

Observações da Morais Leitão à Consulta Pública da AdC relativamente ao projeto de termos do procedimento de transação, na sequência da entrada em vigor da Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto

Sumário

I. Introdução.....	2
II. Apreciação na Generalidade	2
III. Apreciação na Especialidade.....	4
Ponto 6	4
Ponto 8	5
Ponto 9	6
Ponto 10	6
Ponto 11	7
Ponto 12	7
Ponto 13	8
Ponto 17	9
Ponto 20	10
IV. Conclusão	10

I. Introdução

O presente documento contém as observações da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados S.P. R.L. (“**Morais Leitão**” ou “**ML**”) à consulta pública promovida e lançada pela Autoridade da Concorrência (“**Autoridade**” ou “**AdC**”), em abril de 2024, relativamente ao projeto de termos do procedimento de transação, conforme previsto nos artigos 22.º e 27.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“**LdC**”), na sequência das alterações à LdC por força da entrada em vigor da Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto (“**Projeto de Procedimento de Transação**”).

O Projeto de Procedimento de Transação vem executar o previsto nos artigos 22.º e 27.º da LdC, e tem por objetivo definir os trâmites adotados pela AdC no âmbito do procedimento de transação na fase de inquérito e de instrução, por forma a assegurar a necessária segurança jurídica e a consequente cooperação entre as partes envolvidas.

A Morais Leitão felicita a AdC pela promoção da consulta e pela elaboração do Projeto de Procedimento de Transação considerando a sua importância enquanto instrumento processual e a necessidade de assegurar previsibilidade e segurança jurídica às partes que pretendem fazer uso desse mesmo procedimento.

Em fidelidade às pronúncias que apresentou por referência ao projeto de Linhas de Orientação sobre a instrução dos processos e sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas, dada a sua relevância e sempre que a manutenção da sua adequação ou utilidade o justifiquem, a Morais Leitão mantém as observações já a propósito tecidas, em momento passado.

II. Apreciação na Generalidade

Na generalidade, o Projeto de Procedimento de Transação acolhe uma interpretação conforme ao que resulta da LdC. Não obstante, atenta a natureza deste Procedimento especial, revela-se necessária a clarificação dos seus trâmites e alcance, de modo a

acautelar a efetiva adesão à transação como meio processual fiável no âmbito de um processo contraordenacional da concorrência.

A transação é um procedimento colaborativo cuja eficácia depende da adesão das empresas-visadas. Para o efeito, estas carecem de garantias adequadas e suficientes quanto às vantagens e consequências do recurso a este procedimento.

Neste contexto, é importante notar que, se a AdC pretende promover adesão ao processo de transação, deve primar por critérios objetivos que assegurem a adequada segurança jurídica aos visados do processo. A segurança jurídica logra-se através da concretização do que é esperado das empresas (nomeadamente, em sede de colaboração e proposta), mas também, da concretização das diferentes dimensões do princípio da boa administração exigidas à AdC e da definição da articulação do procedimento de transação com o procedimento normal (em particular, no contexto de procedimentos híbridos), a que acresce o necessário diálogo entre o *public* e o *private enforcement*.

A exigência de segurança jurídica concretiza-se, em particular, no incentivo da redução da coima, que deve ser superior aos custos em que um visado viria a incorrer no cenário alternativo em que optasse por prosseguir o processo contraordenacional nos seus termos ordinários (não implicando um reconhecimento da infração ou da sua participação ou responsabilidade). Assim, quanto mais clara for a definição da percentagem de redução de coima durante as conversações de transação e que possa basear as expectativas dos visados (presentes e potenciais), tanto mais eficaz se irá revelar. Consideramos que este propósito de transparência quanto aos parâmetros de redução da coima deve ser refletido nas considerações gerais, como princípio transversal aos termos do procedimento de transação, uma vez que a dita redução da coima se revela essencial à adesão a este procedimento processual.

III. Apreciação na Especialidade

Além da apreciação transmitida quanto à generalidade do documento, entende-se que existem pontos que merecem particular destaque, tendo em conta a relevância do esclarecimento de conceitos essenciais à certeza jurídica procurada pelo Projeto de Procedimento de Transação.

As Observações na especialidade seguem, no essencial, a estrutura do documento da Autoridade, identificando, por isso, somente os pontos relativamente aos quais se considera oportuno e adequado tecer comentários.

Ponto 6

Nos termos do procedimento de transação, a AdC pode explorar o interesse dos visados em participar em conversações tendo em vista a apresentação de uma proposta de transação. Para o efeito, deve ser inserido no ponto 6 o prazo previsto no parágrafo 179 das Linhas de Orientação Sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º Lei n.º 19/2012 de 8 de maio e dos artigos 101.º e 102.º do TFEU (“**Linhas de orientação sobre a instrução dos processos**”) de julho de 2023¹.

Nestes termos, a AdC deve notificar os visados para manifestarem, por escrito, e num prazo não inferior a 10 dias, a sua intenção de participar em conversações, o que deve ficar plasmado no Projeto de Procedimento de Transação. Sugere-se ainda, para harmonização com o parágrafo seguinte que, onde se lê: “*explorar o interesse de todos os visados*” se passe a ler: “*explorar o eventual interesse dos visados*”

¹ Em linha com o disposto no artigo 22.º, n.º 1 da LdC.

Ponto 8

Poderá ser relevante, desde logo, deixar claro que a iniciativa do recurso ao procedimento de transação poderá caber ao visado.

A AdC pode rejeitar a proposta de transação apresentada por um visado interessado, sendo que, nessa circunstância, o processo segue os seus trâmites normais nos termos do processo contraordenacional. Tal rejeição parece resultar da i) falta de adequação das conversações ou da proposta de transação, ou, ii) da falta de fundamentação dos termos da proposta de transação, em linha com o disposto no parágrafo 13 do Projeto de Procedimento de Transação e em conformidade com o artigo 22.º, número 7 da LdC.

Em primeiro lugar, sob este enquadramento, consideramos que devem ser identificadas as situações em que a AdC pode proceder à rejeição da proposta de transação, por forma a acautelar a previsibilidade dos resultados esperados e, conseqüentemente, a maior adesão dos visados à transação e a adequação-suficiência das suas propostas.

Em segundo lugar, e no caso de rejeição da proposta de transação, deve ficar expressa a impossibilidade de utilização, direta ou indiretamente, do eventual reconhecimento da existência, participação ou responsabilidade na infração para os efeitos do processo de transação, como elemento de prova no processo contraordenacional.²

Tal contribui para a garantia dos direitos de defesa dos visados, cujo exercício não pode ser impedido ou diminuído pelo acesso, legítimo, a uma fase processual alternativa, prevista pela lei - neste caso, a Transação.

Caso assim não se considerasse, o acesso ao procedimento de Transação implicaria uma potencial desvantagem para os visados que a ela recorram (ao serem

² Conforme decorre da interpretação do § 27 da Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos 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, JO C 167 de 2.7.2008 (“Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação”).

duplamente prejudicados por poderem contribuir para a prova da existência de uma infração ou dos seus aspetos constitutivos e da sua eventual participação ou responsabilidade na mesma, nos termos exigidos pelo procedimento, podendo esse reconhecimento ser simultaneamente utilizado contra si num processo paralelo ou subsequente).

Desta forma, o que se pretende atingir com o procedimento de transação seria esvaziado de sentido, de efeitos e de utilidade, nomeadamente no que diz respeito à economia de recursos, à eficácia e celeridade e à eficiência e promoção do interesse público (através da redução da litigância e do reforço da prevenção geral)³. Em particular, uma vez que os visados iriam, inevitavelmente, optar pelo prosseguimento do procedimento contraordenacional nos seus termos normais, por não pretenderem criar ou aumentar o risco de contingências adicionais ou incrementadas, decorrentes da sua exploração do procedimento de transação.

Ponto 9

Como nota de absoluto pormenor formal, sugere-se a correção da expressão “confere ao visado” por “conferem ao visado” (terceira linha).

Ponto 10

Em relação a este ponto, deve ser incluído o prazo durante o qual devem decorrer as conversações entre a AdC e os visados, conforme previsto no parágrafo 183 das Linhas de orientação sobre a instrução dos processos.

Assim, as conversações deverão decorrer num prazo não superior a 15 dias úteis. Se a AdC entender que o procedimento de transação deve continuar, deverá fixar um

³ Conforme estabelecido pelo parágrafo 1 do presente Projeto de Procedimento de Transação.

prazo não inferior a 10 dias úteis para que o visado apresente por escrito a sua proposta de transação.

Ponto 11

De igual forma, deve ser inserido o prazo estipulado no parágrafo 181 das Linhas de orientação sobre a instrução dos processos para o início das conversações, que corresponde a um prazo não inferior a 10 dias úteis.

Adicionalmente, no âmbito da comunicação pela AdC ao visado sobre os factos que lhe são imputados, bem como os meios de prova, a qualificação jurídica, a gravidade, a duração da prática e os critérios a observar na determinação da sanção, incluindo o intervalo da coima a aplicar, entende-se que deve ser densificada a comunicação dos meios de prova.

Nesta medida, consideramos que o ponto 11 deve ser concretizado no sentido de ser concedido o acesso às versões não confidenciais de qualquer documento acessível que conste do processo, quando tal acesso seja justificado ou se revele necessário. Para o efeito, deve ser fornecida aos visados uma lista de todos os documentos acessíveis constantes do processo nessa data.

Este entendimento vem em conformidade com o parágrafo 16 da Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação, e que densifica os direitos de defesa dos visados, especialmente quanto aos factos que lhe são imputados, e cuja transparência se revela essencial para a boa condução das conversações de transação.

Ponto 12

Uma vez concluídas as conversações, deve ser apresentada uma proposta de transação num prazo não superior a 10 dias úteis, conforme vem previsto no parágrafo 183 das Linhas de orientação sobre a instrução dos processos.

Deste modo, o ponto 12 deve refletir este prazo em conformidade com as Linhas de orientação sobre a instrução dos processos.

Sugere-se ainda que a expressão “*o reconhecimento ou a renúncia*” seja substituída por “*o reconhecimento e/ou a renúncia*”.

Sendo a confidencialidade do procedimento de transação um fator decisivo para incentivar o uso deste mecanismo, sugere-se inserir no ponto 12 (ou em ponto autónomo que se siga a este) a menção de que as propostas de transação são confidenciais, não sendo acessíveis a terceiros, nos termos dos artigos 22.º, n.º 17 e 27.º, n.º 15 da Lei da Concorrência, e do artigo 14.º, n.º 5, al. b) da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho (“*Lei do Private Enforcement*”).

Ponto 13

Depois de recebida a proposta de transação, a AdC pode rejeitá-la ou, alternativamente, aceitá-la, o que levanta três questões:

Em primeiro lugar, quanto à rejeição da proposta de transação, não é claro se a falta de fundamento é o único motivo para a sua rejeição por parte da AdC. Se este entendimento não se confirmar, devem ficar concretizados os outros motivos de rejeição, conforme já refletido no ponto 8.

Em segundo lugar, não fica claro se a rejeição da proposta de transação implica inevitavelmente a impossibilidade da apresentação subsequente de uma segunda proposta, ou se, ao invés, a rejeição permite ou convida à apresentação de uma nova proposta alternativa que acolha e altere os motivos da AdC que levaram à rejeição da proposta inicial. Deve, por isso, ficar exposto se a rejeição implica, obrigatoriamente, a continuação do processo nos termos do processo contraordenacional, ou se pode dar lugar à apresentação de uma proposta de transação alternativa.

Por fim, no cenário em que a AdC aceita a proposta de transação comunicada pelo visado e, conseqüentemente, apresenta uma minuta de transação, esta minuta deve ser “*compatível com as condições da transação bilateralmente discutidas com o mesmo*”, conforme a formulação adotada no ponto 13. Para o efeito, entendemos que esta formulação deve ser densificada com a introdução do seguinte: “*para que se considere*

que uma decisão final reflète as propostas de transação, não deverá aplicar uma coima que exceda o montante máximo indicado nessas propostas.”⁴

Ponto 14

Conforme previsto no parágrafo 188 das Linhas de orientação sobre a instrução dos processos, deve ser refletido o prazo não inferior a 10 dias úteis que o visado tem para confirmar a aceitação da minuta de transação.

De modo a refletir o teor das conversações e a colaboração entre as partes, entendemos que deve ser adicionada a seguinte formulação no final do ponto 14: *“conforme discutido nas conversações de transação.”*

Ponto 17

O ponto 17 refere-se à conclusão da transação mediante a confirmação do visado e o pagamento integral ou faseado da coima.

Quanto à confirmação pelo visado, entendemos que deve ser concedida a possibilidade de este fazer comentários à minuta de transação apresentada pela AdC. Uma vez que a natureza do procedimento de transação é colaborativa, deve ser materializada a possibilidade de intervenção do visado na fase final do procedimento de transação. Ainda que não recaia sobre a AdC a obrigação de aceitar os comentários (ou a obrigação do visado de os formular), o desfecho do procedimento deve resultar dos contributos de ambas as partes.

Este entendimento aplica-se, também, à formulação do ponto 14, em que deve ser contemplada uma fase posterior à notificação da minuta de transação, com a possibilidade de introdução de comentários pelo visado, e anterior à decisão final condenatória.

⁴ Formulação adotada pela Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação, § 22.

Ponto 20

Nesta fase terminal do procedimento, a não aceitação ou declaração de ineficácia, pela AdC, da confirmação da minuta de transação deverá ser fundamentada e baseada em motivos ponderosos e excepcionais.

Sugere-se por isso que se inclua a necessidade de fundamentação da recusa e, bem assim, que se restrinja esta possibilidade aos casos em que a confirmação da minuta se revele impeditiva da prossecução dos objetivos do procedimento ou geradora de forte incerteza ou insegurança jurídica.

Ainda no que respeita à confidencialidade do procedimento de transação, sugere-se inserir, por exemplo em ponto autónomo que se siga ao ponto 20, que, após a convalidação da minuta de transação em decisão final condenatória, a AdC consulta o visado destinatário de tal decisão na preparação da versão não confidencial da decisão, tomando em conta os seus comentários na versão não confidencial da decisão que seja publicada no site Internet da AdC.

IV. Conclusão

A Morais Leitão pretende dar o seu contributo para a melhoria do Projeto de Procedimento de Transação, no sentido de criar maior clareza, transparência e objetividade dos trâmites do procedimento de transação.

O objetivo destas Observações é, portanto, o de colaborar no sentido de uma maior certeza jurídica, verificável posteriormente na prática desta Autoridade, só assim se garantindo o respeito pelos direitos das empresas e dos cidadãos e se promovendo a utilização eficiente e mutuamente satisfatória deste procedimento, com as vantagens que se lhe reconhecem.

17 de junho de 2024

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