



COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LINHAS DE ORIENTAÇÃO SOBRE A METODOLOGIA A UTILIZAR NA APLICAÇÃO DE COIMAS, DE FEVEREIRO DE 2024

No dia 15 de fevereiro de 2024, a Autoridade da Concorrência (“**AdC**”) lançou uma consulta pública relativa ao projeto de *“Linhas de Orientação sobre a Metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio”* (“**Projeto de Linhas de Orientação**” ou “**projeto**”).

Como fundamento(s) explicativo(s), são avançados (i) a entrada em vigor da Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto, que transpõe a Diretiva 2019/1, de 11 de dezembro de 2018 (“**Diretiva ECN+**”)¹, introduzindo alterações à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, sucessivamente alterada (doravante “**Lei da Concorrência**” ou “**LdC**”), e, bem assim, (ii) a necessidade de atualizar o procedimento de determinação da medida de coimas, à luz da experiência adquirida pela AdC desde a publicação das suas anteriores Linhas de Orientação (de 2012)².

Segundo a AdC, as Linhas de Orientação em questão *“não têm como finalidade permitir a determinação prévia e exata das coimas que concretamente venham a ser aplicáveis em cada caso concreto”,* nem *“alteram ou condicionam direitos ou obrigações decorrentes da Lei n.º 19/2012, dos Estatutos da AdC, ou de quaisquer outros dispositivos legais aplicáveis.”*

Ainda segundo a AdC, poderão *“verificar-se, casuisticamente, situações pontuais cujos factos justifiquem um procedimento distinto do definido nas presentes Linhas de Orientação”*.

Segundo a AdC, as Linhas de Orientação procuram, pois e apenas, *“fornecer as informações necessárias à compreensão do método utilizado pela Autoridade da*

¹ Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, PE/42/2018/REV/1, OJ L 11, 14.1.2019.

² Cf. Nota prévia, in <https://www.concorrancia.pt/pt/consultas-publicas/consulta-publica-sobre-projeto-de-linhas-de-orientacao-sobre-metodologia>.

*Concorrência no processo de determinação dessas coimas, com vista a assegurar maior transparência e previsibilidade do processo e da metodologia aplicável*³.

O dia 12 de abril de 2024 foi estipulado como data-limite para o envio de observações por quaisquer interessados.

O Círculo dos Advogados Portugueses do Direito da Concorrência (“**CAPDC**” ou “**Círculo**”) procura, através do presente documento, apresentar os seus comentários e observações ao Projeto de Linhas de Orientação, com base nas pronúncias que logrou recolher dos seus associados.

NOTA PRÉVIA

A Direção do CAPDC envidou os melhores esforços para procurar apresentar uma pronúncia clara, concisa e simultaneamente representativa dos contributos dos seus associados.

Tendo em conta a dimensão diversa das observações referentes a cada uma das secções e respetivos pontos, optou-se por expor aqui um comentário sumário, focado em consensos parcelares mais alargados ou maioritários em relação a alguns pontos críticos, omitindo referências individualizadas a propósito das quais a generalização se revelou mais difícil ou inviável. Procurou também a Direção do Círculo evitar repetições, recentrando o enfoque desta pronúncia nos pontos que se consideraram justificativos de uma particular atenção por parte da AdC.

Por tudo isto, importa salientar que a omissão de referência expressa a alguns dos pontos do projeto não deverá ser lida no sentido de uma concordância dos associados do Círculo com o respetivo teor a este propósito. **A presente pronúncia não substitui, também, as eventuais pronúncias individualizadas dos associados do Círculo.**

³ Cf. Nota prévia, in <https://www.concorrenca.pt/pt/consultas-publicas/consulta-publica-sobre-projeto-de-linhas-de-orientacao-sobre-metodologia>. E, bem assim, 2. Objeto e Finalidade (§5 e ss. do projeto).



OBSERVAÇÕES GERAIS

A título prévio, o Círculo gostaria de assinalar aquela que surge como preocupação transversal às pronúncias que lhe foram feitas chegar pelos seus associados.

Preocupa-os, em particular, a imprecisão, indeterminação e *abertura* de alguns dos termos e parágrafos do projeto, em termos que, além de se afigurarem contraditórios com o objetivo das orientações como *regra de conduta*, falhando o objetivo de garantir previsibilidade no cálculo do montante de sanções⁴, assentam num desequilíbrio patente, em *abertura* e alargamento claro da margem de atuação e de apreciação subjetiva da AdC, maioritariamente em desfavor das visadas.

Cumpre assinalar que o objetivo último das orientações como instrumento jurídico consiste em assegurar e potenciar a transparência, a segurança e a certeza jurídicas, através da autovinculação da entidade emissora (*in casu*, a AdC) a uma conduta (ou metodologia) específica(s) a aplicar no futuro, e da(s) qual(is) aquela entidade se não deverá furtar ou afastar, sob pena de potencial violação de princípios gerais de direito, como os da igualdade de tratamento, da boa administração, ou da proteção da confiança legítima.

Quer a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (“**TJUE**”), quer a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (“**TEDH**”) vêm alertando para um conjunto de exigências aplicáveis, seja à norma ou instrumento administrativo que impõe uma sanção (fixando os seus elementos constitutivos), seja a precisões posteriores da sua letra⁵.

Estas exigências incluem, além da base legal, a respetiva clareza (caráter não equívoco), precisão, acessibilidade, e previsibilidade.

⁴ Em particular, é de assinalar a existência de desvios vários ao volume de negócios-regra para efeitos da determinação do montante de base. Cf., neste sentido, acórdão *Archer Daniels Midland/Comissão*, C-510/06 P, EU:C:2009:166, n.º 60, e acórdão de 22 de Maio de 2008, *Evonik Degussa/Comissão e Conselho*, C-266/06 P, ECLI:EU:C:2008:295, n.º 53.

⁵ Cf., neste sentido, acórdãos de 26 de outubro de 2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun*, C-248/04, Colect., p. I-0000, n.º 80; de 9 de Julho de 1981, *Gondrand Frères e Garancini*, 169/80, Recueil, p. 1931, n.º 17; de 18 de novembro de 1987, *Maizena e o.*, 137/85, Recueil, p. 4587, n.º 15; de 13 de fevereiro de 1996, *Van Es Douane Agenten*, C-143/93, Colect., p. I-431, n.º 27; TEDH, acórdão *Coëme e o. c. Bélgica* de 22 de junho de 2001, §145; TEDH, acórdão *G c. França* de 27 de setembro de 1995, série A, n.º 325-B, § 25



Segundo a jurisprudência, em domínios em que seja de reconhecer alguma margem de apreciação à autoridade administrativa, a exigência de previsibilidade implica, em qualquer caso, que a extensão e as modalidades de exercício desse poder sejam definidas com precisão, tendo em atenção os objetivos legítimos em jogo, de modo a fornecer ao indivíduo uma proteção adequada contra a arbitrariedade, e a pô-lo em condições de prever, com um grau razoável de certeza, as consequências de um determinado ato⁶.

Naturalmente, estão em causa procedimentos associados a alguma margem de conformação e de adequação às especificidades do caso concreto. Em contrapartida, se o objetivo das orientações é o de garantir transparência e segurança, importa que delas se extraiam conceitos suficientemente precisos (ou, pelo menos, acompanhados de balizas claras e de alguma concretização ou densificação através de exemplos), além de uma metodologia específica, geradora de mais certeza do que incerteza, e à qual a AdC verdadeiramente se vincule (*textualmente* inclusive).

Em particular, consideram os associados que, em grande parte dos seus pontos, as Linhas de Orientação em projeto funcionam mais em favor de um alargamento desrazoável da margem de atuação da AdC (logo visível nas opções terminológicas), do que enquanto verdadeira autovinculação.

Assinala-se que as Orientações não deverão procurar colmatar (supondo a sua existência) lacunas da lei (e da LdC, em particular), em termos que, além de violadores do princípio da legalidade, se afiguram manifestamente atentatórios dos direitos das visadas (cf. *infra*, a propósito da aplicação do RGIMOS).

Considera-se, em contrapartida, que as orientações poderiam ser mais ricas, seja no que se refere à concretização dos conceitos utilizados, seja na “procedimentalização” da atuação da AdC, em relação à qual a vinculação a um específico dever de fundamentação parece falhar em muitos pontos, seja, ainda, na densificação de

⁶ Cf., *inter alia*, TEDH, acórdãos Kruslin c. França de 24 de abril de 1990, série A, n.º 176-A, §§ 27, 29 e 30, bem como Margareta e Roger Andersson c. Suécia, de 25 de fevereiro de 1992, série A, n.º 226-A, § 75.



alguns cenários avançados como possíveis, que em muito ganhariam com a inclusão de elencos exemplificativos.

Em suma, entendem os associados do Círculo que as orientações deveriam densificar o disposto na lei, mais do que estender o respetivo alcance (em especial, em favor da AdC), ou repetir as disposições legais. Deverão, ainda, configurar uma efetiva autovinculação da AdC, encontrando respaldo na aplicação prática da Lei e na prática decisória daquela, sob pena de menor utilidade.

Apontamento particular merece o disposto no §13 do projeto quanto à aplicação temporal das Linhas de Orientação a “*processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a entrada em vigor da Lei n.º 19/2012, na redação introduzida pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto*”. Trata-se de uma aplicação retroativa, contrária, quer à teleologia das orientações, quer ao respetivo significado – está em causa uma autovinculação para futuro –, e que não encontra justificação possível no seu contexto (a eventual adoção da Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto), dado extravasar o seu objeto. Sempre seria, além disso, desrespeito pelo princípio da segurança jurídica, típico de um Estado de Direito.

Finalmente, e sendo este também um apontamento transversal às pronúncias coligidas, importa assinalar que a crescente preponderância do *private enforcement* das regras da concorrência e o potencial surgimento de investigações paralelas (em outros Estados-Membros, com aplicação de sanções pela mesma infração), justificariam uma atenção particular das Linhas de Orientação ao impacto destes cenários na determinação da medida da coima. Considera-se, pois, que os referidos contextos deverão ser devidamente tidos em conta pela AdC, que deverá aproveitar o ensejo para esclarecer de que forma assegurará a proporcionalidade global das ‘sanções’ aplicadas e o respeito por princípios gerais de direito, como o *ne bis in idem*.

Entende a Direção do CAPDC que seria essencial que estas questões fossem acomodadas nas Linhas de Orientação que vierem a ser definitivamente adotadas. Considerar-se-ão, agora, alguns pontos específicos.

OBJETO E FINALIDADE

Foi salientada, pelos associados, a necessidade de especificar o sentido de algumas das expressões utilizadas ao longo dos pontos, em particular no **§9**, entre as quais “*caso concreto*” (quanto aos elementos e informações disponíveis) e “*impacto económico da infração*”⁷.

METODOLOGIA E DETERMINAÇÃO DA COIMA A APLICAR

Relativamente à determinação da gravidade inerente à prática em apreço (cf. **4.2.2. Determinação da gravidade inerente à prática em apreço**), cumpre assinalar apontamentos críticos quanto aos percentuais da Componente Geral (70%) e da Componente Individual (30%). Em particular, foi apontada, ora a desproporção-desequilíbrio da *ratio*, penalizadora do comportamento individual, ora a omissão de uma qualquer fundamentação associada à valoração da(s) componente(s), sendo, ainda, pouco clara a forma como, com base nestes componentes, a AdC analisa a gravidade da infração nos termos do §38.

No que se refere à duração da infração (cf. **4.2.3. Consideração da duração da infração**) cumpre assinalar a conjugação de algumas pronúncias críticas quanto à determinação da duração da infração com base em anos (e não em meses e dias), conforme estatui o §27, e, bem assim, ao arredondamento dos períodos inferiores e superiores a seis meses (§43), ambos com repercussões gravosas na “exatidão” do período a considerar, em particular quando associado a um fator de multiplicação (por cada ano de infração). Acrescem críticas aos horizontes temporais elegidos para *modificar* ou *desconsiderar* o fator de multiplicação correspondente ao período de infração (§44), considerados arbitrários, por alguns associados, tendo em conta a falta de relação direta com a obrigação de conservação contabilística (conforme avançado na nota de rodapé 3).

⁷ Este, replicado, por exemplo, no §31, sendo de assinalar a existência de critérios-fatores também eles vagos ou indeterminados em muitos outros pontos (ex.: “*peso [...] no setor económico em causa*”, ainda no §31; “*grau de sofisticação*”, no §36, “*outros possíveis fatores*”, no §51).

A propósito das infrações especialmente graves (§45 – cf. **4.2.4. O caso das infrações especialmente graves**), foi assinalada, (i) quer a falta de densificação dos critérios ou das práticas qualificáveis como *especialmente graves*, (ii) quer a ausência de fundamento para o agravamento do limite da fração adicional anteriormente previsto (que passa de 25% para 30%).

Passando às causas agravantes e atenuantes (cf. **4.3. Etapa 2 – Montante de Base Ajustado**), os associados do Círculo pronunciaram-se criticamente, ainda que com variantes quanto às propostas concretamente avançadas. Além da indeterminação ou sentido de alguns parágrafos (§§47 e 49), suportando decisões puramente subjetivas (atenta a não indicação de critérios claros de atuação), cumpre assinalar um conjunto de considerações relativamente ao elenco de circunstâncias agravantes e atenuantes. Começando pela enunciação exemplificativa das circunstâncias agravantes (§48), foram assinalados riscos de sobreposição (e, portanto, de desrespeito pela proibição da dupla valoração).

1. Decorrem, em primeira linha, da indeterminação de algumas das circunstâncias (a “*insensibilidade revelada pelos agentes*”) ou de termos mobilizados em outros lugares (o “*grau de sofisticação*” da implementação, referido no §36 como circunstância relevante da Componente Geral da gravidade), potencialmente sobreponíveis a outras circunstâncias elencadas no §48⁸;
2. Acresce, depois, o risco de autonomização de alguns dos fatores-circunstâncias como infrações autónomas, caso em que não poderão - ao contrário do afirmado pela AdC na nota de rodapé 4 -, continuar a ser convocados para efeitos de agravamento da coima (como é o caso da “*recusa em colaborar com a AdC*” avançada como exemplo de “*implementação de medidas de ocultação da prática*”).

No que se refere ao elenco de circunstâncias atenuantes:

⁸ Para além de outros riscos de *duplicação* de critérios-fatores, de que é exemplo a valoração dupla do ‘benefício económico’, quer na Etapa 1 (montante de base), quer na Etapa 3 (determinação concreta) – cf. §§37 e 57.

1. Foi criticada a exclusão (não motivada) do fator relativo ao facto de o comportamento anticoncorrencial ter sido autorizado ou incentivado por entidades públicas ou de regulamentação;
2. Em termos de omissão, foi pelos associados assinalada a vantagem e o mérito da inclusão, no elenco das circunstâncias atenuantes, das ações e comportamentos do visado tendentes à prevenção e correção dos comportamentos potencialmente anticoncorrenciais, nomeadamente através da implementação de programas de *compliance*;
3. Foi, também, sublinhada a necessidade de um esclarecimento transparente, acompanhado da autovinculação clara da AdC, à não valoração do exercício dos direitos de defesa, da não confissão, ou da recusa ou não participação em procedimentos de transação por parte das visadas, como circunstâncias agravantes;
4. Ainda de entre os reptos de clarificação, é de assinalar a densificação da operatividade prática de alguns dos fatores valorados (de que são exemplo (i) a *adoção de ações tendentes à eliminação da prática proibida*, que, podendo implicar uma omissão, se afigura(m) de prova difícil, (ii) o *comportamento do visado na reparação dos prejuízos causados na concorrência*, sendo necessário concretizar e especificar o impacto de indemnizações já pagas a potenciais lesados (em contexto de *private enforcement*) na determinação do montante da coima, e (iii) o que seja a *colaboração prestada à AdC*, para além da colaboração legalmente exigida).

Os pontos relativos à determinação do limite máximo da coima (cf. **4.4.1. Limite máximo**) suscitaram reservas várias por parte dos associados do círculo. Em particular, foi sublinhado o demérito da aplicação (específica) do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (“**RGIMOS**”), para efeitos de assim lograr uma elevação de 13,33% do limite máximo da coima aplicável. Considera-se que, além de contrariar a letra e o espírito da LdC, é este um juízo subsidiário *contra reo* e que, ainda para mais, se revela incoerente, porquanto não é alargado às causas de atenuação especial da coima previstas naquele mesmo diploma.



A propósito da situação económica do visado (cf. **4.4.2. Consideração da situação económica do visado**), coincidem os associados na necessidade de atender à situação financeira desfavorável ou deficitária do visado, não a circunscrevendo aos cenários de incapacidade de pagamento, perigo irremediável para a viabilidade económica com privação de valor dos ativos, ou outros configuradores de insolvência ou quase-insolvência.

Por seu turno, relativamente à avaliação *in concreto*, foi criticado o especial alargamento da análise a sujeitos e a circunstâncias externas à entidade visada, desde o grupo empresarial respetivo aos respetivos detentores de capital e, bem assim, à capacidade de recurso a financiamento bancário ou outro, alargamentos que poderão fazer perigar princípios gerais do direito e, bem assim, encerrar ónus desproporcionais.

Relativamente aos atos processuais (cf. **6. Atos processuais**), afigura-se também consensual a necessidade de não reservar para o momento da adoção da Decisão Final a comunicação do montante concreto estimado da coima. Segundo os associados, este deverá, pelo contrário, encontrar já respaldo na Nota de Ilícitude, seja pela convicção séria que lhe subjaz e que se deverá estender ao montante da coima a aplicar, ou, pelo menos, ao respetivo procedimento e critérios (até por paralelismo com o que se verifica aquando da disponibilização da minuta de uma transação), seja por respeito pelos direitos de defesa e de contraditório dos visados.

CONCLUSÕES

O CAPDC está convicto da justeza das sugestões avançadas pelos seus associados e aqui sumariadas e de que as mesmas contribuirão para reforçar o mérito e a legitimidade da atuação da AdC.

Na sua grande maioria, considera-se que a AdC logrará sem dificuldade, fazendo inclusive eco da sua prática decisória e das interações com diferentes visadas, especificar e concretizar grande parte dos pontos assinalados, em termos conformes com os princípios gerais de direito, os direitos fundamentais das visadas, e, bem assim, com a *ratio* das orientações.



Considera-se ser este, também, momento, senão para acomodar já (textualmente, pelo menos) novos desafios (em particular, o *private enforcement*), promover um debate alargado sobre a relação com o *public enforcement*, em termos garantidos do respeito pelos princípios da proporcionalidade, da segurança jurídica e da boa administração.

O Círculo dos Advogados Portugueses do Direito da Concorrência encontra-se inteiramente disponível para colaborar com a AdC na ultrapassagem de algumas das insuficiências aqui apontadas ao projeto de Linhas de Orientação, mais estando certo de que a AdC saberá encontrar a melhor forma de acomodar as observações aqui sistematizadas.