

Parecer da ANACOM

sobre a Proposta de Lei n.º 99/XIV/2.^a (GOV)

«Transpõe a Diretiva (UE) 2019/1, 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»

1. INTRODUÇÃO

A Comissão de Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação, mediante comunicação recebida a 23 de junho de 2021, submeteu à Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), para efeitos de emissão de parecer escrito, a Proposta de Lei n.º 99/XIV/2.^a (GOV) que transpõe a Diretiva (UE) 2019/1, 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, que entrou em vigor em 4 de fevereiro de 2019.

A Proposta de Lei em referência procede à segunda alteração ao regime jurídico da concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 maio, alterada pela Lei n.º 23/2018, de 5 de junho (Lei da Concorrência), bem como à primeira alteração aos Estatutos da Autoridade da Concorrência (AdC), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto (Estatutos da AdC).

2. ANÁLISE

A presente análise versa sobre as alterações propostas à Lei da Concorrência e aos Estatutos da AdC com implicações no âmbito de atuação da ANACOM, enquanto entidade administrativa independente com competências sectoriais.

2.1. Regime jurídico da concorrência

No que respeita ao regime jurídico da concorrência, observa-se que na Proposta de Lei se mantém a exigência de articulação entre a AdC e a ANACOM – envolvendo pronúncias, a emissão de pareceres, cooperação entre entidades e prestação de informações – nos mesmos termos que já vigoram atualmente.

Comissão de Economia, Inovação
Obras Públicas e Habitação
N.º Único: 681435
N.º Entrada: 398
Data: 14/07/2021

Com efeito, não se identificam, no que se refere às interações e relações que envolvem a AdC e a ANACOM, significativas alterações em relação ao que é o regime legal em vigor, salvo algumas modificações de carácter pontual que se sinalizam de seguida.

Em concreto, com relevância no âmbito do regime jurídico da concorrência, mantém-se o disposto nos **n.ºs 3 e 4 do artigo 5.º (AdC)** da Lei da Concorrência em vigor, segundo os quais, respetivamente, o financiamento da AdC é assegurado pelas prestações das autoridades reguladoras sectoriais, e que estas e a AdC cooperam entre si na aplicação da legislação, nos termos previstos na lei, podendo, para o efeito, celebrar protocolos de cooperação bilaterais ou multilaterais.

A previsão dos **n.ºs 4 e 6 do artigo 34.º (Medidas Cautelares)** também não sofre alterações.

No âmbito do **artigo 35.º (Articulação com autoridades reguladoras setoriais no âmbito de práticas restritivas de concorrência)** permanecem inalteradas as disposições dos **n.ºs 1, 3, 4 e 5**.

Não obstante, quanto à previsão do **n.º 2 do artigo 35.º**, observa-se que a mesma foi objeto de alteração, passando agora a ter a seguinte redação: «*Sempre que estejam em causa práticas restritivas com incidência num mercado que seja objeto de regulação setorial, a adoção de uma decisão pela AdC nos termos das alíneas c) e d) do n.º 3 do artigo 24.º ou do n.º 3 do artigo 29.º é precedida, salvo nos casos de encerramento do processo sem condições, de parecer prévio da respetiva autoridade reguladora setorial, que será emitido em prazo fixado pela AdC*» – aqui destacada a parte aditada na Proposta de Lei.

Assinala-se, pois, a exigência de a AdC obter o parecer dos reguladores sectoriais competentes previamente à adoção de algumas decisões no termo da fase de inquérito (que precede a instrução). O mencionado artigo 35.º rege os termos em que deve ser assegurada a articulação com autoridades reguladoras sectoriais no âmbito de práticas restritivas de concorrência, com incidência num mercado que seja objeto de regulação sectorial.

Nestas situações, e como já atualmente a Lei da Concorrência prevê no **n.º 2 do artigo 35.º**, a AdC dará imediato conhecimento dos factos apurados à autoridade reguladora sectorial competente em razão da matéria, para que esta emita parecer prévio (não vinculativo), quando, no termo da instrução do processo, a AdC *(i)* conclua que a prática restritiva da concorrência ocorrida deve ser considerada justificada ou *(ii)* condene os responsáveis pela

prática verificada em procedimento de transação ou (iii) ordene o arquivamento do processo mediante a aceitação de compromissos e imposição de condições no decurso da instrução.

A Proposta de Lei em análise prevê agora que os reguladores sectoriais sejam também consultados antes de a AdC tomar algumas decisões no termo da fase de inquérito. É o que sucede quando a AdC (i) constate a existência de uma infração e, por isso, tencione aplicar sanções em procedimento de transação ou (ii) pretenda pôr fim ao processo mediante a aceitação de compromissos e imposição de condições – cfr. **alíneas c) e d) do n.º 3 do artigo 24.º (Decisão do inquérito)**, para o qual o n.º 2 do artigo 35.º passa a remeter.

Prevê-se assim a exigência de um parecer do regulador sectorial sobre decisões a proferir no termo da fase de inquérito promovido pela AdC, aumentando o âmbito de atuação/participação das autoridades reguladoras sectoriais, quando estejam em causa práticas restritivas com incidência num mercado que seja objeto de regulação sectorial, como é o caso da ANACOM quando se trate do mercado das comunicações postais e das comunicações eletrónicas. A ANACOM concorda com as alterações em causa, pois permitem uma maior participação nos processos, em fases distintas, beneficiando os mesmos do seu conhecimento e experiência enquanto Regulador do sector das comunicações. Para além disso, a entrada do regulador sectorial numa fase mais preliminar do processo permite uma maior eficácia do processo como um todo.

O **artigo 55.º (Articulação com autoridades reguladoras setoriais no âmbito do controlo de concentrações)** mantém a sua redação na íntegra, nada havendo a assinalar nesta matéria. O **n.º 3 do artigo 61.º (Estudos de mercado e inquéritos por setores económicos e por tipos de acordos)** não sofre qualquer alteração, mantendo-se a interação já existente.

O disposto no **artigo 62.º (Recomendações)** é mantido na totalidade na Proposta de Lei. Nesta matéria, considera-se, porém, que o regime legal poderia beneficiar de um melhoramento no sentido de se estabelecer que, previamente à AdC apresentar às autoridades reguladoras sectoriais as recomendações que entenda adequadas, conforme previsto na **alínea a) do n.º 3**, se consulte a respetiva autoridade reguladora sectorial visada sobre as recomendações a aplicar, de modo a permitir um melhor *input* sobre a eficácia das mesmas nos mercados em causa.

Verificam-se ainda alterações ao **n.º 6 do artigo 33.º (Acesso ao processo)**, que conforme evidenciado, na exposição de motivos da Proposta legislativa sob análise, facilitam o acesso a documentos confidenciais pelos advogados ou assessores económicos para efeitos do

exercício dos direitos de defesa, *«que deixa de estar limitado à consulta, sem possibilidade de reprodução, nas instalações da AdC»*.

Assim, nos termos do novo n.º 6: *«o acesso a documentos contendo informação classificada como confidencial, independentemente de ser utilizada ou não como meio de prova, é permitido apenas ao advogado ou ao assessor económico externo do visado e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da AdC, não sendo permitida a sua divulgação ou utilização para qualquer outro fim, sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo 12.º da presente lei, e nos artigos 14.º e 16.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho»* – tendo a parte aqui sublinhada substituído o texto atual que prevê *«não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio»*.

Ora, não obstante a previsão de uma responsabilização acrescida dos mesmos, importa referir neste âmbito, tendo presente a colaboração existente entre a ANACOM e a AdC, e na esteira do que existe atualmente no artigo 7.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, na sua redação em vigor (Lei das Comunicações Eletrónicas), que importa acautelar, tanto nos procedimentos administrativos, como nos procedimentos de infração, que a AdC assegure o mesmo nível de confidencialidade que a ANACOM está vinculada a observar.

O n.º 6 do artigo 33.º da Proposta de Lei tem o seu enquadramento no princípio da paridade de meios e na salvaguarda dos direitos de defesa. Embora na Proposta de Lei se facilite a forma de acesso à informação tida como confidencial, continua a ser permitido o acesso a informação confidencial, que já é passível de ser consultada pelo mandatário ou assessor económico externo dos visados na legislação atualmente em vigor.

Adicionalmente, do ponto de vista formal, assinala-se que o n.º 6 do artigo 33.º da Proposta de Lei remete *«para o disposto no n.º 7 do artigo 12.º da presente lei»* (aqui destacado), e o artigo 12.º da Proposta de Lei, referente a *Abuso de dependência económica*, não contém n.º 7, questionando-se, neste sentido, se não será de manter a atual previsão do n.º 6 do artigo que remete para o artigo 12.º (*Apresentação de meios de prova no âmbito da ação de indemnização*) da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho.

A ANACOM não tem objeções ao regime jurídico da concorrência constante da Proposta de Lei em análise.

2.2. Estatutos da AdC

No que diz respeito às alterações introduzidas aos Estatutos da AdC, e conforme refere a exposição de motivos da Proposta de Lei pretende-se reforçar a independência funcional da AdC e a sua imparcialidade, retirando-lhe a receita das coimas aplicadas por infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e ao regime jurídico da concorrência. Assim, no **artigo 35.º (Receitas), n.º 7** é revogada a atual **alínea b)**, que prevê que constituem ainda receitas da AdC «40 /prct. do produto das coimas aplicadas pelos ilícitos que lhe compete investigar ou sancionar, revertendo os 60 /prct. remanescentes para o Estado».

Porém, não pode deixar de assinalar-se que o reforço da independência funcional e a maior autonomia na gestão dos recursos mencionados na exposição de motivos da Proposta de Lei não encontra reflexo no n.º 1 do artigo 40.º dos Estatutos da AdC. Com efeito, muito embora a alteração apresentada no final do **n.º 1 do artigo 40.º (Independência)** reflita o que prevê a alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º da Diretiva, que a presente Proposta de Lei visa transpor, observa-se que em rigor a mesma vai para além do que prevê a própria Diretiva. A este propósito, note-se, aliás, que a alteração do n.º 1 do artigo 40.º e o agora proposto no n.º 2 do artigo 2.º dos Estatutos da AdC vão em sentidos opostos.

Assim, quando prevê que a AdC possa ser destinatária de regras estratégicas gerais ou orientações em matéria de prioridades da parte do Governo, ainda que não relacionadas com inquéritos sectoriais ou processos específicos, está por esta via a condicionar em termos abrangentes a atuação desta Autoridade, que estará na contingência de ter de afetar os seus recursos ao cumprimento de tais regras e orientações em detrimento das opções estratégicas de atuação que já tenham sido definidas – o que pode pôr em causa a independência que aqui se visa acautelar.

Neste contexto, a ANACOM entende que as soluções legais avançadas na Proposta de Lei não podem constituir a previsão da possibilidade de intervenção do Governo na AdC com a agravante de estar aqui consagrada como cláusula geral, de forma não densificada e até ambígua, nem podem ser desconformes com o disposto nos princípios e regras gerais da Lei Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, na redação atual, de salvaguardar a independência de todas as entidades reguladoras (*vide* artigo 3.º, n.º 2, alínea c) e artigo 45.º, n.º 2), conforme também referido pela AdC no seu parecer à Proposta de Lei.

3. CONCLUSÃO

Atento o exposto, cumpre ainda salientar que, nos sectores que a ANACOM regula e supervisiona, e atento o diagnóstico que esta Autoridade tem feito sobre a dinâmica concorrencial verificada em alguns dos seus mercados, considera-se ser de pertinente oportunidade que se verifique um reforço da capacidade de investigação de práticas restritivas da concorrência, nomeadamente as relacionadas com o estabelecimento de acordos entre empresas que, a existir, são passíveis de violar a Lei da Concorrência e de substituir o jogo livre e descentralizado da concorrência por mecanismos que são lesivos dos interesses e do bem-estar dos utilizadores e da própria economia.

Na generalidade, mantêm-se na Proposta de Lei as competências e articulações com a AdC que já existem no regime jurídico da concorrência em vigor, com exceção da novidade introduzida no n.º 2 do artigo 35.º, no sentido de a AdC obter parecer dos reguladores sectoriais previamente à adoção de algumas decisões no termo da fase de inquérito, que antecede a instrução, e com a qual a ANACOM manifesta a sua anuência por considerar que permite um mais rápido, integrado e consolidado amadurecimento da análise.

Não se identificam disposições que justifiquem a oposição da ANACOM, pese embora esta Autoridade não possa deixar de manifestar a sua preocupação quanto à alteração proposta no artigo 40.º, n.º 1 *in fine* dos Estatutos da AdC que pode pôr em causa a independência desta Autoridade, característica essencial e determinante da respetiva existência.