

Observações no âmbito da Consulta Pública relativa à**Proposta de Anteprojeto de Diploma de Transposição da Diretiva ECN+****1. Introdução**

No dia 25 de outubro de 2019 a Autoridade da Concorrência (doravante “**AdC**”) lançou uma consulta pública à Proposta de Anteprojeto de Diploma de Transposição da Diretiva ECN+ (doravante “**Proposta**”). A Proposta prevê alterações significativas à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante “**Lei da Concorrência**” ou “**LdC**”).

A PLMJ Advogados, SP, RL (doravante “**PLMJ**”) vem, através do presente documento, apresentar as suas observações a essa Proposta.

As presentes observações não pretendem ter um caráter exaustivo, mas antes servir como contributo para a reflexão sobre alguns dos temas suscitados pela Proposta.

A título preliminar e geral, importa notar que parte das alterações à LdC previstas na Proposta representam ruturas com soluções jurídicas tidas por adquiridas no nosso ordenamento jurídico em matéria sancionatória, podendo ter implicações negativas na coerência do nosso sistema jurídico. Apesar das suas importantes especificidades, o direito da concorrência não pode ser uma ilha no direito sancionatório português. Impõe-se, pois, um esforço de coerência sistemática na formulação dos comandos normativos também no domínio do direito da concorrência. Tendo isto presente, o legislador deverá ter o cuidado, na transposição da Diretiva ECN+, de optar por soluções que, dentro da latitude que lhe é conferida pelo seu poder de conformação, melhor se harmonizem com o nosso sistema jurídico. Várias sugestões feitas nestas observações partem desta premissa.

Por outro lado, como a AdC bem assinala, a salvaguarda dos direitos fundamentais é indispensável à credibilidade de qualquer sistema da concorrência.¹ Com efeito, o reconhecimento da legitimidade da intervenção pública tende a reforçar o nível de *compliance*, a efetividade do regime jus concorrencial e

¹ Pág. 5, Exposição de Motivos.

a salvaguarda dos bens jurídicos tutelados². Nesse sentido, a revisão legislativa em curso, ao implicar um reforço significativo dos poderes da AdC, deve ter como contraponto um reforço dos direitos de defesa das empresas e, em geral, da proteção de direitos fundamentais, assegurando-se assim um modelo mais equilibrado e efetivo de aplicação das regras da concorrência.

Com efeito, o reforço dos poderes de intervenção da Autoridade da Concorrência surge no âmbito de uma atuação marcada pela recente imposição de coimas particularmente elevadas. Entre 2017 e 2019, a AdC aplicou coimas no valor de €391,07 milhões em 11 decisões condenatórias.³ Tudo isto, recorde-se, no quadro de um sistema que confere a uma mesma entidade a responsabilidade pela condução do inquérito, instrução e decisão condenatória.

Atendendo ao exposto, as propostas feitas nestas observações têm como propósito que o reforço dos poderes da AdC seja complementado por medidas que assegurem uma maior transparência e controlo desses poderes, incrementando-se, também desse modo, a efetividade do regime jurídico e da intervenção pública da AdC. Neste sentido, para além das sugestões apresentadas de seguida em comentário às alterações legislativas constantes da Proposta, parece-nos que deveria ser seriamente ponderada a instituição na orgânica da AdC de um “hearing officer”, inspirado no regime europeu, de modo a reforçar a tutela dos direitos fundamentais das empresas investigadas.

2. Comentários

a. O conceito de unidade económica e a “empresa investigada”

A Proposta prevê a responsabilidade de entidades pertencentes à mesma unidade económica, nos termos do artigo 73.º, n.º 2, alínea a).

Por seu turno, o artigo 3.º, n.º 3 da Proposta, dispõe que *“as referências na presente lei à empresa investigada devem entender-se como podendo abranger a pessoa ou pessoas pertencentes à mesma unidade económica nos termos do número anterior”*.

Desaparecem, assim, ao longo da LdC, as menções a “visado”, sendo tal figura substituída por “empresa investigada”, a qual pode, portanto, incluir várias entidades.

² Tom Tyler, *Why People Obey the Law*, Yale University Press, 1990.

³ AdC, “Resultados AdC - 2017, 2018, 2019”, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Noticias/Documents/Resultados%20AdC%202017-2019.pdf.

Sendo certo que estas alterações legais têm como objetivo aproximar a LdC da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante “**TFUE**”) no que se refere ao conceito de empresa, merece-nos alguns reparos a forma como ficaram vertidas na Proposta.

Note-se que, ainda que, de acordo com a teoria da unidade económica, as sociedades-mãe possam, em determinadas condições, ser responsabilizadas pelas condutas das suas filiais, tal não afasta a obrigação de a AdC chamar ambas ao processo, notificando-as da existência da investigação que as envolve e de todos os respetivos passos processuais, assim assegurando a salvaguarda dos direitos de defesa quer da sociedade filial, quer da sociedade-mãe que a AdC pretenda responsabilizar.

A título de exemplo, veja-se o artigo 25.º, n.º 1 da LdC, tal como alterado pela Proposta:

*“Na notificação da nota de ilicitude a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo anterior, a AdC **fixa à empresa investigada prazo razoável**, não inferior a 20 dias úteis, para que se pronuncie por escrito sobre as questões que possam interessar à decisão do processo, sobre as provas produzidas, bem como, sendo o caso, sobre a sanção ou sanções em que incorre e para que requeira as diligências complementares de prova que considere convenientes.”*

Ora, não é a “empresa investigada”, ou seja, a unidade económica que tem de ser notificada da nota de ilicitude e pronunciar-se sobre a mesma, mas sim as pessoas singulares ou coletivas que sejam objeto da investigação.

Entendemos, pois, que o conceito de “visado”, ou “arguido” ou outro semelhante deve continuar a figurar na LdC, correspondendo a cada pessoa, singular ou coletiva, que seja objeto de uma investigação e que a AdC pretenda eventualmente responsabilizar por uma dada infração.

b. A prorrogação de prazos

Nos termos do n.º 3 do artigo 14.º da LdC, na redação da Proposta, os prazos fixados legalmente ou por decisão da AdC podem ser prorrogados, mediante requerimento fundamentado, por período igual ou inferior, sendo esta última possibilidade – período inferior - uma novidade. Enquanto na redação atual da LdC os prazos, quando prorrogados, o devem ser por igual período, pretende-se agora que essa prorrogação possa ser feita por período inferior, acompanhando, de resto, o que já vinha sendo prática – a nosso ver, ilegítima – da AdC.

Não vemos qualquer razão para esta alteração que, para além de não ser exigida pela Diretiva ECN+, pode comprimir de forma inadmissível o direito dos interessados a disporem de um prazo razoável.

A acrescentar, note-se que, nos termos do n.º 4 do artigo 14.º da LdC, na redação da Proposta, a AdC apenas estará, aparentemente, obrigada a fundamentar a recusa de prorrogação e não já a prorrogação por um prazo inferior ao requerido. Ora, na medida em que a AdC conceda a prorrogação por período inferior ao requerido e ao inicialmente concedido, entendemos que tal decisão deve igualmente ter de ser fundamentada, na medida em que a mesma pode, na prática, equivaler a uma recusa de prorrogação. Sugere-se, pois, que o dever de fundamentação relativo aos casos de recusa de prorrogação de prazo, plasmado no disposto no n.º 5 do artigo 14.º, seja alargado aos casos de prorrogação por um prazo inferior ao requerido.

c. A prestação de informações

O artigo 15.º da LdC, na redação da Proposta, inclui alterações profundas ao regime de prestação de informações pelas empresas, que vão além do imposto na Diretiva ECN+, prevendo o direito de a AdC exigir, a empresas investigadas ou a quaisquer outras pessoas, quaisquer informações ou outros elementos, nestes se incluindo documentos, ficheiros e mensagens de correio eletrónico ou de um sistema de mensagens instantâneas.

Note-se que, por esta via, pode a AdC procurar conseguir os elementos que de outra forma apenas poderia obter através de uma diligência de busca e apreensão, contornando a necessidade de obtenção de um mandado da autoridade judiciária competente. Recorde-se que a emissão de um mandado está sempre dependente da demonstração pela AdC da existência de indícios de infração, demonstração essa que, aparentemente, não será necessária para fundamentar um pedido de informações ao abrigo do artigo 15.º da LdC.

Entendemos que as alterações propostas vão muito para além do exigido pelo artigo 8.º da Diretiva e são suscetíveis de colocar em causa os direitos fundamentais dos destinatários dos referidos pedidos de informação.

Ainda a propósito deste artigo, parece-nos que é importante clarificar o que se entende por dispositivos “acessíveis à destinatária” do pedido de prestações de informações (artigo 15.º, n.º2 *in fine*). O termo

“acessível” parece demasiado vago para que permita definir com clareza o universo dos dispositivos cuja informação pode ser solicitada pela AdC.

d. As diligências de busca e apreensão

O regime das diligências de busca e apreensão, constante dos artigos 18.º [18.º-A, da redação da Proposta] a 21.º da LdC é uma das matérias que mais alterações sofreu na Proposta. Estas alterações suscitam-nos diversas dúvidas e discordâncias, a seguir expostas.

Em primeiro lugar, na medida em que existe um alargamento do universo de elementos que passam a poder ser buscados e apreendidos - nomeadamente mensagens de correio eletrónico ou mensagens instantâneas - e dos dispositivos que podem ser objeto de acesso - incluindo telemóveis e outros dispositivos móveis - cremos que seria de toda a conveniência reproduzir, com as adaptações necessárias, o regime previsto na Lei do Cibercrime, nomeadamente quanto às entidades competentes para a emissão do necessário mandado, a validação e a visualização dos elementos apreendidos. Considerando o carácter altamente sensível em matéria de direitos fundamentais da apreensão de comunicações privadas, reveste-se de grande importância a existência de um controlo judicial deste tipo de diligências.

Ora, não é essa a opção seguida pela Proposta, que atribui a competência para a emissão do mandado à “autoridade judiciária competente” (veja-se o artigo 21.º da LdC, na redação da Proposta). Esta opção, para além de introduzir uma diferença de regime inexplicável face à referida Lei do Cibercrime, é suscetível de gerar dúvidas sobre qual a autoridade competente para a emissão de mandado em cada situação, o que terá como consequência necessária a falta de segurança jurídica e um provável aumento da litigância.

Nestes termos, propõe-se que se clarifique que todos as mensagens de correio eletrónico ou registos de comunicação de natureza semelhante devem ter um tratamento equivalente ao previsto no artigo 17.º da Lei do Cibercrime, devendo competir ao juiz de instrução autorizar ou ordenar a apreensão.

Neste sentido, de modo a lograr uma coerência sistemática acrescida, sugere-se que o critério plasmado nos termos do n.º 2 do artigo 18.º-A - “sempre que a AdC estiver em condições de demonstrar que existem motivos razoáveis para suspeitar de infração” seja substituído pelo requisito estabelecido na Lei do Cibercrime: “o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova”.

Em segundo lugar, no n.º 10 do artigo 18.º da LdC, na redação da Proposta, prevê-se a possibilidade de a AdC continuar as diligências de busca e apreensão nas suas instalações ou em quaisquer outras instalações designadas, aí prosseguindo com a pesquisa de informação e seleção de cópias.

Sugere-se, a este respeito, que seja explicitamente consagrado que os poderes de busca devem ser exercidos de modo a minimizar o seu impacto no normal funcionamento da empresa investigada, o que de resto está em linha com o entendimento da AdC.⁴ Adicionalmente, em nosso entender, deve prever-se a presença das entidades buscadas e respetivos advogados durante todo o período de duração das diligências. Só assim se poderá garantir, por exemplo, que as diligências respeitam o objeto do mandado ou que não são examinados documentos sujeitos a sigilo profissional.

Em terceiro lugar, como já referido a propósito das alterações propostas para o artigo 15.º da LdC, sugere-se uma clarificação do que deve entender-se por dispositivos “acessíveis” à empresa ou pessoa sujeita a busca (cf. artigo 18-A.º, n.º 1 al b).

Em quarto lugar, discordamos em absoluto do proposto do novo n.º 6 do artigo 20.º da LdC, que exclui a proteção do segredo profissional relativamente a contactos trocados com advogados internos das entidades buscadas.

Esta solução normativa, que não decorre da Diretiva ECN+, não é de todo aceitável, sendo contrária ao disposto no artigo 208.º Constituição da República Portuguesa e nos artigos 76.º, 81.º e 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, tal como interpretados pela jurisprudência nacional.

Mais em concreto, recorde-se que, nos termos do artigo 81.º do Estatuto da Ordem dos Advogados:

1 - O advogado exercita a defesa dos direitos e interesses que lhe sejam confiados sempre com plena autonomia técnica e de forma isenta, independente e responsável.

2 - O exercício da advocacia é inconciliável com qualquer cargo, função ou atividade que possa afetar a isenção, a independência e a dignidade da profissão.

3 - Qualquer forma de provimento ou contrato, seja de natureza pública ou privada, designadamente o contrato de trabalho, ao abrigo do qual o advogado venha a exercer a sua

⁴ Exposição de motivos, para. 59.

atividade, deve respeitar os princípios definidos no n.º 1 e todas as demais regras deontológicas que constam do presente Estatuto.

Ou seja, a existência de um contrato de trabalho não pode nunca limitar a autonomia e independência do advogado interno, pelo que não se justifica fazer qualquer distinção entre o regime de segredo profissional aplicável a advogados internos e o aplicável a advogados externos.

Por outro lado, deve notar-se que esta não é uma alteração exigida pela Diretiva ou, aliás, sequer sugerida nos seus Considerandos.

Por conseguinte, não podemos senão solicitar a retirada desta alteração.

e. O Princípio da Oportunidade

O anteprojeto de transposição procede à alteração da alínea *b*) do n.º 3 e os números 4 e 5 do artigo 24.º, substituindo-se as referências à “possibilidade razoável de vir a ser proferida decisão condenatória”, enquanto critério para a tomada de decisão de inquérito, pela referência à existência de motivos para dar seguimento ao processo e investigação, expressão utilizada pela Diretiva no n.º 2 do artigo 10.º. Entre estes motivos inclui-se o facto de a AdC considerar o processo de investigação não prioritária.

Note-se que o atual texto legal não parece colidir com o disposto no n.º 2 do artigo 10.º da Diretiva. Com efeito, o poder de rejeitar denúncias com fundamento no seu não caráter prioritário, encontra-se já plasmado no disposto no artigo 8.º. A alteração em causa parece, pois, pretender alargar a aplicação do princípio da oportunidade, aplicável atualmente apenas ao processamento de denúncias, à fase do inquérito.

A AdC pode, assim, limitar-se a arquivar um processo quando, à luz das investigações realizadas, este seja tido como não prioritário. Tal decisão poderá ocorrer depois de exercidos amplos poderes de investigação, nomeadamente de inquirição, de busca e apreensão - que, pela sua natureza, tendem a ser altamente disruptivos e onerosos para o normal funcionamento das empresas investigadas.

Sugere-se, pois, que a lei preveja que cumpre à AdC especificar, fundamentando, se a decisão de arquivamento resulta do facto de as investigações realizadas não permitirem concluir pela possibilidade razoável de ser proferida uma decisão condenatória ou do facto de a investigação não ser prioritária.

Esta necessidade de especificação e fundamentação justifica-se igualmente para efeitos do exercício do controlo judicial da decisão de arquivamento por iniciativa do denunciante, prevista no artigo 24.º, n.º 5 da LdC.

f. O procedimento de transação

Embora a Diretiva ECN+ nada disponha relativamente ao regime aplicável ao procedimento da transação, a AdC parece querer aproveitar a oportunidade suscitada pela transposição da Diretiva para introduzir alterações legislativas a esse regime. Algumas alterações propostas merecem-nos comentários.

Notamos, desde logo, que, nos termos da redação proposta do n.º 7 do artigo 22.º e do n.º 1 do artigo 27.º da LdC, a empresa investigada deve assumir, na sua proposta de transação, *“em qualquer caso o compromisso do pagamento das sanções a ser aplicadas pela AdC”*.

Ora, recorde-se que a proposta de transação é apresentada num momento em que a empresa investigada não terá, necessariamente, informação sobre a coima concreta que a AdC pretende aplicar, uma vez que esse dado só terá de constar da minuta de transação que vier a ser elaborada nos termos do n.º 8 do artigo 22.º e do n.º 6 do artigo 27.º da LdC.

Entendemos assim que o compromisso do pagamento das sanções não deve ser um elemento obrigatório da proposta de transação. Caso se pretenda manter este elemento, dever-se-á clarificar que a proposta de transação deverá indicar o montante máximo da coima que a empresa prevê que lhe será aplicada (nos termos das conversações mantidas anteriormente com a AdC) e que estaria em condições de aceitar⁵.

Por outro lado, uma vez que a AdC considera justificado introduzir alterações ao regime no quadro da transposição da Diretiva ECN+, sugerimos que se vá mais longe nessas alterações de forma a colmatar fragilidades do atual regime. Com efeito, ao contrário do que sucede, por exemplo, com o programa de clemência, o regime que regula a transação carece de uma regulação mais transparente e detalhada, em linha com o que tem sido a prática recente das autoridades da concorrência francesa e holandesa.

⁵ Note-se que este é o regime previsto na 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.

Entre outros aspetos, impõe-se clarificar (i) se, e em que termos, a AdC se encontra disponível para negociar o montante da coima imposta; (ii) se a opção pela transação por um visado pode resultar no arquivamento do processo relativamente a outros visados; (iii) qual o procedimento normalmente adotado no âmbito das conversações encetadas (nomeadamente o número de reuniões e momento da realização das mesmas); (iv) se a AdC se encontra disponível a participar em negociações multilaterais, i.e., com várias empresas investigadas.

Acresce que, uma vez que a AdC não se encontra vinculada a um limite de redução do montante da coima de 10%, como o que está definido pela Comissão Europeia, justifica-se uma maior orientação quanto à medida de redução da coima, por forma a reforçar a transparência do instituto. É importante compreender, a este respeito, quais os motivos que levam a AdC a propor, de acordo com a redação do n.º 8 do artigo 22.º e do n.º 6 do artigo 27.º, que a percentagem de redução da coima não deverá constar da minuta de transação. Com efeito, esta alteração parece contribuir para agravar a falta de transparência do regime.

g. O arquivamento mediante imposição de condições

Nos termos da redação atual dos n.ºs 8 e 9 do artigo 23.º da LdC, "*competete à Autoridade da Concorrência verificar o cumprimento das condições*", sendo que "*a verificação do cumprimento das condições impede a reabertura do processo*".

Da redação da Proposta, o n.º 8 acima referido é substituído pela disposição "*a AdC pode controlar a aplicação dos compromissos*", enquanto o n.º 9 é simplesmente revogado.

Ora, a este respeito, entendemos que o controlo da aplicação dos compromissos deve ser sempre um dever da AdC, e não uma opção, como parece pretender-se com a redação proposta para o n.º 8.

Acresce que, conforme consagrado na Recomendação ECN relativa à adoção de compromissos, o exercício dos poderes das autoridades neste domínio deve estar condicionado à observação de princípios gerais da União, nomeadamente do princípio da proporcionalidade e da segurança jurídica.⁶

⁶ Pág. 2 da Recomendação.

Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 5.º da LdC, recomenda-se a consagração específica da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no que respeita à escolha e modo de implementação dos compromissos negociados.⁷

Por sua vez, a aplicação do princípio da segurança jurídica justifica a manutenção do limite temporal de 2 anos para reabertura de um processo arquivado com imposição de condições, que está atualmente consagrado no n.º 7 do artigo 23.º. Salvo melhor entendimento, este prazo não colide com o disposto no n.º 3 do artigo 12.º da Diretiva ECN+.

h. Os meios de prova admissíveis

A Proposta procede a uma alteração profunda do n.º 2 do artigo 31.º da LdC, dispondo que *“constituem meios de prova admissíveis, entre outros não expressamente proibidos, quaisquer documentos, declarações orais ou escritas, mensagens eletrónicas, incluindo mensagens não lidas ou informação apagada, gravações, ficheiros e quaisquer outros objetos que contenham informações, independentemente da fonte, do formato e do suporte em que tais informações se encontrem armazenadas, não sendo aplicável o disposto no artigo 42.º do regime geral do ilícito de mera ordenação social no que respeita à intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações e à reserva da vida privada.”*

A redação suscita, desde logo, algumas dúvidas interpretativas pois, ao referir *“constituem meios de prova admissíveis, entre outros não expressamente proibidos (...)”*, parece indicar que todos os meios de prova a seguir elencados serão sempre admissíveis, o que não se pode admitir.

Refira-se, a este respeito, que as gravações áudio ou vídeo efetuadas sem consentimento dos envolvidos são proibidas e constituem crime, nos termos do n.º 3 do artigo 126 do Código de Processo Penal e do artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa.

A Proposta, no que diz respeito ao n.º 2 do artigo 31.º da LdC deve, assim, ser revista.

⁷ Pág. 8.

i. A publicidade do processo e o segredo de justiça

Nos termos da atual redação do n.º 5 do artigo 32.º da LdC, "(...) a Autoridade da Concorrência pode dar conhecimento a terceiros do conteúdo de ato ou de documento em segredo de justiça, se tal não puser em causa a investigação e se afigurar conveniente ao esclarecimento da verdade."

A Proposta insere na referida disposição, como nova razão para o levantamento do segredo de justiça, a necessidade relacionada com "a promoção de uma cultura favorável à liberdade de concorrência".

Não entendemos de que forma o interesse relacionado com a promoção de uma cultura favorável à liberdade de concorrência pode sobrepor-se aos sérios interesses que justificam a sujeição de um processo ao segredo de justiça. Tal poderá servir de justificação para a divulgação, pela AdC, de determinados elementos da investigação, nomeadamente a identidade das empresas envolvidas, numa fase em que, por força da sujeição do processo ao segredo de justiça, tais empresas se encontram impedidas de se pronunciarem sobre o investigação. Isto será suscetível de lhes causar danos reputacionais graves.

Entendemos, assim, que esta alteração deve ser suprimida da Proposta.

Note-se ainda que a indicação da natureza confidencial ou não confidencial das informações constantes da prova apreendida pela AdC (frequentemente, milhares de páginas, entre mensagens de correio eletrónico e os respetivos anexos), assim como o envio de versões não confidenciais dos documentos identificados como confidenciais, consubstancia, por regra, um processo extraordinariamente oneroso para as empresas investigadas.

Na medida em que a AdC procede, frequentemente, ao desentranhamento de parte da prova apreendida em buscas de diligência e apreensão, recomenda-se que o disposto no artigo 30.º estabeleça que a AdC deve proceder ao desentranhamento da prova apreendida e apenas de seguida se inicie o processo de indicação da natureza confidencial ou não confidencial das informações constantes das informações constantes da prova apreendida pela AdC.

j. Determinação da medida da coima

Também as alterações ao artigo 69.º da LdC nos merecem alguns reparos.

Desde logo, nos termos do n.º 3 do artigo 69.º na redação da Proposta, passam a considerar-se, na apreciação dos antecedentes da empresa investigada, as decisões definitivas previamente adotadas pela Comissão ou por uma autoridade nacional de concorrência que tenham declarado que a empresa investigada – aqui se incluindo quaisquer pessoas pertencentes à mesma unidade económica - participou numa infração aos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Ora, apesar de tal solução parecer constar do Considerando 47 da Diretiva, tal não basta, no nosso entender e como já referido no capítulo 1 supra, para que deva, sem mais, ser transposta para o ordenamento jurídico nacional. Parece-nos, aliás, esta uma solução jurídica excessivamente gravosa para as empresas investigadas e desnecessária para garantir a efetividade da aplicação das normas de concorrência.

Diga-se, em todo o caso, que o Considerando 47 da Diretiva apenas prevê a possibilidade de aumentar o montante da coima quando a empresa em questão continue a cometer a mesma infração ou cometa uma infração semelhante à infração que haja sido objeto de decisão prévia pela Comissão ou uma autoridade nacional de concorrência. O Considerando 47 da Diretiva tem, assim, um âmbito mais restrito que o n.º 3 do artigo 69.º da LdC na redação da Proposta.

Também o n.º 4 do artigo 69.º da LdC, na redação da Proposta, nos suscita dúvidas. Refere a referida proposta que o montante máximo da coima aplicável, no caso das associações de empresas, corresponderá a 10% do volume de negócios total, a nível mundial, da associação de empresas, *“desde que esse montante não seja inferior a 10 % do volume de negócios total, agregado, a nível mundial, das pessoas que, constituindo as empresas associadas, exerçam atividades no mercado afetado pela infração cometida pela associação.”*

Não resulta totalmente claro qual o montante máximo da coima a aplicar às associações de empresas, A intenção parece ser a de aproximar as disposições da LdC à solução prevista no n.º 2 do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado. A redação não é, contudo, a mais feliz, devendo ser objeto de revisão.

Igualmente, deve esclarecer-se, no novo n.º 4 do artigo 69.º, que a responsabilidade financeira de cada empresa associada no tocante ao pagamento da coima não pode exceder 10 % do volume de negócios realizado por essa empresa durante o exercício imediatamente à decisão final condenatória da AdC.

Não se compreende ainda a introdução da possibilidade de calcular o volume de negócios das empresas com base em estimativa, nos termos do proposto novo n.º 7 do artigo 69.º da LdC. Tal possibilidade é suscetível de gerar grande insegurança jurídica, não ficando claro, nomeadamente, em que circunstâncias, condições ou por quem é feita a estimativa.

Por último, no âmbito do artigo 69.º da LdC, introduziram-se os números 11 e 12 para permitir, em particular, a possibilidade do pagamento faseado da coima quando a situação económica do destinatário o justifique e dentro de certas condições. Trata-se de uma solução justificada e que encontra apoio no artigo 88.º do Regime Geral das Contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (“**RGCO**”). Importa, contudo, notar que os poderes detidos pela AdC são significativamente mais amplos que os poderes detidos por autoridades administrativas que atuam ao abrigo do RGCO. Outrossim, os níveis de sanções impostas são, por regra, indubitavelmente superiores. Parece-nos, pois que se justifica ponderar um alargamento do prazo previsto no n.º 12 do artigo 69.º da LdC até 5 anos.

k. Concurso de contraordenações

Nos termos do novo artigo 69.º-A da LdC, nos termos da Proposta, em caso de concurso de contraordenações, a coima resultará da soma das coimas concretamente aplicadas para cada contraordenação em concurso, afastando-se a aplicação do artigo 19.º do RGCO.

Tal solução, na medida em que afasta a existência de um limite máximo total de coima, suscita fundadas dúvidas de constitucionalidade. Trata-se de uma questão com especial relevância atendendo à dimensão que as coimas aplicadas pela AdC podem atingir.

Não se afigura de facto compreensível que um visado não saiba *a priori* qual a moldura sancionatória máxima que baliza o poder sancionatório da AdC em determinado processo contraordenacional. Deve, pois, existir um limite máximo de coima consagrado na lei para situações de concurso de infração.

Salvo melhor opinião, a existência de um limite máximo de coima para a punição do concurso não colide com o disposto no artigo 15.º, n.º1 da Diretiva ECN+. O que se pretendeu com essa disposição foi assegurar um nível mínimo de moldura sancionatória de 10% do volume de negócios (não existente

ainda em alguns países da União Europeia) e não impedir a existência de regras que regulem o concurso de infrações.

I. Prescrição

Apesar do disposto no artigo 19.º, n.º 2 da Diretiva, considerações com ressonância constitucional relativas ao princípio da segurança jurídica, também com expressão no artigo 6.º da CEDH, recomendam fortemente que se preveja na LdC um prazo absoluto de prescrição que se estenda à fase judicial dos processos.

Com efeito, ainda que possa conceber-se a possibilidade de introdução de um prazo mais amplo do que o atualmente previsto no .º 7 do artigo 74.º, não é razoável que não exista um prazo absoluto de prescrição, que se estenda à fase judicial dos processos.

Do nosso ponto de vista, o regime estabelecido pelo artigo 19.º, n.º 2 da Diretiva deve ser interpretado como não impedindo essa solução normativa. De resto, além da salvaguarda de direitos fundamentais tutelados pelo princípio da segurança jurídica, há interesses de coerência sistemática que também devem ser acautelados. Se o Código Penal, para ilícitos que se revestem de maior ressonância ético-jurídica como são os crimes, estabelece, no n.º 2 do artigo 120.º, um limite de 3 anos ao prazo de suspensão, não se justifica que, por alegadas violações da LdC, não exista sequer um prazo absoluto de prescrição que confira um módico de segurança jurídica às empresas investigadas.

m. Clemência

Tal como sucede com o regime da transação, parece-nos que a revisão legislativa imposta pela Diretiva ECN+ pode ser aproveitada para a introdução de certas afinações no regime da clemência.

Quanto ao âmbito subjetivo do programa, sugere-se que, em derrogação à alínea a) do artigo 76.º prevista na Proposta, se equacione a introdução de “requerimentos conjuntos” no caso de fusões e aquisições, ainda que sujeita a determinadas condições (por exemplo, um período temporal limitado, iniciado a partir do momento da concretização da operação). Na medida em que o regime não consagre uma solução idêntica, em termos práticos, por força da aplicação dos termos e condições subjacentes à operação ou, mais genericamente, do interesse comercial das partes, o recurso ao programa de clemência tenderá a ser, de acordo com a solução proposta, dificultado.

No que respeita ao âmbito objetivo do programa, de modo a reforçar a segurança jurídica da previsão legal, sugere-se que, nos termos do artigo 75.º, se clarifique, desde logo, que o âmbito objetivo do programa inclui práticas de “*hub and spoke*” (i.e., práticas horizontais que incorporem elementos verticais). Seria ainda aconselhável clarificar se práticas de sinalização de preços, que não são, frequentemente, integralmente secretas, se encontram abrangidas pelo âmbito objetivo do programa. Por último, importa realçar que a consagração explícita da “*no-name basis approach*”, nos termos *infra* referidos, contribuiria para atenuar eventuais incertezas relativas ao escopo objetivo do programa, nomeadamente relativamente a práticas de intercâmbio de informação, porquanto a sua natureza e carácter ilícito não são sempre evidentes.

No que concerne às condições previstas nos artigos 77.º e 78.º, reconhecendo-se que a transparência do programa de clemência constitui um elemento essencial à sua efetividade, seria recomendável clarificar, conforme resulta da prática decisória da Comissão Europeia e da jurisprudência dos tribunais da UE, em que circunstâncias específicas é que o não cumprimento das condições enumeradas, nomeadamente no disposto no n.º 2 do artigo 77.º, imputável a determinados colaboradores ou trabalhadores da empresa, poderá afetar a elegibilidade do própria empresa, requerente de clemência. Por exemplo, de acordo com o Tribunal de Justiça, é natural que determinados trabalhadores ou colaboradores de uma empresa se demonstrem relutantes em revelar o seu envolvimento, na íntegra, em práticas anticoncorrenciais, não obstante a pressão exercida pela empresa para que tal não suceda.⁸

Em termos procedimentais, nos termos do artigo 80.º-A, sugere-se ainda que se clarifique em que termos é que a AdC se encontra disposta a avaliar a elegibilidade de uma determinada conduta, possivelmente anticoncorrencial, ao abrigo da comumente designada “*no-name basis approach*”.⁹

Relativamente à instrução do procedimento do pedido de redução de coima, consagrado no artigo 80.º-D, sugere-se que se clarifique em que momento será o requeinte de redução informado sobre a sua elegibilidade, em particular, em que momento será liminarmente informado sobre a intenção da AdC de lhe conceder uma redução do montante da coima, com indicação do intervalo de variação especificado. Tal deverá ocorrer, sempre que possível, previamente à adoção da Nota de Ilícitude, e nunca posteriormente.

⁸ T-655/11 - FSL e o. c. Comissão ECLI:EU:T:2015:383, para. 370.

⁹ Por exemplo, OFT, Applications for leniency and no-action in cartel cases, 2013, para. 3.3. e ss.

n. Recurso de decisão judicial em sede contraordenacional

O reforço de poderes da AdC imposto pela Diretiva ECN+, associado à dimensão potencial das coimas por ilícitos de concorrência, reforça a necessidade de ser assegurado um duplo grau de jurisdição plena em matéria de controlo judicial das decisões condenatórias da AdC.

Nessa medida, propõe-se que o artigo 89.º da LdC passe a prever que o Tribunal da Relação possa conhecer matéria de facto em sede de recurso e não apenas matéria de direito. De resto, se a LdC consagra essa solução no domínio do contencioso de controlo de concentrações e dos demais procedimentos administrativos, não há qualquer razão para não a consagrar em sede contraordenacional.

Lisboa, 15 de janeiro de 2020

PLMJ Advogados, SP, RL