



**AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA**

DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Ação de Formação Contínua Tipo B | Lisboa, 29 e 30 de janeiro 2015 | Auditório do
Centro de Estudos Judiciários
Piso r/c, Largo do Limoeiro
Destinatários: Juízes e Magistrados do Ministério Público. Advogados e outros
profissionais da área forense

REGIME CONTRAORDENACIONAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Paulo de Sousa Mendes

Diretor do Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

Introdução

Introdução

Três tópicos:

- I. Tramitação processual e garantias de defesa
- II. Poderes de inspeção da Autoridade da Concorrência – *Dawn raids*
- III. Confidencialidades e segredos de negócio



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

I. Tramitação processual e garantias de defesa

I. Tramitação processual e garantias de defesa

1. A tramitação das denúncias

Testes para decisão de abertura de inquérito segundo as prioridades da AdC, nos termos do artigo 7.º da Lei n.º 19/2012, de 8 maio (LdC).

Pode haver necessidade de recolher preliminarmente à instauração de processo de contraordenação informação adicional através de pedidos de elementos ao denunciante, a terceiros, aos reguladores setoriais ou até a potenciais envolvidos nas próprias práticas restritivas delatadas.

Tais pedidos de elementos enquadram-se nas competências legais da AdC, contanto que indiquem a base jurídica do pedido, a qualidade em que o destinatário é solicitado a transmitir informações e o objetivo do pedido, salientando-se que as informações prestadas e os documentos remetidos poderão ser usados em processo de contraordenação contra o destinatário do pedido de elementos ou contra outras pessoas, singulares ou coletivas (artigo 15.º, n.º 1, da LdC).

Não ficam comprometidas as garantias de defesa, nem tem relevo prático a discussão sobre se esses pedidos são formulados ao abrigo de poderes de supervisão ou sancionatórios, uma vez que são cumpridas todas as cautelas legais, além de que a própria LdC não estabelece barreiras à utilização da informação recolhida na supervisão (artigo 31.º, n.º 5, da LdC).

2. Os pedidos de elementos e o dever de colaboração

Defronte dos pedidos de elementos formulados pela AdC, é obrigatória a colaboração das empresas e dos seus representantes, constituindo contraordenação a falta de prestação de informações ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da AdC, bem como a não colaboração com a AdC ou a obstrução ao exercício por esta dos poderes de supervisão ou sancionatórios, conforme o disposto no artigo 68.º, n.º 1, alíneas *h)* e *i)*, da LdC.

Tal colaboração encontra apenas como limite o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que a AdC respeita ao obrigar a empresa destinatária do pedido de elementos a fornecer todas as informações estritamente factuais necessárias de que a empresa possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anti concorrencial, mas nunca impondo à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração cuja prova cabe à AdC. Neste sentido, a AdC tem vindo a aplicar consistentemente a chamada “jurisprudência Orkem” (cf. Acórdão do TJUE de 18.10.1989, no Proc. n.º 374/87 (Orkem vs. Comissão)).

A AdC leva a sério o cumprimento do dever de cooperação por parte das empresas, instaurando processos de contraordenação por não prestação ou por prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas (artigo 68.º, n.º 1, alíneas *h*) e *i*), da LdC). São processos tramitados segundo o Regime Geral das Contraordenações (RGCO).

3. O procedimento de transação

A AdC tem procurado aplicar os novos instrumentos de diversão processual que a lei lhe concede. O primeiro desses instrumentos é o procedimento de transação.

3.1 O cerne da transação na Lei da Concorrência

Linhas de Orientação sobre a Instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Linhas de Orientação sobre a Instrução de processos), adotadas pela AdC (pontos 142 e 145).

Não pode haver transação sem admissão dos factos que constituem a infração.

Essa exigência decorre expressamente da LdC, que exige que o visado pelo processo, na sua proposta de transação em fase de inquérito, “*reconhe[ça] a sua responsabilidade na infração em causa*” (artigo 22.º, n.º 7) ou, se a AdC já o tiver notificado da nota de ilicitude (artigo 25.º, n.º 1), “*apresent[e] uma proposta de transação, com a confissão dos factos e o reconhecimento da sua responsabilidade na infração em causa*” (artigo 27.º, n.º 1).

3.2 Qual é a extensão da confissão exigida?

A LdC demarca-se assim da transação como uma espécie de contrato, que implicaria recíprocas concessões para prevenir ou terminar um litígio (artigo 1248.º, n.º 1, do Código Civil). A AdC não pode transigir quanto à existência da infração, à responsabilidade do visado na mesma ou, ainda, quanto à moldura da coima que será fixada.

Mas há muitos aspetos a debater e é por isso mesmo que a transação implica conversações entre a AdC e o(s) visado(s) pelo processo. Estes poderão, por essa via, influenciar ou condicionar o recorte concreto dos elementos da infração e das circunstâncias relevantes para a determinação da coima (artigos 22.º, n.º 9, e 27.º, n.º 4, da LdC). Nada disto é despiciendo.

Especialmente melindrosos são os procedimentos de transação que envolvem diferentes visados. A LdC não prevê a possibilidade de conversações coletivas nas quais todos os visados tenham acesso em simultâneo e em pé de igualdade às imputações que lhes são dirigidas.

Por isso, há sempre o risco de as diferentes decisões condenatórias em procedimento de transação serem díspares, ainda que os factos praticados pelas empresas visadas possam ser substancialmente os mesmos.

Esse risco é especialmente acrescido se o procedimento de transação ocorrer ainda em fase de inquérito, mas pode e deve ser minorado através de um texto-base consistente, que contenha os factos imputados às empresas visadas e os meios de prova que os demonstram e que possa ser utilizado na justa medida para todas as empresas visadas.

Tal é compatível com o artigo 22.º, n.º 3, da LdC. Neste cenário, bastará à AdC ser firme para não se desviar no decurso do procedimento de transação da rota traçada no referido texto-base. Cada uma das empresas visadas terá de acomodar o referido texto-base na respetiva proposta de transação (artigo 22.º, n.º 7, da LdC), sob pena de esta ser rejeitada pela AdC por decisão não suscetível de recurso (artigo 22.º, n.º 8, da LdC).

O procedimento de transação na instrução apresenta menores riscos de disparidade de decisões condenatórias, por isso mesmo que arranca da notificação da Nota de Ilícitude aos visados, que é necessariamente a mesma para todos (artigo 27.º, n.º 1, da LdC).

Os factos confessados pelo visado pelo processo na decisão condenatória em procedimento de transação não podem ser judicialmente impugnados para efeitos de recurso (artigos 22.º, n.º 13, e 27.º, n.º 8, da LdC). Nos termos gerais do artigo 84.º, n.º 1, da LdC, cabe, pois, recurso da decisão condenatória em procedimento de transação na parte de direito.

3.3 O contexto provável dos procedimentos de transação

No direito da concorrência da União Europeia o procedimento de transação apenas está disponível para os casos de cartéis (ao nível da União Europeia, o procedimento de transação aplica-se aos processos contraordenacionais respeitantes a cartéis).

A propósito, leia-se o Regulamento (CE) n.º 622/2008, que altera o Regulamento (CE) n.º 773/2004, e a Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho.

É crível que, também entre nós, o procedimento de transação privilegie a mesma tipologia.

Não temos ainda histórico, mas é natural que a AdC promova os procedimentos de transação em casos de cartéis de preços ou de repartição de mercados, se houver prova direta dos acordos.

Os cartéis de preços ou de repartição de mercados são considerados infrações *hardcore*.

Nestes casos basta a imputação da prática restritiva por objeto, dispensando-se a prova de quaisquer efeitos.

Seja como for, não existe limitação legal quanto aos tipos de infração abrangidos pelo procedimento de transação na LdC, pelo que o instituto poderá, em princípio, aplicar-se amplamente, dependendo apenas de ponderações casuísticas.

Acresce que as vantagens da transação são cumuláveis com as do programa de clemência.

A clemência é um instrumento de investigação, enquanto a transação interessa sobremaneira à AdC como mecanismo célere para obter uma decisão de condenação em processo de contraordenação já depois de apresentados os eventuais requerimentos de clemência.

3.4. A tendência para a complexificação dos procedimentos de transação

No direito da concorrência da União Europeia verifica-se atualmente uma tendência para a complexificação dos procedimentos de transação. Não será de estranhar se vier a verificar-se entre nós também a mesma tendência para a complexificação dos procedimentos de transação, que não é desejável, mas pode ser inevitável. Essa complexificação manifesta-se no surgimento de procedimentos híbridos, em que algumas das empresas visadas aceitam a transação e outras não, com a continuação do procedimento de instrução quanto às últimas.

Exemplos:

- i) Cartel '*Euribor*';
- ii) Caso '*Smart Card Chips*'.

3.5. Os riscos da transação

Entre nós, o procedimento de transação porventura registrará uma aplicação paulatinamente equiparável à que já hoje ocorre no direito dada concorrência da União Europeia.

Tal uso intensivo da transação até levou Richard Whish, professor emérito do King's College London, a criticar a DG Comp por transacionar demasiados casos (“*settling too many cases*”).

Whish lamenta que a falta de simples decisões condenatórias tenha um efeito de apagamento da jurisprudência: “[*Without infringement decisions*] *how does the law develop?*” (cf. GCR, 12 nov. 2013).

.

Caberá à AdC decidir em que casos pretenderá promover o procedimento de transação, mas sempre na ótica de promoção e defesa da concorrência: ou privilegiando uma solução eventualmente mais célere ou preferindo um desenvolvimento do direito da concorrência por via da jurisprudência.

Mas é sempre de evitar uma prática decisória muito dependente do recurso às transações, em detrimento da adoção das simples decisões condenatórias, com a orientação hermenêutica que as mesmas tendem a oferecer.

4. O arquivamento mediante imposição de condições

O arquivamento mediante imposição de condições no inquérito ou na instrução é outra modalidade de diversão processual, que é naturalmente a preferida pelos visados.

Na verdade, o arquivamento com imposição de condições não depende de confissão do visado, nem conclui pela existência ou inexistência da infração, de tal sorte que os danos de reputação e a exposição das empresas às ações de indemnização são menores (artigos 23.º e 28.º da LdC).

O arquivamento mediante imposição de condições revela inúmeras vantagens por comparação com as decisões de condenação.

Nomeadamente, o arquivamento mediante imposição de condições garante a ultrapassagem das preocupações jus-concorrenciais detetadas pela AdC e produz um impacto quase imediato no mercado, no quadro de uma solução desenhada de forma flexível e afeiçoada ao cenário real, assegurando do mesmo passo uma implementação menos conflituosa das obrigações genericamente designadas pela nossa lei de condições.

Em casos de infrações pelos efeitos, é provável que a abordagem da AdC privilegie a aceitação de compromissos e a imposição de condições.

Também aqui releva para a aceitação de compromissos por parte da AdC a consideração do número de visados disponíveis para essa solução.

5. O que fica de fora da diversão processual

Na perspetiva do interesse público da concorrência, mais vale uma Nota de Ilícitude do que compromissos que não acautelem suficientemente as preocupações jus-concorrenciais manifestadas oportunamente pela AdC.

As decisões de condenação apresentam três grandes vantagens em relação aos arquivamentos mediante imposição de condições, a saber:

- i. Um efeito de prevenção geral e especial superior, pois podem impor coimas significativas;
- ii. Um valor de precedente;
- iii. Um efeito de reforço da posição das vítimas das práticas restritivas da concorrência que procurem o ressarcimento através de ações de indemnização.



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

II. Poderes de inspeção da Autoridade da Concorrência – *Dawn raids*

II. Poderes de inspeção da Autoridade da Concorrência – *Dawn raids*

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) têm contribuído decisivamente para a delimitação dos poderes de busca e de inspeção no direito da concorrência.

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH) e a jurisprudência do TEDH têm assumido um papel cada vez mais relevante no direito da concorrência.

1. A jurisprudência do TEDH

Há um razoável acervo de jurisprudência do TEDH sobre buscas e inspeções das Autoridades Nacionais de Concorrência (ANC) dos Estados-Membros da União Europeia (UE):

- *Société Colas Est e outros c. França*, petição n.º 37971/97, Acórdão de 16 de abril de 2002.
- *Société Canal Plus e outros c. França*, petição n.º 29408/08, Acórdão de 21 de dezembro de 2010.
- *Compagnie des Gas de Pétrole Primagaz c. França*, petição n.º 29613/08, Acórdão de 21 de dezembro de 2010.
- *Société Métallurgique Liotard Frères c. França*, petição n.º 29598/08, Acórdão de 5 de maio de 2011.

Muito recente é o Acórdão do TEDH de 2 de outubro de 2014, petição n.º 97/11, DELTA PEKÁRNY A.S. c. República Checa, que importa apreciar sumariamente.

A Delta Pelkárny a.s. apresentou uma queixa junto do TEDH, alegando que a inspeção efetuada pela ANC checa nas suas instalações sem mandado violara o seu direito ao respeito pela sua vida privada, domicílio e correspondência, tal como disposto no artigo 8.º da CEDH.

Numa decisão muito disputada (4 contra 3 juízes), o TEDH condenou a República Checa por violação do artigo 8.º da CEDH, considerando o seguinte:

- i. A tutela conferida pelo artigo 8.º da CEDH à vida privada e ao domicílio também abrange as pessoas coletivas, ainda que fique aquém da proteção concedida às pessoas singulares (entre nós, as sedes e instalações das pessoas coletivas não são enquadráveis no conceito de domicílio);
- ii. A falta de mandado pode ser superada através de controlo judicial efetivo *ex post facto*;
- iii. No caso vertente, os tribunais nacionais não conheceram os factos que condicionaram a referida inspeção, pelo que a decisão quanto à oportunidade, duração e amplitude da inspeção não foi objeto de escrutínio judicial.

Em geral, a jurisprudência consolidada do TEDH oferece um conjunto de garantias de defesa em tema de buscas e inspeções que importa reter:

- i. A exigência de fundadas suspeitas que justifiquem a busca ou inspeção;
- ii. A existência de mandado ou, pelo menos, a possibilidade de controlo judicial efetivo *ex post facto*;
- iii. A delimitação precisa do objeto da diligência;

- iv. A presença dos ocupantes das instalações durante as diligências;
- v. O levantamento de auto no final da diligência, elencando os documentos apreendidos;
- vi. A colocação num envelope selado dos documentos controvertidos (e.g., documentos protegidos pelo *client-attorney privilege*);
- vii. A presença de um representante da Ordem, no caso de busca em escritório de advogados.

2. A jurisprudência do TJUE

Nos termos do Regulamento n.º 1/2003, a Comissão Europeia pode realizar inspeções nas instalações das empresas sem mandado, estando as empresas e associações de empresas obrigadas a sujeitar-se a tais diligências, desde que ordenadas através de decisão da Comissão (artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003).

Já no caso de buscas noutras instalações, terrenos ou meios de transporte, incluindo o domicílio dos administradores, dos diretores e de outros trabalhadores das empresas ou associações de empresas em causa, a decisão da Comissão que ordena as buscas não poderá ser executada sem mandado da autoridade judiciária nacional competente do Estado-Membro em causa (artigo 21.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003).

Poderá, porém, ser solicitado um mandado às autoridades judiciais nacionais competentes se, de acordo com o ordenamento jurídico do local da inspeção, tal for necessário para vencer uma eventual oposição da empresa em causa, inclusive com recurso à força pública (artigo 20.º n.ºs 7 e n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003), o que tem vindo a ser feito pela Comissão, a título preventivo (as mais das vezes, as empresas acabam dando o seu acordo à realização da inspeção).

Neste contexto, a autoridade judiciária nacional controla a autenticidade da decisão da Comissão, bem como o carácter não arbitrário e não excessivo das medidas coercivas relativamente ao objeto da inspeção, mas o controlo de legalidade da decisão da Comissão está reservado ao Tribunal de Justiça (artigo 20.º, n.º 8, do Regulamento n.º 1/2003).

Na recente decisão do processo *Deutsche Bahn* (Acórdão do Tribunal Geral de 6 de setembro de 2013, *Deutsche Bahn AG e outros c. Comissão Europeia*, processos apensos T-289/11, T-290/11 e T-521/11), o Tribunal Geral pronunciou-se sobre as garantias de defesa que devem nortear as inspeções realizadas pela Comissão. O Tribunal Geral pronunciou-se sobre as garantias de defesa que devem nortear as inspeções realizadas pela Comissão, inspirando-se expressamente na jurisprudência do TEDH.

Foi interposto recurso desta decisão junto do Tribunal de Justiça, onde se encontra pendente (processo C-583/13 P).

O Tribunal Geral verificou se o regime instituído pelo Regulamento n.º 1/2003 e a forma como foi aplicado no caso concreto denotavam garantias de defesa adequadas e suficientes para as empresas, assim delimitando rigorosamente os poderes da Comissão.

Em particular, o artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003 dispõe: *“As empresas e as associações de empresas são obrigadas a sujeitar-se às inspeções que a Comissão tenha ordenado mediante decisão. A decisão deve indicar o objeto e a finalidade da inspeção, fixar a data em que esta tem início e indicar as sanções previstas nos artigos 23.º e 24.º, bem como a possibilidade de impugnação da decisão perante o Tribunal de Justiça. A Comissão toma essas decisões após consultar a autoridade responsável em matéria de concorrência do Estado-Membro em cujo território se deve efetuar a inspeção”*.

O Tribunal Geral salientou a existência de seis espécies de garantias de defesa:

1. A necessidade de fundamentação das decisões de inspeção:

“Com vista a garantir à empresa a possibilidade de fazer uso do seu direito de oposição, a decisão de inspeção, além dos elementos formais enumerados no artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003, deve conter uma descrição das características essenciais da infração objeto de suspeita, mediante a indicação do mercado presumido em causa e da natureza das restrições de concorrência objeto de suspeita, bem como os setores abrangidos pela pretensa infração a que diz respeito o inquérito, explicações sobre a forma como a empresa visada pela inspeção está supostamente implicada nessa infração, da matéria investigada e dos elementos sobre os quais a verificação deve incidir” (§ 77);

2. Os limites impostos à realização da inspeção;

- a) Os documentos de natureza não profissional ficam excluídos da investigação;
- b) As empresas alvo de uma inspeção gozam do direito a assistência jurídica e do direito à proteção do sigilo da correspondência entre advogados e clientes (embora tal direito não se aplique à correspondência com os advogados internos);
- c) O dever de cooperação não implica que as empresas tenham de fornecer respostas através das quais sejam levadas a confessar a prática da infração, cuja prova cabe à Comissão;
- d) Devem ser notificadas às empresas as decisões de inspeção acompanhadas de notas explicativas, expondo assim o procedimento que a Comissão se autodetermina a respeitar na realização da diligência em causa (§§ 79 a 84).

3. A proibição de uso da força (§§ 85 a 90);
4. A intervenção das instâncias formais de controlo nacionais:

“No tocante às garantias proporcionadas pelo processo de oposição previsto no artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, há que constatar que a Comissão se encontra na obrigação de recorrer à assistência das autoridades nacionais do Estado em cujo território a inspeção deve ser efetuada. Este processo desencadeia a execução dos mecanismos de fiscalização, eventualmente judicial, próprios ao Estado-Membro em causa” (§ 91).

5. O direito de recurso *a posteriori* (§§ 95 a 99), que permita uma fiscalização tanto de direito como de facto (§§ 103 a 114);
6. A eventual anulação da decisão de inspeção acarreta a proibição de utilização das provas e informações obtidas durante as diligências controvertidas (§ 113).

3. Buscas e inspeções no âmbito dos poderes das Autoridades Nacionais de Concorrência

Em 14 Estados-Membros da UE é exigido mandado para serem realizadas buscas ou inspeções no âmbito de investigações por práticas restritivas da concorrência.

Cf. *ECN Working Group Cooperation Issues and Due Process*, 2012, online: http://ec.europa.eu/competition/ecn/investigative_powers_report_en.pdf (consultado em 27.01.2015).

4. Inspeções e buscas no âmbito dos poderes da Autoridade da Concorrência

Em Portugal, a nova Lei da Concorrência distingue as inspeções e auditorias (artigo 63.º) das buscas (artigos 18.º e 19.º).

Começemos por analisar o regime jurídico das inspeções.

4.1 Inspeções

A previsão dos estudos, inquéritos, inspeções ou auditorias já constava dos anteriores Estatutos da Autoridade da Concorrência. À parte essa previsão, cabia ainda referir uma norma geral, muito vaga e remissiva para o Código do Procedimento Administrativo (CPA), sobre poderes de supervisão, no artigo 20.º da Lei n.º 18/2003.

A LdC dedica agora um capítulo inteiro à matéria dos estudos, inspeções e auditorias. Nesse capítulo, o artigo 63.º, n.º 4, prevê a emissão de recomendações de carácter comportamental ou estrutural se, em resultado de inspeções ou auditorias, a AdC detetar situações que afetam a concorrência nos mercados em causa.

Não diz, porém, se é possível o aproveitamento dos elementos recolhidos inspeções e auditorias para efeitos de processos sancionatórios, caso surjam indícios de alguma infração às normas de concorrência neste contexto.

O artigo 31.º, n.º 5, da LdC autoriza agora expressamente o aproveitamento como meio de prova num processo sancionatório da informação e documentação obtida no âmbito da supervisão.

As diligências de supervisão e, em especial, as inspeções e auditorias são atos administrativos de conteúdo verificativo, no âmbito de uma relação institucional em que o dever de colaboração do inspecionado ou auditado tem como contrapartida a comunicação prévia por parte da AdC do como e quando serão realizadas as diligências, de maneira a assegurar o máximo resultado das mesmas.

Tais diligências não visam a descoberta de ilícitos, sob pena de se transformarem em buscas encapotadas (em manifesta fraude à lei), mas o controlo ou fiscalização do cumprimento da lei.

É natural, portanto, que, em caso de descoberta de irregularidades ou indícios de infrações, a AdC deva emitir preferencialmente recomendações para adoção de medidas de correção, códigos de conduta e criação de sistemas de *compliance* nas empresas.

Pode até, neste contexto e ao abrigo do princípio da oportunidade consagrado no art. 7.º, n.º 2, da LdC decidir não abrir inquérito em processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência.

Não pode, porém, a AdC ignorar a descoberta desses indícios. Por conseguinte, os mesmos servem de notícia da infração e, por força do artigo 31.º, n.º 5, também como meio de prova em processos sancionatórios em curso ou a instaurar.

Neste tocante, a LdC não pode ser mais restritiva do que a Lei n.º 18/2003, que não continha limitações nesta matéria. De resto, a jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa (TCL) já se vinha pronunciando no sentido de um aproveitamento como prova em processos sancionatórios dos elementos recolhidos na supervisão.

Veja-se a Sentença do TCL, de 8 de maio de 2007, no chamado “caso das Moageiras”, decidindo um recurso de decisões da AdC que aplicaram coimas às empresas por não terem prestado a informação e os elementos por esta solicitados:

“Dentro da AdC e independentemente da natureza dos procedimentos a informação deve circular. O que para uns é informação, para outros podem ser meios de prova incriminatórios” (Sentença do Tribunal de comércio de Lisboa, de 8 de maio de 2007, proc. n.º 205/06.0TYLSB, p. 72).

Esta orientação também foi confirmada pelo Tribunal Constitucional (TC), que, em acórdão de 21 de dezembro de 2001, em decisão referente a um processo de contraordenação com origem na AdC, expressamente considerou que “[...] *nenhuma dúvida haverá quanto à possibilidade de utilização de elementos coligidos pela Autoridade da Concorrência, no âmbito dos poderes de supervisão, em ulterior procedimento contraordenacional*” (Acórdão do TC n.º 461/2011, exarado no processo n.º 366/11, em recurso interposto por Abbott – Laboratórios, Lda., publicado em *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 243, 21 dez. 2011).

Não posso deixar passar a oportunidade de tecer uma nota crítica em relação à Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos sectores privado, público e cooperativo (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto).

Não se percebe a necessidade de uma disposição avulsa sobre poderes em matéria de inspeção e auditoria, nem, sobretudo, o regime instituído, o qual permite a realização de inspeções e auditorias sem pré-aviso aos inspecionados e, aparentemente, o uso da força (artigo 42.º da Lei-quadro).

Trata-se, a meu ver, de uma norma que confunde poderes de inspeção e poderes de busca, o que mostra o quanto ainda há para esclarecer entre nós nesta matéria.

Felizmente, é norma que não interfere com os poderes da AdC, na medida em que a própria Lei-quadro excepciona o Regime Jurídico da Concorrência na parte em que contenha normas especiais, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, da Lei-quadro.

4.2. Buscas

A Lei da Concorrência estabelece uma separação entre as funções de supervisão e sancionatórias, mas, como vimos, consagra vasos comunicantes entre ambas, no quadro de um princípio de lealdade na relação da AdC com as empresas e as pessoas afetadas por quaisquer diligências.

As buscas ocorrem no âmbito de processos sancionatórios por práticas restritivas da concorrência. A busca é um meio de obtenção de prova que implica a entrada em locais vedados ao público, tais como as sedes e demais instalações e terrenos de empresas e associações de empresas, e, eventualmente, a restrição ao próprio direito fundamental de inviolabilidade de domicílio (artigo 24.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa). Como tal, estamos perante um meio de obtenção de prova relativamente proibido (art. 32.º, n.º 8, da CRP e art. 126.º, n.º 3, do CPP).

Apenas são permitidas se houver previsão legal, o que é o caso, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, alínea c), da LdC. Note-se que o artigo 19.º acrescenta ainda a permissão de buscas ao domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas.

Acresce que a busca depende de autorização da autoridade judiciária competente, devendo ter-se em especial atenção o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo.

Isto é, a ideia de que nenhum direito poderá ser restringido sem que esteja em causa assegurar um direito ou interesse de valor superior.

É preciso, pois, atender à necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da diligência, no caso concreto.

Por sua própria natureza de meio de obtenção de prova, é diligência realizada sem pré-aviso e pode implicar o uso da força, se tal estiver contemplado no despacho que a autoriza, sendo, de resto, por isso mesmo que a lei prevê a possibilidade de a AdC recorrer à colaboração de entidades policiais, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, alínea e), da LdC.



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

III. Confidencialidades e segredos de negócio

III. Confidencialidades e segredos de negócio

Cinco espécies de confidencialidades:

- i. Segredo de justiça;
- ii. Segredos de negócio;
- iii. Propostas de transação revogadas;
- iv. Apreciações preliminares da AdC nas conversações sobre compromissos fracassadas;
- v. Requerimentos de clemência.

1. Segredo de justiça

Artigo 32.º da LdC (publicidade do processo e segredo de justiça). Ressalvas: os pedidos das autoridades judiciais (art. 32.º, n.º 5, da LdC).

Artigo 33.º da LdC (acesso ao processo). Restrições: segredo de justiça (art. 33.º, n.º 2, da LdC) e confidencialidades por motivo de segredos de negócio, mas o visado pelo processo conserva plenamente o seu direito de defesa relativamente às informações confidenciais que sejam usadas como meio de prova no processo (artigos 31.º, n.º 3, e 33.º, n.º 4, da LdC).

2. Segredos de negócio

Podem ser consideradas confidenciais por constituírem segredos de negócio (artigo 30.º, n.º 1, da LdC) as informações que apenas sejam conhecidas por um número limitado de pessoas e cuja divulgação possa causar um prejuízo sério à empresa que as forneceu ou a terceiros, relativamente a interesses objetivamente dignos de proteção.

São informações acerca das atividades comerciais de uma empresa, relativamente às quais não só a divulgação pública, mas também a mera transmissão a pessoas diferentes daquelas que as forneceram ou que delas tenham conhecimento poderia lesar gravemente os interesses da empresa.

Para as informações perderem o seu caráter confidencial basta que estejam disponíveis em círculos especializados ou que possam ser inferidas a partir das informações disponíveis ao público.

Acresce que as informações que perderam importância comercial (admitindo-se como prazo regra o decurso de 5 anos) também podem deixar de ser consideradas confidenciais.

Exemplos de informações suscetíveis de classificação: segredos de negócio, informações técnicas ou financeiras relativas ao saber-fazer, segredos e processos de produção, fontes de abastecimento, quantidades produzidas e vendidas, quotas de mercado, listagens de clientes e de distribuidores, estratégia comercial, estruturas de custos e de preços e política de vendas de uma empresa.

Em princípio, a empresa remetente não pode pretender a confidencialidade para a totalidade ou secções inteiras dos documentos/declarações, porquanto é possível proteger as informações introduzindo apenas pequenas alterações na redação ou tapando algumas das passagens/trechos.

O pedido de confidencialidade deve ser fundamentado através de explicação pormenorizada das razões por que as informações constituem segredos de negócio e de que forma a divulgação dessas informações lesaria gravemente a empresa ou afetaria significativamente uma pessoa ou empresa.

Deve também ser fornecida uma descrição clara e rigorosa não confidencial das informações suprimidas.

Quanto aos dados quantitativos (como quotas de mercado ou volumes de negócio), devem ser indicados intervalos de variação.

As versões não confidenciais dos documentos/declarações, a fundamentação das confidencialidades e os respetivos resumos serão divulgados no âmbito do acesso ao processo.

Caberá à empresa verificar se o quadro que contém a justificação e o resumo dos seus pedidos de confidencialidade não inclui informações confidenciais, bem como controlar se as propriedades dos seus documentos eletrónicos não incluem quaisquer informações confidenciais.

Caso contrário, a AdC poderá considerar que os elementos disponibilizados não contêm segredos de negócio e que a empresa remetente não levanta objeções à divulgação, na íntegra, desses elementos.

3. Propostas de transação revogadas

Artigos 22.º, n.º 11, e 27.º, n.º 6, da LdC (procedimento de transação).

4. Apreciações preliminares da AdC nas conversações sobre compromissos fracassadas

Artigos 23.º e 28.º da LdC (arquivamento mediante imposição de condições).

5. Requerimentos de clemência

Artigo 81.º da LdC (documentação confidencial).

Obrigado pela Vossa atenção!

paulosousamendes@concorrencia.pt

As opiniões expressas neste texto são da inteira responsabilidade do Autor e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência.