

Observações da Morais Leitão à Consulta Pública da AdC atinente ao projeto de Regulamento do procedimento relativo à tramitação para a obtenção de dispensa ou redução da coima nos termos da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio

Sumário

I. Introdução	2
II. Apreciação na Generalidade	2
III. Apreciação na Especialidade	3
Artigo 1.º	3
Artigo 2.º	4
Artigo 3.º	7
Artigo 5.º	8
Artigo 6.º	8
Artigo 8.º	8
Anexo (Formulário para apresentação do pedido sumário)	9
IV. Conclusão	10

PORTUGAL

mlgts.pt

LISBOA

Rua Castilho, 165
1070-050 Lisboa
T +351 213 817 400
F +351 213 817 499
mlgtslisboa@mlgts.pt

PORTO

Avenida da Boavista, 3265 – 4.2
Edifício Oceanvs
4100-137 Porto
T +351 226 166 950 - 226 052 380
F +351 226 163 810 - 226 052 399
mlgtsporto@mlgts.pt

MADEIRA

Av. Arriaga, 73, 1.º, Sala 113
Edifício Marina Club
9000-060 Funchal
T +351 291 200 040
F +351 291 200 049
mlgtsmadeira@mlgts.pt

I. Introdução

O presente documento contém as observações da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados S.P.R.L. (“**Morais Leitão**” ou “**ML**”) à consulta pública promovida e lançada pela Autoridade da Concorrência (“**Autoridade**” ou “**AdC**”), em março de 2024, relativamente ao projeto de Regulamento do procedimento relativo à tramitação do pedido de dispensa ou redução da coima, no âmbito do artigo 80.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“**LdC**”), na sequência das alterações à LdC por força da entrada em vigor da Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto (“**Projeto de Regulamento**”).

O Projeto de Regulamento surge em execução do previsto no artigo 80.º da LdC e tem por escopo regulamentar os artigos 80.º-A a 80.º-E da LdC, visando, ainda, permitir uma melhor articulação com outras normas do regime jurídico da concorrência.

A Morais Leitão felicita a AdC pela promoção da consulta, volvidos mais de dez anos desde a adoção do Regulamento da AdC n.º 1/2013, de 3 de janeiro, regulamento este que, com a entrada em vigor da Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto, e a inclusão, na LdC, de vários artigos relativos à tramitação do procedimento, se havia tornado, em larga medida, redundante.

II. Apreciação na Generalidade

Na generalidade, a intenção do Projeto de Regulamento afigura-se positiva, desde logo e como se referiu acima, pela manifesta desadequação e redundância das disposições do atual Regulamento da AdC n.º 1/2013.

Não obstante, a ML regista, com preocupação, que o Projeto de Regulamento veicule e privilegie, em múltiplas instâncias, a adoção de soluções que vão para além das exigências legais constantes das disposições que pretende regulamentar, que impõem aos requerentes ónus excessivos ou desnecessários (e desalinhados, em qualquer caso, com o objetivo primordial de incentivo à cooperação probatória), carecidos de efeito útil ou de vantagem do ponto de vista da promoção da certeza, segurança e eficácia da tramitação. Além de poderem, a final, fazer perigar a efetividade do

mecanismo, em termos lesivos do próprio interesse público ínsito ao *enforcement* das regras da concorrência.

Tais opções surgem evidenciadas quer *i*) em aspetos de aparente pormenor (como sejam, precisões adicionais de linguagem face ao teor da disposição legislativa em causa), quer *ii*) em soluções de cariz “substantivo” e inovador (veja-se a introdução de novas possibilidades de recusa da atribuição de dispensa ou redução em termos amplos, e que podem ir muito além da violação de deveres de cooperação previstos na lei), quer ainda *iii*) na densificação de requisitos pré-existentes, em moldes mais onerosos (para as requerentes) do que os previstos na LdC (como sucede, por exemplo, a propósito das exigências relacionadas com os elementos do tipo legal em causa). Sobretudo relativamente aos pontos *ii*) e *iii*), encontram-se, no Projeto de Regulamento, soluções próximas de uma autolimitação ou renúncia a direitos fundamentais do requerente de clemência, aqui *conformadas* pela AdC, em termos manifestamente contrários à liberdade de autodisposição como pressuposto da validade de uma renúncia antecipada ao exercício das referidas posições.

Parece-nos, pois, que se justifica uma reflexão e revisão de algumas das soluções aqui propostas, sob pena de se minar ou diminuir, pela via da regulamentação, a atratividade do procedimento de dispensa ou redução de coima (de ora em diante também designado, simplifadamente, “procedimento de clemência”).

III. Apreciação na Especialidade

Assinalamos, em seguida, os pontos do Projeto de Regulamento que nos parecem poder beneficiar de uma reformulação ou, alternativamente, de eliminação. Por facilidade de sistematização, os mesmos são abordados pela ordem em que surgem no Projeto de Regulamento.

Artigo 1.º

Este artigo delimita o objeto do Projeto de Regulamento, fazendo-o por referência à tipologia de infrações abrangidas pelo procedimento de clemência, ou seja, por referência às infrações referidas no artigo 75.º da LdC. Tendo em conta que este último artigo já fornece uma definição das infrações

em causa, afigura-se redundante e desnecessária a inclusão da expressão (a sublinhado) “*infrações com dimensão horizontal, referidas no artigo 75.º (...)*”.

Embora aparentemente inócua, a introdução de linguagem distinta (“*com dimensão horizontal*”) para referir uma mesma realidade (“*acordos ou práticas concertadas entre duas ou mais empresas concorrentes*”) pode potenciar a insegurança/incerteza jurídica quanto ao concreto âmbito das infrações abrangidas, tanto mais que, como é sabido, se pode configurar a existência de cartéis com uma dimensão não estritamente horizontal, antes cumulando, no seu funcionamento, uma dimensão horizontal com uma dimensão vertical. Sugere-se, pois, a eliminação da expressão “*com dimensão horizontal*”.

Artigo 2.º

Não se descortina a utilidade dos **dois primeiros números do artigo 2.º**, face ao teor dos n.ºs 1 e 2 do artigo 80.º-A da LdC. Tendo em conta que este último artigo contém já a densificação do teor do requerimento, os n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º do Projeto de Regulamento acabam por configurar uma duplicação de reduzida utilidade.

Além disso, na medida em que o artigo 80.º-A, n.º 2, alínea c) já identifica, entre as informações que devem constar do requerimento, “[i]nformação precisa e detalhada sobre a infração, incluindo os seus objetivos, atividade e funcionamento, o produto ou serviço em causa, o âmbito geográfico e a duração, bem como sobre as datas, locais, conteúdo e participantes em contactos efetuados no âmbito de tal infração e todas as explicações relevantes (...)”, a referência, no n.º 2 do artigo 2.º do Projeto de Regulamento, a “*informações previstas no n.º 2 do artigo 80.º-A da Lei n.º 19/2012, incluindo uma descrição pormenorizada da infração*” afigura-se desnecessária e potenciadora de confusão quanto aos concretos requisitos em causa.

Sugere-se, pois, a eliminação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º do Projeto de Regulamento ou, caso se opte pela sua manutenção, a eliminação do segmento acima destacado a sublinhado.

Mais adiante, no **n.º 5 do mesmo artigo 2.º** do Projeto de Regulamento, é retomada a temática da informação sobre a infração que deve constar do requerimento, nos seguintes moldes: “5. — A

informação sobre a infração deve ser o mais precisa e detalhada possível e dizer respeito aos elementos que preenchem o tipo previsto no artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e, se aplicável, no artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.”

Concatenando a redação aqui proposta com a do artigo 80.º-A, n.º 2, alínea c), da LdC, verifica-se que este n.º 5 do artigo 2.º do Projeto de Regulamento não só extravasa significativamente a previsão da LdC a este propósito (que em momento algum alude aos elementos dos tipos legais em causa) como contraria o espírito da mesma (orientado à disponibilização de *detalhes factuais* quanto à infração e à *compreensão dos elementos de prova* apresentados). Exigir a subsunção das informações prestadas aos elementos do tipo implica impor ao requerente de clemência um ónus que extravasa, em muito, o propósito de cooperação probatória inerente ao regime de clemência.

Além disso, não tem cabimento legal onerar-se o requeente de clemência com apreciações jurídicas que são da competência da AdC, que dependem da totalidade da prova que esta vier a apreciar e relevar no âmbito do processo e, que são, na fase em que o requerimento de clemência é apresentado, manifestamente prematuras. A solução constante do n.º 5 do artigo 2.º do Projeto de Regulamento afigura-se, pois, uma solução *contra legem*, sugerindo-se a sua eliminação.

Para além da desconformidade do Projeto de Regulamento neste particular, crê-se que a colocação de uma exigência deste género como requisito capaz de afetar a completude de um requerimento de clemência, pode gerar resultados sub-ótimos do ponto de vista do incentivo ao recurso à clemência e da eficácia do regime, além de alargar, de forma desproporcionada, a margem de conformação da AdC, em termos que propendem para soluções potencialmente arbitrárias.

No **n.º 8 do artigo 2.º** do Projeto de Regulamento introduz-se um requisito para o requerimento de dispensa ou redução de coima que não consta da LdC e que extravasa as obrigações de cooperação probatória no cerne do regime. Além do mais, nos termos latos e transversais em que está redigido, afigura-se contraditório com a possibilidade – reconhecida por lei – de retirada, em circunstâncias específicas, dos elementos de prova apresentados pelo requerente de clemência.

As obrigações de cooperação que se impõem a um requerente de clemência estão estabelecidas na lei, sem que das mesmas conste a renúncia a contestar determinada utilização que a AdC faça de

elementos de prova juntos pelo requerente. Parece-nos, pois, que neste n.º 8 do artigo 2.º do Projeto de Regulamento, a AdC confunde obrigações legais de cooperação probatória com o (potencial) exercício de direitos de defesa, a propósito dos quais se não admite uma qualquer ilimitada renúncia ou autolimitação de direitos.

Por outro lado, a redação proposta ignora que, em certos casos, a LdC permite, efetivamente, a devolução dos elementos de prova, configurando-a como um direito do requerente de clemência. Referimo-nos, em concreto, à retirada do pedido de dispensa de coima prevista no n.º 8 do artigo 80.º-C da LdC. Pelo menos neste caso específico, a AdC nunca poderia prevalecer-se da possibilidade de utilização dos elementos apresentados (nem, bem assim, exigir ao requerente que aceitasse essa utilização).

Cumprе salientar que, no caso de recusa de concessão de uma redução de coima (artigo 80.º-D, n.º 3, da LdC), a solução encontrada é próxima da prevista no n.º 8 do artigo 80.º-C, embora o artigo 80.º-D, n.º 3, da LdC não aluda expressamente à possibilidade de retirada, pelo requerente, dos elementos de prova apresentados (mas, apenas, à retirada do pedido). Neste caso, a omissão da lei é geradora de alguma incerteza jurídica quanto à sorte da prova apresentada, pelo que o Projeto de Regulamento seria a oportunidade para a AdC esclarecer qual o procedimento que pretende adotar a esse propósito.

Tendo em conta as considerações que antecedem, crê-se que o n.º 8 do artigo 2.º do Projeto de Regulamento deve ser eliminado ou, a manter-se, ser alvo de significativa reformulação por forma a:

- a) Não sujeitar a validade do requerimento de clemência a qualquer compromisso, por parte do respetivo requerente, de não oposição à utilização que a AdC venha a fazer da informação prestada, na medida em que tal requisito excede os deveres de cooperação que se impõem ao requerente, não tem cabimento legal e pode consubstanciar, indiretamente, uma renúncia a direitos de defesa (inconstitucional);
- b) Ressalvem-se, em qualquer caso, as situações previstas nos artigos 80.º-C, n.º 8, e 80.º-D, n.º 3.

Mais se sugere que a AdC, perante a aparente lacuna legal quanto ao destino dos elementos de prova nas situações previstas no artigo 80.º-D, n.º 3, da LdC, clarifique qual o destino dessa prova sempre que o requerente opte pela retirada do pedido, comprometendo-se a AdC, nesse caso, com a devolução da mesma (solução que, atento o desvalor da prova em causa e por maioria de razão face à opção seguida no artigo 80.º-C, n.º 8, é a que se afigura ter maior cabimento legal).

Artigo 3.º

O n.º 1 deste artigo aborda a forma escrita de apresentação do pedido, realçando a importância da confidencialidade do mesmo e introduzindo algumas precisões adicionais quanto a três das quatro modalidades de apresentação previstas no n.º 4 do artigo 80.º-A da LdC.

Sem prejuízo da utilidade de tais precisões, cremos que se justifica *i*) a introdução de alguns afinamentos na redação deste artigo, com vista a assegurar-se uma articulação mais harmoniosa com o teor do n.º 4 do artigo 80.º-A da LdC, bem como *ii*) a previsão de formalidades a observar (também) nos casos de apresentação por correio e, por um último, *iii*) uma clarificação quanto aos requisitos técnicos a respeitar nos casos de apresentação por correio eletrónico.

Sugere-se, para o efeito, uma **reformulação no n.º 1 do artigo 3.º** nos seguintes moldes:

“1. Com vista a assegurar a manutenção da confidencialidade do pedido de dispensa ou redução da coima, o requerimento respetivo deve ser apresentado por escrito, na sede da AdC, nos termos previstos no n.º 4 do artigo 80.-A da Lei n.º 19/2012, devendo observar-se o seguinte quanto às modalidades previstas nas alíneas a) a d) do mesmo: (...)

Propõe-se ainda a introdução de **uma nova alínea a)** (passando a atual alínea a) a alínea b) e assim sucessivamente) com o seguinte teor:

- a) *No caso de envio por correio, o requerimento deve ser expedido por carta registada dirigida ao Diretor do Departamento de Práticas Restritivas da Concorrência;*

Relativamente à alínea alusiva ao envio do requerimento por correio eletrónico (atual **alínea a) do n.º 1 do mesmo artigo 3.º**) verifica-se a mesma é omissa quanto aos requisitos de assinatura e validação cronológica previstos no artigo 80.º-A, n.º 4, alínea b) da LdC. Para evitar quaisquer

dúvidas quanto aos requisitos formais a observar a este propósito, sugere-se que, caso se mantenha a exigência atualmente prevista na LdC, a mesma seja reproduzida também nesta disposição ou, caso se entenda que os requisitos de assinatura e validação cronológica podem ser dispensados ou substituídos por outras alternativas tecnicamente viáveis, se faça essa menção expressa na alínea correspondente do n.º 1 do artigo 3.º do Projeto de Regulamento, exemplificando as alternativas.

Artigo 5.º

No artigo 5.º sugere-se a inclusão de um n.º 3, que explicita os meios pelos quais a AdC efetua as notificações a que se referem os n.ºs 6 e 7 do artigo 80.º-C da LdC.

Artigo 6.º

Neste artigo, sugere-se, ainda, a inclusão de um novo número, que explicita os meios pelos quais a AdC efetua as comunicações a que se referem os n.ºs 2 (quando efetuada em momento anterior à decisão a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º LdC) e 3 do artigo 80.º-D da LdC.

Artigo 8.º

Os n.ºs 3 e 4 deste artigo introduzem elementos adicionais de ponderação do âmbito da cooperação exigida a um requerente de dispensa ou redução de coima que vão para lá daquilo que está previsto na LdC e que põem em crise os direitos de defesa dos visados (requerentes de clemência) no processo. Como resulta claro da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 77.º da LdC (aplicável também aos requerentes de redução de coima, nos termos da al. *b*) do n.º 1 do artigo 78.º), a cooperação plena e contínua que se exige como contrapartida do benefício da dispensa ou redução de coima é uma cooperação de índole *probatória*, que não pode ser equiparada a uma renúncia do requerente a discordar da apreciação jurídica efetuada pela AdC.

A LdC estabelece de forma detalhada os deveres procedimentais que devem ser cumpridos por parte de um requerente de dispensa ou redução de coima, e que estão exclusivamente ligados à atividade investigatória da AdC, facilitando-a (sub-alíneas *i*), *ii*) e *v*)) ou não a prejudicando nem obstaculizando (sub-alíneas *iii*) e *iv*)). O exercício dos direitos de defesa do requerente nesse contexto

(ou a eventual sinalização do desejo de exercer tais direitos ou de reserva quanto ao seu exercício futuro) não se confundem com a cooperação procedimental exigida pela LdC ao requerente de dispensa ou redução de coima, pelo que não poderão ser alvo de qualquer compressão antecipada (e promovida pela AdC), desde logo na fase organicamente administrativa do processo.

Esta disposição parece, aliás, confundir o regime de dispensa e redução de coima, que é uma ferramenta investigatória da AdC, com o procedimento de transação, ao abrigo do qual o visado reconhece ou renuncia a contestar a sua participação na infração em causa e a sua responsabilidade por essa infração (cf. os artigos 22.º e 27.º, n.º 1 da LdC), confusão que seria profundamente indesejável e que, de resto, a AdC tem procurado evitar em diversas ocasiões ao longo dos anos.

Nessa medida, a solução introduzida por este artigo do projeto de Regulamento é dificilmente compatível com alínea *a*) do n.º 2 do artigo 77.º da LdC, e merece as maiores reservas do ponto de vista tanto da sua legalidade como da sua constitucionalidade, pelo que se sugere a sua eliminação.

Anexo (Formulário para apresentação do pedido sumário)

No que se refere ao Formulário para apresentação de um pedido sumário, cremos que o mesmo beneficiaria de alguma simplificação, por forma a torná-lo mais alinhado com o teor do Artigo 80.º-B, n.º 3, sem afetar o propósito inerente ao mesmo e, nomeadamente, a sua natureza sucinta e meramente informativa.

Assim e em concretização do que antecede:

- a) Sugere-se a junção das alíneas d) e e) do ponto 2 do Formulário numa só, já que em ambas está em causa a descrição da conduta em causa;
 - Crê-se que a menção à “(...) *natureza da conduta do alegado cartel*” (expressão importada para o artigo 80.º-B, n.º 3, d) da LdC na transposição da Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018), não implica nem deve ser interpretada como um requisito adicional face à necessidade de descrição da infração mas, pelo contrário, como o *item* que a materializa (para isso

contribuindo, aliás, o teor do próprio artigo 22.º, n.º 2, da aludida diretiva, de onde a expressão é originária);

- Por forma a evitar-se uma solução que possa ser entendida como exigindo ao requerente de clemência uma determinada qualificação jurídica dos comportamentos reportados (opção que, pelas razões já expostas acima, nos parece insustentável), sugere-se a reformulação da alínea d) nos seguintes moldes: “*d) Breve descrição da conduta em causa na alegada infração*” e a consequente eliminação da alínea e).
- b) Sugere-se a eliminação do ponto 6 do Formulário, o qual não só se nos afigura merecedor das reservas já atrás mencionadas, como também prematuro, nesta fase do processo.

IV. Conclusão

A Morais Leitão pretende, a partir da sua experiência com o aconselhamento a clientes em sede de procedimentos de dispensa e redução de coima, dar o seu contributo para a melhoria do Projeto de Regulamento, no sentido de uma maior certeza, segurança e eficácia do regime, propiciadoras da atratividade e do incentivo para a sua utilização, dentro dos limites da lei e em moldes que não ponham em crise os direitos das empresas e dos cidadãos.

6 de maio de 2024

Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, S.P. R.L.