

Relatório “Reforma do Modelo de Supervisão Financeira”

Comentários da Autoridade da Concorrência

Dezembro de 2017

1. A Autoridade da Concorrência (AdC) apresenta breves comentários ao Relatório do Grupo de Trabalho para a Reforma do Sistema de Supervisão Financeira (doravante Relatório), submetido a consulta pública, incidindo exclusivamente sobre aspetos com impacto direto sobre a política de concorrência ou a atividade da AdC. Assim, não são elaborados comentários sobre o objeto principal do relatório, isto é “a arquitetura institucional do modelo de supervisão financeira e os aspetos principais da sua governação”¹.
2. Neste âmbito, os comentários da AdC incidem sobre dois pontos concretos:
 - i. A consideração sobre possíveis atribuições ao CSEF – Conselho de Supervisão e Estabilidade Financeira na área das práticas restritivas da concorrência;
 - ii. O financiamento do CSEF – Conselho de Supervisão e Estabilidade Financeira
3. Em síntese, a AdC expressa as seguintes preocupações:
 - a. A proposta de atribuição de poderes ao CSEF em matéria de investigação de práticas anticoncorrenciais no sector financeiro introduz perturbações no atual quadro institucional de Defesa da Concorrência, que se caracteriza pela sua solidez e é gerador de credibilidade e atratividade do investimento na economia nacional. Com efeito, os sérios conflitos de interesse que a proposta encerra estão devidamente acautelados no atual desenho institucional, pelo que a passagem para a nova entidade de supervisão do sistema financeiro de poderes em sede de defesa da concorrência constituiria um retrocesso. A proposta criaria, assim, um significativo risco de enfraquecimento da concorrência nos mercados em causa, em vez de contribuir para a intensificar, maximizando o bem-estar social. Entende-se, também, que a proposta relativa à comunicação informada não suscita necessidade de alteração legislativa, uma vez que resulta já dos deveres de cooperação previstos na Lei da Concorrência e nos Estatutos da AdC. Por conseguinte, a referida proposta, na

¹ Cf. também o Despacho n.º 1041-B/2017 (publicado em Suplemento do DR, 2.ª série, N.º 19, de 26 de janeiro de 2017).

sua globalidade, é de difícil compatibilização com o quadro legal aplicável, quer a nível nacional, quer a nível do direito da União Europeia.

- b. No que respeita ao financiamento do CSEF, as receitas que anualmente são transferidas pela ASF e CMVM e para a AdC constituem receita própria da AdC e não “contribuições dos supervisores setoriais”, pelo que a proposta do Relatório redundaria na diminuição daquelas receitas próprias da AdC com o objetivo de justificar um aumento das receitas próprias daquelas entidades que seriam transferidas para o CSEF para financiamento deste. Ora, esta alteração do financiamento da AdC com vista ao financiamento do CSEF afigura-se injustificada. Por um lado, porque o modelo de financiamento da AdC, na componente relativa a receitas próprias arrecadas por entidades reguladoras, assegura uma adequada proporcionalidade entre todas as entidades reguladoras². Por outro lado, e não de somenos importância para o bom funcionamento do setor financeiro no contexto português, a redução do financiamento da AdC é contrária às garantias de independência e efetividade da aplicação do direito da concorrência decorrentes do direito nacional e da União.
4. Para além das questões acima descritas, a AdC manifesta a sua inteira disponibilidade em participar neste importante processo de reflexão sobre a reforma do modelo de supervisão financeira, ainda que exclusivamente no que esta incida sobre a política de concorrência ou a atividade da AdC.

(1) A possível atribuição ao CSEF – Conselho de Supervisão e Estabilidade Financeira de atribuições na área das práticas restritivas da concorrência

5. O Relatório contém referência à possibilidade de atribuir ao CSEF “*poderes específicos em matérias de práticas de concorrência no sector financeiro, em articulação com a Autoridade da Concorrência*”, que incluiriam “*a deteção e avaliação de práticas anticoncorrenciais nos mercados financeiros e, em consequência:*
- (i) *Emitir recomendações dirigidas ao(s) intermediário(s) financeiro(s), dando conhecimento à Autoridade da Concorrência;*
 - (ii) *Emitir um alerta dirigido aos consumidores de serviços financeiros;*
 - (iii) *Fazer uma comunicação informada à Autoridade da Concorrência para o devido procedimento desta Autoridade.”* (pp. 42-42).”

² Com exceção da Entidade Reguladora para a Comunicação Social e do Banco de Portugal, apesar dos poderes de atuação da Autoridade da Concorrência nos setores regulados por ambos.

6. Esta possibilidade suscita sérias preocupações de índole institucional e índole legal, a nível nacional e da União Europeia.
7. Em primeiro lugar, afigura-se que a fragmentação dos poderes de defesa da concorrência, ainda que entendidos como de mera promoção, atentas as dificuldades de coordenação operacional, tende a prejudicar a coerência na promoção e aplicação da lei da concorrência necessárias à certeza jurídica das empresas, de forma a atrair investimento e promover a competitividade da economia nacional.
8. Recorde-se que a criação da AdC em 2003 teve como um dos seus principais objetivos precisamente colocar termo à anterior situação de dispersão dos poderes de aplicação e promoção da concorrência entre entidades diferentes, com evidente prejuízo para o desenvolvimento de uma política de concorrência credível e robusta em Portugal.
9. Veja-se, em concreto, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, que aprovou os primeiros Estatutos da AdC: *“confere-se unidade orgânica às funções actualmente repartidas, em termos nem sempre claros, entre a Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência (DGCC) e o Conselho da Concorrência, pondo-se termo a uma experiência que, com a prática, se revelou fonte de ineficiências e divergências de orientação susceptíveis de minar a credibilidade da política de concorrência em Portugal”*.
10. Assim, considera-se que o atual quadro institucional se encontra em fase de estabilidade que esta proposta iria perturbar sem se vislumbrar um concreto benefício para o funcionamento dos mercados e para os consumidores.
11. Com efeito, a coordenação no exercício dos poderes da AdC e das entidades de regulação e supervisão tem sido realizada no quadro normativo existente sem registo de dificuldades e promovendo uma cooperação profícua entre as instituições.
12. Por outro lado, a descrição dos poderes efetivos do CSEF no âmbito das práticas anticoncorrenciais suscita dificuldades legais importantes, quer no plano do direito nacional, quer no plano do direito da União Europeia.
13. As práticas anticoncorrenciais são tipificadas no ordenamento jurídico português como contraordenações, suscetíveis de punição com coimas. A emissão de meras recomendações surge, assim, como uma solução de difícil compatibilização com a tipificação legal existente.
14. Acresce que, desde 2003, escassos são os exemplos de comunicação ou denúncia de suspeita de práticas anticoncorrenciais por parte dos três supervisores incluídos no CSEF. De facto, entende-se que a missão de que estes são incumbidos de conduzir supervisão prudencial sobre os seus respetivos setores encerra conflitos de interesses significativos e sobejamente estudados relativamente à denúncia das referidas práticas. Estes conflitos de interesse são liminarmente evitados ao concentrar-se numa autoridade de

concorrência especializada a defesa da Lei da Concorrência, sendo essa autoridade desprovida de missão de supervisão sobre setores regulados.

15. Em contraste com a ausência de comunicação de práticas anticoncorrenciais durante quase 15 anos, a AdC tem um historial de mais de 200 casos investigados nos vários setores da economia, representando o setor financeiro cerca de 6% dessas investigações, em particular 6 no mercado dos sistemas/meios de pagamentos, 3 no setor bancário e 2 no setor segurador. A investigação de casos de cartel nestes setores assume particular relevo, com destaque para o impacto negativo destas práticas no consumidor final. Recorde-se que a AdC tem por missão acautelar a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores, algo que não se vislumbra como foco do CSEF.
16. A punição de práticas anticoncorrenciais com sanções pecuniárias decorre, ademais, do direito da União Europeia, pelo que se afigura que esta solução seria contrária aos princípios da efetividade na aplicação do direito da concorrência da União a que Portugal está obrigado³.
17. A mera ocorrência de investigações paralelas sobre as mesmas práticas restritivas de concorrência colocaria ainda em causa o sucesso dessas investigações, com elevados riscos de perturbação dos inquéritos, normalmente sujeitos ao regime de segredo de justiça, e potencial destruição de prova pelas empresas investigadas.
18. No contexto da União Europeia, a larga maioria dos países atribui a uma única entidade competências em matéria de defesa da concorrência. A breve referência, na proposta em análise, à Financial Conduct Authority (FCA) no Reino Unido constitui exceção cuja implementação ocorreu apenas muito recentemente (a 1 de Abril de 2015) e, desde logo, sem um período de análise significativo que possa ser de utilidade para este debate.
19. Acresce que, no nosso entender, uma alteração que venha dispersar as competências relativas à defesa da concorrência encerram o risco de: (1) atrasar as diligências de investigação, (2) causar destruição de prova e (3) dificultar a compreensão do processo por parte das empresas que queiram denunciar práticas anticoncorrenciais, em particular aquelas que queiram efetuar um pedido de clemência.
20. Assim, o modo de intervenção proposto no documento em análise prejudica a eficácia das investigações, diminui os incentivos para uma atuação eficiente por parte das empresas, não acautelando o interesse dos investidores e consumidores. Cria-se assim

³ V. artigo 35.º n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º e 102.º] do Tratado: “Os Estados-Membros devem designar a autoridade ou autoridades em matéria de concorrência responsáveis pela aplicação dos artigos [101.º e 102.º] do Tratado de forma a que sejam efectivamente respeitadas as disposições do presente regulamento” (JOCE L1, de 4.1.2003, pp. 1-25), bem como o Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de junho de 2013, Schenker & Co. e.a. (C-681/11).

um risco sério de enfraquecimento da concorrência nos mercados em causa, em vez de se contribuir para a intensificar, maximizando o bem-estar social.

21. No que respeita ao poder de emissão de alertas dirigidos aos consumidores de serviços financeiros, afigura-se que existe na proposta em análise uma confusão conceptual entre defesa da concorrência e defesa do consumidor. Com efeito, os alertas inserem-se tipicamente no âmbito da supervisão comportamental.
22. Finalmente, sobre a proposta relativa à comunicação informada, ela resulta já dos deveres de cooperação previstos na Lei da Concorrência e nos Estatutos da AdC⁴, tanto na área das práticas restritivas, como de controlo de operações de concentração e outras áreas de atuação, pelo que não suscitam necessidade de alteração legislativa.
23. **Em conclusão, a proposta de atribuição de poderes em matérias de práticas restritivas da concorrência no sector financeiro encerra significativos problemas de conflito de interesse com matérias de índole prudencial e introduz perturbações no atual quadro institucional, que se caracteriza pela sua solidez e é gerador de credibilidade e atratividade do investimento da economia nacional. É, ainda, de difícil compatibilização com o quadro legal aplicável decorrente do direito da União Europeia.**

(2) O financiamento do CSEF – Conselho de Supervisão e Estabilidade Financeira

24. O Relatório contém ainda uma proposta de aparente diminuição das receitas próprias da AdC que são arrecadadas pelas entidades de supervisão financeira, com o objetivo de justificar um aumento das receitas próprias daquelas entidades que seriam transferidas para o CSEF para financiamento deste, ao referir-se que “[u]m aspeto particular a considerar seria a revisão das atuais contribuições da CMVM e da ASF para a Autoridade da Concorrência, que pesam significativamente nos respetivos orçamentos e justificam, em nosso entender, uma solução de maior proporcionalidade.” (p. 54).
25. O Relatório refere que o financiamento do CSEF “deveria ser assegurado por contribuições dos supervisores setoriais estabelecidas com base em orçamento estabelecido em proporção do orçamento de cada supervisor imputável a atividades de supervisão” (pp. 53-54).

⁴ V. o disposto no n.º 3 do artigo 17.º da Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) de acordo com o qual “todas as entidades públicas, designadamente os serviços da administração direta, indireta ou autónoma do Estado, bem como as autoridades administrativas independentes, têm o dever de participar à Autoridade da Concorrência os factos de que tomem conhecimento, suscetíveis de serem qualificados como práticas restritivas da concorrência”, bem como o disposto no artigo 35.º da mesma lei sobre a articulação com autoridades reguladoras setoriais no âmbito de práticas restritivas de concorrência. V. ainda os deveres gerais de cooperação entre reguladores setoriais e a AdC previstos nos artigos 5.º, n.º 4 da Lei da Concorrência e no artigo 9.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

26. Convém, antes do mais, esclarecer que as prestações que anualmente são realizadas pela ASF e CMVM para a AdC ao abrigo do disposto no artigo 35.º dos Estatutos da AdC aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, constituem receita própria da AdC e não “*contribuições dos supervisores setoriais*”.
27. A proposta “*revisão das atuais contribuições da CMVM e da ASF para a Autoridade da Concorrência*” consubstanciaria, pois, uma diminuição das receitas próprias da AdC e um aumento das receitas próprias da ASF e da CMVM.
28. As receitas da ASF e da CMVM referidas no n.º 3 do artigo 35.º dos Estatutos contêm uma componente que é cobrada pela ASF e pela CMVM enquanto receita própria da AdC. Trata-se, pois, de contribuições das entidades financeiras, supervisionadas pela ASF e pela CMVM, para o custo de funcionamento da Autoridade da Concorrência. Não podem ser simplesmente transferidas para outro fim e, a serem eliminadas pelo legislador, imporiam necessariamente uma revisão em alta das fontes de receitas próprias da AdC através de um aumento das taxas cobradas por outras entidades reguladoras cobertas pelo artigo 35.º dos Estatutos da AdC aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.
29. Não resultam, assim, claros os motivos que subjazem à proposta de canalizar parte do financiamento da AdC para o financiamento do CSEF, uma vez que a AdC não constitui uma entidade de supervisão, nem resulta da proposta a respetiva integração no CSEF.
30. Ademais, o modelo de financiamento da AdC existe desde 2003 e assenta num princípio de proporcionalidade face a todas as entidades reguladoras elencadas nos seus Estatutos. Com efeito, com a reforma do modelo introduzida em 2014, as prestações realizadas pelas entidades reguladoras, que constituem receitas próprias da AdC, são fixadas em idêntico nível percentual para todas as entidades reguladoras, de forma a assegurar um sistema equitativo e proporcional às receitas dessas entidades.
31. Finalmente, cumpre salientar que o modelo de financiamento da AdC constitui uma componente essencial de garantia da sua independência e efetividade, tais como consagrados na lei nacional e ao nível do direito da União.
32. Com efeito, o Regulamento n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º e 102.º do Tratado]⁵, estabeleceu um sistema de competências paralelas de aplicação das regras *antitrust* da UE, quer pela Comissão Europeia (DG COMP), quer pelas autoridades de concorrência nacionais, trabalhando em estreita cooperação no quadro da Rede Europeia da Concorrência (ECN – *European Competition Network*). Por força, designadamente, do artigo 35.º do referido Regulamento (CE) n.º 1/2003, tal como interpretado pela jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, as autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência devem ser designadas de molde a

⁵ JOUE L1/1 de 4.1.2003.

que as regras de concorrência sejam aplicadas de forma eficaz no espaço da União. Esta rede constitui, aliás, a base para uma aplicação coerente das regras *antitrust* da UE por todas as autoridades nacionais responsáveis.

33. De resto, a salvaguarda da independência das *autoridades nacionais de concorrência e, bem assim, a garantia de que estas dispõem de recursos suficientes e instrumentos eficazes para impedir e sancionar infrações, desempenhando a sua missão de forma efetiva no quadro da ECN, à semelhança do Sistema Europeu de Bancos Centrais, constituem justamente os principais objetivos subjacentes à recente proposta de Diretiva da Comissão Europeia, comumente designada “ECN plus”*.⁶ Ao garantir uma ação eficaz das autoridades nacionais da concorrência, a proposta da Comissão procura contribuir para o objetivo de realização de um verdadeiro mercado único, promovendo o objetivo global de criação de mercados competitivos, emprego e crescimento económico.
34. Ora a redução do financiamento da AdC implicaria, necessariamente, uma fragilização da efetividade da sua atividade de investigação, justamente no momento em que esta está a desenvolver importantes investigações nos setores bancário e segurador, com impacto direto no bem-estar dos consumidores.
35. **Nestes termos, considera-se que o financiamento do CSEF não pode implicar uma diminuição das receitas próprias da AdC, nem uma alteração do atual modelo de financiamento da AdC, que assegura uma adequada proporcionalidade entre todas as Entidades Reguladoras. A efetivar-se, a redução do financiamento da AdC seria contrária às garantias de independência e efetividade da aplicação do direito da concorrência decorrentes do direito nacional e da União Europeia.**

(3) Conclusões

36. Em conclusão, considera-se que:
- a. **a proposta de atribuição ao CSEF de poderes em matéria de práticas restritivas da concorrência no sector financeiro é suscetível de gerar de significativos problemas de conflito de interesse com as matérias de índole prudencial, potenciando um enfraquecimento da efetividade das regras de concorrência no setor financeiro em Portugal.**
 - b. **A dispersão de poderes em matéria de política de concorrência introduz perturbações no atual quadro institucional, que se caracteriza pela sua solidez e é gerador de credibilidade e atratividade do investimento da economia nacional.**

⁶ Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competências para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno [COM(2017) 142 final].

- c. A configuração dos poderes do CSEF em matéria de política de concorrência proposta é, ainda, de difícil compatibilização com o quadro legal aplicável decorrente do direito da União Europeia.**
- d. O financiamento do CSEF não pode justificar uma diminuição das receitas próprias da AdC.**
- e. Além disso, o modelo de financiamento da AdC assegura uma adequada proporcionalidade nas transferências realizadas por todas as Entidades Reguladoras.**
- f. Finalmente, a redução do financiamento da AdC é contrária às garantias de independência e efetividade da aplicação do direito da concorrência decorrentes do direito nacional e da União Europeia.**