

O PROCEDIMENTO DE TRANSAÇÃO NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA:

O EXEMPLO EUROPEU COMO ORIENTAÇÃO PARA PORTUGAL

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para
obtenção do grau de Mestre em direito

por,

António Caetano

sob orientação do Professor Doutor José Lobo Moutinho

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Maio de 2016

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
AdC	Autoridade da Concorrência
Al.	Alínea
ANC	Autoridades Nacionais de Concorrência
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
BCE	Banco Central Europeu
CC	Código Civil
CE	Comissão Europeia
Comunicação	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 nos processos de cartéis (2008/C 167/01)
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CRP	Constituição da República Portuguesa
Directiva	Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia
EM	Estado(s)-Membro(s) da União Europeia
ERI	Entidades Reguladoras Independentes
FMI	Fundo Monetário Internacional
ICN	International Competition Network
LdC	Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio
LOIP	Linhas de Orientação sobre 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 TFUE
LQER	Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovado pela Lei n.º 67/2013, de 27 de agosto
Memorando de Entendimento	Memorando de Entendimento celebrado entre o Governo de Portugal, Fundo Monetário Internacional, Banco Central Europeu e

	Comissão Europeia, em 17 de maio de 2011
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
para.	Parágrafo
p./pp.	Página / Páginas
PDT	Procedimento de transação
Regulamento	Regulamento n.º 773/2004, de 7 de abril de 2003, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos de aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, alterado pelo Regulamento n.º 622/2008, de 30 de junho de 2008
Regulamento n.º 1/2003	Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado
RGCO	Regime Geral das Contraordenações (Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro)
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TG	Tribunal Geral
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
Vol.	Volume

I. INTRODUÇÃO	5
II. BREVE APRESENTAÇÃO DO PDT	8
1. CARATERIZAÇÃO DA FIGURA	8
2. PDT – UMA VERDADEIRA TRANSAÇÃO?	9
III. O PDT NA UE	10
1. A NECESSIDADE DE UM PDT NA EU E SEU OBJETIVO	11
2. ÂMBITO OBJETIVO DE JURISDIÇÃO – PRÁTICAS RESTRITIVAS DO COMÉRCIO	12
3. TRÂMITES PROCESSUAIS	13
3.1 QUESTÕES PRÉVIAS: DISCRICIONARIEDADE E INVESTIGAÇÃO	13
3.2 INÍCIO DO PROCESSO E DILIGÊNCIAS EXPLORATÓRIAS CONDUCENTES À TRANSAÇÃO	15
3.3 CONVERSACÕES, DIREITOS PROCESSUAIS E CONFIDENCIALIDADE	15
3.4 PROPOSTA DE TRANSAÇÃO	19
3.5 COMUNICAÇÃO DE OBJEÇÕES E DECISÃO FINAL	21
4. VALOR DA COIMA E REDUÇÃO DE 10%	23
5. SUMÁRIO DOS PRINCIPAIS BENEFÍCIOS E INCONVENIENTES DO PDT EUROPEU	25
IV. A APLICAÇÃO DO PDT EM PORTUGAL	26
1. O PDT E O INTERESSE PÚBLICO	26
2. O PDT ENQUANTO EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	27
3. PDT EUROPEU E PDT PORTUGUÊS – PRINCIPAIS DIFERENÇAS	29
3.1. PARTICIPAÇÃO EM CONVERSACÕES	30
3.2. INFORMAÇÃO PRÉVIA À APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO (MEDIDA LEGAL DA COIMA VS. COIMA POTENCIAL)	32
3.3. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO	33
3.4. PERCENTAGEM DE REDUÇÃO DA COIMA	35
3.4.1. TRANSPARÊNCIA E PREVISIBILIDADE	36
3.4.2. IMPACTO NO REGIME DE CLEMÊNCIA	36
3.4.3. IMPACTO NOS FINS DE PREVENÇÃO GERAL E ESPECIAL DAS COIMAS	37
V. ARTICULAÇÃO ENTRE O PDT E O REGIME DE CLEMÊNCIA	38
VI. CONSEQUÊNCIAS DO PDT AO NÍVEL DOS PEDIDOS DE INDEMNIZAÇÃO (ACTIONS FOR ANTITRUST DAMAGES)	40
1. PANORAMA ATUAL	40
2. PORTUGAL	43
VII. CONCLUSÕES	44
VIII. BIBLIOGRAFIA	46
IX. JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA	50
X. ANEXO I	51
XI. ANEXO 2	53

I. INTRODUÇÃO

A constituição de entidades reguladoras em Portugal é fundada em imperativos de especialização técnica e de flexibilidade na utilização de recursos, fatores considerados essenciais para a intervenção pública na economia moderna¹. Esta realidade tem merecido destaque no âmbito da transição do *Estado gerente* para o *Estado garante*, verificando-se uma tendência geral para dotar as entidades reguladoras de competências e mecanismos operativos próprios, diferentes daqueles que estão normalmente confiados às estruturas centrais da Administração².

A esta luz, observa-se que as entidades reguladoras vêm exibindo um dispositivo normativo de base que apresenta diversas particularidades face ao *Direito Administrativo Clássico*, nomeadamente no que toca ao recurso a soluções de consenso no relacionamento com os particulares, em contraste com a abordagem tradicional, caracterizada pela unilateralidade decisória³.

Esta mudança de paradigma é acompanhada de uma confluência com o ordenamento jurídico anglo-saxónico, cuja tradição se caracterizou, pela ausência de técnicas de controlo aprofundado da substância das decisões administrativas, a cargo de tribunais especializados, situação que de algum modo se procurou compensar através da legitimação do *decision making process* da Administração Pública por via da publicidade e da participação dos cidadãos no procedimento administrativo⁴.

A sofisticação da legislação norte-americana de *antitrust* inspirou a UE na aprovação do Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002⁵ (“Regulamento n.º

¹ Na perspetiva de JOÃO CONFRARIA, *Regulação e Concorrência – Desafios do Século XXI*, Universidade Católica Editora, 2011, p. 137, “a flexibilidade de gestão, financeira e ao nível das relações laborais, atribuída às autoridades reguladoras independentes, relativamente aos procedimentos burocráticos mais pesados a que estão sujeitas as administrações públicas tradicionais, significa na prática admitir que o enquadramento legal da função pública é excessivamente rígido e penalizador do interesse público, pelo menos no que diz respeito à realização de funções de regulação nalguns mercados”.

² Nesse sentido, PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra Editora, 2008, pp. 48-50 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Almedina, 2012, pp. 42-47.

³ Conforme observa GONÇALVES, *op. cit.*, 2008, p. 46, “mesmo em zonas de intervenção autoritária, em que a lei confia às entidades reguladoras poderes de decisão unilateral (de dizer “sim” ou “não”), surgem com relativa frequência soluções que emprestam à ação pública maior plasticidade, permitindo, por exemplo, que as reguladoras optem pelo “sim, desde que...””.

⁴ AROSO DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 42.

⁵ Foi com a aprovação deste regulamento que o panorama do Direito da Concorrência em toda a UE foi significativamente alterado, registando-se a introdução de um sistema baseado na aplicação direta das regras de concorrência da UE em todos os seus elementos. Autorizou, para além da CE, as autoridades de concorrência dos EM e os tribunais nacionais a aplicarem todos os aspetos das regras de concorrência da UE.

1/2003”), apontado como a trave-mestra da modernização do regime da concorrência no espaço europeu. A observação da dinâmica do sistema jusconcorrencial norte-americano tem permitido à UE retirar lições importantes com vista ao aperfeiçoamento do *enforcement* das regras do Direito da Concorrência⁶.

Paralelamente, a assinatura do Memorando de Entendimento em 2011 entre o Estado Português, de um lado, e a CE, o BCE e o FMI, de outro, veio definir como objetivo central o aumento da celeridade e da eficácia no cumprimento das regras da concorrência, propondo para esse efeito uma maior harmonização com o quadro legal da concorrência da UE⁷.

Seguindo o caminho atalhado pelo Memorando de Entendimento, a Lei da Concorrência (“LdC”), aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, veio marcar uma nova etapa na evolução do quadro normativo jusconcorrencial português, registando-se um novo impulso no fenómeno da *europeização*⁸ dos instrumentos regulatórios afetos à defesa da concorrência.

Decorridos quatro anos de vigência da LdC, escassas foram as ocasiões em que a AdC emitiu decisões condenatórias por práticas restritivas da concorrência em Portugal, situação que contrasta com a fecundidade decisória da CE nesta matéria⁹.

É neste contexto que o presente trabalho se propõe analisar o procedimento de transação (“PDT”) previsto na legislação comunitária e na portuguesa. Tendo sido implementado na UE em 2008, este instituto viria a ser introduzido em Portugal com a aprovação da LdC, reformulando assim o quadro dos poderes sancionatórios da AdC.

Atenta a experiência institucional da CE na aplicação do PDT, importa recolher desta contributos que nos permitam compreender as razões da sua implementação, os riscos e

⁶ Conforme sustenta GEORGE STEPHANOV GEORGIEV, “Contagious efficiency: the growing reliance on US-style antitrust settlements in EU law”, *Utah Law Review*, N.º 4, 2007, p. 982, as razões que tornaram o modelo norte-americano uma referência para a UE radicavam na “(1) efficiency of the enforcement system, measured by its success in blocking anticompetitive practices, and (2) economic efficiency as a goal of competition policy”.

⁷ §7.20 do Memorando de Entendimento.

⁸ Segundo GONÇALVES, *op. cit.*, 2008, p. 31, “o fenómeno da europeização pode desdobrar-se em dois vetores: por um lado, na influência determinante do direito comunitário na cada vez maior homogeneização dos regimes jurídicos aplicáveis nos vários Estados-Membros e, por outro, na estruturação de um sistema administrativo europeu, que conjuga e mistura degraus de administração comunitária e nacional”.

⁹ MIGUEL MENDES PEREIRA, “Indemnização por danos à concorrência”, *Negócios.pt*, 2015, disponível em <http://www.jornaldenegocios.pt>, refere que Portugal está ainda a construir “fronteiras tradicionais” do Direito da Concorrência.

incentivos que lhe estão associados, sem olvidar a análise dos seus trâmites processuais. Este estudo compromete-se a demonstrar a forma de adaptação do PDT ao ordenamento jurídico português, com enfoque na sua compatibilidade com os princípios do interesse público e da eficiência. Serão igualmente registadas as principais diferenças, e respetivo impacto, entre o PDT previsto na legislação europeia (“PDT europeu”) e o PDT implementado em Portugal (“PDT português”).

Procurar-se-á, ainda, aferir da compatibilidade entre o PDT e o regime de clemência, que se tem afirmado como ferramenta de investigação essencial na política sancionatória da concorrência. Por fim, serão também feitas observações relativamente às ramificações do PDT face ao *private enforcement* da concorrência atentos os mais recentes desenvolvimentos legislativos.

II. BREVE APRESENTAÇÃO DO PDT

1. Caraterização da figura

O PDT, em inglês “*settlement*”, é um conceito atreito a equívocos, tal a profusão de significados que apresenta nas várias jurisdições. Se, por um lado, o *settlement* constitui uma ferramenta de investigação apta a fornecer novas provas sobre a infração à autoridade em matéria de Direito da Concorrência, noutros contextos, o *settlement* configura um procedimento negocial através do qual aquela autoridade e a empresa prescindem do seu direito de *enforcement* da Lei e dos seus direitos de defesa, respetivamente¹⁰.

Na opinião de BELLIS¹¹, o PDT europeu incorpora as seguintes características:

“In the settlement procedure, the parties acknowledge their participation, and their liability, in the cartel. In exchange, not only do the parties save on litigation costs by avoiding lengthy proceedings but they also benefit from a 10% fine reduction”.

Para a doutrina portuguesa, em particular ANASTÁCIO e FLORES DA SILVA, o PDT “*consiste no reconhecimento, por parte das empresas, da sua responsabilidade numa infração às regras da concorrência, entrando em cooperação com a AdC, permitindo que esta sancione as infrações de forma efetiva. Como contrapartida,*” referem os juristas de Coimbra, “*as empresas que transigirem com a AdC verão ser-lhes aplicada uma coima mais reduzida do que a que seria aplicável em concreto, caso o processo seguisse os seus termos normais, de forma a compensar a sua cooperação*”¹². Ora, embora estes autores se detenham no estudo do PDT português, o conceito por si avançado reconduz-se ao conceito do PDT europeu. Como adiante se observará, tal resulta do facto de os pressupostos e as finalidades atinentes à aplicação do PDT europeu e do PDT português serem essencialmente idênticos.

Tanto o PDT europeu como o PDT português têm carácter alternativo face ao procedimento ordinário por implicarem o reconhecimento da responsabilidade pelas empresas investigadas em troca da redução da coima que seria de outro modo aplicável.

¹⁰ OCDE, “Policy Roundtables – Experience with Direct Settlements in Cartel Cases”, *Competition Law & Policy OECD*, 2008, p. 79.

¹¹ JEAN-FRANÇOIS BELLIS, “General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure”, *Competition Policy International*, 2014, p. 2.

¹² GONÇALO ANASTÁCIO; MARTA FLORES DA SILVA, “Procedimento de transação no inquérito art. 22.º”, *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Almedina, 2013, pp. 246-247.

O PDT traduz-se, portanto, num sistema de cooperação efetiva com a justiça administrativa.

2. PDT – uma verdadeira transação?

Embora o conceito de *transação* previsto na legislação da concorrência incorpore elementos compósitas do contrato de transação previsto no art. 1248.º do CC, estas são realidades muito distantes e que não devem ser confundidas.

Segundo aquele preceito, transação “*é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões*”. Resulta desta definição legal que o contrato de transação pressupõe a vontade de resolver um litígio, podendo as partes, tendo este objetivo presente, constituir, modificar ou extinguir direitos diversos do direito controvertido. No ensinamento de BAPTISTA MACHADO, surge a hipótese de transação quando “*cada uma das partes retém a sua preferência original mas reconhece também validade ao ponto de vista da outra e, por isso, predispõe-se a ir ao encontro dela para se chegar a uma solução aceitável por ambas*”¹³. Deste modo, a composição dos interesses conflitantes realiza-se mediante acordo entre as partes, afastando-se o contexto eminentemente contencioso e adversarial.

No que ao PDT concretamente diz respeito, há também reciprocidade nas cedências realizadas quer pela empresa, contra quem a autoridade move o processo, quer pela referida autoridade. Como adiante se demonstrará, o desfecho bem-sucedido do PDT implica, do lado da empresa, a renúncia a determinados direitos processuais, como o direito de audiência ou direito de acesso ao processo, bem como uma severa autolimitação do direito de recurso devido ao reconhecimento da responsabilidade contraordenacional¹⁴; por seu turno, o regulador abdica de uma parcela da coima que seria normalmente aplicável à infração cometida. Outrossim, esta corresponsabilidade

¹³ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Lições de Introdução ao Direito Público”, *Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Braga, 1993, p. 315.

¹⁴ Segundo os autores KAI HÜSCHEL RATH; ULRICH LAITENBERGER, “The Settlement Procedure in EC Cartel Cases: An Empirical Assessment”, *Discussion Paper No. 15-064* – Centre for European Economic Research, 2015, p. 29, esta limitação pode acarretar consequências negativas para a ordem jurídica “as the appeals process generally has important control and error-correction functions in legal systems, a decreasing relevance in the settlement era might eventually cause negative effects on the quality of EC cartel decisions”.

manifesta-se nos ganhos: o regulador economiza recursos e, em contrapartida, a empresa obtém uma redução da coima em virtude da sua autoinculpação¹⁵.

Diferentemente do que acontece na transação “civil”, o PDT culmina com a emissão de um ato administrativo, equivalente a uma decisão condenatória, e consequente aplicação de coima. Com efeito, o facto de o PDT representar um momento de consenso não significa que o ato administrativo, isto é, a decisão final, tenha sido substituído por uma fórmula contratual¹⁶. Assim, na lição de GONÇALVES, “*em situações de inequívoco reconhecimento do relevo jurídico do consenso e do temperamento da autoridade, o que está em causa não é, imediatamente, a contratualização das relações administrativas da concorrência, mas apenas a construção consensual (contratualizada) de atos administrativos*”¹⁷.

Em suma, enquanto as transações civis são contratos privados destinados a evitar ou pôr termo a litígios judiciais, o PDT constitui uma alternativa endoprocessual de conclusão do procedimento administrativo da concorrência. Por outro lado, ao passo que as transações civis são celebradas entre particulares em igualdade de armas, o PDT opera no contexto de uma relação de autoridade, em particular entre o regulador (ente público) e a empresa (ente privado), sendo que, conforme se constatará mais à frente, tanto no esquema europeu como no português, o primeiro goza de discricionariedade integral em matéria decisória durante todo o processo.

III. O PDT NA UE

Desde a implementação do PDT europeu em 2008 foram concluídas, até à data, vinte condenações relativas a práticas concertadas de comércio através deste mecanismo¹⁸, tendo sido necessário esperar até 19 de maio de 2010 para que tal acontecesse pela primeira vez, quando foi adotada uma decisão de proibição relativamente ao cartel dos fabricantes de equipamento original de servidores e computadores pessoais na venda de *Dynamic Random Access Memory*¹⁹. Apesar do começo pouco pujante, o PDT tem sido

¹⁵ PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013, p. 344.

¹⁶ Tanto a al. c) do n.º 3 do art. 24.º da LdC, no caso do PDT português, como o n.º 3 do art. 10.º-A do Regulamento, no caso do PDT europeu, preveem que o PDT seja concluído por via de decisão final condenatória.

¹⁷ GONÇALVES, *op. cit.*, 2013, p. 335.

¹⁸ Cf. Anexo I.

¹⁹ COMISSÃO EUROPEIA, “Antitrust: Commission fines DRAM producers € 331 million for price cartel; reaches first settlement in a cartel case”, *Press Release Database*, Bruxelas, 19 de maio de 2010.

objeto de aplicação regular pela CE. Graças à sua utilização, a duração média dos processos foi reduzida em dois anos desde o seu lançamento²⁰.

Cumpra agora centrar o foco nas questões essenciais à compreensão do funcionamento do PDT europeu, em particular no que respeita aos seus objetivos, às necessidades que presidiram à sua criação, ao seu âmbito objetivo de jurisdição e, bem assim, aos seus trâmites e aspetos conexos, como a confidencialidade e os direitos processuais das partes. Por último, será feita a análise dos principais benefícios e inconvenientes relativos à adoção deste instituto.

1. A necessidade de um PDT na EU e seu objetivo

O regime de clemência, atualmente previsto na Comunicação da CE 2006/C 298/11, de 8 de dezembro de 2006, estabelece um mecanismo que estimula as empresas a denunciarem às autoridades a existência de um acordo entre empresas suscetível de afetar o comércio entre os EM ou a falsear a livre concorrência na aceção do art. 101.º do TFUE (ou “cartel”), em que sejam partes ou em que tenham participado em troca de imunidade total ou redução parcial da coima que seria de outro modo aplicável à infração. Com a anterior reforma do regime, operada em 2002²¹, as denúncias provenientes de empresas cartelistas aumentaram significativamente, comprovando o enorme sucesso deste mecanismo na deteção e combate aos cartéis estabelecidos na UE²². Poderá mesmo dizer-se que a CE foi “vítima do seu próprio sucesso”²³ uma vez que, apesar de terem estimulado o efeito de prevenção geral através do incentivo à deslealdade entre parceiros de cartel, os requerimentos de clemência sobrecarregaram os recursos humanos da CE²⁴. A abundância destes requerimentos justificou, neste sentido,

²⁰ FLAVIO LAINA; ALEKO BOGDANOV, “The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5, N.º 10, 2014, p. 720.

²¹ A reforma foi operada pela Comunicação da CE 2002/C 45/03, de 19 de fevereiro de 2002. Até então o regime de clemência estava previsto na Comunicação 96/C 207/04, de 18 de julho de 1996.

²² BERTUS VAN BERLINGEN; MARC BARENNE, “The European’s Commission’s 2002 Leniency Notice in practice”, *Competition Policy Newsletter*, 2005, p. 8.

²³ MOLLY KELLEY, *Settling for Settlement: The European Commission's New Cartel Settlement Procedure*, 9 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 699, 2010, pp. 707-708.

²⁴ Registam-se, ainda assim, algumas dúvidas sobre a viabilidade do programa da clemência a longo prazo, que se prendem com três fatores: (i) dificuldade em organizar investigações internas no seio das empresas com vista à obtenção de provas notórias dos factos subjacentes à infração com base nos quais se possa tomar uma decisão informada quanto ao pedido de clemência; (ii) (elevada) discricionariedade das autoridades reguladoras da concorrência na apreciação dos pedidos e na interpretação do conceito de “cooperação com as autoridades”, o que pode pôr em causa a expectativa dos operadores no que respeita à recompensa recebida; (iii) o estímulo político que tem vindo a ser dado às ações de responsabilidade civil (as chamadas *follow-on damages actions*) implica um maior risco na esfera das empresas que admitem responsabilidade voluntariamente (cf. ROMINA POLLEY, “Is the Continued Success of Leniency in

a procura de mecanismos destinados a otimizar a aplicação do Direito da Concorrência através da realização de economias processuais. O PDT europeu veio responder a esta necessidade, enunciando como objetivo declarado o da obtenção de eficiências processuais²⁵. Como afirmam os autores LAINA e LAURINEN, quanto maior for a capacidade decisória da CE relativamente ao combate aos cartéis, maior será o efeito de prevenção geral²⁶, já que poderão ser investigados mais casos em simultâneo. Ora, quanto maior esse efeito, maior o incentivo para os agentes cooperarem com a CE ao abrigo do regime de clemência²⁷, gerando assim um círculo virtuoso do *enforcement* do direito da concorrência.

2. Âmbito objetivo de jurisdição – Práticas restritivas do comércio

O mercado interno da UE, de inspiração liberal, alicerça-se no dinamismo da iniciativa privada e nas regras da economia de mercado, razão que justifica a proteção dos interesses de todos os agentes económicos (produtores, comerciantes e consumidores) através do estabelecimento de um regime de concorrência efetivo, conforme al. b) art. 3.º, do TFUE.

Os arts. 101.º e 102.º do TFUE proíbem, respetivamente, as práticas anticoncorrenciais e o abuso de posição dominante suscetíveis de afetar o comércio entre EM, competindo à CE garantir o respeito por estas disposições em cumprimento do art. 17.º do TUE.

Quando entenda que tais disposições foram violadas, a CE emitirá uma decisão de proibição nos termos dos arts. 7.º e 23, n.º 2 do Regulamento n.º 1/2003, desde que a prática anticoncorrencial em questão altere de forma sensível²⁸ as condições das trocas

Cartel Cases in Danger? Some Comments from a Private Practitioner's Perspective”, *Competition Policy International Journal*, 2015).

²⁵ Art. 10.º-A, n.º 4 do Regulamento.

²⁶ Embora não o faça de forma expressa, o TJUE acolhe a conceção segundo a qual as coimas aplicadas em sede de procedimentos contraordenacionais no quadro de infrações jusconcorrenciais prosseguem uma finalidade de prevenção geral, porquanto “o papel de vigilância que os arts. 85.º, n.º 1, do Tratado e 86.º do Tratado CE [atuais 101.º e 102.º do TFUE], conferem à Comissão não compreende unicamente a tarefa de instruir e de reprimir as infrações individuais, incluindo também o dever de prosseguir uma política geral destinada a aplicar em matéria de concorrência os princípios estabelecidos no Tratado e a orientar nesse sentido o comportamento das empresas” (cf. Ac. do TJUE. de 28 de junho de 2005, Processos apensos C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, para. 170, disponível em <http://curia.europa.eu>).

²⁷ FLAVIO LAINA; ELINA LAURINEN, “The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges”, *Journal of European Competition Law & Practice Advance Access*, 2013, p. 1.

²⁸ A Comunicação da CE 2001/C368/07, de 22 de dezembro de 2001 (*Comunicação de minimis*) prevê os casos em que os acordos restritivos entre as empresas não são proibidos pelo TFUE, em virtude do seu efeito negligenciável na concorrência. Paralelamente, de acordo com a jurisprudência *Javico* (cf. Ac. do TJUE de 28 de abril de 1998, Processo C-306/96, para. 16, disponível em <http://curia.europa.eu>), “para

comerciais entre os EM, podendo esta alteração manifestar-se, em concreto, no volume de negócios ou no aprovisionamento dos agentes económicos²⁹.

Ao contrário do que sucede na legislação portuguesa da concorrência, em que o PDT é aplicável a qualquer infração aí prevista, o âmbito objetivo de jurisdição para efeitos de aplicação deste procedimento pela CE circunscreve-se aos casos de acordos entre empresas previstos no art. 101.º TFUE. O número de intervenientes envolvidos, o volume de informação processual e os encargos de tradução nos casos internacionais fazem dos cartéis ilícitos especialmente vocacionados para a aplicação de um mecanismo sancionatório que vise a celeridade e simplificação processuais³⁰.

3. Trâmites processuais

Perante este cenário, o PDT viria a ser introduzido em 2008 com a alteração ao Regulamento n.º 773/2004 da CE, de 7 de abril de 2003, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos de aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE (“Regulamento”), operada pelo Regulamento n.º 622/2008 da CE, de 30 de junho de 2008. O PDT europeu está previsto no art. 10.º-A do Regulamento, que deve ser aplicado em conformidade com a Comunicação da CE 2008/C 167/01, de 2 de julho de 2008 (“Comunicação”) onde vem detalhada a marcha deste processo. Proceder-se-á, em seguida, a uma análise dos vários passos conducentes à conclusão do PDT europeu.

3.1 Questões prévias: Discricionariedade e Investigação

Em primeiro lugar, sublinhe-se que a CE conserva uma ampla margem de discricionariedade na aplicação do PDT durante todo o processo, podendo explorar o interesse da empresa na transação caso considere pertinente. No âmbito desta decisão e na perspetiva de realizar economias processuais deverão ser considerados fatores como

serem suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros, uma decisão, um acordo ou uma prática devem, com base num conjunto de elementos de facto e de direito, permitir que se encare com um grau suficiente de probabilidade a sua influência direta ou indireta, atual ou potencial, sobre as correntes comerciais entre Estados-Membros, de modo a que se possa temer que entrem na realização de um mercado único entre Estados-Membros. É, além disso, necessário que esta influência não seja insignificante”.

²⁹ JOÃO MOTA DE CAMPOS; JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Europeu – O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, Coimbra Editora, 6ª edição, 2010, p. 611.

³⁰ KIRTIKUMAR MEHTA; MARÍA CENTELLA, “EU Settlement Procedure – public enforcement policy perspective”, *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, 2008, pp. 10-11.

a probabilidade de chegar a um acordo com as empresas, a sobrecarga de trabalho inerente à concessão de acesso às versões não confidenciais dos documentos constantes do processo e o estabelecimento de um eventual precedente (*screening phase*)³¹. Em caso algum poderá o PDT ser imposto à empresa, estando o início das discussões dependente da apresentação de um requerimento escrito dirigido à CE por parte desta assinalando a sua vontade de participar em conversações.

Esta lógica de discricionariedade subjaz igualmente à interrupção do PDT que, de acordo com o n.º 4 do art. 10.º-A do Regulamento, pode ser unilateralmente decidida pela CE caso esta venha a “*considerar não ser verosímil a obtenção de eficiências processuais*”. A Comunicação da CE aponta, entre outros fatores, a má-fé da empresa no processo como *deal breaker* na aplicação do PDT³². Resulta claro da conjugação destes preceitos que a CE mantém total controlo durante o procedimento³³. Do ponto de vista da empresa, sublinhe-se que sobre esta não recai qualquer obrigação de adesão ou direito a ser selecionada para o PDT³⁴. Apesar da sua feição consensual, o PDT não contende com o esforço de investigação promovido pela CE, antes reivindicando-o. Dito de outro modo, a CE só deverá iniciar a aplicação deste instituto após ter provas suficientemente fortes da existência de uma infração que tenham sido recolhidas, designadamente, através de requerimentos de clemência, denúncias, inspeções e pedidos de informação³⁵.

³¹ §5 da Comunicação. Por seu turno, ERIC VAN GINDERACHTER, *European Commission's Settlement Procedure – A Success Story*, 2014, p. 3 (slide 6), refere que são igualmente determinantes para a decisão de aplicar o PDT os seguintes fatores: “parties’ interest to settle, number of parties, number of successful leniency applicants, expected degree of contestation, parties’ foreseeable conflicting positions on liability, impact on aggravating circumstances, procedural efficiencies (including lack of appeals), EU/EEA cases or cases already decided/pending in other jurisdictions and novel legal issues”.

³² Conforme GREG OLSEN; MARK JEPHCOTT, “Sharing the Benefits of Procedural Economy: The European Commission’s Settlement Procedure”, *Antitrust*, vol. 25, N.º 1, 2010, p.77, “the Commission retains a wide discretion to discontinue settlement discussions if, for example, the parties coordinate to distort or destroy evidence or disclose the contents of the settlement discussions”.

³³ Esta discricionariedade em matéria de decisões é mantida pela CE durante o desenrolar de todo o processo até à decisão de proibição, tal como foi evidenciado no caso dos Cartões Inteligentes (“*smart chip case*”), em que a CE começou por explorar a possibilidade de transação com as empresas envolvidas tendo entretanto interrompido as conversações devido à falta de progresso (cf. Processo COMP/39574, de 3 de setembro de 2014, disponível em <http://ec.europa.eu/competition>).

³⁴ O PDT deixa, contudo, de ser meramente facultativo para a empresa a partir do momento em que esta decida submeter uma proposta de transação à CE, caso em que a adesão ao procedimento se torna irreversível, estando vedado à empresa o direito de revogar unilateralmente aquela proposta (cf. §22 da Comunicação).

³⁵ Na opinião de LAINA; LAURINEN, *op. cit.*, p. 6, “experience has confirmed that a settlement has more chance of success if it concerns an uncontested infringement which is evidenced by uncontested facts”.

3.2 Início do processo e diligências exploratórias conducentes à transação

Após a investigação realizada, e sempre que considere adequado, a CE notificará a empresa para se pronunciar por escrito sobre o seu interesse em participar em conversações de transação. A CE fixa um prazo nunca inferior a duas semanas para que a empresa manifeste esta vontade³⁶.

Até ao termo daquele prazo as partes notificadas poderão enviar uma declaração por escrito à CE manifestando o seu interesse em participar nas referidas conversações. Esta declaração não equivale a uma assunção de responsabilidade pela infração por parte da empresa³⁷. Além disso, o prazo estipulado pela CE simboliza uma última oportunidade para as empresas apresentarem um eventual pedido de clemência, por via do qual obteriam imunidade ou redução da coima. Resulta do disposto no §13 da Comunicação que, após o termo do prazo fixado, a CE reserva-se no direito de rejeitar este tipo de pedidos.

De forma a dinamizar o andamento das discussões e a assegurar que as empresas tenham conhecimento simultâneo do teor e das conclusões das conversações, o Regulamento e a Comunicação estabelecem como obrigatória, no n.º 1 do art. 10.º-A e no §12, respetivamente, a nomeação de um representante comum devidamente mandatado para atuar em seu nome³⁸.

3.3 Conversações, direitos processuais e confidencialidade

É nas conversações que radica o carácter consensual ínsito ao PDT. Com vista à obtenção de economias processuais, alguns autores consideram crucial a adoção de uma só língua processual durante esta fase³⁹. Para poder dar início às conversações é necessário que pelo menos duas empresas aceitem participar nas mesmas, conforme resulta do n.º 1 do art. 10.º-A do Regulamento. Apesar de a eficiência ser maximizada quando todos os membros do cartel participem no PDT, este pode ter lugar mesmo

³⁶ As regras de previsão deste prazo estão previstas no n.º 1 do art. 17.º do Regulamento, segundo o qual “a Comissão tomará em consideração não só o tempo necessário para a elaboração das observações e comunicações a apresentar, como também a urgência do caso”.

³⁷ §11 da Comunicação.

³⁸ De acordo com a COMISSÃO EUROPEIA, “Antitrust: Commission calls for comments on a draft legislative package to introduce settlement procedure for cartels – frequently asked questions”, *Press Release Database*, 26 de outubro de 2007, o representante comum é necessário “to have fruitful and efficient discussions with each of the undertakings concerned. In this regard, joint representation will not prejudice the finding of joint and several liability amongst parties of the same undertaking or group”.

³⁹ LAINA; BOGDANOV, *loc. cit.*.

quando uma ou mais empresas dele se excluem, caso em que se poderia concluir um *hybrid settlement*⁴⁰. É de realçar que em momento algum é conferido às empresas o direito de negociarem a existência de infração ou a coima final, limitação cuja efetividade tem sido questionada por SCHINKEL, que sustenta que esta posição de força da CE se deve apenas à necessidade de preservação da sua reputação enquanto “*strict enforcer*”⁴¹. Com efeito, apesar de não estar prevista na lei a possibilidade de a CE transigir quanto às provas recolhidas nem quanto às objeções emitidas, certo é que a diferença registada ao nível das coimas aplicadas em procedimento ordinário e em PDT sugere entendimento diverso. Tal ideia assumiu visibilidade em 2010, no caso dos fosfatos para a alimentação animal⁴², em que uma das empresas participantes no PDT, a *Timab*, abandonou as conversações, sujeitando-se assim ao procedimento ordinário. Este *opt-out* revelou-se penalizador para a *Timab*, tendo-lhe sido aplicada uma coima consideravelmente superior àquelas que foram impostas às empresas que não abandonaram o PDT⁴³. Este desenlace permite concluir com alguma segurança que no PDT há margem para negociar certos fatores de determinação da medida da coima, nomeadamente o volume de negócios que servirá de base ao seu cálculo⁴⁴.

Com o decurso das conversações pretende-se que as empresas tomem conhecimento quanto aos factos alegados e sua qualificação, à gravidade e duração do alegado cartel e à atribuição de responsabilidades, procedendo-se igualmente a uma estimativa do intervalo provável das coimas a aplicar.

⁴⁰ Nestes casos, os diferentes visados obtêm um tratamento processual distinto. Os autores LAINA; LAURINEN, *op. cit.*, pp. 8-9, assinalam que a autoexclusão *ab initio* de um dos participantes no cartel, e consequente marcha do processo sancionatório ordinário, desencorajaria a aplicação do PDT na medida em que se esvaziaria o seu propósito de eficiência processual. A exclusão de uma das partes poderá igualmente verificar-se durante as conversações.

⁴¹ Verifica-se algum ceticismo quanto a esta inegociabilidade. Neste sentido, MAARTEN PIETER SCHINKEL, “Bargaining in the Shadow of the European Settlement Procedure for Cartels”, *Amsterdam Center for Law & Economics – Working Paper No. 2010-17*, 2010, pp. 18, 21, ilustra a descrença da seguinte forma: “Suppose that the Commission has the beginning of a cartel case that it prefers to settle. Suppose that third parties know X about the cartel, so that X is the minimum amount of “harshness” that the Commission has to adopt in the wording of its decision without losing reputation. The companies involved know this. Suppose they would be willing to settle for X-harshness, but want something more than 10% fine reduction in return. This is where the flexible fine base comes in. The 10% is fixed, but the ultimate fine is negotiable. As long as a reasonably short duration is established and agreeable aggravating and mitigating factors are set—more or less, matching X—a deal is possible”.

⁴² Processo COMP/38866, de 20 de julho de 2010, disponível em <http://ec.europa.eu/competition>.

⁴³ A empresa viria a interpor recurso da decisão, ao qual o TG não deu provimento, recordando que a CE não está vinculada pelo leque de coimas comunicado no âmbito do procedimento de transação uma vez convertido o processo em comum (cf. Ac. TG de 20 de maio de 2015, Processo T-456/10, para. 105, disponível em <http://curia.europa.eu>).

⁴⁴ MARC ABENHAIM et al., “To Settle or Not To Settle After Timab”, *CPI Journal*, 2015.

Segundo os autores LAINA e BOGDANOV⁴⁵, a prática comum da CE durante esta fase consiste na realização de três rondas de conversações com as empresas, tendo cada uma delas um objetivo próprio, conforme se detalha em seguida:

- 1.^a ronda: a CE apresenta as provas utilizadas para estabelecer eventuais objeções, responsabilidades e coimas, decidindo, com base num juízo de oportunidade, o momento ideal para disponibilizar esta informação⁴⁶.
- 2.^a ronda: o objetivo desta ronda alcançar um consenso quanto à existência, gravidade e duração da infração, bem como à dimensão das objeções. A CE procurará também chegar a um entendimento relativamente ao volume de negócios que será considerado para efeitos de cálculo da coima aplicável.
- 3.^a ronda: no final das conversações deverá ser revelado o montante máximo da coima que a empresa estará disposta a aceitar, confirmando-se a forma e o prazo de entrega da proposta de transação, através da qual aquela admitirá a responsabilidade pela infração.

Durante as conversações poderá ser facultada a consulta a quaisquer outros documentos do processo, desde que a mesma seja justificada com a necessidade de a empresa fazer valer a sua posição relativamente à duração ou qualquer outro aspeto específico do cartel e assim decidir, com conhecimento de causa, se pretende ou não apresentar proposta de transação. O facto de a CE não ter de gerir o acesso integral ao processo tem sido apontado como uma importante economia processual, já que as partes geralmente se satisfazem com o acesso concedido no início das conversações⁴⁷.

É no contexto das conversações que a empresa exerce os seus direitos de defesa, em particular o direito à consulta do processo e o direito a ser ouvida, tudo se desenrolando num quadro bilateral que privilegia a oralidade e o consenso⁴⁸. Esta questão é especialmente sensível na medida em que a empresa terá de abdicar do exercício destes

⁴⁵ LAINA; BOGDANOV, *loc. cit.*. Também LAURA GUTTUSO, “From ‘Mono’ to ‘Stereo’: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies”, *World Competition* 38, N.º 3, 2015, p. 406, observa que “the settlement discussions, which are usually divided into three rounds of bilateral meetings with the parties, are confidential to each party. The EC sets the pace and sequence of the meetings, in accordance with the complexity of the case. In the first round, each of the parties is faced with the key evidence making up the infringement allegation on the authority’s file. In round two, the focus is on clarifying any outstanding issues regarding the infringement, with a view to recording a common understanding. The aim of the final round is to set out for each party the maximum amount of a possible fine”.

⁴⁶ Em conformidade com os art. 10.º-A, n.º 2 e art. 15.º, n.º 1-A, ambos do Regulamento e com o §15 e §16 da Comunicação.

⁴⁷ LAINA; BOGDANOV, *loc. cit.*

⁴⁸ OCDE, *op. cit.*, p. 82.

direitos a partir do momento em que submeta uma proposta de transação⁴⁹, sobretudo quando tais direitos são considerados fundamentais ao abrigo da jurisprudência do TJUE⁵⁰. Adicionalmente, quando entenda que os seus direitos processuais foram violados, a empresa poderá ainda solicitar intervenção do Auditor⁵¹. Em qualquer caso, a empresa poderá abandonar o PDT até ao momento em que apresente a proposta de transação se considerar que estes direitos não estão a ser respeitados. Outra forma de fiscalizar a legalidade da decisão condenatória é por via do controlo jurisdicional pelo TJUE, conforme §41 da Comunicação⁵².

Outro aspeto que merece atenção na etapa das conversações é o da confidencialidade. Conforme resulta do n.º 2 do art. 10.º-A, as informações transmitidas em sede de conversações de transação “*serão confidenciais em relação a terceiros, salvo nos casos em que a Comissão tiver expressamente concedido uma autorização prévia quanto à sua divulgação*”. Algumas razões são apontadas para justificar a importância da confidencialidade, de entre as quais se destaca a própria opinião dos operadores económicos, segundo a qual a revelação da sua participação no PDT não contribui para o bom andamento do processo⁵³. Noutra perspetiva, admitindo-se que a revelação de informação amplificaria o risco de as empresas serem pressionadas por outras a transacionar, tal poderia levar as empresas a assumir responsabilidades que de outro modo não assumiriam (*corporate pragmatism*⁵⁴). A violação da confidencialidade poderia ainda ter consequências nocivas ao nível da salvaguarda do princípio da presunção de inocência, porquanto a divulgação de dados potencialmente comprometedores sobre as atividades de um operador em momento anterior à emissão de objeções por parte da CE é suscetível de afetar a sua reputação e imagem junto da

⁴⁹ §20 al. d) da Comunicação.

⁵⁰ A título exemplificativo, veja-se o Ac. do TJUE de 7 janeiro de 2004, Processo C-219/00 P e apensos, para. 66 e 68, disponível em <http://curia.europa.eu>.

⁵¹ §18 da Comunicação. O Auditor (*Hearing Officer* em inglês) desempenha o papel de árbitro no âmbito dos procedimentos de concorrência e procura garantir o exercício efetivo dos direitos processuais. As suas funções estão previstas na Decisão do Presidente da CE 2011/695/UE, de 13 de outubro de 2011, e compreendem a receção de pedidos de audição e a formulação de recomendações à CE.

⁵² O direito de recurso é irrenunciável e está previsto no art. 263.º do TFUE. Até à presente data, o recurso de uma decisão tomada ao abrigo do PDT só foi interposto uma vez, pela Société Générale, relativamente ao cartel dos derivados de taxa de juro. O objeto do recurso incidia sobre a definição do valor de vendas base sobre o qual é calculada a coima final (cf. BELLIS, *op. cit.*, p. 6).

⁵³ LAINA *apud* DAVID VASCOTT, “EU cartel settlements: are they working?”, *Global Competition Review News*, 2013, p. 4.

⁵⁴ ANDREAS STEPHAN, “The Direct Settlement of EC Cartel Cases”, *Centre for Competition Policy*, 2007, p. 32, sustenta que algumas empresas aceitam transigir “because they want a swift end to the case, or because they want to limit the amount of information about the infringement that becomes public, so as to make follow-on suits for damages harder and to limit reputational damage. The danger of this is greatest amongst firms who are particularly averse to risk and uncertainty”.

opinião pública, com o correspondente impacto negativo no seu desempenho operacional. O tom de confidencialidade é também mantido no âmbito dos pedidos de acesso à informação, o qual deve ser justificado e recair sobre elementos específicos do processo. Ademais, o formato de bilateralidade das discussões reforça a confiança entre as partes na medida em que a empresa não se sentirá pressionada pela presença de outros infratores. Em termos sancionatórios, a violação do dever de confidencialidade pode acarretar um agravamento da coima aplicável na aceção do §28 das Orientações para o cálculo das coimas⁵⁵. Vista de todas estas perspetivas, a confidencialidade assume preponderância enquanto fator crítico de sucesso do PDT.

3.4 Proposta de transação

Ao cabo das conversações, caso tenha sido alcançada uma posição comum entre as partes e contanto que CE considere ser possível obter eficiências processuais, poderá então ser fixado um prazo mínimo de 15 dias úteis para que a empresa apresente uma proposta de transação individual⁵⁶. Antes de lhe ser comunicado este prazo, a empresa deve estar informada quanto às objeções levantadas, aos elementos de prova que as suportam e ao intervalo de coimas potenciais. Pretende-se, deste modo, que a empresa esteja consciente das consequências da transação. Com a proposta, a empresa aceita os riscos do PDT, em particular no que respeita às restrições ao direito de audição e de consulta do processo, bem como às limitações impostas ao recurso jurisdicional de uma eventual decisão de condenação e respetiva coima⁵⁷. A proposta de transação deve incluir a informação prevista no §20 da Comunicação, a qual se decompõe nos seguintes elementos:

- O reconhecimento claro e inequívoco da responsabilidade da empresa relativamente à prática restritiva do comércio cometida, prevista no art. 101.º do TFUE. Este reconhecimento representa a expressão do compromisso da empresa em cooperar numa tramitação expedita do processo. A empresa deve mencionar

⁵⁵ Comunicação 2006/C 210/02, de 1 de setembro de 2009. Aqui, a violação do dever de confidencialidade é equiparada à recusa em cooperar com a CE ou à obstrução da investigação promovida.

⁵⁶ §17 da Comunicação.

⁵⁷ De acordo com LAINA; LAURINEN, *op. cit.*, p. 10, “cartel settlement decisions, as any Commission infringement decisions, can be appealed to the EU Courts, but appeals on the substance can be expected to be much less likely because the settling parties have voluntarily acknowledged an infringement and their liability for it, either as direct participant or as parent of the infringing legal entity”.

quais factos que constituíram a infração bem como a duração da mesma. Deve igualmente referir de que modo contribuiu para a verificação do ilícito;

- A indicação da coima máxima que aceitará para efeitos de transação;
- A confirmação de que a empresa foi devidamente informada das objeções da CE e de que não solicitará acesso ao processo nem audiências orais;
- A concordância da empresa em receber uma comunicação de objeções e lhes ser aplicada uma decisão final numa língua específica da UE.

A empresa confirmará à CE através da proposta de transação que apenas solicitará que lhe seja concedida a oportunidade de desenvolver os seus argumentos numa audição oral se a comunicação de objeções não respeitar o teor da referida proposta⁵⁸. A proposta de transação não poderá ser revogada unilateralmente pela empresa a menos que o conteúdo da proposta não esteja refletido na comunicação de objeções (cf. **III. 3.5**). A partir do momento em que a CE aceita a proposta, a empresa fica irremediavelmente vinculada aos trâmites subsequentes do PDT. Caso a CE recuse a proposta, o processo seguirá as regras processuais gerais, termos em que a empresa será notificada das objeções contra si deduzidas, em cumprimento do n.º 1 do art. 10.º do Regulamento. Se aceitar a proposta de transação, a CE emitirá uma comunicação de objeções refletindo o teor da daquela⁵⁹. Contudo, se a CE adotar uma comunicação de objeções que não vá ao encontro do proposto pela empresa, então o reconhecimento da infração demonstrado anteriormente não poderá ser utilizado contra esta como elemento de prova. A recusa da proposta de transação inviabiliza o entendimento entre a CE e a empresa, devolvendo a esta última a oportunidade de se defender nos termos gerais do Regulamento.

À semelhança do que sucede durante as conversações, também a informação incluída na proposta de transação deve ter carácter confidencial mesmo após conclusão do procedimento, estando previsto no §36 da Comunicação que a CE pode, nesta circunstância, penalizar a empresa responsável solicitando o agravamento da coima junto dos tribunais comunitários. Pelo mesmo motivo, estabelece o §39 da Comunicação que as propostas de transação não podem ser enviadas aos tribunais nacionais, a menos que a empresa o consinta.

⁵⁸ Art. 12.º, n.º 2 do Regulamento.

⁵⁹ Considera-se, ao abrigo do §22 da Comunicação, que a CE aceita a proposta quando a comunicação de objeções reflete o seu teor no que respeita aos elementos previstos no §20 da Comunicação e quando a decisão final de proibição aplique coima não superior à proposta pela empresa.

3.5 Comunicação de objeções e decisão final

Antes de tomar a decisão final condenatória, a empresa deverá ser notificada da comunicação de objeções⁶⁰. Sendo uma etapa formalmente obrigatória ao abrigo do art. 10.º do Regulamento, a comunicação de objeções deve ser emitida tanto no quadro do procedimento comum como no do PDT.

Contudo, ao contrário do procedimento comum, em que aquele documento pode apresentar centenas de páginas de matéria de facto e de direito sobre a infração, a comunicação de objeções no âmbito do PDT tem forma simplificada, impondo-se que a mesma inclua apenas a informação necessária para permitir às empresas verificar que o seu conteúdo corresponde ao da proposta de transação submetida⁶¹. Esta simplificação favorece a prossecução dos objetivos de economia processual do PDT⁶².

É dada à empresa a oportunidade de se expressar sobre as objeções da CE e sobre as provas utilizadas para demonstrar a infração, em respeito pelos seus direitos de defesa. A CE poderá modificar ou deixar cair algumas das suas objeções originais caso os argumentos aduzidos pela empresa sejam suficientemente convincentes, o que poderá ter impacto na moldura das coimas aplicáveis⁶³.

A empresa que concordar com a comunicação de objeções emitida pela CE deverá confirmá-lo em resposta escrita, simples e curta, num prazo mínimo de duas semanas⁶⁴, afirmando, de forma inequívoca, que aquela reflete o teor da proposta de transação apresentada⁶⁵. No entanto, a ausência de resposta por parte da empresa não resulta necessariamente no rompimento do PDT, sendo esta uma situação em que caberá à CE apreciar livremente o valor do silêncio da empresa⁶⁶, podendo prosseguir ou não o procedimento.

Na sequência desta confirmação, a CE redige uma decisão de proibição preliminar, concisa e simplificada, que deverá, em conformidade com o art. 14.º do Regulamento,

⁶⁰ De acordo com a COMISSÃO EUROPEIA, “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on Android operating system and applications”, *Press Release Database*, Bruxelas, 20 de abril de 2016, “A statement of objections [comunicação de objeções] is a formal step in Commission investigations into suspected violations of EU antitrust rules. The Commission informs the parties concerned in writing of the objections raised against them.”

⁶¹ §23 da Comunicação.

⁶² LAINA; BOGDANOV, *op. cit.*, p. 722.

⁶³ §24 da Comunicação.

⁶⁴ Art. 17.º, n.º 3 do Regulamento.

⁶⁵ Art. 10.º-A, n.º 3 do Regulamento.

⁶⁶ §26 da Comunicação.

ser submetida ao escrutínio do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões, práticas concertadas e posições dominantes, órgão representativo dos EM, composto por especialistas em Direito da Concorrência⁶⁷. A partir do momento em que a empresa confirma que o teor da comunicação de objeções corresponde ao da proposta de transação, esta deixa também de poder solicitar uma audiência oral ou o acesso ao processo, nos termos do n.º 2 do art. 12.º e do n.º 1-A do art. 15.º do Regulamento.

Todavia, a CE mantém o poder de adotar uma decisão que se afaste da sua posição preliminar expressa na comunicação de objeções, seja em face do parecer dado pelo Comité Consultivo, seja por considerar não ser verosímil a obtenção de eficiências processuais, conforme decorre do n.º 4 do art. 10.º-A do Regulamento. Nesta hipótese, o reconhecimento da responsabilidade emitido pela empresa nos termos da proposta de transação apresentada considerar-se-á sem efeito, não podendo ser utilizado como meio de prova contra a mesma, cenário em que, convertido o processo em comum, a CE comunicará novas objeções e a empresa poderá consultar o processo, solicitar audiência oral e apresentar nova defesa⁶⁸.

Admitindo que a decisão final vai ao encontro dos elementos incluídos pela empresa na proposta de transação (e.g. montante máximo de coima aceitável pela empresa), esta configurará uma decisão de proibição nos termos do art. 7.º do Regulamento n.º 1/2003, cujo valor é formalmente idêntico ao de uma decisão emitida no âmbito das regras processuais gerais. Esta decisão, de natureza condenatória, subsume as condutas ao tipo legal do art. 101.º do TFUE, descreve os seus parâmetros relevantes, impõe a sua cessação e aplica uma coima.

É importante referir que as economias processuais, cuja obtenção se pretende com a aplicação do PDT, se materializam principalmente no período que medeia entre a comunicação de objeções e a decisão final, já que seria nesse momento, caso o procedimento revestisse forma comum, que as empresas poderiam solicitar o acesso ao processo ou audiências orais⁶⁹. Alguns autores têm ainda notado que este período

⁶⁷ As atribuições do Comité Consultivo estão previstas no art. 14.º do Regulamento n.º 1/2003. O n.º 5 deste preceito impõe que a CE tome na melhor conta o parecer emitido pelo Comité Consultivo.

⁶⁸ §21 e §29 da Comunicação. Conforme Ac. do TG de 15 de março de 2006, Processo T-15/02, para. 95, disponível em <http://curia.europa.eu>, “os direitos de defesa só são violados pela discordância entre a comunicação de acusações e a decisão final se uma acusação considerada provada nesta última não tiver sido exposta naquela de forma suficiente para permitir que os destinatários se defendam”.

⁶⁹ De acordo com STEPHAN, *op. cit.*, p. 42, “the saving outlined in the settlement notice clearly comes between the SO and the final decision, when accesses to the file and requests for oral hearings by

aumentou nos casos em que não foi aplicado o PDT, estatística que evidencia que a CE tem atribuído prioridade aos *settled cases* em detrimento dos *non-settled cases*⁷⁰.

4. Valor da coima e redução de 10%

Dispõe a al. a) do n.º 2 do art. 23.º do Regulamento n.º 1/2003 que a CE “*pode, mediante decisão, aplicar coimas às empresas e associações de empresas sempre que, deliberadamente ou por negligência cometam uma infração ao disposto nos arts. 81.º ou 82.º do Tratado [atuais 101.º e 102.º do TFUE]*”. De acordo com a Comunicação da CE 2006/C 210/02, de 1 de setembro de 2006, que estabelece as orientações para o cálculo das coimas, o montante da coima aplicada não deverá exceder 10% do volume de negócios da empresa responsável e deve ser calculado em função da gravidade e da duração da infração. A definição da coima resulta ainda de uma apreciação global da CE que terá em conta o conjunto das circunstâncias agravantes ou atenuantes. Independentemente de se estar no quadro do PDT ou do procedimento ordinário, são estas as regras gerais que devem ser observadas pela CE no momento do cálculo da coima aplicável.

Importa recordar que o valor de volume de negócios em função do qual é calculada a coima, bem como a gravidade e a duração da infração, são elementos que já terão sido discutidos nas conversações e vertidos na proposta de transação. Quanto à coima, o seu valor não deverá exceder o montante máximo que a empresa revelou estar disposta a pagar nos termos daquela proposta. Tal como sucederia no caso de a decisão final apresentar teor diverso do da comunicação de objeções que reflita o conteúdo da proposta de transação em matéria de factos, também quando a coima final aplicada diverge do montante máximo admitido pelo particular deverá a este ser dada a oportunidade de apresentar nova defesa.

Em seguida, o PDT prevê que a coima calculada nos termos atrás descritos deverá ser reduzida em 10% do seu valor, dedução percentual transversalmente aplicável a todas as

infringing firms typically occur”. O autor avança mesmo qual é a poupança temporal em causa, referindo que “Looking at cartel cases delivered since 2001, this period averages 12-13 months”.

⁷⁰ HÜSCHEL RATH; LAITENBERGER, *op. cit.*, p. 9, revelam que “an interesting further observation has to do with the duration of non-settled cases since the EU Settlement Procedure was implemented. Here we see a clear increase in the duration of particularly the second stage (compared to the pre-settlement era) suggesting that the EC might prioritize settled cases over non-settled cases in their everyday work leading to a substantial increase in the duration of non-settled cases”.

empresas que tenham aderido ao PDT⁷¹. À primeira vista, o valor do desconto poderá parecer diminuto e de duvidosa atratividade para as empresas cuja responsabilidade se pretende determinar. Contudo, tal resulta de vários fatores que importa aqui considerar. Em primeiro lugar, é necessário que a redução seja modesta o suficiente para preservar o efeito preventivo das coimas⁷², o que implica que o valor da coima imposta deva ser superior ao benefício económico resultante da violação ajustado em função da probabilidade de a coima ser aplicada⁷³. Em segundo lugar, o valor de 10% funciona como um instrumento de *signaling*, uma vez que reflete a indisponibilidade da CE em fazer cedências em matéria de facto ou relativamente às objeções que serão comunicadas às empresas. Nessa perspetiva, o desconto pouco atrativo de 10% demonstra que apenas os *strong cases*, *i.e.*, com provas incriminatórias virtualmente incontestáveis, são elegíveis para efeitos de PDT. As empresas deverão convencer-se de que o desfecho positivo da litigância afigura-se pouco verosímil e de que as hipóteses de redução da coima em sede de recurso jurisdicional são escassas, donde a melhor opção será a transação⁷⁴. Este desconto de pequena expressão justifica-se igualmente pela necessidade de evitar a distorção do incentivo à apresentação de requerimentos de clemência. Neste sentido, se o desconto concedido no âmbito do PDT fosse muito elevado tal diminuiria o interesse no regime de clemência, privando assim a CE da sua mais importante ferramenta de investigação no combate às práticas restritivas de comércio. Note-se, contudo, que o desconto do PDT é cumulável com a redução concedida às empresas que forneçam elementos de prova de valor acrescentado significativo à CE nos termos da Comunicação da CE 2006/C 298/11, de 8 de dezembro de 2006, conforme §33 da Comunicação. Esta cumulação poderá criar problemas ao nível dos fins de prevenção, matéria que se desenvolverá mais à frente (cf. V.). Em todo o caso, determinante para os operadores económicos será a transparência e a previsibilidade na discussão da coima. Nesta perspetiva, um desconto de 10% acaba por ser negligenciável para as empresas às quais não seja dada a hipótese de prever com um

⁷¹ Conforme COMISSÃO EUROPEIA, *loc. cit.*, 2007, “All parties settling in the same case will receive equivalent reductions of the fine, because their contribution to procedural savings will be equivalent”.

⁷² STEPHAN, *op. cit.*, p. 27, perfilha a opinião de que “deterrence [prevenção] depends, not only on the number of infringements punished, but also on the gravity of the punishment”. MEHTA; CENTELLA, *op. cit.*, p. 30, acrescentam que “There are good reasons to believe that deterrence depends not only on the level of the fine, but that it is also related to the probability of being detected and successfully and timely prosecuted”.

⁷³ A quantificação do ganho resultante da infração é, no entanto, tarefa relativamente obscura, tanto mais quando as regras atuais não conferem tal incumbência à CE. Nesse sentido, cf. GUTTUSO, *op. cit.*, pp. 396 e 404.

⁷⁴ OLSEN; JEPHCOTT, *op. cit.*, p. 78.

grau mínimo de certeza qual será a base de aplicação desse desconto, questão que deve ser objeto de discussão durante a fase das conversações⁷⁵.

5. Sumário dos principais benefícios e inconvenientes do PDT europeu

Os prós e contras do PDT europeu variam consoante as circunstâncias do caso concreto e a perspectiva dos intervenientes. Face aos trâmites processuais acima descritos, importa fazer um levantamento dos benefícios e inconvenientes mais imediatos decorrentes da utilização do PDT.

Da ótica da CE, é notório que o PDT traz benefícios sob a forma de ganhos de eficiência, correspondentes à contração da duração do processo através da adoção de uma só língua processual⁷⁶, de comunicações de objeções e decisões simplificadas, da desnecessidade de gerir o acesso integral ao processo e também por via da poupança de custos de litigância face à limitação do direito de recurso dos particulares⁷⁷. Em contrapartida, o regulador sacrifica uma percentagem da coima (10%) que seria aplicável caso o procedimento fosse ordinário⁷⁸. Outro inconveniente resulta do risco de os recursos despendidos pela CE na procura de um entendimento comum poderem ser perdidos caso as empresas abandonem o PDT. Nesta circunstância, o processo assumirá a forma ordinária e as empresas terão direito a exercer o contraditório⁷⁹.

No que respeita à empresa, para além do óbvio alívio da redução de coima em 10%, esta terá também a capacidade de influenciar, através dos argumentos invocados durante as conversações, a visão do regulador quanto à sua conduta. A isto soma-se uma menor exposição pública da empresa devido à maior rapidez do processo e à sua confidencialidade, fator este que contribui igualmente para mitigar o risco de ações de responsabilidade civil subsequentes em razão da simplificação da decisão (cf. **VI. 1.**). A

⁷⁵ Na opinião de O'BRIEN, ANN, "Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions", 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, 2008, p.8, "the success of the Commission's settlement procedure, however, will not hinge solely on the amount of the settlement discount offered, but on the transparency, predictability and certainty of the fine a cooperator can expect to pay".

⁷⁶ Os interessados, por via da proposta de transação, aceitam receber a comunicação de objeções e a decisão final numa só língua oficial da EU (cf. §20 al. e) da Comunicação)

⁷⁷ Vide nota 57.

⁷⁸ Contudo, sublinhe-se que a receita proveniente das coimas aplicadas no domínio da concorrência não integra o orçamento da CE, mas sim da EU, em conformidade com o art. 83.º do Regulamento (UE, EURATOM) N.º 966/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012 relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União.

⁷⁹ Por esta razão, LAINA; BOGDANOV, *op. cit.*, p. 718, referem que o grau de cooperação exibido pelas empresas é um fator fundamental a considerar antes de recorrer ao PDT.

resolução mais expedita do caso gera igualmente poupanças de custos com a defesa durante a fase administrativa e devolve o foco à administração das empresas, que poderão assim “livrar-se” do processo mais cedo para se concentrarem nas questões operacionais relevantes. Ao nível dos inconvenientes, a elevada discricionabilidade da CE durante todo o processo poderá afastar o interesse das empresas, atenta a necessidade que estas têm de saber *a priori* quais os benefícios líquidos da participação no PDT. No outro prato da balança jaz ainda o facto de a adesão ao PDT implicar para as empresas uma sujeição mais precoce às ações de responsabilidade civil (cf. VI. 1.).

IV. A APLICAÇÃO DO PDT EM PORTUGAL

Colhidas as observações relativas à aplicação do PDT pela CE e desenvolvidas as questões de maior relevância que lhe estão associadas, cumpre agora discutir em que medida este mecanismo, enxertado nos arts. 22.º e 27.º da LdC, se enquadra no ambiente jurídico português e se compagina com os princípios gerais que norteiam a atividade administrativa e regulatória nacional. Em seguida, serão estabelecidas as principais diferenças entre o regime comunitário e o regime português e procurar-se-á avaliar os seus impactos. É de realçar que, à data, a AdC concluiu três processos através do PDT, dois deles já tendo sido iniciados antes da entrada em vigor da LdC, em 2012⁸⁰.

1. O PDT e o interesse público

O aparecimento do PDT no contencioso administrativo-jusconcorrencial português pode suscitar dúvidas quanto à sua compatibilidade com a defesa do interesse público⁸¹ na exata medida em que, ao abrigo de uma perspetiva dialógica clássica, de “tudo ou nada”, a transação enquanto compromisso representa uma contradição lógica, podendo desdobrar-se em duas dimensões alternativas e conflituantes, ambas necessariamente contrárias à ordem jurídica. Assim, conforme ilustra TABORDA DA GAMA, de um lado “*a administração pública achava que lhe assistia razão no que respeita à pretensão apresentada pelo particular em juízo – e neste caso ao transigir estaria como que a violar o interesse público, ao afastar-se da sua conceção de legalidade da situação subjetiva invocada*”. Por outro lado, “*se administração tivesse por fundada a*

⁸⁰ Cf. Anexo 2.

⁸¹ O PDT previsto no ordenamento jusconcorrencial português integra-se numa ordem normativa que visa prosseguir o interesse público (cf. art. 7.º n.º 2 LdC).

pretensão do particular, não deveria transigir”, pelo que, “*o que deveria ter feito era não dar azo ao litígio, satisfazendo extraprocessualmente e/ou preventivamente a pretensão do particular*”⁸². Sob esta perspetiva, a transação constituiria “*um instituto dotado de um alcance e apetência que permite às partes ultrapassar o campo da estrita legalidade e configurar uma situação jurídica cujo conteúdo seria, se alcançado por ato administrativo, normativamente incongruente*”⁸³.

Porém, conforme observa o autor, a visão acima deve ser contraposta aos desígnios da eficiência e da praticabilidade da solução adotada. O compromisso subjacente ao PDT seria, deste ponto de vista, um instrumento restaurador da paz jurídica, apto a gerar poupanças superiores ao ganho que resultaria da certeza decorrente de uma decisão ordinária (*fully adversarial proceedings*⁸⁴). Dito de outro modo, deve admitir-se que transigir no contencioso administrativo poderá equivaler a uma opção financeiramente racional e, portanto, cumpridora do interesse público⁸⁵. Sobre esta questão, note-se que a crise económica e financeira teve o condão de acentuar o escrutínio exercido sobre os poderes públicos com vista a um maior controlo na gestão dos recursos disponíveis, cenário em que se justifica a reconsideração do papel da Administração na aplicação do Direito⁸⁶.

2. O PDT enquanto emanção do princípio da eficiência

Em estreita conexão com a questão abordada no ponto anterior está a análise do princípio da eficiência na Administração Pública. Assim, o n.º 1 do art. 267.º da CRP estabelece que “*a Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização*”. Em complemento, o n.º 5 do referido preceito acrescenta que “*o processamento da atividade administrativa será objeto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços*”. Resulta evidente do quadro normativo constitucional a preocupação com a desburocratização da Administração,

⁸² JOÃO TABORDA DA GAMA, “Contrato de Transação no Direito Administrativo e Fiscal”, *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, 2003, p. 639.

⁸³ *Idem.* p. 658.

⁸⁴ WOUTER P.J. WILS, “The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles”, *13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop*, 2008, p. 10-11, elenca as diversas vantagens de um processo adversarial comum, ressaltando, contudo, que os seus resultados “are only obtained at the end of relatively long and costly procedures”.

⁸⁵ TABORDA DA GAMA, *op. cit.*, p. 660.

⁸⁶ A este respeito, alerta ANTÓNIO AUGUSTO COSTA, “A erosão do princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa”, *CEDIPRE Online 12*, 2012, p. 29, que “em situações de crise, a legalidade estrita é limitada por considerações de praticabilidade, o que não deixa de colocar a questão de averiguar até que ponto é que a legalidade pode ser limitada pela emergência”.

que, segundo FREITAS DO AMARAL, exige um funcionamento eficiente desta na forma de prosseguir os “*interesses públicos de carácter geral*”, sendo imperativo, para esse efeito, que a própria Administração se renove permanentemente “*nas suas estruturas e nos seus métodos de funcionamento*”⁸⁷. Nessa medida, a lei fundamental consagra, na opinião de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, um princípio da racionalização da Administração Pública, “*assente na rendibilidade e organização ótimas dos serviços e atividades administrativas*”⁸⁸. Adicionalmente, os autores sugerem que esta racionalização não deve ser cega às “*condicionantes sociopolíticas em que se move a Administração Pública, sendo igualmente uma expressão da melhor utilização dos recursos públicos, de modo a evitar desperdícios*”⁸⁹.

Paralelamente, a LQER, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, veio estabelecer os princípios pelos quais se regem as ERI. Resulta da leitura da al. b) do n.º 1 do art. 4.º do referido diploma que as entidades reguladoras devem observar um princípio de gestão que assegure a eficiência económica no tocante à sua gestão e às soluções adotadas nas suas atividades. Verifica-se, deste modo, que as ERI deverão adotar medidas que promovam a eficiência económica em dois planos distintos: na gestão dos seus próprios recursos e no exercício das suas funções regulatórias⁹⁰.

Por outro lado, o art. 10.º do CPA, referente ao princípio da desburocratização e da eficiência dá continuidade ao normativo constitucional, postulando que a Administração Pública deve ser estruturada de forma não burocratizada e a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões, valores em função dos quais a Administração deve pautar o seu poder de conformação do procedimento administrativo⁹¹.

⁸⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 1995, p. 726.

⁸⁸ GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, Almedina, 2014 p. 813.

⁸⁹ *Idem.*, p. 814.

⁹⁰ É verdade que a crise económica centrou as atenções tanto nos custos administrativos da regulação como na eficiência interna das autoridades reguladoras. No entanto, esta parece não ter sido a única razão pela qual se exige eficiência às entidades reguladoras independentes. Na explicação de JOÃO CONFRARIA, “Uma Análise Económica da Lei-Quadro”, *Revista Concorrência & Regulação*, Ano V, N.º 17, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal, 2014, p. 166, “o argumento da regulação independente como um dos instrumentos de reforma do setor público deu lugar a alguma reação negativa da administração pública tradicional, na medida em que se observaram diferenças significativas entre as remunerações no setor público e nas autoridades independentes. Talvez por isto, se observe na Lei-Quadro um grande peso de medidas relacionadas com a gestão financeira e com o controlo financeiro das autoridades reguladoras”.

⁹¹ Note-se que o CPA é subsidiariamente aplicável às ERI por via da alínea a) do n.º 2 do art. 5.º da LQER.

Constatamos, nos moldes expostos, que as ERI apresentam um quadro jurídico tributário de uma visão do Estado que preconiza a *administração de resultados*, onde a satisfação final das necessidades sociais constitui o elemento fundamental do aparelho administrativo⁹². Para melhor assegurar a satisfação daquelas necessidades, o modelo das ERI foi erigido em observância ao princípio de racionalização previsto na CRP, o qual se afirma como vetor da intervenção pública, perspetivando-se uma administração baseada em menores custos e combinando uma elevada competência técnica com uma maior flexibilidade⁹³.

Deste ponto de vista, a introdução do PDT no ordenamento jurídico português com vista à produção de *ganhos processuais* contempla, assim, a referida preocupação de ajustar o papel da Administração Pública à dinâmica de racionalização funcional e técnica que tem como vértice o interesse público e cuja prossecução deverá ter em conta considerações de custo-benefício, otimização de recursos e relação objetivos-resultados⁹⁴.

3. PDT europeu e PDT português – Principais diferenças

O PDT português é “*largamente inspirado*”⁹⁵ no PDT europeu, o que desde logo decorre do objetivo que lhes é comum: a busca da economia processual⁹⁶. Há, contudo, particularidades registadas no regime nacional das quais resultam consequências determinantes ao nível da eficácia da política sancionatória da concorrência em Portugal. A título prévio, importa referir que o processo sancionatório da concorrência português está dividido entre a fase de inquérito e a fase da instrução, diferentemente do que sucede no contencioso administrativo-concorrencial europeu, onde não existe uma divisão explícita de etapas processuais. No inquérito, a AdC promove as diligências de investigação necessárias à determinação de uma prática restritiva da concorrência e dos seus agentes, bem como à recolha de prova⁹⁷. Quanto à instrução, esta inicia-se com o envio da nota de ilicitude ao visado para que este tenha a oportunidade de se pronunciar

⁹² De acordo com GONÇALVES, *op. cit.*, 2008, p. 34, a “administração de resultados privilegia a eficácia e a eficiência e não já ou não tanto o cumprimento pontual e estrito das prescrições legislativas”.

⁹³ TÂNIA CARDOSO SIMÕES, “Entidades Reguladoras: Um ano de Lei-Quadro”, *Revista Concorrência & Regulação*, Ano V, Número 17, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal, 2014, p.242.

⁹⁴ TABORDA DA GAMA, *op. cit.*, p. 651.

⁹⁵ ANASTÁCIO; FLORES DA SILVA, *op. cit.*, p. 246.

⁹⁶ Art. 22.º n.º 5 da LdC e art. 10.º-A, n.º 4 do Regulamento.

⁹⁷ Art. 17.º n.º 2 da LdC.

sobre as questões que possam interessar à decisão, incluindo sobre as provas produzidas, e para que requeira as diligências complementares de prova que entenda convenientes⁹⁸.

Em seguida, atento o exposto, serão analisadas as especificidades mais relevantes do regime português e as respectivas implicações na eficácia do processo sancionatório da concorrência.

3.1. Participação em conversações

Tal como acima enfatizado (cf. **III. 3.3**), as conversações são cruciais para o sucesso do PDT pois é nesta ocasião que as partes têm a oportunidade de trocar informações e de atingir um nível de confiança mútua que facilite o consenso relativamente à infração, à responsabilidade da empresa e à medida da coima⁹⁹. A legislação portuguesa prevê que o PDT seja desencadeado em sede de inquérito ou de instrução, conforme arts. 22.º e 27.º da LdC¹⁰⁰. Todavia, apenas durante a fase de inquérito poderão ser mantidas conversações ao abrigo do PDT mediante requerimento escrito do visado dirigido à AdC ou a convite desta, quando a autoridade considerar que tal permite alcançar ganhos processuais¹⁰¹. A LOIP, que estabelece a tramitação processual no âmbito dos procedimentos contraordenacionais da concorrência, dispõe, no §150, que as conversações deverão decorrer num prazo não superior a 15 dias, limitação que não se verifica no regime do PDT europeu. Esta restrição insere-se nos objetivos do PDT na medida em que contribui, por um lado, para uma maior poupança de tempo e maiores *ganhos processuais*¹⁰². Por outro lado, apesar de a lei portuguesa não se pronunciar quanto aos temas a debater durante as conversações, a verdade é que um condicionamento desta natureza poderá prejudicar a discussão aturada de temas complexos como o volume de negócios ou a duração do ilícito que servirá de base ao cálculo da coima. Com efeito, há um contraste considerável entre a duração das conversações no âmbito do PDT europeu e aquela que está prevista para o PDT português. A título exemplificativo, veja-se o Processo COMP/38.511, de 19 de maio de

⁹⁸ Art. 25.º n.º 1 da LdC.

⁹⁹ LAINA; BOGDANOV, *op. cit.*, p. 718.

¹⁰⁰ Os autores ANASTÁCIO; FLORES DA SILVA, *loc.cit.*, perfilham a opinião de que, dada a similitude entre os arts. 22.º e 27.º, a LdC deveria encerrar o PDT num artigo único.

¹⁰¹ §147 LOIP.

¹⁰² Artigo 22.º n.º 5 da LdC.

2010¹⁰³, em que as conversações se estenderam de maio de 2009 até dezembro desse ano, momento em que os infratores finalmente submeteram propostas de transação. Nessa medida, atenta a curta duração das conversações, impõe-se que as provas recolhidas pela AdC durante o inquérito apresentem robustez¹⁰⁴, sob pena de o visado, quando confrontado com as objeções levantadas, opte antes por exercer os seus direitos de defesa, o que implicaria diligências complementares de prova ou audições orais, gorando assim potenciais ganhos de eficiência. É de frisar que a duração fixa das conversações poderá afetar o entendimento entre os intervenientes quanto à existência e duração da infração e prejudicar a conciliação de posições dada a pressão temporal sobre si exercida. De resto, não se vislumbra qualquer efeito pernicioso decorrente da preterição legal de conversações no âmbito da instrução, dado que a AdC e o visado já terão tido a oportunidade para, durante o inquérito, dar início às conversações de transação. Ademais, na abertura da instrução o visado já terá sido informado das objeções contra si deduzidas através da nota de ilicitude, e, em face daquelas, poderá optar entre transigir ou litigar¹⁰⁵. Relembre-se que no esquema europeu a empresa já não tem hipótese em transigir após a emissão da comunicação de objeções da CE, o que sugere uma maior flexibilidade do regime português, que consagra assim uma válvula de escape adicional com vista à produção de ganhos processuais.

Ainda sobre este assunto, em 4 de abril de 2014, perante a plateia do Círculo de Advogados Portugueses do Direito da Concorrência, António Ferreira Gomes, Presidente do Conselho de Administração da AdC, afirmava que a AdC e as empresas tenderiam a privilegiar, numa primeira fase de implementação do PDT, a adoção deste mecanismo na fase da instrução, admitindo que, nesse momento, “*o conhecimento dos factos e da infração estará mais amadurecido, permitindo por isso identificar de modo mais claro as vantagens da transação*”¹⁰⁶. Do ponto de vista do regulador, esta tendência não prejudicaria, contudo, a aplicação do PDT durante o inquérito “*sempre que a AdC já esteja na posse de elementos suficientes que lhe permitam um juízo sólido*”

¹⁰³ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011XC0621%2803%29&from=EN>

¹⁰⁴ Nos termos do n.º 1 do art. 24.º da LdC, a AdC tem 18 meses para fazer a investigação. No entanto, este prazo é meramente indicativo em virtude do disposto no n.º 2 daquele preceito.

¹⁰⁵ Em todo o caso, refira-se que o diálogo com a autoridade é apto a influenciar o âmbito e a duração da infração, o que terá necessariamente um impacto na coima final (cf. HANSEN *apud* VASCOTT, *loc. cit.*).

¹⁰⁶ ANTÓNIO FERREIRA GOMES, “Discurso do Presidente da Autoridade da Concorrência”, proferido no Almoço do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, 2014, p. 4.

sobre os factos e a infração”¹⁰⁷. A opção defendida subentende um desvio relativamente a um dos pressupostos materiais do PDT: o de a prova recolhida já ser suficientemente forte para convencer o visado de que a litigância será em vão. Ora, seja no inquérito, seja na instrução, a eficácia do PDT depende da posse prévia, pela AdC, das provas incriminatórias para estabelecer a infração. As conversações seriam, neste caso, úteis ao esclarecimento do visado quanto ao escopo daquela e permitiriam, por outro lado, o exercício do seu direito de defesa num quadro de diálogo com o regulador, contribuindo desse modo para uma maior transparência decisória e para um reforço do efeito de prevenção especial (cf. **IV. 3.4.3**). Até à data, apenas uma das três decisões tomadas ao abrigo do PDT português teve origem em conversações, tendo as mesmas sido iniciadas a convite da AdC. Foi o caso do cartel dos monoblocos pré-fabricados, em que as empresas fornecedoras concertavam preços e repartiam o mercado no âmbito de concursos públicos promovidos pela Parque-Escolar E.P.E. Na decisão, a AdC destacou o papel do PDT na criação de economias processuais, assinalando ainda a salvaguarda das finalidades de prevenção subjacentes à intervenção sancionatória em resultado da condenação¹⁰⁸.

3.2. Informação prévia à apresentação da proposta de transação (medida legal da coima vs. coima potencial)

A al. d) do n.º 2 do art. 10.º-A do Regulamento prevê que a CE, nos termos do PDT, possa informar as empresas sobre o “*intervalo das coimas potenciais*” que tenciona aplicar ao cabo do processo. O legislador português não foi tão longe quanto o europeu visto estabelecer que, antes do início das conversações, a AdC deve apenas informar o visado pelo inquérito quanto à “*medida legal da coima*”, como decorre do n.º 3 do artigo 22.º da LdC¹⁰⁹. Ora, nos termos do §15 da Comunicação, coima potencial será aquela que resultar de uma estimativa à luz das Orientações para o cálculo de coimas, das disposições em matéria de coimas da Comunicação e da Comunicação sobre a clemência, quando aplicáveis, o que significa que o grau de previsibilidade que os interessados podem ter relativamente à coima final que lhes será imposta é

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Cf. Decisão PRC/2014/02, de 9 de julho de 2015, para. 313, disponível em <http://www.concorrenca.pt/vPT/Paginas/HomeAdC.aspx>.

¹⁰⁹ A AdC designa esta notificação de *comunicação de objeções* conforme §149 da LOIP. Esta não se deve confundir com a comunicação de objeções do regime processual da concorrência europeu, que tem uma função essencialmente idêntica à da nota de ilicitude prevista nos art. 24.º e 25.º da LdC.

substancialmente maior no PDT europeu. Segundo O'BRIEN, será mais provável que uma empresa aceite transigir quando esteja em condições de prever, com elevado grau de certeza, como será tratada se cooperar e quais serão as consequências caso não o faça¹¹⁰. Como tal, é de se admitir que, face à indefinição dos riscos que a confissão dos factos acarreta ao nível da coima final, interesse dos visados em aderir ao PDT português será menor¹¹¹.

3.3. Proposta de transação

No regime europeu do PDT, tal como no português, a proposta de transação é o documento através do qual as partes reconhecem expressamente a sua responsabilidade pela infração que lhes é imputada pela autoridade. Esta proposta deve ainda conter os itens do §20 da Comunicação, nomeadamente a indicação do montante máximo da coima que a empresa estará disposta a aceitar e a confirmação de que foi devidamente informada das objeções que a CE tenciona deduzir. Diversamente, a LdC não impõe a menção destes outros requisitos na proposta de transação entregue durante o inquérito ou na instrução.

Em primeiro lugar, refira-se que a ausência de indicação quanto à coima máxima aceitável pelo visado fragiliza a sua posição na medida em que lhe retira a hipótese de influenciar o resultado final. Apesar de a AdC, como a CE, manter a discricionariedade durante todo o procedimento, não estando vinculada a aceitar o teor da proposta de transação¹¹², deve admitir-se que aquela indicação introduz uma instância de diálogo que se deve privilegiar quando tal seja funcionalizado à obtenção de economias processuais.

Em segundo lugar, ao não exigir que o visado confirme, mediante proposta de transação, que foi informado e que teve a oportunidade de se pronunciar quanto às objeções preliminares da AdC, a LdC dá margem para que os visados suscitem o controlo jurisdicional da decisão condenatória com fundamento em violação dos seus direitos de defesa. Nesse sentido, dispõe o art. 50.º do RGCO que “*não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao*

¹¹⁰ O'BRIEN, *loc. cit.*

¹¹¹ Também neste sentido, ANASTÁCIO; FLORES DA SILVA, *op. cit.*, p. 251.

¹¹² De qualquer modo, caso o visado não concorde com a minuta de transação a que alude no n.º 9 do art. 22.º e no n.º 3 do art. 27 da LdC, designadamente por não respeitar os limites por si impostos na proposta de transação, o processo converte-se em comum permitindo assim que as empresas exerçam os seus direitos de defesa.

arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contraordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre". Com efeito, a proibição da impugnação judicial dos factos confessados pelo visado, prevista no n.º 14 do art. 22.º e no n.º 8 do art. 27.º da LdC, não impede que este interponha recurso sobre matéria de direito ou sobre matéria de facto não incluída na decisão condenatória, em conformidade com o art. 84.º da LdC. O visado poderá, assim, arguir judicialmente a nulidade do processo por não lhe terem sido fornecidos todos os elementos necessários para o conhecimento da totalidade das questões relevantes para a decisão da AdC¹¹³. Tal desfecho implicaria a protelação da decisão final e o emprego adicional de recursos públicos em litigância judicial, aspetos que consumiriam as economias processuais entretanto geradas por aplicação do PDT.

Uma das formas de evitar esta incerteza seria exigir que o visado fizesse constar da respetiva proposta de transação a renúncia ao seu direito ao recurso. Assim sucedeu no processo n.º PCC 1/2012, de 26 de junho de 2014, relativo a uma contraordenação correspondente à realização de uma operação de concentração. Neste sentido, o §28 da decisão revela que pela proposta de transação as arguidas "*abdicam do exercício do seu direito ao recurso judicial da decisão condenatória que venha a ser adotada pela Autoridade da Concorrência*"¹¹⁴. Esta solução não é imune a reparos, visto que implica uma renúncia *tout court* ao recurso da decisão condenatória quando da lei e da LOIP resulta apenas uma limitação quanto à matéria de facto daquela constante. No entanto, atenta a disponibilidade do direito de recurso, nada parece obstar a que tal renúncia seja eficaz, sobretudo quando ainda será dada a oportunidade à empresa de confirmar a minuta de transação¹¹⁵. Sem esta confirmação, aliás, o processo segue os termos gerais de acordo com o n.º 6 do art. 27.º da LdC, repristinando-se deste modo os direitos de defesa dos visados.

¹¹³ Este entendimento resulta do Ac. de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1/2003 de 16 de outubro 2002, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹⁴ Diferentemente dos restantes PDT concluídos pela AdC, o teor da proposta de transação apresentada pelas empresas neste processo foi inteiramente revelado na decisão final. Esta divulgação não é chocante considerando que está em causa uma contraordenação por violação do dever de notificação prévia previsto no art. 37.º da LdC, relativo ao controlo de operações de concentração, ilícitos que, ao contrário do que sucede no processo contraordenacional da concorrência europeu, são elegíveis para aplicação do PDT em Portugal.

¹¹⁵ Nessa perspetiva, WILS, *op. cit.*, p. 18, frisa que "the general answer of the law appears to be that self-incrimination and waivers of procedural rights are unproblematic provided that they are voluntary, which requires both adequate knowledge and absence of improper compulsion".

Evidência de inovação do PDT português face ao comunitário é também a possibilidade de apresentação de uma proposta de transação reformulada, *i.e.*, uma segunda proposta, precedida de uma primeira reputada inaceitável pela AdC. Tal sucedeu no cartel da espuma de poliuretano, em que a AdC, confrontada com uma proposta de transação da arguida Flexipol, e tendo considerado que a mesma não era consentânea, *inter alia*, “*com a responsabilidade da arguida na infração e com o tratamento justo, coerente e equitativo de todos os arguidos no processo*”, rejeitou a mesma e concedeu à Flexipol a possibilidade de apresentar uma proposta de transação reformulada no prazo de 5 dias¹¹⁶. Ainda que tal não esteja previsto na LdC, não se vislumbram óbices legais a esta prática. Note-se, contudo, que no referido processo as empresas visadas puderam apresentar defesa escrita, participar em audições orais e viram ainda o prazo de resposta à nota de ilicitude ser prorrogado a seu pedido. Ora, apesar de ser de acolher a flexibilidade na gestão processual pela AdC atenta a precária sedimentação legislativa do PDT, o recurso a estes expedientes revela-se desadequado face ao seu objetivo de eficiência, que pressupõe uma maior celeridade processual¹¹⁷.

3.4. Percentagem de redução da coima

Uma diferença marcante entre o PDT europeu e o PDT português diz respeito à ausência de percentagem fixa de redução da coima. Já vimos que o PDT europeu prevê que a coima aplicável à infração das regras da concorrência seja reduzida em 10% do seu valor. Por seu turno, a legislação portuguesa deixa este valor em aberto, impondo apenas a menção da percentagem de redução da coima na minuta de transação notificada ao visado¹¹⁸. O Presidente do Conselho de Administração da AdC justificou a opção afirmando que o patamar de 10% previsto na Comunicação serviria de “*primeira referência*”, ressalvando que o mesmo “*não pode ser encarado como um limite*”, antes se devendo atender “*às circunstâncias específicas do caso concreto*”¹¹⁹. A LOIP enuncia critérios mais específicos, estabelecendo que a “*medida da redução refletirá o maior desenvolvimento processual da instrução, devendo ser ponderada à luz dos*

¹¹⁶ Cf. Decisão PRC 2011/01, de 18 de julho de 2013, para. 119, disponível em <http://www.concorrenca.pt/vPT/Paginas/HomeAdC.aspx>.

¹¹⁷ A nota de ilicitude foi comunicada pela AdC em 23 de janeiro de 2013. Apenas em 20 de maio de 2013, cerca de quatro meses depois, e após várias diligências processuais, foi entregue uma proposta de transação final pelo visado.

¹¹⁸ Nos termos do art. 22.º n.º 8 (inquérito) e 22.º n.º 3 (instrução) da LdC.

¹¹⁹ ANTÓNIO FERREIRA GOMES, *op. cit.*, p. 6.

ganhos de eficiência e eficácia processual pretendidos”¹²⁰. Esta fórmula levanta problemas de diversa ordem.

3.4.1. Transparência e previsibilidade

Em primeiro lugar, ao não determinar uma percentagem fixa de redução da coima aplicável no âmbito do PDT, a lei não oferece condições para que a empresa antecipe as consequências da adesão àquele procedimento. Ora, para que a empresa confesse os factos e prescindia dos seus direitos de defesa, deverá antes saber que os benefícios da transação superam os benefícios da litigância do processo¹²¹. Sem esta transparência, que é, aliás, vital para a própria credibilidade do regulador¹²², não poderá a empresa tomar uma decisão esclarecida. Ademais, considerando que a coima calculada de acordo com a metodologia geral prevista no art.º 69 da LdC apresenta desde logo uma variabilidade assinalável¹²³, não se exclui que a disponibilidade para a empresa cooperar, condição *sine qua non* do PDT, poderá ficar gravemente afetada neste cenário de assimetria informativa.

3.4.2. Impacto no regime de clemência

Por outro lado, a ausência de uma percentagem fixa de redução da coima poderá bulir com os incentivos à cooperação ao abrigo do regime da clemência, previsto no artigo 78.º da LdC. Sem embargo de, em determinadas condições, o PDT e aquele regime serem complementares (cf. V.), a fricção entre ambos poderá ser uma realidade em Portugal. Com efeito, quanto mais próximo o desconto acumulado estiver da imunidade total, menos razões terão as empresas para serem as primeiras a fornecer informação de valor adicional significativo. Neste cenário, ao invés de competirem umas com as outras na corrida à clemência, as empresas adotariam uma estratégia de *wait and see*¹²⁴, isto é, seria para estas mais racional aguardar pelas objeções expressas na nota de ilicitude da AdC e apresentar uma proposta de transação do que disponibilizar provas

¹²⁰ §146 da LOIP.

¹²¹ ICN, “Cartel Settlements”, *Report to the ICN Annual Conference*, 2008, p. 9.

¹²² *Idem*, p. 14.

¹²³ O art. 69.º da LdC estabelece que a coima determinada pela AdC nos termos do n.º 1 não pode exceder 10% do volume de negócios da empresa infratora, não estando previsto, contudo, qualquer limite mínimo. A inconstitucionalidade desta regra já foi suscitada devido à alegada “excessiva amplitude da moldura [sancionatória] aplicável” (cf. Ac. Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de março de 2015, Processo n.º 204/13.6YUSTR.L1-3, disponível em www.dgsi.pt).

¹²⁴ AURORA ASCIONE; MASSIMO MOTTA, “Settlements in Cartel Cases”, *MPRA PAPER*, N.º 24416, 2010, p. 5.

incriminatórias que ajudassem a AdC a estabelecer as objeções contra elas. O que está aqui verdadeiramente em causa é um problema de assimetria informativa e de risco moral: por um lado, a AdC poderá não ter acesso a informação completa sobre o ilícito que de outro modo teria caso as empresas a disponibilizassem espontaneamente em troca de dispensa ou redução da coima; por outro lado, face ao conhecimento limitado do regulador quanto ao escopo real da infração, as empresas poderão prestar um contributo “à medida” das objeções levantadas pela AdC, omitindo informação privada sobre o ilícito.

Em particular, o impacto do PDT na clemência poderá ainda ser aferido mediante comparação entre os benefícios esperados de ambos os institutos. O n.º 2 do art. 78.º da LdC prevê que a AdC reduza a coima aplicável em 20% a 50% face às empresas que forneçam informações e provas de valor adicional significativo em função do *timing* da sua entrega e valor material. Todavia, caso o momento processual seja o da instrução, nos termos do art. 78.º, n.º 4 da LdC, aqueles níveis são reduzidos para metade, o que significa que os limites mínimo e máximo passariam a ser de 10% e 25%, respetivamente. Com base nos dados disponíveis à data, verifica-se que a taxa média de redução da coima atribuída por via do PDT em matéria de práticas restritivas da concorrência se cifra nos 24,5%¹²⁵. Este valor estaria, portanto, muito próximo do máximo de redução admissível por via da clemência durante a instrução, o que se traduz numa potencial corrupção dos incentivos de adesão à clemência. Deste modo, a ausência de limite percentual de redução da coima ao abrigo do PDT poderá desfigurar e retirar utilidade prática ao regime de clemência e, simultaneamente, exercer uma maior pressão sobre o *onus probandi* da AdC, originando assim um acréscimo de custos para o regulador.

3.4.3. Impacto nos fins de prevenção geral e especial das coimas

Outro problema resultante da ausência de limite percentual de redução reside no risco de serem concedidos descontos demasiado elevados, circunstância prejudicial aos fins de prevenção geral e especial. Esclareça-se que a prevenção geral em Portugal funciona através da manutenção ou reforço da confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos (*prevenção geral positiva ou de integração*), e através da intimidação causada à generalidade dos agentes, devido ao

¹²⁵ Cf. Anexo 2.

prejuízo que a sanção causa ao infrator e que o leva a não cometer factos puníveis (*prevenção geral negativa ou de intimidação*)¹²⁶. Concomitantemente, a prevenção especial atua quer ao nível da intimidação individual do agente para que este não repita o facto praticado (*prevenção especial negativa*), quer através da criação de condições para que este aja de harmonia com as regras jurídicas (*prevenção especial positiva*)¹²⁷. A inexistência de limites à redução da coima corre o risco de redundar numa sanção pusilânime, agravando assim o risco de violação da lei não só pelo mesmo infrator como pelos restantes operadores. Este risco é empolado pela possibilidade, também prevista na legislação comunitária, de somar a redução do PDT à redução prevista no regime de clemência¹²⁸. Ao cabo e ao resto, embora se admita que a cooperação dos visados seja essencial para a alavancagem de *ganhos processuais*, jamais se poderá ignorar que a gravidade das sanções é um dos principais fatores na promoção e defesa da concorrência.

Sobre esta matéria cumpre ainda referir que a ausência de limitação à redução de coima do PDT pode gerar problemas de tesouraria para a AdC, dado que 40% do produto das coimas aplicadas pelos ilícitos sancionados constituem receitas próprias do regulador¹²⁹. Deste ponto de vista, a potencial degradação patrimonial poderá ter reflexos adversos no ímpeto persecutório da AdC, pondo em causa os fins de prevenção referidos.

V. ARTICULAÇÃO ENTRE O PDT E O REGIME DE CLEMÊNCIA

Importa agora discutir de que forma é que o PDT se coaduna com o regime de clemência, que também prevê uma redução da coima aplicável para as empresas que, apesar de não serem as primeiras a autoincriminar-se, podem ainda assim contribuir com elementos de prova de valor significativo para a investigação a troco de redução da coima aplicável. O relatório da conferência anual do ICN em 2008 expõe a questão com meridiana clareza:

“Some jurisdictions with leniency programs that allow for a reduction in fine for second and subsequent applicants questioned what could be gained from a settlement system in their jurisdiction. Enforcers in some of these jurisdictions expressed a concern that if settlement incentives are too high, cartel participants will choose to utilize available settlement systems

¹²⁶ Decisão PRC/2014/02, de 9 julho de 2015, para 261, disponível em <http://www.concorrencia.pt/vPT/Paginas/HomeAdC.aspx>.

¹²⁷ *Idem*, para. 263.

¹²⁸ Art. 22.º, n.º 14 e art. 27.º, n.º 9 da LdC.

¹²⁹ Art. 35.º, n.º 7, al. b) do Decreto-Lei 125/2014, de 18 de agosto. Tal não sucede na UE (vide nota 79).

*rather than leniency programs, and settlements would result in a negative effect on the leniency program. The flip-side of this concern is the situation where settlement incentives are not great enough to induce settlements and corporate cartel participants, and the attorneys that counsel them, determine that it is not in their interest to forego certain rights and settle”*¹³⁰.

Cumprido, como resulta do que precede, harmonizar ambos os institutos com vista à preservação dos incentivos à apresentação de requerimentos de clemência, garantindo simultaneamente que as coimas finais aplicadas são suficientemente altas para prevenir futuras práticas proibidas no espaço europeu. O regime de clemência é visto como a *carrot*¹³¹ na aplicação das regras da concorrência, tendo sido desenhado para obter informações relativas à existência de cartéis e para libertar o regulador do ónus da prova. Face ao carácter secreto dos cartéis, amiúde só com a ajuda de *insider information* estas práticas são desvendadas. O objetivo do regime de clemência é precisamente o de estimular a *insider information*, através da qual o regulador obtém provas que lhe permitem dismantlar o cartel. Este regime provoca, portanto, um efeito de instabilidade que precariza a posição de mercado dos cartéis em vigor.

O PDT contrapõe-se ao regime de clemência por ser um instrumento de obtenção de economias processuais e não de provas, uma vez que o regulador já terá, desejavelmente, em sua posse elementos bastantes para estabelecer as objeções contra as empresas antes de iniciar aquele procedimento. Resulta da Comunicação que a possibilidade de apresentar requerimentos de clemência se esgota a partir do termo do prazo concedido à empresa para declarar se pretende participar em conversações de transação¹³². A comunicação deste prazo é a forma de a CE deixar claro que já tem provas suficientemente sólidas para estabelecer a responsabilidade da empresa. Nesta circunstância, o ónus material de aderir ao PDT será desta última. Esta limitação é também uma forma de salvaguardar os incentivos para que as empresas recorram ao regime de clemência¹³³. Ao contrário do que sucede no referido regime, no PDT a

¹³⁰ ICN, *op. cit.*, p. 7.

¹³¹ Ao passo que as coimas são o *stick*. Na explicação de KELLEY, *op. cit.*, pp. 9-10, “in conjunction with fines, another effective enforcement tool of the EC has been its leniency program. Essentially, leniency offers the ‘carrot’ of total immunity or reduced fines to the first cartel member to give regulators information about the cartel’s operation. By creating a powerful incentive for each cartel member to be disloyal, leniency increases the risk of cartel behavior thereby deterring cartel participation. The program has been quite effective”.

¹³² §13 Comunicação. Portugal, contudo, permite que tal aconteça mesmo após emissão de nota de ilicitude, embora preveja uma compreensível redução das percentagens de desconto (art. 78.º, n.º 4 da LdC).

¹³³ Nesta perspetiva, MEHTA; CENTELLA, *op. cit.*, p. 16, defendem que “if parties knew that they could still expect leniency in the settlement phase, they could start considering whether it is more interesting to

percentagem de redução da coima não é estabelecida em razão do nível individual de cooperação dos particulares, assumindo-se que todos contribuíram de igual forma para atingir a desejada economia processual. De acordo com a OCDE, o PDT europeu não prejudica os incentivos gerados pelo regime da clemência, sendo ambos os mecanismos complementares. A organização refere que as reduções permitidas ao abrigo do PDT europeu e do regime de clemência são cumulativas, não havendo por isso qualquer conflito de objetivos. A OCDE defende, ainda, que as empresas darão prioridade estratégica à clemência, tendo em conta que percentagem de redução de coima associada a este mecanismo é superior à do PDT europeu¹³⁴. Este argumento não será, contudo, aplicável a Portugal, visto que, tal como acima discutido (cf. **IV. 3.4.2**), não está previsto na lei qualquer patamar máximo de redução de coima em sede de PDT, razão pela qual o problema da articulação entre a clemência e o PDT se agudiza.

VI. CONSEQUÊNCIAS DO PDT AO NÍVEL DOS PEDIDOS DE INDEMNIZAÇÃO (*ACTIONS FOR ANTITRUST DAMAGES*)

1. Panorama atual

De acordo com a jurisprudência do TJUE, as disposições dos arts. 101.º, n.º 1 e 102.º, ambos do TFUE, produzem efeito direto nas relações entre os particulares e criam direitos na esfera jurídica destes que devem ser objeto de proteção pelos órgãos jurisdicionais nacionais¹³⁵. Tal significa que qualquer pessoa tem o direito à reparação por força do prejuízo sofrido quando haja um nexo de causalidade entre aquele prejuízo, *rectius* dano, e os efeitos de um cartel ou uma prática proibida pelo art. 101.º do TFUE¹³⁶. É nesta ótica que opera o *private enforcement* das regras da concorrência, ideia que se traduz na aplicação difusa daquelas regras através de ações de

wait until they would have been informed by the Commission of the envisaged objections against them and they would have seen the evidence supporting the objections, to tailor their contribution of significant added value to the minimum required”.

¹³⁴ OCDE, *op. cit.*, p. 83. Esta opinião é corroborada pelos estudos empíricos de HÜSCHEL RATH; LAITENBERGER, *op. cit.*, pp. 22-23, segundo os quais “the years since the first settled cases appear (in 2010) show no remarkable change in the percentage fine reduction for the runner-up cartel members thus allowing the conclusion that no evidence on a possible negative impact of the settlement procedure on the leniency program can be found”.

¹³⁵ Acs. do TJUE, de 30 de janeiro de 1974, Processo C-127/73, para. 16; de 20 de setembro de 2001, Processo C-453/99, para. 23; e de 13 de julho de 2006, Processo C-295/04, para. 39, disponíveis em <http://curia.europa.eu>.

¹³⁶ Acs. do TJUE de 13 de julho de 2006, Processo C-295/04, para. 61; e de 6 de novembro de 2012, Processo C-199/11, para. 43, disponíveis em <http://curia.europa.eu>. Posteriormente, o direito à reparação obteve assento legal no art. 3.º da Diretiva.

responsabilidade civil propostas pelos lesados contra os infratores¹³⁷. A eventualidade de ser proposta uma ação contra um operador económico em consequência dos danos causados em virtude da violação das regras da concorrência fortalece o efeito de prevenção geral. Contudo, esta é ainda uma cultura muito pouco desenvolvida no espaço europeu, ao contrário do que sucede nos Estados Unidos¹³⁸.

Argumentar-se-ia, *prima facie*, que o facto de a decisão de proibição tomada na sequência de um PDT ser simplificada e, portanto, apresentar menor detalhe sobre o ilícito praticado, poderia obstar a potenciais ações de responsabilidade civil. Contudo, tanto a admissão de culpa pelas empresas como a celeridade processual do PDT acabam por ser fatores que favorecem aquelas¹³⁹.

Esta questão carece de maior desenvolvimento quando confrontada com os aspetos de confidencialidade inerentes ao PDT. Relembre-se, a este respeito, que as empresas que se sujeitam ao PDT não podem divulgar os documentos disponibilizados no seu âmbito a terceiros, salvo quando tal seja autorizado pela CE¹⁴⁰. Paralelamente, aos denunciantes não será facultado o acesso às propostas de transação¹⁴¹. Esta blindagem documental poderá constituir um obstáculo à eficácia das ações de indemnização por infração ao Direito da Concorrência, na medida em que introduz limitações ao acesso a informação sobre o comportamento ilícito que poderia ser utilizada como meio de prova naquelas ações¹⁴².

Nesta perspetiva, cumpre às autoridades conciliar dois valores: de um lado, o benefício gerado pelo PDT enquanto instrumento apto a agilizar processos e, em consequência, a libertar mais recursos para as autoridades investirem no combate aos cartéis (*public enforcement*) e, de outro lado, a necessidade de preservar o direito que assiste aos

¹³⁷ O *private enforcement* contrapõe-se ao *public enforcement*, que NIAMH DUNNE, “The Role of Private Enforcement within EU Competition Law”, *Legal Studies Research Paper Series - Paper no. 36/2014*, 2014, p. 1079, designa como “the top-down application of competition law by the EU or Member State competition authorities against infringing parties”.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Para além destes efeitos, os autores HÜSCHEL RATH; LAITENBERGER, *op. cit.*, p. 28, destacam outro impacto positivo associado ao PDT em relação às ações de responsabilidade civil promovidas por privados: “Last but not least, from a more general perspective, the expected freeing up of resources at the Commission as a consequence of the settlement procedure allows it to decide on more cases in a certain period of time thus increasing the general possibilities of follow-on private damages actions”.

¹⁴⁰ §7 da Comunicação.

¹⁴¹ §35 da Comunicação.

¹⁴² Na opinião de HANSEN *apud* VASCOTT, *op. cit.*, p. 7, “it is important to note that the settled or streamlined decision does not contain a full assessment of the facts as it would be for a contested case; this reduces the amount of publicly available information that could be used by potential damage claimants”.

lesados de serem ressarcidos pelos danos sofridos por força daquela prática violatória (*private enforcement*).

Prevê-se que esta harmonização possa ser alcançada com a transposição da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, que deverá acontecer até 27 de dezembro de 2016. Assim, a al. b) do n.º 6 do art. 6.º da Diretiva consagra a inviolabilidade das propostas de transação no sentido em que não poderá ser ordenada judicialmente a sua divulgação¹⁴³. Tal disposição tem fundamento no considerando 26 da Diretiva, segundo o qual a quebra desta proteção poderia colocar as empresas que escolham cooperar ao abrigo do PDT em posição mais frágil face às que optem por não o fazer, o que faria minguar os incentivos associados ao instituto¹⁴⁴. Em contrapartida, o art. 5.º n.º 1 da Diretiva oferece aos lesados a possibilidade de terem acesso a informação na posse do demandado ou de terceiros mediante requerimento ao tribunal nacional desde que apresentem “*justificação fundamentada com factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido de indemnização*”.

Ou seja, tudo pesado e somado, não obstante a Diretiva impulsionar o *private enforcement*¹⁴⁵, as instituições comunitárias não prescindem da integridade funcional do PDT enquanto instrumento de *public enforcement*, reconhecendo-se que o combate aos cartéis se deve travar nos dois campos¹⁴⁶.

¹⁴³ A orientação adotada pela Diretiva diverge daquela que era até então seguida pela jurisprudência comunitária *Pfeiderer*, segundo a qual caberia aos órgãos jurisdicionais nacionais definir, com base no direito nacional, quais as condições nas quais acesso a provas relacionadas com um procedimento de clemência deve ser autorizado ou recusado, através da ponderação dos interesses protegidos pelo direito da UE. Embora referente a um procedimento de clemência, o entendimento proferido pelo tribunal é extensível às propostas de transação. (cf. Ac. do TJUE, 14 de junho de 2011, Processo C-360/09, para. 32, disponível em <http://curia.europa.eu>).

¹⁴⁴ Posição adotada também por VAN GERVEN *apud* VASCOTT, *op. cit.*, p. 14, que argumenta que “it is important to keep settlement submissions protected against disclosure. A settlement is often seen as a form of cooperation with the government and indeed the most suitable cases for settlement are those where all defendants have sought leniency. It remains important to avoid putting those who cooperate with the government in a worse position than those who do not cooperate. That principle is nowadays well understood and widely accepted”.

¹⁴⁵ A Diretiva inclui, entre outras, as seguintes inovações: possibilidade de os tribunais nacionais poderem ordenar a divulgação de informação empresarial, salvo quando esta tenha carácter confidencial; atribuição de valor de prova plena do ilícito às decisões administrativas de condenação proferidas por ANC; concessão de prazo de um ano para os lesados apresentarem a ação de indemnização, etc. (cf. COMISSÃO EUROPEIA, “The Damages Directive – Towards a more effective enforcement of the EU competition rules”, *Competition policy brief*, janeiro 2015, p. 2).

¹⁴⁶ Tal reconhecimento remonta a 2001, conforme declarações de Mario Monti, então Comissário europeu da Concorrência (cf. MONTI, MARIO, “Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law”, *Sixth EU Competition Law and Policy Workshop*, 2001, p. 6)

2. Portugal

Até então um universo por explorar entre nós¹⁴⁷, o *private enforcement* das regras da concorrência em Portugal ganhou tração com a submissão a consulta pública, em abril de 2016, da Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva de *Private Enforcement*¹⁴⁸. Este diploma reafirma o desígnio já manifestado na Diretiva: facilitar a compensação das vítimas pelos danos sofridos em resultado de infrações ao direito da concorrência. Para além de consagrar o valor probatório pleno das decisões da AdC¹⁴⁹, a Proposta de Anteprojeto prevê ainda alterações à LdC com impacto no atual regime do PDT. Em concreto, é aperfeiçoado enquadramento dogmático das chamadas *propostas de transação revogadas*, que, nos termos da Diretiva, podem ser divulgadas por ordem do tribunal logo que a ANC em causa conclua o respetivo processo. Contudo, conforme resulta do n.º 7 do art. 22.º e do n.º 1 do art. 27.º da LdC, as propostas de transação não podem ser unilateralmente revogadas. Em aparente contradição, o n.º 11 do art. 22.º e o n.º 6 art. 27.º da LdC dispõem que a proposta de transação se considera *revogada* no caso de o visado não manifestar a sua concordância face à minuta de transação redigida pela AdC. Para dissipar as dúvidas, na exposição de motivos da referida Proposta de Anteprojeto¹⁵⁰, a AdC esclarece que a utilização do termo “revogada” revela-se imprópria “*uma vez que ali não estará tecnicamente em causa a retirada unilateral da proposta pelo proponente (...) mas sim a eliminação, com efeitos retroativos, de qualquer tipo de efeito jurídico produzido pela proposta de transação*”¹⁵¹. Em qualquer caso, ficará vedada a divulgação das propostas de transação ao tribunal no âmbito de ações de indemnização por infração de regras do Direito da Concorrência. Se assim não fosse, a divulgação daquela declaração autoincriminatória “*implicaria o risco de expor as empresas cooperantes (...) à responsabilidade civil ou penal em condições mais*

¹⁴⁷ Segundo ROSSI, LEONOR; SOUSA FERRO, MIGUEL, “Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams”, *Revista Concorrência & Regulação*, Ano IV, N.º 13, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal, 2013, p. 36, “the reality is that, even though there have been a great number of decisions adopted by the Portuguese Competition Authority and the European Commission concerning infringements of competition law in, or with effects on, Portuguese territory, none has led to follow-on actions”.

¹⁴⁸ Disponível em http://concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Private%20Enforcement%20-%20Anteprojeto%20private%20enforcement.pdf

¹⁴⁹ Segundo o art. 7.º, n.º 1 da Proposta de Anteprojeto, “A declaração pela Autoridade da Concorrência, através de decisão definitiva, ou por um tribunal de recurso, através de decisão transitada em julgado, da existência de uma infração ao direito da concorrência constitui presunção inilidível da existência, natureza e âmbito material, pessoal, temporal e territorial dessa infração”.

¹⁵⁰ Disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Private%20Enforcement%20-%20Exposi%C3%A7%C3%A3o%20motivos.pdf

¹⁵¹ §71 da Exposição de Motivos.

desfavoráveis do que os coinfratores que não cooperam com as autoridades da concorrência”¹⁵².

VII. CONCLUSÕES

- 1) O PDT constitui uma alternativa processual ao esquema decisório adversarial na medida em que implica um reconhecimento voluntário, pela empresa contra quem tenham sido recolhidas provas incriminatórias, da responsabilidade pela prática da infração das regras da concorrência. Em contrapartida, a empresa é recompensada pela redução da coima que seria aplicável.
- 2) A assunção de responsabilidade prevista no PDT é uma questão sensível para as empresas, devendo ser acautelada através do máximo respeito seus direitos processuais e pela confidencialidade, sob pena de afastar o interesse na utilização daquele instituto.
- 3) A introdução do PDT em Portugal reflete a preocupação de ajustar o papel da Administração Pública à dinâmica de racionalização funcional e técnica que tem como vértice o interesse público, cuja prossecução deverá ter em conta considerações de custo-benefício, otimização de recursos e relação objetivos-resultados.
- 4) Apesar de ser inspirado no PDT europeu, o PDT português exhibe traços próprios com ramificações ao nível da eficácia do dispositivo sancionatório da concorrência.
- 5) A duração fixa das conversações no PDT português poderá dificultar o entendimento entre os participantes quanto à existência e duração da infração por força da pressão temporal exercida sobre os mesmos.
- 6) A moldura da “medida legal da coima” é mais ampla do que a de “coima potencial”. Admitindo que a previsibilidade da atuação do regulador é um aspeto valorizado pelas empresas, sobretudo no quadro de um procedimento que exige que estas confessem os factos e exerçam os seus direitos de defesa de forma mitigada, o PDT português deveria prever, como sucede no regime europeu, que aquelas fossem informadas da coima potencial antes de tomarem essa decisão e não apenas da “medida legal da coima”.
- 7) Por uma questão de transparência e de economia processual, a proposta de transação submetida deve indicar qual o montante máximo de coima que a empresa

¹⁵² §26 da Diretiva.

está disposta a aceitar. Pelos mesmos motivos, a confirmação de que os direitos de defesa da empresa foram respeitados deve igualmente constar daquele documento.

- 8) A inexistência de percentagem fixa de redução da coima aplicável por via do PDT gera incerteza e desequilíbrios no regime sancionatório da concorrência devido ao seu impacto nos fins de prevenção geral e especial. A solução para este problema está na fixação de uma percentagem de redução modesta, à imagem do que sucede no PDT europeu.
- 9) O PDT e o regime de clemência têm objetivos distintos. Enquanto o primeiro promove a conclusão antecipada do procedimento com vista à produção de economias processuais, o segundo constitui uma ferramenta de investigação que visa a recolha de prova contra cartéis. Para harmonizar a aplicação dos dois regimes sem afetar os incentivos que lhes estão associados, a lei portuguesa deve estabelecer uma percentagem de redução da coima no PDT inferior àquelas que estão previstas para o regime de clemência.
- 10) A aplicação privada das regras do direito da concorrência através das ações de responsabilidade civil garante uma mais ampla e eficaz defesa da concorrência. A preservação do interesse no PDT impõe, contudo, a limitação do acesso às propostas de transação, dado que as mesmas refletem a confissão dos factos. Assim, e em cumprimento da Diretiva, deverá ser proibida a divulgação de propostas de transação aos órgãos jurisdicionais nacionais no âmbito daquelas ações.

VIII. BIBLIOGRAFIA

Bibliografia portuguesa

ANASTÁCIO, GONÇALO; FLORES DA SILVA, MARTA, “Procedimento de transação no inquérito art. 22.º”, *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Almedina, 2013

AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Almedina, 2012

CONFRARIA, JOÃO, *Regulação e Concorrência – Desafios do Século XXI*, Universidade Católica Editora, 2011

CONFRARIA, JOÃO, “Uma Análise Económica da Lei-Quadro”, *Revista Concorrência & Regulação*, Ano V, Número 17, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal, 2014

COSTA, ANTÓNIO AUGUSTO, “A erosão do princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa”, *CEDIPRE Online* 12, Coimbra, 2012, disponível em <http://www.fd.uc.pt>

FREITAS DO AMARAL, DIOGO, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 1995

GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, Almedina, 2014

GONÇALVES, PEDRO, *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra Editora, 2008

GONÇALVES, PEDRO, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, “Lições de Introdução ao Direito Público”, *Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Braga, 1993

MOTA DE CAMPOS, JOÃO; MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ, *Manual de Direito Europeu – O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 6ª Edição, Coimbra Editora, 2010

MIGUEL MENDES PEREIRA, “Indemnização por danos à concorrência”, *Negócios.pt*, 2015, disponível em <http://www.jornaldenegocios.pt>

ROSSI, LEONOR; SOUSA FERRO, MIGUEL, “Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams”, *Revista Concorrência & Regulação*, Ano IV, Número 13, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal, 2013

SIMÕES, TÂNIA CARDOSO, “Entidades Reguladoras: Um ano de Lei-Quadro”, *Revista Concorrência & Regulação*, Ano V, Número 17, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal, 2014

TABORDA DA GAMA, JOÃO, “Contrato de Transação no Direito Administrativo e Fiscal”, *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, 2003

Bibliografia estrangeira

ABENHAIM, MARC et al., “To Settle or Not To Settle After Timab”, *CPI Journal*, 2015, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com>

ASCIONE, AURORA; MOTTA, MASSIMO, “Settlements in Cartel Cases”, *MPRA Paper*, No. 24416, 2010, disponível em <http://www.barcelonagse.eu>

BELLIS, JEAN-FRANÇOIS, “General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure”, *Competition Policy International*, 2014, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com>

DUNNE, NIAMH, “The Role of Private Enforcement within EU Competition Law”, *Legal Studies Research Paper Series - Paper no. 36/2014*, 2014, disponível em <http://poseidon01.ssrn.com>

GEORGIEV, GEORGE STEPHANOV, “Contagious efficiency: the growing reliance on US-style antitrust settlements in EU law”, *Utah Law Review*, n.º 4, 2007, disponível em <http://www.jonesday.com>

GUTTUSO, LAURA, “From ‘Mono’ to ‘Stereo’: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies”, *World Competition* 38, no. 3, 2015, disponível em <http://papers.ssrn.com>

HÜSCHEL RATH, KAI; LAITENBERGER, ULRICH, “The Settlement Procedure in EC Cartel Cases: An Empirical Assessment”, *Discussion Paper No. 15-064 – Centre for European Economic Research*, 2015, disponível em <http://ftp.zew.de>

KELLEY, MOLLY, “Settling for Settlement: The European Commission's New Cartel Settlement Procedure”, *9 Wash. U. Global Stud. L. Rev.*699, 2010, disponível em <http://openscholarship.wustl.edu>

LAINA, FLAVIO; BOGDANOV, ALEKO, “The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5, No. 10, 2014, disponível em <http://awa2015-concurrences.nursit.com>

LAINA, FLAVIO; LAURINEN, ELINA, ‘The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges’, *Journal of European Competition Law & Practice Advance Access*, 2013, disponível em <http://ec.europa.eu>

MEHTA, KIRTIKUMAR; CENTELLA, MARÍA, “EU Settlement Procedure – public enforcement policy perspective”, *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, 2008, disponível em <http://www.peacepalacelibrary.nl>

O’BRIEN, ANN, “Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions”, *13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop*, 2008, disponível em <https://www.justice.gov>

OLSEN, GREG; JEPHCOTT, MARK, “Sharing the Benefits of Procedural Economy: The European Commission’s Settlement Procedure”, *Antitrust*, Vol. 25, No. 1, 2010, disponível em <http://www.cliffordchance.com>

ROMINA POLLEY, “Is the Continued Success of Leniency in Cartel Cases in Danger? Some Comments from a Private Practitioner’s Perspective”, *Competition Policy International Journal*, 2015, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com>

SCHINKEL, MAARTEN PIETER, “Bargaining in the Shadow of the European Settlement Procedure for Cartels”, *Amsterdam Center for Law & Economics – Working Paper No. 2010-17*, 2010, disponível em <http://poseidon01.ssrn.com>

STEPHAN, ANDREAS, “The Direct Settlement of EC Cartel Cases”, *Centre for Competition Policy*, 2007, disponível em <http://competitionpolicy.ac.uk>

VAN BERLINGEN, BERTUS; BARENNE, MARC, “The European’s Commission’s 2002 Leniency Notice in practice”, *Competition Policy Newsletter*, 2005, disponível em <http://ec.europa.eu>

VAN GINDERACHTER, ERIC, “European Commission’s Settlement Procedure – A Success Story, Presentation”, 2014, disponível em <http://www.ftc.gov.tw>

VASCOTT, DAVID, “EU cartel settlements: are they working?”, *Global Competition Review News*, 2013, disponível em <https://www.google.pt>

WILS, WOUTER P.J., “The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles”, *13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop*, 2008, disponível em <http://poseidon01.ssrn.com>

Comunicados e publicações institucionais

ANTÓNIO FERREIRA GOMES, “DISCURSO DO PRESIDENTE DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA”, PROFERIDO NO ALMOÇO DO CÍRCULO DOS ADVOGADOS PORTUGUESES DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA, 2014

http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Intervencoes_publicas/Documents/Discurso_CAPDC_4abril2014.pdf

COMISSÃO EUROPEIA, “Antitrust: Commission calls for comments on a draft legislative package to introduce settlement procedure for cartels – frequently asked questions”, *Press Release Database*, 26 de outubro de 2007, disponível em

http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-07-433_en.htm?locale=en

COMISSÃO EUROPEIA, “Antitrust: Commission fines DRAM producers € 331 million for price cartel; reaches first settlement in a cartel case”, *Press Release Database*, Bruxelas, 19 de Maio de 2010, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-586_en.htm?locale=en

COMISSÃO EUROPEIA, “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on Android operating system and applications”, *Press Release Database*, Bruxelas, 20 de abril de 2016, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1492_en.htm

COMISSÃO EUROPEIA, “The Damages Directive – Towards a more effective enforcement of the EU competition rules”, *Competition policy brief*, janeiro 2015, disponível em http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2015/001_en.pdf

GOVERNO DE PORTUGAL; FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL; BANCO CENTRAL EUROPEU; COMISSÃO EUROPEIA, *Memorando de Entendimento sobre as Condições de Política Económica* (versão portuguesa), 17 de maio de 2011, disponível em

http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf

ICN, “Cartel Settlements”, *Report to the ICN Annual Conference*, 2008, disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>

MONTI, MARIO, “Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law”, Sixth EU Competition Law and Policy Workshop, Florença, 1-2 junho 2001 <https://www.google.pt>

OECD, “Policy Roundtables – Experience with Direct Settlements in Cartel Cases”, *Competition Law & Policy OECD*, 2008

<http://www.oecd.org/competition/cartels/44178372.pdf>

IX. JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

Acórdãos do TJUE

Ac. do TJUE. de 28 de junho de 2005, Processos apensos C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, disponível em <http://curia.europa.eu>

Ac. do TJUE de 28 de abril de 1998, Processo C-306/96, disponível em <http://curia.europa.eu>

Ac. do TJUE de 7 janeiro de 2004, Processo C-219/00 P e apensos, disponível em <http://curia.europa.eu>

Ac. do TJUE de 30 de janeiro de 1974, Processo C-127/73, disponível em <http://curia.europa.eu>

Ac. do TJUE de 20 de setembro de 2001, Processo C-453/99, disponível em <http://curia.europa.eu>

Ac. do TJUE de 13 de julho de 2006, Processo C-295/04, disponível em <http://curia.europa.eu>

Ac. do TJUE de 6 de novembro de 2012, Processo C-199/11, disponível em <http://curia.europa.eu>

Ac. do TJUE, 14 de junho de 2011, Processo C-360/09, disponível em <http://curia.europa.eu>

Acórdãos do TG

Ac. do TG de 20 de maio de 2015, Processo T-456/10, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Ac. do TG de 15 de março de 2006, Processo T-15/02, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

Ac. de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1/2003 de 16 de outubro 2002, disponível www.dgsi.pt.

Acórdãos da Relação de Lisboa

Ac. Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de março de 2015, Processo n.º 204/13.6YUSTR.L1-3, disponível em www.dgsi.pt.

X. ANEXO I

Tabela de casos concluídos ao abrigo do PDT previsto na legislação comunitária

Ano	Cartel	Coima aplicada arredondada ao milhão	Desconto (10%) arredondado ao milhão	Coima aplicável em processo ordinário arredondado ao milhão
2010	DRAM	331 €	36 €	367 €
2010	Fosfatos para alimentação animal*	116 €	13 €	129 €
2011	Detergente em pó	315 €	35 €	350 €
2011	Vidro de raios catódicos	128 €	14 €	142 €
2011	Compressores de refrigeração	161 €	18 €	179 €
2012	Produtos de gestão de água	13 €	1 €	14 €
2013	Feixes de cabo	141 €	16 €	157 €
2013	Derivados de taxa de juro (Euro e Yen)**	1.710 €	188 €	1.898 €
2014	Espuma para colchões, sofás e assentos de automóvel	114 €	13 €	127 €
2014	Bolsas de energia	6 €	1 €	7 €
2014	Rolamentos automóveis	953 €	105 €	1.058 €
2014	Aço abrasivo	31 €	3 €	34 €
2014	Cogumelos enlatados	32 €	4 €	36 €
2014	Derivados de taxa de juro (francos suíços)***	94 €	10 €	104 €
2014	Envelopes	19 €	2 €	21 €
2015	Aquecedores de estacionamento	68 €	7 €	75 €
2015	Comboios-bloco	49 €	5 €	54 €
2016	Peças de automóvel	138 €	15 €	153 €
	Total	4.419 €	486 €	4.860 €
<i>valores expressos em milhões</i>				

*A coima considerada para efeitos de cálculo do desconto do PDT não teve em conta a coima aplicada à Timab, empresa que abandonou o PDT durante a fase das conversações, desencadeando assim o primeiro *hybrid settlement*. O processo seguiu os seus trâmites ordinários quanto a esta empresa.

** Esta decisão abrange dois cartéis estabelecidos no setor financeiro, um relativo aos derivados de taxa de juro em euros (EIRD) e outro relativo aos derivados de taxa de juro em ienes (YIRD). (COMISSÃO

EUROPEIA, “Antitrust: Commission fines banks € 1.71 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry”, Bruxelas, 4 de dezembro, 2013, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm).

***Esta decisão abrange dois cartéis estabelecidos no setor financeiro, que tinham em comum respeitarem ao mercado de comercialização de derivados de taxa de juro em Francos Suíços (COMISSÃO EUROPEIA, “Statement by Vice President Joaquín Almunia on 2 cartel decisions concerning Swiss Franc related derivatives”, Bruxelas, 21 de outubro, 2014, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-330_en.htm).

XI. ANEXO 2

1. Tabela de casos concluídos nos termos do PDT previsto na legislação portuguesa

Ano	Caso	Coima aplicável (sem PDT)	Descontos ao abrigo do PDT	Percentagem de desconto efetiva
2013	Cartel da Espuma de Conforto	1 628 939,730 €	628 939,73 €	39%
2014	Aquisição de Controlo da Consiste	178 256,07 €	59 418,69 €	33%
2015	Cartel dos Mono-blocos pré-fabricados	924 234,13 €	92 423,41 €	10%
Total		2 731 429,93 €	780 781,83 €	27%
				<i>Desconto médio</i>

2. Tabela de casos relativos a práticas restritivas da concorrência concluídos ao abrigo do PDT previsto na legislação portuguesa

Ano	Caso	Coima aplicável (sem PDT)	Descontos ao abrigo do PDT	Percentagem de desconto efetiva
2013	Cartel da Espuma de Conforto	1 628 939,730 €	628 939,73 €	39%
2015	Cartel dos Mono-blocos pré-fabricados	924 234,13 €	92 423,41 €	10%
Total		2 553 173,86 €	721 363,14 €	24,5%
				<i>Desconto médio</i>

3. Cartel da espuma de poliuretano

Empresa	Coima aplicável	Coima atenuada (clemência)	Coima atenuada (PDT)	Desconto clemência (%)	Desconto PDT	Desconto PDT (%)
Flexipol	1 601 602 €	800 801 €	495 000 €	50%	305 801 €	38%
Eurospuma	816 889 €	-	495 000 €	-	321 889 €	40%
Total	1 601 602 €	800 801 €	495 000 €		627 690 €	

4. Cartel dos mono-blocos pré-fabricados

Empresa	Coima aplicável	Coima atenuada (clemência)	Coima atenuada (PDT)	Desconto clemência (%)	Desconto PDT	Desconto PDT (%)
Algeco	-	-	-	-	-	-
Elevatrans	61 111 €	61 111 €	55 000 €	-	6 111 €	10%
Grupo Vendap	901 501 €	540 901 €	486 811 €	40%	54 090 €	10%
Movex	142 857 €	100 000 €	90 000 €	30%	10 000 €	10%
U.E.M.	277 778 €	222 222 €	200 000 €	20%	22 222 €	10%
Total	1 383 247 €	924 234 €	831 811 €		92 423 €	

5. Infração por violação do dever de notificação prévia à AdC relativamente à aquisição, pelo Grupo ANF, do controlo da Consiste.

	Coima aplicável	Coima atenuada (PDT)	Desconto PDT	Desconto PDT (%)
ANF	10 319 €	6 879 €	3 440 €	33%
Farminveste S.A.	167 937 €	111 958 €	55 979 €	33%
Total	178 256 €	118 837 €	59 419 €	