do regime jurídico da concorrência: cenas dos próximos capítulos</i>
37	Alípio Codinha, Mariana Costa, Marta Ribeiro & Pedro Marques	<i>Input foreclosure em concentrações verticais nos media: o caso Altice/Media Capital</i>
37	Rita Prates	<i>Partial implementation and gun-jumping, how original. What will they think of next? – Chapter One</i>

38	Joaquim Caimoto Duarte	<i>Inovação e controlo de concentrações – breves notas sobre a sua prática em Portugal</i>
39	Thomas Hoehn	<i>Challenges in Designing and Implementing Merger Remedies – A Monitoring Trustee Perspective</i>
39	Simone Maciel Cuiabano	<i>Análise Alternativa de Fusões: Indicadores de Preços x Definição de Mercado Relevante</i>
39	Nuno Rocha de Carvalho	<i>European Champions vs. Real Champions: What will it cost you?</i>
41	Rita Prates	<i>Partial implementation and gun-jumping, how original. what will they think of next? – Chapter Two</i>

Concorrência – Auxílios de Estado

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Piet Jan Slot	<i>The credit crisis and the Community efforts to deal with it</i>
3	Manuel Porto / João Nogueira de Almeida	<i>Controlo negativo, controlo positivo ou ambos?</i>
3	António Carlos dos Santos	<i>Crise financeira e auxílios de Estado – risco sistémico ou risco moral?</i>
3	Ana Rita Gomes de Andrade	<i>As energias renováveis – Uma luz verde aos auxílios de Estado?</i>
3	Marco Capitão Ferreira	<i>Decisão da Comissão Europeia relativa à garantia estatal concedida pelo Estado português ao Banco Privado Português</i>
11-12	Alexandra Amaro	<i>Auxílios de Estado e contratos públicos: Os limites do concurso</i>
17	Ricardo Pedro	<i>Auxílios de minimis 2014-2010: notas à luz do Regulamento (UE) n.º 1407/2013</i>
20-21	João Zenha Martins	<i>Consultoria em inovação e o redesenho dos apoios ao emprego e à formação no Regulamento (UE) n.º 651/2014</i>
27-28	Edmilson Wagner dos Santos Conde	<i>Poderão as decisões dos órgãos jurisdicionais que atribuem indemnizações constituir auxílios de Estado?</i>

27-28	Luis Seifert Guincho	<i>State aid and systemic crises: appropriateness of the European State aid regime in managing and preventing systemic crises</i>
27-28	Mariana Medeiros Esteves	<i>Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia</i>
27-28	Ricardo Quintas	<i>A incongruência judicativa de uma deliberação positiva de compatibilidade de um auxílio de Estado não notificado</i>

Financeiro e bancário

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	René Smits	<i>Europe's Post-Crisis Supervisory Arrangements – a Critique</i>
2	José Nunes Pereira	<i>A caminho de uma nova arquitetura da supervisão financeira europeia</i>
2	Pedro Gustavo Teixeira	<i>The Evolution of Law and Regulation and of the Single European Financial Market until the Crisis</i>
2	Paulo de Sousa Mendes	<i>How to deal with transnational market abuse? – the Citigroup case</i>
2	Luís Máximo dos Santos	<i>A reforma do modelo institucional de supervisão dos setores da banca e dos seguros em França</i>
2	José Renato Gonçalves	<i>A sustentabilidade da zona euro e a regulação do sistema financeiro</i>
2	Paulo Câmara	<i>“Say on Pay”: o dever de apreciação da política remuneratória pela assembleia geral</i>
3	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de julho de 2010 (1.ª secção) no Processo C-171/08 – Comissão c. Portugal (Crónica de uma morte anunciada?)</i>
7-8	Paulo de Sousa Mendes	<i>A derrogação do segredo bancário no processo penal</i>
7-8	Felipe Hochscheidt Kreutz	<i>O segredo bancário no processo penal</i>
7-8	Madalena Perestrelo de Oliveira	<i>As alterações ao Regime Geral das Instituições de Crédito: o fim da era do sigilo bancário?</i>
9	Luís Guilherme Catarino	<i>A “agencificação” na regulação financeira da União Europeia: Novo meio de regulação?</i>

9	Luís Máximo dos Santos	<i>O novo regime jurídico de recuperação de instituições de crédito: Aspetos fundamentais</i>
9	Ana Pascoal Curado	<i>As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: Natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur</i>
9	Miguel Brito Bastos	<i>Scalping: Abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado?</i>
11-12	Helena Magalhães Bolina	<i>O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários</i>
11-12	Vinicius de Melo Lima	<i>Ações neutras e branqueamento de capitais</i>
13	Bernardo Feijoo Sánchez	<i>El Derecho Penal Español frente a fraudes bursátiles transnacionales – ¿Protege el derecho penal del mercado de valores los mercados financieros internacionales?</i>
14-15	Bernardo Feijoo Sánchez	<i>Imputación objetiva en el derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares</i>
17	Joseph Dale Mathis	<i>European Payment Services: How Interchange Legislation Will Shape the Future of Retail Transactions</i>
18	José Gonzaga Rosa	<i>Shadow Banking – New Shadow Entities Come to Light</i>
18	Pedro Lobo Xavier	<i>Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição</i>
18	Sofia Brito da Silva	<i>A notação de risco da dívida soberana: O exercício privado de um serviço de interesse público</i>
20-21	Pablo Galain Palermo	<i>Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica</i>
20-21	Sérgio Varela Alves	<i>Da participação da Banca em Sociedades não Financeiras: Mais do que allfinance</i>
20-21	Rute Saraiva	<i>Um breve olhar português sobre o modelo de supervisão financeira em Macau</i>
20-21	Luís Pedro Fernandes	<i>Dos sistemas de Microcrédito na Lusofonia: Problemas e soluções</i>
20-21	Daniela Pessoa Tavares	<i>O segredo bancário na legislação bancária de Angola, Cabo Verde e Moçambique</i>

20-21	Raluca Ghiurco	<i>As instituições de supervisão financeira em Moçambique</i>
20-21	Francisco Mário	<i>Supervisão bancária no sistema financeiro Angolano</i>
20-21	Catarina Balona/João Pedro Russo	<i>O Banco de Cabo Verde – Principais aspetos orgânicos e funcionais</i>
20-21	José Gonzaga Rosa	<i>União Económica e Monetária da África Ocidental: uma boa ideia, com uma execução pobre</i>
20-21	Tiago Larsen	<i>Regulação bancária na Guiné-Bissau</i>
23-24	Luís Guilherme Catarino	<i>“Fit and Proper”: o controlo administrativo da idoneidade no sector financeiro</i>
23-24	Margarida Reis	<i>A idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito</i>
23-24	Inês Serrano de Matos	<i>“Debt finance”: as obrigações como engodo do investidor e a informação externa como um meio de tutela daquele</i>
23-24	João Andrade Nunes	<i>Os deveres de informação no mercado de valores mobiliários: o prospetivo</i>
23-24	João Vieira dos Santos	<i>A união dos mercados de capitais e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira</i>
27-28	Bruno Miguel Fernandes	<i>A garantia de depósitos bancários</i>
29	Álvaro Silveira de Meneses	<i>Leading the way through: the role of the European Central Bank as pendulum, shield and supervisor of the euro area</i>
31	Miguel da Câmara Machado	<i>Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais</i>
33-34	Katerina Lagaria	<i>Towards a single capital markets supervisor in the EU: the proposed extension of ESMA’s supervisory powers</i>
33-34	Ivana Souto de Medeiros	<i>A resolução bancária e a salvaguarda do erário público na União Europeia: do bail-out ao bail-in</i>
33-34	Lucas Catharino de Assis	<i>A liberdade de circulação de capitais e a necessidade de se garantir a eficácia dos controles fiscais nas situações envolvendo Estados terceiros</i>
33-34	Frederico Machado Simões	<i>Sobre o novo regime do concurso de infrações no Código dos Valores Mobiliários e o Princípio do Ne Bis in Idem</i>
39	Lara Tobías Peña, José Luís Rodríguez López & Pedro Hinojo González	<i>Fintech and its Implications for Competition and Regulation</i>
40	Luís Guilherme Catarino	<i>Ofertas Públicas de Criptomoedas: FinTech, Tokens, Smart Contracts, Blockchain, and all that jazz...</i>

40	Armando Sumba	<i>A Regulação e Supervisão de Instituições de Microfinanças na África Ocidental</i>
41	Joana Vaz Baptista	<i>A adoção de sanções pecuniárias compulsórias pelo Banco Central Europeu no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão</i>

Seguros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
25	Catarina Baptista Gomes	<i>Os danos indemnizáveis no seguro financeiro</i>
25	Celina Isabel Dias Videira	<i>O seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados</i>
25	Miguel Duarte Santos	<i>O beneficiário nos seguros de pessoas</i>
36	Maria Elisabete Ramos	<i>Distribuição de seguros, proteção do cliente e arbitragem regulatória</i>

Comunicações eletrónicas

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7-8	Ana Amante/João Vareda	<i>Switching Costs in the Portuguese Telecommunications Sector: Results from a Customer Survey</i>
11-12	Ana Proença Coelho	<i>Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: O caso da supervisão do ICP-ANACOM</i>
14-15	Manuel da Costa Cabral	<i>A governação da Internet e o posicionamento de Portugal</i>
14-15	Marta Moreira Dias	<i>Perspetiva sobre os 25 anos da Internet em .pt</i>
14-15	Victor Castro Rosa	<i>Digital Piracy and Intellectual Property Infringement: role, liability and obligations of Internet Service Providers. The evolution of European Case-Law</i>
14-15	David Silva Ramalho	<i>A investigação criminal na dark web</i>
19	João Confraria	<i>Perspetivas de mudança na regulação das comunicações</i>

Energia

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
11-12	Miguel Sousa Ferro	<i>Nuclear Law at the European Court in the 21st Century</i>
13	Orlindo Francisco Borges	<i>Responsabilidade civil das sociedades de classificação por derrames petrolíferos causados por navios inspecionados: em busca de um claro regime entre o port state control e os contratos de classificação</i>
18	Filipe Matias Santos	<i>O comercializador de último recurso no contexto da liberalização dos mercados de eletricidade e gás natural</i>

Saúde

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
10	Olívio Mota Amador	<i>Desafios da regulação da saúde em Portugal nos tempos de crise</i>
30	Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva	<i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</i>

**Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência,
Regulação e Supervisão**

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	João Confraria	<i>Falhas do Estado e regulação independente</i>
6	Jorge André Carita Simão	<i>A responsabilidade civil das autoridades reguladoras</i>
7-8	Victor Calvete	<i>Entidades administrativas independentes: Smoke & Mirrors</i>
17	Luís Silva Morais	<i>Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira</i>
17	João Confraria	<i>Uma análise económica da Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes</i>

17	Luis Guilherme Catarino	<i>O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?</i>
17	Tânia Cardoso Simões	<i>Entidades reguladoras: Um ano de Lei-Quadro</i>
29	Nuno Cunha Rodrigues & Rui Guerra da Fonseca	<i>O quadro da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro</i>
30	Francisca Van Dunem	<i>Prefácio ao dossier especial comemorativo do 5.º aniversário do TCRS</i>
30	Carla Câmara	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: quo vadis?</i>
30	Fernando Oliveira Silva & Fernando Batista	<i>A regulação dos setores da construção, do imobiliário e dos contratos públicos</i>
30	Luís Miguel Caldas, Marta Borges Campos, Alexandre Leite Baptista & Anabela Morão de Campo	<i>Âmbito e desafios do controlo jurisdicional do Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão: a vida íntima dos processos</i>
30	Miguel Sousa Ferro	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: uma análise jurídico-económica no seu 5.º aniversário</i>
30	Pedro Marques Bom & Ana Cruz Nogueira	<i>Cinco anos, cinco desafios</i>
30	Pedro Portugal Gaspar & Helena Sanches	<i>Deverão os recursos de todas as decisões contraordenacionais adotadas pela ASAE caírem na jurisdição do TCRS?</i>
30	Ricardo Gonçalves & Ana Lourenço	<i>Uma proposta de avaliação de impacto da criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão</i>
30	Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva	<i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</i>
33-34	Raúl Vieira da Silva	<i>A independência orçamental das entidades reguladoras à luz da nova lei-quadro</i>
33-34	Miguel Pena Machete & Catarina Pinto Xavier	<i>Autoridade da Concorrência – dividir para reinar?</i>
33-34	Vicente Bagnoli	<i>Business strategies to improve antitrust compliance in Brazil and the approach of CADE to advocacy: the Car Wash investigation</i>
35	Fernando Pereira Ricardo	<i>As cativações e a autonomia administrativa e financeira das entidades reguladoras independentes (e da AdC em particular)</i>

Regulação do comércio e concorrência desleal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	Jaime Andrez	<i>Propriedade Industrial e concorrência – uma leitura económica da sua inevitável complementaridade</i>
6	Deolinda de Sousa	<i>O alinhamento de preços nas vendas com prejuízo</i>
7-8	Peter Freeman	<i>The UK experience: The Grocery Supply Code of Practice</i>

Contratação pública

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
19	António Ferreira Gomes/ Ana Sofia Rodrigues	<i>Enhancing Efficiency in Public Procurement in Portugal: An Overview of the Relevant Competition Issues</i>
19	Nuno Cunha Rodrigues	<i>O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública</i>
19	Raquel Carvalho	<i>As novas Diretivas da Contratação Pública e a tutela da concorrência na execução dos contratos públicos</i>
27-28	Pedro Matias Pereira	<i>O dever de resolver contratos públicos</i>
27-28	Luís Almeida	<i>A Contratação Pública Verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE</i>
29	Isabel Andrade & Joaquim Miranda Sarmento	<i>Uma análise contratual às renegociações das PPP e concessões no setor das águas em Portugal</i>
32	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?</i>
38	Fernando Batista	<i>Apresentação de propostas, num mesmo procedimento concorrencial, por operadores económicos ligados entre si</i>

Direito contraordenacional e processual penal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7-8	Luís Greco	<i>Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?</i>
9	Ricardo Oliveira Sousa	<i>A comunicabilidade da prova obtida em direito processual penal para o processo contraordenacional</i>
10	André Mauro Lacerda Azevedo	<i>Bribery Act 2010: Um novo paradigma no enfrentamento da corrupção</i>
13	André Paralta Areias	<i>O valor do princípio da presunção de inocência no novo regime da indemnização por indevida privação da liberdade</i>
13	Tiago Geraldo	<i>A reabertura do inquérito (ou a proibição relativa de repetição da ação penal)</i>
14-15	Miguel Prata Roque	<i>O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexção de alguma jurisprudência constitucional</i>
14-15	Milene Viegas Martins	<i>A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal</i>
16	Érico Fernando Barin	<i>Alargar a perda alargada: O projeto Fenix</i>
16	José Danilo Tavares Lobato	<i>Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro</i>
16	Mafalda Melim	<i>Standards de prova e grau de convicção do julgador</i>
16	David Silva Ramalho	<i>O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal</i>
16	Catiuce Ribas Barin	<i>A valoração das gravações de áudio produzidas por particulares como prova no processo penal</i>
16	José Neves da Costa	<i>Do aproveitamento em processo penal das provas ilicitamente obtidas por particulares – O caso BCP</i>
16	Catarina Abegão Alves	<i>Agente infiltrado ou provocador? Um problema de proibição de prova à luz do caso Teixeira de Castro v. Portugal</i>
23-24	Stephen Mason	<i>Towards a global law of electronic evidence? An exploratory essay</i>
23-24	Daniel Diamantaras de Figueiredo	<i>O direito ao confronto e o caso Al-Khawaja e Tabery c. Reino Unido</i>
23-24	Felipe Soares Tavares Morais	<i>O ónus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro</i>

23-24	Margarida Caldeira	<i>A utilizabilidade probatória das declarações prestadas por arguido em fase anterior ao julgamento</i>
27-28	Ana Catarina Martins	<i>Imputação subjetiva: como se constrói e se prova o dolo da pessoa coletiva?</i>
27-28	Maria João Almeida Semedo	<i>Imputação subjetiva: como se constrói e prova o dolo da pessoa jurídica – orientação jurisprudencial</i>
27-28	Joana Gato	<i>Identificação de algum dos dirigentes que são agentes do facto coletivo como requisito para a responsabilização da pessoa coletiva</i>
27-28	João Nuno Casquinho	<i>Responsabilidade penal das pessoas coletivas em casos de fusão, cisão ou transformação</i>
27-28	João Pedro Neves Rodrigues	<i>Critérios objetivos de imputação de facto coletivamente típico à pessoa coletiva e o conceito de gerentes de facto e de direito</i>
29	Renzo Orlandi	<i>“Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional</i>
29	Antonieta Nóbrega	<i>O jornalista assistente no processo penal português</i>
29	Joana Geraldo Dias	<i>A consagração de um novo paradigma na ordem jurídica: a divisão bipartida dos dados relativos às comunicações eletrónicas</i>
29	Sónia Cruz Lopes	<i>Interceção de comunicações para prova dos crimes de injúrias, ameaças, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego cometidos por meio diferente do telefone</i>
31	Nivaldo Machado Filho	<i>O agente infiltrado em duelo com o contraditório: aspectos críticos de seu relatório e depoimento</i>
32	Enrico Sanseverino	<i>O crime de corrupção no sector privado e o seu tratamento em uma perspetiva internacional em face dos interesses tutelados</i>

Ambiente

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	José Danilo Tavares Lobato	<i>Princípio da subsidiariedade do Direito Penal e a adoção de um novo sistema jurídico na tutela ambiental</i>
5	António Sequeira Ribeiro	<i>A revisão da lei de bases do ambiente (algumas notas sobre a vertente sancionatória)</i>

5	Heloísa Oliveira	<i>Eficácia e adequação na tutela sancionatória de bens ambientais</i>
5	José Danilo Tavares Lobato	<i>Acessoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade</i>
5	Annette Bongardt/João E. Gata	<i>Competition Policy and Environmental Protection: a critical overview</i>
5	Giulio Federico	<i>Climate Change and Environmental Policies in the European Electricity Sector</i>

Transportes

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
26	João E. Gata	<i>A economia de partilha</i>
26	Joana Campos Carvalho	<i>Enquadramento jurídico da atividade da Uber em Portugal</i>
30	João Carvalho & Eduardo Lopes Rodrigues	<i>Regulação económica independente no ecossistema da mobilidade e dos transportes</i>
33-34	Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmento	<i>Concorrência e regulação na privatização dos aeroportos num contexto de finanças públicas sob stress: uma análise das motivações do governo e dos investidores</i>

Artigos transversais e outros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Manuel Sebastião	<i>The Portuguese Competition Authority and the Portuguese Competition and Regulation Journal – A meeting of the minds</i>
1	Eduardo Paz Ferreira	<i>Em torno da regulação económica em tempos de mudança</i>
16	Nuno Sousa e Silva	<i>The proposed Directive on multi-territorial licensing for online music – Is competition a good idea?</i>
20-21	Miguel da Câmara Machado	<i>“Corrupção: denuncie aqui” – vale tudo no combate à corrupção?</i>

22	Paulo Alves Pardal	<i>O acidentado percurso da Constituição Económica Portuguesa</i>
32	Miguel Moura e Silva e Manuel Cabugueira	<i>The competition impact of extending the activity of waste and water management concessionaires to competitive markets</i>
35	Carlos Pinto de Abreu	<i>Breves notas sobre segurança da informação, acesso a dados e privacidade</i>
38	Luís Catarino	<i>Segredos da Administração: segredos de supervisão e de sanção</i>

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos (de doutrina ou breves), estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em língua portuguesa, espanhola, francesa ou inglesa. Os textos são publicados no idioma em que foram redigidos.
4. Em casos excecionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo o Autor indicar onde foram publicados anteriormente. Se aceite, o texto será publicado no idioma em que, originalmente, foi redigido, devendo – se aplicável – o Autor assegurar a respetiva tradução para um dos 4 idiomas acima referidos.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 caracteres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.
6. A informação sobre as normas formais de estilo aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico revista@concorrenca.pt, ou acedida em http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrenca.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Ricardo Bayão Horta.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

Collaboration with

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers (academic or short), studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in their original language.
4. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances Authors are required to indicate where the paper was previously published. If accepted, the paper is published in its original language, remaining the Author responsible for ensuring its translation into 1 of the 4 accepted languages.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, either by contacting revista@concorrencia.pt or by accessing the link http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx.
7. Contributions must be sent in digital format to the email address revista@concorrencia.pt or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Mr. Ricardo Bayão Horta.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

ÓRGÃOS SOCIAIS

DIREÇÃO

Maria João Melícias/Miguel Sousa Ferro

CONSELHO CIENTÍFICO

Presidentes: Eduardo Paz Ferreira/Margarida Matos Rosa

Membros:

António Avelãs Nunes	Jorge de Figueiredo Dias
António Ferreira Gomes	José António Veloso
António Menezes Cordeiro	José Danilo Lobato
Augusto Silva Dias	José Luís da Cruz Vilaça
Barry Hawk	José de Faria Costa
Bernardo Feijóo Sánchez	José de Oliveira Ascensão
Bo Vesterdorf	José Lobo Moutinho
Carlos Pinto Correia	José Manuel Sérvulo Correia
David Gerber	Jürgen Wolter
Diogo Rosenthal Coutinho	Keiichi Yamanaka
Donald Baker	Klaus Rogall
Douglas Rosenthal	Laurence Idot
Eleanor Fox	Luís Cabral
Fernando Borges Araújo	Luís Greco
Fernando Herren Aguillar	Manuel da Costa Andrade
Francisco Marcos	Manuel Lopes Porto
Floriano Marques	Marco Bronckers
François Souty	Maria Fernanda Palma
Frederic Jenny	Mark Zöller
Geraldo Prado	Miguel Moura e Silva
Gerhard Dannecker	Miguel Nogueira de Brito
Germano Marques da Silva	Miguel Poiares Maduro
Giorgio Monti	Nicolas Charbit
Harry First	Oswald Jansen
Heike Schweitzer	Patrick Rey
Ioannis Kokkoris	Paulo Câmara
João Ferreira do Amaral	Paulo de Pitta e Cunha
Jorge Braga de Macedo	Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos
Pedro Pitta Barros
Peter Freeman CBE, QC
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits

Richard Wish
Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO CIENTÍFICO

João E. Gata/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO CONSULTIVO

João E. Gata/Jorge Simões/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO DE REDAÇÃO

Presidente: Ricardo Bayão Horta

Comissão Coordenadora:

Cristina Camacho
Fernando Pereira Ricardo
João Cardoso Pereira
José Renato Gonçalves

Luís Vale Lima
Nazaré da Costa Cabral
Ricardo Bayão Horta
Vitor Miguel Lourenço

Editores:

Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado

Carlos Pinto Correia/João E. Gata

Concorrência – Práticas restritivas

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

Concorrência – Auxílios de Estado

Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

Concorrência – Concentrações

Margarida Rosado da Fonseca

Autoridades reguladoras

João Miranda

Direito contraordenacional e processual penal

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Economia

António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

Água e resíduos

João Miranda

Ambiente

Carla Amado Gomes

Aviação civil

António Moura Portugal

Comércio, consumo e concorrência desleal

Teresa Moreira

Contratação pública

Nuno Cunha Rodrigues

Energia

Gonçalo Anastácio

Financeiro

Rute Saraiva/Hugo Moredo Santos

Transportes terrestres e marítimos

Tânia Cardoso Simões

Saúde

Nuno Castro Marques

Direito contraordenacional e processual penal

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Direito probatório

Rui Soares Pereira/David Silva Ramalho

Secretariado Executivo:

Manuela Oliveira

Natália Leite

C&R