

COMENTÁRIOS DA DLA PIPER

SOBRE O

PROJETO DE LINHAS DE ORIENTAÇÃO SOBRE A METODOLOGIA A UTILIZAR NA APLICAÇÃO DE COIMAS NO ÂMBITO DO ARTIGO 69.º DA LEI N.º 19/2012, DE 8 DE MAIO

12 de abril de 2024

I. Notas gerais

A Autoridade da Concorrência (“AdC”) apresenta a consulta pública o *Projeto de Linhas de Orientação sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio* (“Projeto”) que pretende acautelar as alterações legislativas decorrentes da entrada em vigor da nova versão da Lei n.º 19/2012, na redação dada pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto (“Lei da Concorrência”) que transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 (“Diretiva ECN+”).

O Projeto agora apresentado segue de perto as Linhas de Orientação de 2012, ainda em vigor, apesar de alguns aprofundamento e inovações. É, naturalmente, de louvar a iniciativa da AdC no sentido de clarificar as diretrizes pelas quais pauta a sua atuação em campo tão sensível quanto o da graduação das coimas, o que se aplaude. Crê-se, não obstante, poder fazer sentido a adução de alguns comentários construtivos no sentido de reforçar essa clarificação, espírito que anima as notas que seguem.

Em termos gerais, é forçoso constatar que se mantém o recurso indesejável a alguns conceitos indeterminados falhos de densificação, tal como se mantém a utilização de metodologias de difícil apreensão. Por outro lado, verifica-se um défice de fundamentação de algumas das inovações propostas que não permitem abarcar o respetivo racional. Estas insuficiências não permite ultrapassar um certo grau de opacidade da metodologia aplicada no caso concreto, o que se considera indesejável a todos os títulos, desde logo pela compressão da segurança jurídica daí resultante num domínio – como é o do direito sancionatório – que a exige soberanamente.

Nesta senda, destaca-se igualmente que a AdC prevê a aplicação destas Linhas de Orientação de forma retroativa, na medida em que estabelece a sua aplicação aos processos de contraordenação com inquérito aberto

após a entrada em vigor da Lei da Concorrência com a redação entrada em vigor com a Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto, o que se apresenta questionável - e não pode deixar de ser acautelado - em casos que possam resultar num agravamento da posição das empresas acoimadas face às Linhas de Orientação ainda em vigor.

Para além destas notas de âmbito mais geral, o nosso comentário cingir-se-á a dois temas específicos:

- circunstâncias atenuantes; e
- ponderação relativa à duração da infração.

II. Circunstâncias atenuantes

No parágrafo 50 do Projeto, a AdC elenca, de forma não taxativa, um conjunto de circunstâncias atenuantes que terá em consideração na definição do Montante de Base Ajustado (Etapa 2).

O que salta à vista da análise deste parágrafo é que, em comparação com as circunstâncias elencadas no parágrafo 33 das atuais Linhas de Orientação¹ a AdC decidiu excluir do elenco agora sugerido o critério correspondente ao “*o facto de o comportamento anticoncorrencial ter sido autorizado ou incentivado por entidades públicas ou regulamentação*”. Fá-lo, sem qualquer justificação ou contextualização, não resultando tão-pouco tal alteração de qualquer preceito da atual redação da Lei da Concorrência ou da Diretiva ECN+².

Tratando-se de uma circunstância que beneficia a posição do visado num processo jusconcorrencial, parece-nos que deveria ser mantida ou deveria, pelo menos, a AdC fundamentar o racional da sua exclusão.

Acresce que a circunstância atenuante em causa ajuda a cumprir o princípio reconhecido pelo direito europeu da “exceção de ordem pública” (ou “*state action defence*”). Na sua origem, este princípio implica que não sejam imputadas violações às regras de concorrência a empresas cuja conduta tenha sido exigida por legislação nacional ou quando o enquadramento legal nacional elimine qualquer atuação concorrencial da sua parte.

¹ “Linhas de Orientação sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do artigo 69.º, n.º 8, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio”, de 20 de dezembro de 2012.

² Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2019 que visa atribuir as autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, JO L 11, 3-33, 14.01.2019 (“Diretiva ECN+”).

Não sendo, naturalmente, o que está aqui em causa, percebe-se que o *ratio* da previsão de uma circunstância atenuante quando a conduta anticoncorrencial da empresa visada seja condicionada pela atuação pública é necessária, adequada e justa para as empresas visadas.

Note-se que esta circunstância atenuante é também estabelecida pela Comissão Europeia nas suas *Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003*³ (“Orientações para o cálculo das coimas”), em concreto no seu parágrafo 29, 5.º ponto.

Nesta medida, sugere-se que a redação final das Linhas de Orientação em consulta volte a prever como circunstância atenuante “*o facto de o comportamento anticoncorrencial ter sido autorizado ou incentivado por entidades públicas ou regulamentação*”.

III. Ponderação relacionada com a duração da infração

O Projeto continua a não solucionar uma questão que decorre das atuais Linhas de Orientação e que se prende com a sobrevalorização do critério da duração da infração.

Há, neste ponto, que identificar dois temas problemáticos.

O primeiro reporta-se ao estabelecido no parágrafo 43 do Projeto: “[n]o cálculo da duração, os períodos inferiores a um semestre serão contabilizados como meio ano e os períodos superiores a seis e inferiores a doze meses serão contabilizados como um ano completo”.

Tal significa que a AdC ponderará com o mesmo peso a duração de uma infração que tenha ocorrido durante uma semana ou durante 5 meses. De forma equivalente, ponderará com o mesmo peso a duração de uma infração que tenha ocorrido durante 7 meses ou 11 meses.

São assim equiparadas situações que não podem ser equiparadas. A AdC deveria adotar uma fórmula de cálculo que tivesse em consideração a duração exata da infração, mesmo que implicasse que a contagem fosse feita aos dias (ou, pelo menos, as semanas) da duração da prática em cada ano.

Não o fazer significa que em situações em que, por exemplo, para uma prática que tenha início em dezembro de determinado ano, seja tido em conta o valor de volume negócios anual, quando a infração teve uma duração

³ JO C 210, de 01.09.2006, 2-5.

igual ou inferior a 1/12 meses desse mesmo ano. O mesmo se verificará com uma infração que termine em janeiro de um dado ano.

Soma-se a este facto que, nos casos das infrações duradouras, serão sempre considerados os volumes de negócios de um número de anos que excederá os anos da duração da prática. Por exemplo, uma infração que tenha durado entre 15 de dezembro de 2019 e 15 de janeiro de 2023, terá uma duração de 3 anos e meio, mas serão considerados os volumes de negócio correspondentes aos anos de 2019, 2020, 2021, 2022 e 2023 – ou seja, de 5 anos.

Assim, sugere-se que a AdC inclua na sua metodologia de cálculo da coima concreta uma fórmula que considere a exata duração da infração, eliminando presunções que necessariamente agravam sempre a sanção a aplicar.

Em alternativa, e caso a AdC considere absolutamente necessária a utilização de uma presunção para efeitos de simplificação do cálculo da coima em concreto, sugere-se que a presunção a utilizar pela AdC para efeitos de ponderação assente numa mecânica que tenha o efeito contrário àquele que resulta da atual proposta, ou seja, que desagrave – ao invés de *agravar* – o montante da coima.

A segunda das questões relacionadas com o critério da duração da infração prende-se com a aplicação de um fator de multiplicação por cada ano de infração.

De acordo com o n.º 1 do artigo 69.º da Lei da Concorrência:

“Na determinação da medida da coima a que se refere o artigo anterior, a AdC pode considerar, nomeadamente, os seguintes critérios:

- a) A gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional;*
- b) A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração;*
- c) A duração da infração;*
- d) O grau de participação do visado na infração;*
- e) As vantagens de que haja beneficiado o visado em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas;*
- f) O comportamento do visado na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência, nomeadamente através do pagamento de indemnização aos lesados na sequência de acordo extrajudicial;*
- g) A situação económica do visado;*

- h) *Os antecedentes do visado em matéria de infrações às regras da concorrência;*
- i) *A colaboração prestada à AdC até ao termo do procedimento.”*

Significa isto que a duração da infração é apenas um critério entre outros que o legislador entende ser relevante na aferição da medida concreta da coima. Não é definida, em qualquer fase, uma preponderância do critério da duração face aos demais.

O facto de a AdC estabelecer um fator de multiplicação correspondente ao número de anos de duração da infração tem apenas por propósito agravar *sempre* a sanção para as infrações continuadas, sendo que o cálculo dos anos de uma dada infração já se encontrará empolado pela metodologia fixada pela AdC que ficciona meios anos e anos completos mesmo nos casos em que tal duração não tem estrita correspondência com a realidade.

Desta feita, o que se verifica é que a metodologia proposta pela AdC neste Projeto (próximo do que já ocorre com as Linhas de Orientação atualmente em vigor) utiliza o critério da duração da infração, pelo menos, por duas vezes:

- (i) no apuramento da base da coima que resulta da média do volume de negócios afetado pela infração durante os anos em que durou a infração; e
- (ii) no multiplicador correspondente à duração da respetiva participação na infração.

Ora, se o montante de base da coima – que resulta do valor médio dos volumes de negócios dos mercados afetados pela infração, apurado nos anos em que durou a infração – já tomou em consideração a duração da infração, aplicar adicionalmente ao valor da coima assim encontrado um fator de multiplicação correspondente ao número de anos da suposta infração, em termos aritméticos e substantivos, significa que a empresa visada estará a ser sancionada, não por uma infração com determinada duração, mas como se tivesse cometido tantas infrações quantas aquelas que correspondem ao número de anos em que foi praticada a mesma infração.

Não se ignora que esta é uma metodologia próxima da estabelecida pela Comissão Europeia nas suas Orientações para o cálculo das coimas. Mas tal não impede a AdC de ajustar – e aperfeiçoar - essa metodologia à concreta circunstância do ordenamento jurídico nacional. Estando-se perante um sistema sancionatório, a sanção aplicável deverá respeitar os mais exigentes critérios de proporcionalidade e adequação, o que não se verifica quando a opção da entidade sancionatória passa por “cegamente” multiplicar um dado valor pelo número de anos de duração da infração.

Tomando justamente como referência o padrão normativo do direito sancionatório – ou seja, o Direito Penal – constata-se que não é esta a metodologia utilizada no âmbito da aplicação da sanção penal: salvo melhor opinião, a pena não resulta de um determinado número multiplicado por cada ano em que tenha durado a prática do crime.

Acresce que sendo o critério da gravidade um fator ponderado autonomamente, poderá questionar-se como será a AdC capaz de garantir que não ponderará a duração da infração já nesta fase (ainda que se reconheça que a duração não foi incluída como um dos critérios concretamente descritos nos parágrafos 36 e 37 do Projeto).

Talvez num esforço de acautelar estas situações desproporcionadas, a AdC apresenta agora no parágrafo 44 do Projeto uma tabela que introduz uma ponderação distinta do fator duração para cada ano da infração, no sentido de decrescer a importância do fator duração em função da antiguidade da mesma, até que a partir do 11.º ano de infração já não seja aplicado qualquer coeficiente de multiplicação em função da duração.

Em primeiro lugar, esta solução não elimina a injustiça e desproporcionalidade que resulta da duplicação do fator duração, que se mantém. Nessa medida, na nossa opinião, deveria ser eliminada a multiplicação correspondente ao período da infração, pelas razões acima expostas.

Em segundo lugar, a AdC não apresenta qualquer justificação para esta alteração na metodologia face às Linhas de Orientação atualmente em vigor que permita compreender a solução proposta. Designadamente, não é compreensível a razão pela qual é a partir dos 5,5 anos que há uma alteração do coeficiente, nem porque é a partir do 11.º ano de infração que o coeficiente de multiplicação deixa de ser aplicado, sendo certo que a nota dada pela AdC acerca da obrigação legal para a conservação de documentos pelas empresas - que seria, quando muito, uma questão relacionada com os meios de prova do processo - não parece ter cabimento para efeitos do cálculo da coima aplicada em resultado de uma infração à concorrência.

Considere-se ainda a circunstância de que, novamente por razões não especificadas, a AdC ter expressamente excluído (de acordo com a nota de rodapé 2) a aplicação da metodologia prevista na secção 4.2.3 do Projeto das situações em que a determinação do montante base tenha de ser feita com base no volume de negócios total da empresa visada (por não ser possível ou adequado considerar o volume de negócios relacionado com a infração), mantendo assim esta situação de aplicação de metodologias distintas consoante a fonte do montante base, sem justificar o racional por detrás dessa distinção.

Desta forma, uma vez que cria uma situação desproporcionalidade e incerteza jurídica, propõe-se a eliminação do fator de multiplicação em função da duração da infração ou, alternativamente, que seja fundamentado o racional para a adoção da nova metodologia de aplicação de fatores de ponderação à duração da infração, por forma a possibilitar uma sustentada avaliação da mesma.
