

O REGIME JURÍDICO DA CLEMÊNCIA NA NOVA LEI DA CONCORRÊNCIA: NOVAS VALÊNCIAS, NOVOS DESAFIOS

*Fernando Xarepe Silveiro**

ABSTRACT: The new legal framework for competition foreseen in Law No. 19/2012 substantially changed the Portuguese leniency program for competition law infringements dating from 2006. This paper aims at understanding the evolution of leniency programs that inspired the various solutions approved in 2012, which are more attractive and transparent. At the same time, the paper identifies some of the challenges faced by the legal and business community to make it a useful and successful tool for an effective competition policy based on public enforcement.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Considerandos gerais. 2. Conceito e génese dos regimes de clemência. 3. Os objetivos dos programas de clemência. 4. Evolução dos programas de clemência. 5. Os regimes jurídicos de clemência no direito da concorrência em Portugal. 6. Âmbito de aplicação. 7. Modalidades de clemência. 7.1. Dispensa da coima. 7.2. Redução da coima. 8. Documentação confidencial. 9. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante também designado “LdC”), revogou o “regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contraordenação por infração às normas nacionais de concorrência” aprovado pela Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto. Fê-lo, também, através de uma alteração sistemática, importando para o conjunto de regras que constituem o regime jurídico

* Diretor-Adjunto do Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da inteira responsabilidade do autor e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência.

da concorrência o subconjunto das que compõem o instituto da dispensa e da redução da coima no ordenamento jusconcorrencial português. À comparação entre o “regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contraordenação por infração às normas nacionais de concorrência”, que vinha da Lei n.º 39/2006 (doravante também referido como *primeiro regime de clemência*), e o regime dos artigos 75.º a 82.º da LdC (*novo regime de clemência*) dedicaremos a segunda parte deste nosso texto.

Antes, porém, teceremos algumas considerações sobre os regimes de clemência, sua origem e a evolução que sofreram nos enquadramentos jusconcorrenciais de ordenamentos jurídicos de outros países (europeus, essencialmente), que permitirão antever e justificar as soluções consagradas em Portugal em 2006 e, depois, em 2012.

Os programas de clemência fazem parte do nosso direito positivo¹ (nacional e da União Europeia) a par de outros instrumentos utilizados, como o procedimento de transação e a possibilidade de se finalizarem processos através de compromissos propostos pelas empresas e aceites pelas autoridades de concorrência. Isto, por si só, basta-nos para, nesta sede, deixar de lado o debate sobre a moralidade de um sistema que beneficia o delator, discussão muito acesa nos países latinos².

1. CONSIDERANDOS GERAIS

O novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, dedica o capítulo VIII à *dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência*, repartindo, entre os artigos 75.º e 82.º, o núcleo da regulamentação dos contornos do novo regime de clemência no Direito da Concorrência e das figuras nele ínsitas: (i) a dispensa de coima; e (ii) as reduções de coimas, em ambos os casos por processos de contraordenação que tenham por objeto acordos ou práticas concertadas entre duas ou mais empresas concorrentes proibidos pelo artigo 9.º e, se aplicável, pelo artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Este capítulo corresponde, em parte, ao conjunto normativo da Lei n.º 39/2006, que estabeleceu o aí denominado “regime jurídico da dispensa e da

1 Apesar de pouco estudados doutrinariamente entre nós, em parte também pela juventude destes instrumentos e pela sua pouca aplicação prática. São exceção, entre poucos, Silva, 2011: 41-42, e Serzedelo, 2007: 83 ss.

2 O próprio regime de clemência da União Europeia não esteve, no seu início, isento de críticas, cf. Moreira, 2007: 79-80.

atenuação especial da coima em processos de contraordenação por infração às normas nacionais de concorrência”. Este diploma foi revogado com a entrada em vigor da LdC (artigo 99.º, n.º 2).

O Capítulo VIII da LdC divide-se em três secções, sendo a primeira de *disposições gerais*, a segunda de *requisitos* e a terceira de *procedimento e decisão*.

2. CONCEITO E GÉNESE DOS REGIMES DE CLEMÊNCIA

No presente texto usamos as expressões *regime de clemência* e *programa de clemência* para identificar o conjunto de regras e princípios, substantivos e procedimentais, quer tenham ou não autonomia sistemática³, que oferecem imunidade total ou redução das sanções que, de outro modo, seriam impostas a um participante num cartel, em troca da revelação voluntária de informações sobre o cartel que satisfaçam critérios específicos, antes ou durante a fase de investigação. Estas expressões abrangem também o quadro definido pela “Comunicação relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis”⁴. Escapam ao seu âmbito as reduções de coimas concedidas por outros motivos, mormente os de colaboração entre as empresas e as autoridades de concorrência⁵.

A expressão equivalente à tradução direta de clemência aparece referida em alguns ordenamentos jusconcorrenciais da União Europeia. Encontramos *clemencia* no programa espanhol; no italiano *clemenza* e *leniency*; no francês *clémence*. Pelo contrário, no programa de clemência alemão, apesar de a expressão ser conhecida do direito penal, optou-se pelo uso da expressão “regulamento de recompensa” (*Bonusregelung*)⁶. Na *Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*, de 2006 (doravante “programa de clemência da União Europeia de 2006”), encontramos, na versão inglesa, *leniency*, mas na versão

3 Abrange quer regimes de clemência em sentido restrito, quer comunicações interpretativas e orientadoras da aplicação de normas de concorrência por parte das autoridades de concorrência, como, por exemplo, linhas orientadoras para o cálculo do montante das coimas, que contemplem um tratamento favorável para aqueles que hajam denunciado um cartel e assumido a sua participação nele.

4 Publicada no JO C 298, de 8.12.2006, pp. 17-22.

5 Por facilidade de exposição fazemos coincidir os contornos destes termos com os constantes da Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, publicada no JO C 101, de 27.4.2004, pp. 43-53 (p. 52, nota 14) e adotados no Programa Modelo de Clemência ECN disponível em http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

6 Cf. *Bekanntmachung Nr. 9/2006, über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung* – de 7 de março. Cf., também, Franco, 2009: 49 ss.

portuguesa do jornal oficial a terminologia oscila entre *clemência e imunidade ou redução de coimas*.

Na Lei n.º 39/2006 e na LdC o instituto mereceu a designação de *regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contraordenação por infração às normas nacionais de concorrência e dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência*, respetivamente. Não encontramos qualquer apelo à expressão *clemência* em qualquer dos diplomas.

A *ratio* dos programas de clemência assenta, por um lado, na eficácia que os mesmos proporcionam enquanto instrumento ao serviço do objetivo do “combate” a acordos e práticas concertadas, que são, pela sua própria natureza, secretos ou do conhecimento apenas dos seus intervenientes⁷, e, por outro lado, na eficiência que trazem ao permitirem melhores resultados nessa luta a “custos” muito menores⁸.

3. OS OBJETIVOS DOS PROGRAMAS DE CLEMÊNCIA

Um programa de clemência terá sempre objetivos repressivos e preventivos. Entre os primeiros contam-se aqueles que, por via da revelação por parte de um participante num cartel, permitem às autoridades de concorrência aumentar a deteção de cartéis, uma vez que deverão diminuir as diligências de investigação e de recolha da prova (esta será entregue com a apresentação do requerimento de clemência)⁹. A fase da investigação, por via disso, deverá ter menor duração e a prova obtida será, muito provavelmente, mais robusta para futuras análises judiciais. Entre os segundos conta-se o efeito dissuasor que um programa de clemência causa nos comportamentos colusivos de longo prazo, pois introduz mais um fator gerador de instabilidade nos cartéis¹⁰.

O instituto de clemência inverte a relação de forças que existe entre as empresas e as autoridades de concorrência quanto à repartição do ónus da

7 As razões para a aplicação da clemência apenas aos cartéis, ainda que de forma sucinta, encontramos-as em Jenny, 2005: 38.

8 Cf. Chaput, 2005: 19-28. A doutrina apresenta a estimativa de 15% como a probabilidade de se descobrir cartéis antes da existência de programas de clemência, Bryan & Eckard, *apud* Connor, 2011: 27.

9 A clemência vista pelo prisma de método de recolha de informação e de prova encontramos-a descrita em Wils, 2007: 9-10. O mesmo autor destaca ainda que a clemência não deve ser um método substituto mas complementar dos outros métodos de recolha de informação e de prova de infrações jusconcorrenciais, *ob. cit.*, *loc. cit.*

10 Cf. Lévêque, 2006: 35.

prova da infração. Frédéric Jenny (2005: 38) destaca que os programas de clemência se apresentam, por esta razão, como um meio através do qual o valor da prova obtida é mais importante e a sua regularidade menos questionável do que se a mesma tivesse sido obtida pelas autoridades de concorrência no quadro da sua atividade de investigação. A prova e os meios de prova são fornecidos pelos requerentes de clemência, o que permite evitar numerosos problemas associados aos procedimentos de investigação; mais ainda quando as provas devem ser completas para que a proteção ao abrigo dos programas de clemência possa ser concedida. Assim, esta técnica de recolha dos elementos de prova permite aumentar a probabilidade de condenação nos casos em que se detete uma violação da lei.

O primeiro programa de clemência conhecido no direito da concorrência data de finais da década de 70 do século passado e nasceu nos Estados Unidos.

A transição de finais dos anos 70 entre o pensamento intervencionista preconizado pela Escola de Harvard e a Escola de Chicago¹¹, avessa à regulação pelas autoridades de concorrência, acusada de ser a causadora da perda de competitividade da economia americana face às outras economias ocidentais, marcou um período de intensa desregulamentação e de “recentragem da política de concorrência americana na luta contra os cartéis”¹².

É neste momento de recentragem, caracterizado paradoxalmente por um fenómeno de aligeiramento geral das regras de concorrência simultâneo ao endurecimento do combate das autoridades aos cartéis, que foi anunciado o programa de clemência americano de 1978, com o objetivo de proporcionar um tratamento mais condescendente para as empresas que denunciasses um cartel em violação ao *Sherman Act*, e, simultaneamente, reconhecessem a sua participação no mesmo.

Este primeiro programa de clemência americano conheceu um sucesso diminuto. Para tal terá contribuído, sobretudo, o facto de o benefício da clemência não ser de atribuição automática, motivo pelo qual ficavam as empresas expostas a serem visadas por uma investigação após revelarem a sua participação em determinado cartel e não lhe tendo a *Antitrust Division of the*

11 Impulsionada com o início da administração de Ronald Reagan, em 1980.

12 Cf. Desbrosse, 2010: 217 e Souty, 2006: 28-29.

Department of Justice (DoJ) concedido proteção ao abrigo do programa de clemência¹³.

Em 1993, através de uma profunda reforma do programa de 1978, foi criado o segundo programa americano de clemência, que se viria a revelar como um mecanismo de grande eficácia no combate aos cartéis¹⁴. O sucesso deste programa assentou em três linhas fundamentais: (i) a imunidade é concedida automaticamente nas situações em que o requerimento de clemência é entregue quando não havia investigação iniciada; (ii) a imunidade pode ainda estar disponível nas situações em que a cooperação começa após a investigação ter sido aberta; e (iii) administradores, diretores e trabalhadores que cooperem ficam salvaguardados de ações penais contra si movidas pela participação nesse cartel.

Como resultado destas mudanças, o programa de clemência americano tornou-se o mecanismo mais eficaz de combate aos cartéis, mesmo de cartéis internacionais. Para além disso serviu de inspiração, direta e indireta, à grande maioria dos programas de clemência existentes em todo o mundo¹⁵.

É no encalce deste sucesso que, em 1996, entra em vigor o primeiro programa de clemência da União Europeia, divulgado através da “Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas”¹⁶, a que se seguiram os

13 Em 14 anos apenas 17 empresas solicitaram proteção ao abrigo do programa de clemência de 1978, cf. Desbrosse, 2010: 214, nota 18.

14 Tendo sido posto em prática através da publicação de linhas orientadoras, proporcionou uma média superior a 20 casos por ano de empresas que se socorreram dos mecanismos que o programa disponibilizava. Cf. *Fighting Hard-Core Cartels. Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, OCDE, 2002: 7.

15 Cf. Desbrosse, 2010: 219, Griffin, 2003: 5 e Yon, 2004: 102-107. Sobre as alterações mais recentes cf. Hammond, 2009.

16 Publicado no JO C 207, de 18.7.1996, pp. 4-6. Billiet, 2009: 14, destaca a impossibilidade de obtenção de imunidade como um fraco incentivo para a adesão das empresas a este programa de clemência. Sobre a eficácia e o impacto deste programa, evolução do número de casos detetados, montante das coimas aplicadas antes e depois da sua aprovação, cf. as interessantes conclusões de Brenner, 2009: 641 e Moreira, 2007: 81.

programas de clemência de alguns dos Estados membros, como o Reino Unido (1998)¹⁷, a Alemanha (2000)¹⁸ e a França (2001)¹⁹⁻²⁰.

A União Europeia viria a alterar o seu programa de clemência pela primeira vez em 2002²¹, alterando-o, de novo, em 2006²². A alteração de 2006, ao contrário da de 2002²³, viria a revelar-se um enorme sucesso enquanto instrumento de combate aos cartéis por parte da Comissão, com reflexo nos montantes de coimas aplicadas²⁴.

No seio da União Europeia este quadro viria a alterar-se profundamente com a aprovação e entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado²⁵. A opção pela descentralização na aplicação do direito da concorrência da União Europeia assumida no Regulamento n.º 1/2003, estimulou,

17 Este programa viria a implementar-se através da aprovação de linhas de orientação relativas ao cálculo do montante das coimas.

18 Através de comunicação em que divulgava as linhas de orientação relativas ao cálculo das coimas (Communication no. 68/2000).

19 O regime de clemência francês adveio pela aprovação da Lei sobre as novas regulamentações económicas (Loi n.º 2001-420, de 15.5.2001) e pela alteração dos artigos que fixavam as condições de aplicação do livro IV do Code du commerce relativo à liberalização de preços e à concorrência (art. 73.º do Décret n.º 2002-689, de 30.4.2002).

20 Mais informação sobre a evolução dos regimes de clemência no seio dos Estados membros da União, neste período, encontramos-la em Idot, 2005: 363-379.

21 Pela Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, publicada no JO C 045, de 19.2.2002, pp. 3-5. Sobre a aplicação deste programa, com dados sobre os casos em que a Comissão decidiu pedidos de clemência, com indicação de imunidade ou de redução atribuídas, e posterior apreciação pelos tribunais, cf. Dewaele, 2011: 1-31. Dados sobre casos em que a Comissão aplicou os programas de 1996 e de 2002, com imunidade, reduções e comparações ano a ano, encontramos-los em Bloom, 2006: 548-553.

22 JO C 298, de 8.12.2006, pp. 17-22.

23 Embora o então Diretor-Geral da DG COMP, referindo-se ao programa de clemência de 2002, mencionasse que para um período inferior a 4 anos a Comissão tenha recebido, ao abrigo do programa de 2002, 167 pedidos de clemência contra os 80 recebidos em 6 anos de vigência do programa de 1996, cf. Lowe, 2006: 74.

24 Sobre as alterações do programa de 2002 para o de 2006 *vide*, entre muitos, Billiet, 2009: 14-21 e Walsh, 2009: 30-35. Os dados estatísticos apresentados por este último autor são disso exemplo: 3 400 milhões de euros em coimas aplicadas pela Comissão em 2007, contra 390 milhões em 2004. Walsh assume que o efeito persuasivo do programa de clemência, conjugado com o efeito dissuasor de severas coimas aplicadas, proporcionaram à Comissão o período de maior sucesso do seu enquadramento jurídico da concorrência no combate aos cartéis, p. 30. Sobre os pressupostos fundamentais de que depende o sucesso do instituto de clemência, cf. Moreira, 2007: 77-78. Sobre a comparação entre o programa da UE e dos Estados Unidos, cf. Zingales, 2008.

25 Regulamento n.º 1/2003, do Conselho, de 16.12.2002, publicado no JO L 1, de 4.1.2003, pp. 1-27.

para o tema sobre que agora escrevemos, a proliferação de programas de clemência nos Estados membros²⁶.

Esta multiplicação de programas de clemência nacionais²⁷, por um lado, e a existência de competências paralelas entre as autoridades de concorrência dos Estados membros e a Comissão na aplicação do direito da concorrência da União Europeia, por outro lado, gerou o embrião de um ensaio harmonizador de um programa de clemência para todo o território da União Europeia: referimo-nos ao programa modelo de clemência da *European Competition Network*²⁸ (doravante apenas “programa modelo de clemência ECN”), aprovado em 2006²⁹, que visa incentivar a existência de regras mínimas comuns³⁰, simplificando expressivamente as tarefas daquelas empresas que solicitem

26 Contemporânea é também a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede europeia de autoridades de concorrência (doravante “ECN”), publicada no JO C 101, de 27.4.2004, pp. 43-53, onde se refere que a “rede formada pelas autoridades responsáveis em matéria de concorrência deverá assegurar uma repartição eficiente do trabalho e uma aplicação eficaz e coerente das regras comunitárias de concorrência”. Nos termos desta comunicação as autoridades de concorrência trocam informações, inclusive sobre processos que se tenham iniciado ao abrigo de programas nacionais de clemência (cf. parágrafos 37 a 42).

27 Atualmente na União Europeia há 27 programas de clemência. Malta é a exceção.

28 *European Competition Network*. A rede europeia de autoridades de concorrência é composta pelas autoridades de concorrência dos 27 Estados membros e pela Comissão.

29 Adotado em 29.9.2006 pelos membros da ECN como resposta à necessidade de incremento de eficácia dos programas de clemência e para simplificar a tarefa das empresas e autoridades de concorrência nos casos de requerimentos de clemência a apresentar perante mais que uma jurisdição. O programa modelo de clemência ECN resultou de reflexões de um grupo de trabalho constituído no âmbito da rede e que durou mais de 12 meses (cf. Gauer & Jaspers, 2007: 35). O Regulamento n.º 1/2003, baseado num sistema de competências paralelas através do qual as autoridades nacionais de concorrência são competentes para aplicar aos processos individuais os artigos 101.º e 102.º do Tratado, ao mesmo tempo que a Comissão mantém essa competência, introduziu como consequência lógica que vários programas nacionais de clemência poderão ser aplicáveis a um mesmo caso, sendo que as empresas que se queiram acolher à clemência necessitarão de apresentar tantos requerimentos quantos as autoridades potencialmente competentes para o caso. O objetivo do programa modelo de clemência ECN é assegurar que os potenciais requerentes de clemência não se sintam desencorajados de submeter pedidos nesse sentido por força das discrepâncias entre programas nacionais de clemência no seio da União Europeia. Para além de destacar que apenas com a uniformização de todos os programas de clemência dentro da União Europeia tal desiderato é possível, o programa modelo pretende aligeirar os requisitos associados a múltiplos pedidos nos casos em que a Comissão esteja particularmente bem posicionada para a instrução do processo, através da introdução de pedidos sumários e uniformes de clemência. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

30 Inspirando os programas nacionais de cada Estado membro, inclusive aqueles cujos procedimentos de alteração já se haviam iniciado. *Vide*, neste sentido, as alterações aos programas alemão e do Reino Unido, ambos de 2006, francês de 2007, italiano de 2007 (alterado de novo em 2010) e espanhol de 2007 (cf. Idot, 2007: 90).

clemência em simultâneo junto de múltiplas autoridades nacionais de concorrência ou da Comissão³¹⁻³².

É este o contexto em que aparece, com a Lei n.º 39/2006, o primeiro regime de clemência no direito português da concorrência.

4. EVOLUÇÃO DOS PROGRAMAS DE CLEMÊNCIA

Os programas de clemência no direito da concorrência foram evoluindo com o sucesso (e o insucesso) que foi tendo a aplicação das sucessivas versões que apresentaram.

Na doutrina encontramos os programas de clemência sistematizados em três gerações³³.

Os programas de clemência de primeira geração caracterizavam-se pela sua baixa atratividade, por se mostrarem muito rígidos e demasiado apegados ao momento em que as empresas apresentavam os elementos às autoridades. Processualmente estes programas apresentavam o inconveniente de o requerente de clemência ter que esperar pela decisão final da autoridade de concorrência, do processo, para saber se lhe havia sido atribuída imunidade ou redução de coima (e, neste caso, em que grau). Laurence Idot (2005: 370) dá como exemplos de programas de primeira geração o 1.º programa da União Europeia (de 1996), o programa de clemência alemão (2000) e o francês (2001).

Já os programas de clemência de segunda geração³⁴ identificavam-se por adotarem os princípios elencados em setembro de 2001 pela ECA³⁵. Os objetivos prosseguidos passavam por melhorar a eficácia dos programas de clemência na deteção de cartéis e a introdução de maior segurança jurídica em benefício das empresas que recorressem à clemência. Substancialmente

31 Exemplo dessa simplificação encontramos-lo nos pontos 22 e seguintes do programa modelo de clemência ECN com a previsão de requerimentos de clemência apresentados de forma sumária em determinadas circunstâncias. Estes requerimentos sumários não se confundem, contudo, com a regra do *balcão único*.

32 Cf. Bloom, 2006: 553. Defendendo que em muito se incrementaria a atratividade dos programas de clemência existentes, se fosse implementada a regra do *balcão único* (*one-stop-shop*), ao nível da União Europeia, com o reconhecimento por parte de todas as autoridades nacionais de concorrência de um pedido apresentado perante uma delas, cf. Schawb & Steinle, 2008: 531.

33 Idot, 2005: 370.

34 Idot, 2005: 371.

35 Disponível na página eletrónica da Autoridade da Concorrência em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Sistemas_da_Concorrenca/Sistema_Europeu_da_Concorrenca/Associacao_de_Autoridades_de_Concorrenca_Europeias_ECA/Documents/ÉCA_principles_for_Leniency_Programmes.pdf.

reconhecia-se que um programa de clemência não funcionava numa lógica de “tudo ou nada”. Assim nos programas de clemência de segunda geração permitia-se que mais que uma empresa obtivesse imunidade, embora com maior probabilidade e segurança para a que se apresenta em primeiro lugar perante as autoridades.

Entre os programas desta geração encontramos o 2.º programa da União Europeia (de 2002) e o programa de clemência do Reino Unido (de 1998, com as alterações que sofreu em 2000 e 2002). No programa de clemência da União Europeia e no programa de clemência do Reino Unido estão previstas duas situações de imunidade: a imunidade é atribuída quando a confissão é feita antes de haver qualquer ato de investigação da autoridade de concorrência; a imunidade é ainda possível se a empresa trazer elementos e provas que permitam verificar a existência de uma infração mesmo que estes elementos e provas tenham sido trazidos após a investigação da autoridade de concorrência. Neste caso a decisão sobre a imunidade depende, no Reino Unido, da discricionariedade do *Office of Fair Trading* (doravante, “OFT”).

No plano processual o objetivo destes programas passava por introduzir maior segurança jurídica em benefício das empresas que recorriam à clemência. No programa do Reino Unido as empresas obtinham do OFT, após a confirmação de que preenchem os requisitos, uma *non-action letter*, que impedia o OFT de as demandar por esse cartel.

Como programas de clemência de terceira geração encontramos todos aqueles que aparecem no decurso da preparação do programa modelo de clemência ECN (Alemanha e Reino Unido, ambos de 2006) ou após a sua aprovação (3.º programa de clemência da União Europeia, França, Espanha, Itália e Portugal). Estes programas têm em comum o procurar a harmonização entre os diversos programas nacionais, por um lado, e entre estes e o programa de clemência da União Europeia de 2006, por outro lado³⁶.

Para alguns autores, a existência, em simultâneo, da descentralização na aplicação do direito da concorrência da União Europeia, acompanhada da tendência harmonizadora dos regimes nacionais, conferirá à política de concorrência da União Europeia um nível de eficácia próximo da que encontramos no direito norte-americano³⁷.

36 Sobre o âmbito da convergência, cf. Idot, 2007: 92 ss.

37 Desbrosse, 2010: 226.

Recordemos que o programa modelo de clemência ECN nascera com o objetivo de evitar que as diferenças entre os regimes de clemência nos Estados membros da União Europeia fossem geradoras de desincentivos na hora de apresentar pedidos de clemência.

5. OS REGIMES JURÍDICOS DE CLEMÊNCIA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL

A comparação da Lei n.º 39/2006 com o Capítulo VIII da LdC permite-nos perceber as semelhanças e diferenças entre ambos os regimes de clemência. Tentaremos, sempre que possível, perscrutar a fonte em que o novo regime de clemência se inspirou.

Um primeiro pormenor que muda é o abandono, na identificação do regime, da expressão “regime jurídico da dispensa e atenuação especial da coima” substituída pela mais intuitiva e rigorosa “dispensa ou redução da coima”.

Mais intuitiva pois, substancialmente, o que se encontra na LdC (e encontrava no primeiro regime de clemência, para o que basta atentarmos no que dispunham os artigos 5.º, n.º 2 e 6.º, n.º 2, da Lei n.º 39/2006) é uma redução de coima, cujos critérios determinativos do nível concreto de redução se encontram depois elencados.

A expressão “redução da coima” presente na LdC é, a seu tempo, também mais rigorosa. Ao definir nos n.ºs 2 e 3 do artigo 78.º os diversos critérios relevantes para a determinação do nível de redução da coima a mesma é, cremos, autossuficiente, ao invés da opção por *atenuação especial* que sempre criaria no intérprete a dúvida sobre a necessidade de recurso aos conceitos, contornos e critérios presentes no Direito Penal para a atenuação especial da pena para densificar a atenuação especial da coima.

6. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O artigo 75.º da LdC tem como novidade a clarificação de que o programa de clemência português apenas se aplica aos cartéis e práticas concertadas, quer uns, quer outras, entre empresas concorrentes.

Não era assim na Lei n.º 39/2006, em que, pelo uso da expressão “acordos e práticas concertadas entre empresas”, se deixava antever que o programa de clemência também seria aplicável, entre outros, aos acordos entre empresas que se traduzissem em restrições verticais.

A opção por restringir o âmbito da clemência aos acordos horizontais³⁸ é também a que consta do programa modelo de clemência ECN³⁹. Olívia Franco (2009: 55) menciona como tendo o mesmo âmbito de aplicação os regimes alemão, francês, espanhol e italiano. Já o programa de clemência do Reino Unido abrange também as restrições verticais sempre que estas respeitem à fixação de preços e facilitem a colusão horizontal⁴⁰.

No novo regime de clemência da LdC não se replica a expressão “cartéis secretos” utilizada no programa modelo de clemência ECN. Parece-nos uma boa opção, essencialmente por duas ordens de razões: a primeira radica no facto de a expressão *cartel secreto* ser, muitas vezes, dúbia, geradora de múltiplas interpretações, o que só por si justificaria o seu afastamento num regime jurídico que deve oferecer aos seus utilizadores um mecanismo seguro na conceção e transparente na aplicação⁴¹. Para a segunda razão concorre o facto de, apesar de o dispositivo português se ter nele inspirado (e o respeitar), o programa modelo de clemência ECN permitir que as autoridades nacionais de concorrência adotem programas de clemência que sejam, em si mesmos, mais favoráveis para as empresas que a eles se pretendam acolher do que o regime preconizado no programa modelo⁴².

A redação do artigo 75.º inova ao elencar os comportamentos que serão, em abstrato, elegíveis para beneficiar do programa de clemência. Fá-lo com recurso à enumeração exemplificativa de comportamentos anticoncorrenciais. A enumeração presente na redação dada ao artigo 75.º aproxima-se muito da que consta da Recomendação do Conselho da OCDE de 1998

38 Razões para a exclusão, entre outras situações, das restrições verticais, encontramos-las em Jenny, 2005: 38.

39 Ponto 4.

40 Cf. pontos 9.11 a 9.14 de *Leniency and no-action, OFT's guidance note on the handling of applications*, de dezembro de 2008 (OFT803), com destaque para o ponto 9.13: “Where vertical behavior might be said to be facilitating horizontal cartel activity, leniency is available in principle, as a facilitator can be a party to the cartel activity and as a result be exposed to significant sanctions”. Cf., também, Franco, 2009: 55.

41 Seguimos, nesta posição, Lemaire, 2009: 171, que reforça ainda a sua opinião baseando-se na opção de o próprio programa modelo de clemência ECN nada dizer sobre a noção de *cartel secreto*. A expressão *cartéis secretos* do programa modelo de clemência ECN consta, contudo, do programa de clemência da União Europeia de 2006. A expressão já advinha da Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas, de 1996 (aí como *acordos secretos*) bem como da Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, de 2002 (*cartéis secretos*).

42 Vide ponto 3 do programa modelo de clemência ECN.

sobre o combate efetivo aos cartéis *hard core*⁴³. Por esse motivo parece-nos difícil que se possa incluir no seu âmbito objetivo comportamentos que não se reconduzam ao que doutrinariamente se identifica como cartéis *hard core*.

O artigo 75.º foi buscar a sua redação ao ponto 4 do programa modelo de clemência ECN⁴⁴, que, por sua vez, inspirara o ponto 1 do programa de clemência da União Europeia de 2006⁴⁵.

No que respeita ao universo dos potenciais beneficiários do novo regime de clemência as alterações introduzidas são de mera harmonização com as transformações que o regime da “responsabilidade” sofreu da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, para a LdC.

Como no artigo 73.º, n.º 6, da LdC passaram a constar do universo dos possíveis responsáveis, para além dos titulares dos órgãos de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas⁴⁶, também aqueles que sejam responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma contraordenação – quando estejam em causa infrações cometidas em nome e no interesse coletivo ou quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infração, não adotem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente –, a alínea *b*) do artigo 76.º estende a estes a possibilidade de se abrigarem à dispensa ou redução de coima.

7. MODALIDADES DE CLEMÊNCIA

É no âmbito das modalidades de clemência (dispensa e redução da coima) que se encontram algumas das maiores novidades que, cremos, poderão ser

43 É a seguinte a definição que consta do ponto A. 2. da Recomendação OCDE: “a ‘hard core cartel’ is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce”.

44 Que, com a epígrafe *Scope of the programme*, preconiza: “The ECN Model Programme concerns secret cartels, in particular agreements and/or concerted practices between two or more competitors aimed at restricting competition through the fixing of purchase or selling prices, the allocation of production or sales quotas or the sharing of markets including bid-rigging”.

45 É o seguinte o teor desse ponto: “A presente comunicação define um quadro que permite recompensar, no que se refere à sua cooperação no âmbito da investigação da Comissão, as empresas que participam ou participaram em cartéis secretos que afetem a Comunidade. Os cartéis consistem em acordos e/ou práticas concertadas entre dois ou mais concorrentes que têm por objetivo coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado e/ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência através de práticas como a fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, a atribuição de quotas de produção ou de venda, a repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, a restrição das importações ou exportações e/ou ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes. [...]”.

46 Que já constavam do n.º 3 do artigo 47.º da Lei n.º 18/2003.

geradoras de maior atratividade do novo regime de clemência quando comparado com o que resultava da Lei n.º 39/2006⁴⁷.

7.1. Dispensa da coima

As diferenças entre o artigo 77.º da LdC e o artigo 4.º da Lei n.º 39/2006 encontram-se, desde logo, no cunho mais assertivo do novo regime. Exemplo disso encontramos-lo no início do n.º 1 onde a anterior afirmação “[a] Autoridade da Concorrência pode conceder dispensa da coima” deu lugar a “[a] Autoridade da Concorrência concede dispensa da coima”.

Esta opção mais afirmativa propiciará, cremos, o emergir da discussão, pelo menos doutrinária, sobre se do novo regime jurídico da clemência resulta um “direito à dispensa” por parte do requerente de clemência (evidentemente preenchendo todos os outros requisitos) ou se há por parte da Autoridade da Concorrência (doravante, AdC) alguma discricionariedade na atribuição da dispensa da coima.

Na busca que faz sobre a convergência entre alguns regimes europeus de clemência, Olivia Franco (2009: 56) deixa-nos algumas menções dispersas sobre esta questão: para esta autora, a dispensa é um direito do requerente no regime de clemência francês; aparenta ser da mesma natureza, embora sem referências muito explícitas a esse respeito, nos regimes italiano⁴⁸ e espanhol; a dispensa de tipo A [equivalente à nossa alínea *a*)] é um direito para o requerente no regime de clemência do Reino Unido, já a atribuição de dispensa de tipo B [equivalente à nossa alínea *b*)] é uma prerrogativa do OFT; por último, para o regime de clemência alemão, a atribuição de dispensa é uma faculdade do *Bundeskartellamt*.

Numa primeira reflexão somos de crer que a modalidade de dispensa que consta da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 77.º não deixa grande margem de apreciação para a AdC, *i.e.*, uma vez requerido o pedido de dispensa da coima e utilizado este pela AdC para a abertura de inquérito, se estivermos perante o requerimento a que se refere o n.º 3 do artigo 18.º, fundamentado no pedido

47 Não trazemos a este texto discussões sobre a possibilidade de pedidos de dispensa poderem ser aproveitados para efeitos de redução da coima, ilegitimidade dos requerentes, rejeição e desqualificações de pedidos de clemência, entre outras questões, pois as mesmas não são novidade em relação ao anterior regime jurídico de clemência, o que, recordamos, constitui o objeto do nosso estudo.

48 A autora escreveu em 2009, referindo-se ao regime de clemência italiano de 2007.

de dispensa da coima, temos por certa a obtenção de dispensa⁴⁹. Na maior parte dos casos o pedido de dispensa da coima que se enquadra na situação prevista na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 77.º representará a primeira informação que a AdC obtém sobre a eventual infração em causa⁵⁰.

Já na situação prevista na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 77.º, cremos que é maior a liberdade apreciativa da AdC para efeitos da atribuição de dispensa da coima. Por um lado, porque é possível que a AdC, no momento em que recebe o pedido de dispensa da coima, já possua elementos de prova (ainda que insuficientes) sobre a infração⁵¹. Por outro lado, porque, para que a AdC possa “verificar a existência de uma infração prevista no artigo 75.º”, como postula a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 77.º, a autoridade administrativa terá que realizar diligências probatórias nesse sentido, mais ou menos extensas, não se baseando apenas nos elementos de prova trazidos pelo requerente de clemência. Estas diligências poderão, de alguma forma, diluir ou mitigar o impacto abrangente dos elementos de prova trazidos pelo requerente (o saber se os elementos então trazidos permitiam, por si, *verificar a existência* daquele acordo ou prática concertada). Porque todas estas variáveis terão uma idiossincrasia muito própria, apresenta-se mais difícil antecipar que, nestas situações, seja possível preencher os requisitos para a obtenção da dispensa da coima.

Outra diferença significativa que o novo regime apresenta, neste mesmo artigo, advém da aproximação que foi feita ao programa modelo de clemência ECN e ao programa de clemência da União Europeia de 2006.

No novo regime jurídico de clemência está disponível a dispensa da coima para a primeira empresa que revele a sua participação no acordo ou prática

49 A menos que se desse a coincidência temporal de a AdC já dispor de elementos suficientes para solicitar autorização judicial para proceder a diligências de busca e apreensão e ainda não o ter feito. Temos esta hipótese por bastante improvável, senão mesmo inverosímil.

50 A informação e elementos de prova que devem ser fornecidos para se beneficiar da dispensa nos termos do artigo 77.º, n.º 1, alínea *a*), não terá de ser, em si, de tal forma pormenorizada e extensa que seja suficiente para a verificação da existência de um acordo ou prática concertada entre concorrentes. No momento de apresentação do requerimento basta, cremos, que se apresente informação (ou elementos de prova) que, por um lado, crie na AdC a convicção da existência desse acordo ou prática concertada e, por outro lado, e por via disso, a AdC possa fundamentar um pedido, à autoridade judiciária competente, para a realização das diligências de busca e apreensão.

51 Este pedido de dispensa da coima até poderá surgir após a realização de diligências de busca e apreensão, e até, cremos, poderá resultar em atribuição de dispensa da coima se o resultado daquelas diligências tiver sido, por exemplo, infrutífero, e os elementos de prova entregues junto com o pedido de dispensa da coima permitam à AdC verificar a existência da infração.

concertada, sempre que a informação e os elementos de prova fornecidos pela empresa permitam à AdC uma de duas realidades: (i) fundamentar o pedido para a realização de diligências de busca e apreensão, desde que a AdC não disponha nesse momento de elementos suficientes para proceder a essa diligência; ou, (ii) verificar a existência de um acordo ou prática concertada, desde que no momento da entrega da informação a AdC não disponha ainda de elementos de prova suficientes sobre a infração.

A fonte próxima destas previsões encontra-se nos pontos 5. *a)* e 7. *a)* do programa modelo de clemência ECN e no parágrafo 8. (a) e (b) do programa de clemência da União Europeia de 2006⁵².

O novo regime amplia as situações em que se pode requerer dispensa da coima. Enquanto na Lei n.º 39/2006 tal só era possível antes da abertura de inquérito – art. 4.º, n.º 1, alínea *a)*⁵³ – a alínea *b)* do n.º 1 do artigo 77.º permite claramente atribuir dispensa de coima a requerentes que só a tenham solicitado após a abertura de inquérito. Mesmo os casos abrangidos pela alínea *a)* é possível que possam ocorrer com requerimentos entregues após a abertura de inquérito.

A opção aqui acolhida equilibrou, cremos, por um lado, o intuito desestabilizador dos cartéis que está por detrás de qualquer programa de clemência, com, por outro lado, a atratividade do programa de clemência mantendo a sua “joia da coroa” – a dispensa da coima – disponível ainda em momento posterior à abertura de inquérito (e, como referimos *supra*, mesmo em momento posterior à realização de diligências de busca e apreensão), sempre contrabalançado com a exigência de a empresa requerente ter sido a primeira a fornecer as informações e elementos de prova suficientes⁵⁴.

52 O artigo 65.º, n.º 1, alínea *a)* do regime espanhol de clemência tem redação idêntica ao atualmente previsto no regime português. Com redação muito próxima encontramos o programa alemão (parágrafos 3 e 4) e o francês (parágrafos 13 a 15, do programa de 2009); juntando numa só as situações das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 77.º, mas com âmbito materialmente idêntico, crê-se, cf. programa italiano de 2010, parágrafo 2., alínea *a)*. Temos como próxima a redação dos pontos 3.9 e 3.10 do programa de clemência do Reino Unido.

53 Após a abertura de inquérito apenas estava disponível a *atenuação especial da coima a partir de 50%* que o artigo 5.º previa e que, por antonomásia com a dispensa, não chegaria a uma redução de 100%.

54 Sobre a eficácia dos programas de clemência analisada pelo prisma dos objetivos prosseguidos, *vide* Moreira, 2007: 77-78, Lévêque, 2006: 34-35. À eficácia e sucesso dos programas de clemência anda associada, pela doutrina, a simultaneidade temporal da prática pelas autoridades de concorrência de políticas sancionatórias agressivas. Uma política de concorrência ancorada em programas de clemência tende a ser benevolente com aqueles que confessam a sua participação num cartel e carregam provas suficientes para as autoridades de concorrência desmantelarem e condenarem severamente os outros participantes. Ou seja, uma política destas “assenta na indulgência com que trata os requerentes de clemência e em ‘tolerância-

As restantes alterações nos requisitos necessários para a obtenção de dispensa da coima são, cremos, de menor impacto. São disso exemplo as previstas no teor das atuais alíneas *a)*, *iv* e *b)* do n.º 2, com a criação de exceções ao que se preconizava na Lei n.º 39/2006 e que resultam da mera transposição do que consta dos ponto 13. 2. *e)* do programa modelo de clemência ECN e do parágrafo 12.(a), 5.º travessão, do programa de clemência da União Europeia de 2006 – para a alínea *a)*, *iv*) – e do ponto 13. 1. do programa modelo de clemência ECN e do parágrafo 12. (b) do programa de clemência da União Europeia de 2006, para a alínea *b)*⁵⁵.

Em conclusão, o novo regime de clemência, no que respeita às possibilidades de atribuição de dispensa da coima, alarga o âmbito de situações que nesse benefício se poderão enquadrar, apresentando-se claramente inspirado pelo programa modelo de clemência ECN e pelo regime de clemência da União Europeia presente na Comunicação da Comissão de 2006, e com inúmeras semelhanças com os regimes de clemência de Espanha, França, Alemanha, Itália⁵⁶ e Reino Unido.

-zero' para com os restantes membros do cartel" (Billiet, 2009: 18), ou, "a operatividade de um programa de clemência é o convincente balanço resultante da imunidade ou da redução em contraponto com o efeito dissuasivo das coimas" (Walsh, 2009: 31). Em França, o presidente do então *Conseil de la Concurrence*, hoje *Autorité de la concurrence*, afirmou que, sendo grande a probabilidade de ser descoberto o cartel, e pesadas as sanções, as empresas são incentivadas a denunciar os acordos em contrapartida da exoneração das sanções (cf. Lasserre, 2005: 15). Em artigo no jornal *La Tribune*, de 12.4.2006, o mesmo presidente afirmou que "[n]ão há programa de clemência eficaz sem dissuasão forte" (*apud* Desbrosse, 2010: 225, nota 43). "[t]he first prerequisite to creating an effective amnesty program is the threat of severe sanctions for those who lose the race for amnesty" (Scott Hammond, 2004: 4). Para Lévêque, 2006, 34: "[l]e montant des amendes par cartel en présence d'un programme de clémence doit être plus élevé que le montant des amendes en l'absence de programme de clémence". Recuperamos aqui os dados estatísticos já referidos, apresentados por Walsh (2009: 30-35): 3 400 milhões de euros em coimas aplicadas pela Comissão em 2007, contra 390 milhões em 2004. Com dados empíricos sobre a evolução das coimas aplicadas pela Comissão cf., também, Brenner, 2009: 641-642, que identifica montantes de coimas, por empresa, até 6 vezes superiores após a implementação do primeiro programa de clemência da União Europeia.

55 E parecem coincidir as motivações subjacentes a ambas as exceções: a da alínea *c)*, confessada na própria letra; a da subalínea *iv)* da alínea *b)*, implícita, mas ambas criadas com a finalidade de auxiliar a eficácia da investigação.

56 Críticas ao regime de clemência italiano de 2007, que se afastava, neste ponto, dos que seguem a matriz do programa modelo da ECN, e que gerava incerteza nos destinatários e discricionariedade para a autoridade, encontramos-las em Franco, 2009: 56. A alteração ao programa de clemência italiano, de 2010, não contemplou a eliminação desta discrepância (cf. parágrafo 2.) <http://www.agcm.it/normativa/concorrenza/4927-delibera-agcm-15-febbraio-2007-n-16472-delibera-sulla-non-imposizione-e-sulla-riduzione-delle-sanzioni-ai-sensi-dellarticolo-15-della-legge-10-ottobre-1990-n-287.html>.

7.2. Redução da coima

O artigo 78.º da LdC condensa todas as possibilidades de redução da coima do novo regime da clemência. Esta é uma alteração em relação ao que preconizava a Lei n.º 39/2006. Trata-se mesmo de uma dupla alteração: por um lado, porque se concentram as possibilidades de redução da coima num único artigo (no anterior regime da clemência a *atenuação* de coima encontrava-se dispersa pelos artigos 5.º, 6.º e 7.º); por outro lado, porque o novo regime afastou claramente os limiares da redução dos da dispensa da coima ao limitar a redução da coima a um máximo de 50%, eliminando, em simultâneo, a ordem de grandeza da anterior *atenuação especial da coima a partir de 50%* (constante do artigo 5.º), da mesma forma que deixou cair a então denominada *atenuação adicional da coima* (prevista no artigo 7.º).

O novo regime da clemência apresenta, para as possibilidades de redução da coima, uma estrutura mais simples e menos repetitiva, em função das opções que elencámos no parágrafo anterior. Encontramos, num primeiro momento – no n.º 1 – as condições para que um requerimento possa ser elegível para a obtenção de redução da coima; o segundo grupo de normas – composto pelos n.ºs 2, 3 e 4 – contém os critérios cronológicos que permitem aspirar aos diferentes níveis de redução da coima.

A primeira condição que uma empresa deve preencher para que possa vir a obter redução da coima para efeitos do artigo 78.º da LdC é a de, juntamente com o requerimento de clemência, fornecer à AdC informações e provas sobre um cartel ou prática concertada entre concorrentes que apresentem um valor adicional significativo quando comparadas com as informações e provas já na posse da AdC. Esta condição substitui as referências que encontrávamos na Lei n.º 39/2006: “as informações e elementos de prova fornecidos contribuam de forma determinante para a investigação e prova da infração”⁵⁷ e “as informações e elementos de prova fornecidos contribuam de forma significativa para a investigação e prova da infração”⁵⁸.

As semelhanças com o programa modelo de clemência ECN⁵⁹, com o programa de clemência da União Europeia de 2006⁶⁰ e com outros regimes de

57 Alínea *b*) do n.º 1 do artigo 5.º.

58 Alínea *b*) do n.º 1 do artigo 6.º.

59 Ponto 10.

60 Parágrafo 24.

clemência em países da União Europeia⁶¹ permitem, para além das vantagens que enumerámos na primeira parte deste estudo, aproveitar aqueles regimes na concretização dos conceitos indeterminadas presentes no artigo 78.º.

É disso exemplo a referência a *informações e provas de valor adicional significativo*. Como auxiliar interpretativo de monta veja-se o conteúdo do parágrafo 25 do programa de clemência da União Europeia de 2006: “O conceito de ‘valor acrescentado’ refere-se à forma como os elementos de prova apresentados reforçam, pela sua própria natureza e/ou pelo seu nível de pormenor, a capacidade de a Comissão provar o alegado cartel. Na sua apreciação, a Comissão considerará normalmente que os elementos de prova escritos que datem do período a que os factos se referem têm um valor superior aos elementos de prova de origem subsequente. Considera-se geralmente que os elementos de prova diretamente relacionados com os factos em questão têm um valor superior aos elementos de prova que com eles apenas têm uma ligação indireta. Da mesma forma, o grau de corroboração por outras fontes, necessário para sustentar os elementos de prova apresentados contra outras empresas envolvidas no processo, terá incidência sobre o valor desses elementos; assim, aos elementos de prova decisivos será atribuído um valor superior, comparativamente a elementos de prova tais como declarações, que necessitam de ser corroboradas se forem contestadas”⁶².

No artigo 78.º da LdC os limiares de redução da coima que os requerentes de clemência podem obter vão de um intervalo máximo de 30% a 50% para a primeira empresa que forneça informações e provas de valor adicional

61 Com redação idêntica à constante da LdC encontramos o artigo 66.º, n.º 1, alínea a), do regime espanhol de clemência. O regime de clemência francês tem uma redação bastante próxima. Mais afastadas, neste ponto, são as redações dos regimes italiano, alemão e do Reino Unido.

62 Parágrafo este claramente decalcado das previsões similares presentes no modelo da ECN. Cf., para tal, o ponto 10 do programa modelo de clemência ECN: “[i]n order to qualify for a reduction of fines, an undertaking must provide the CA with evidence of the alleged cartel which, in the CA’s view, represents significant added value relative to the evidence already in the CA’s possession at the time of the application. The concept of ‘significant added value’ refers to the extent to which the evidence provided strengthens, by its very nature and/or its level of detail, the CA’s ability to prove the alleged cartel”. Esta referência é depois desenvolvida no ponto 25 do documento disponibilizado pela ECN como *ECN Model Leniency Programme – Explanatory Notes*: “[a]pplicants are required to adduce evidence which constitutes in the CA’s view significant added value with respect to the evidence already in its possession at the time the application was submitted. The CA will generally consider written evidence originating from the period to which the facts pertain to have a greater value than evidence subsequently created, and incriminating evidence directly relevant to the facts in question will generally be considered to have a greater value than that with only indirect relevance. Similarly, the degree of corroboration from other sources required to rely on the evidence submitted will have an impact on the value of that evidence”, consultável em http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

significativo, passando para 20% a 30%, para a segunda empresa e até 20% de redução da coima para as empresas seguintes que forneçam informações e prova da mesma natureza.

O programa modelo de clemência ECN não contém referências aos intervalos concretos que a redução da coima deve assumir. No entanto refere, de forma expressa, que a redução da coima não deverá exceder os 50%. E isto é afirmado no programa modelo de clemência ECN, para realçar que existem diferenças consideráveis entre a dispensa e a redução da coima, de forma a tornar a dispensa de coima claramente mais atrativa, porque mais generosa, que a maior das reduções⁶³.

Já o parágrafo 26 do programa de clemência da União Europeia de 2006 terá que se assumir como a fonte inspiradora do artigo 78.º, tanto nos requisitos impostos como nos intervalos de redução da coima previstos⁶⁴.

Duas notas finais conexas com a redução da coima.

Uma primeira para referir a difícil coabitação entre o objetivo de dissuasão de formação de novos cartéis, por um lado, e a atribuição de redução da coima entre 20% e 30% para a segunda empresa que forneça à AdC informações e provas de valor adicional significativo⁶⁵ e a atribuição de redução da coima para as empresas seguintes que forneçam à AdC informações e provas de valor adicional significativo⁶⁶, por outro lado. Referências críticas a este delicado equilíbrio encontram-se em François Lévêque (2006: 35). No entanto, a dissuasão da formação de novos cartéis não deverá ser o único objetivo prosseguido por nenhuma política de combate aos cartéis assente também em programas de clemência, como, tão-pouco, é esse o único desígnio do novo regime de clemência português.

Em nossa opinião, por um lado, a possibilidade de apenas se obter os níveis de redução da coima referidos quando as empresas, que não a primeira a requerer redução de coima em processo contraordenacional por infração às regras da concorrência, tragam ao conhecimento da AdC informações e provas de valor adicional significativo, mitiga, em muito, as vantagens que *estra-*

63 Cf. ponto 11 do programa modelo de clemência ECN e ponto 24 das *Explanatory Notes*.

64 O mesmo que inspirou, cremos, o artigo 66.º, n.º 2, do regime espanhol de clemência, o único programa de clemência, de entre os que temos vindo a referir, com um elevando grau de proximidade com o que agora se consagra na LdC.

65 Prevista na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 78.º.

66 Prevista na alínea *c*) do n.º 2 do artigo 78.º.

tegiamente possam obter por um pedido tardio. Recordamos, por outro lado, que se o pedido de redução da coima for feito após a notificação da nota de ilicitude, os intervalos referidos no n.º 2 do artigo 78.º são, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, reduzidos a metade.

Por fim, a maior sustentabilidade probatória que resulta de informações e provas provenientes de diversos requerentes de clemência com pedidos de dispensa e de redução da coima apresentados em momentos diferentes terá sido, cremos, também um fator adicional significativo que terá pesado nesta previsão do novo regime jurídico da clemência⁶⁷⁻⁶⁸.

Uma segunda nota final para o não acolhimento no novo regime jurídico da clemência da *atenuação adicional de coima* que constava do artigo 7.º da Lei n.º 39/2006, para os casos em que uma empresa, que apresente um pedido de clemência pela sua participação num determinado cartel, seja a primeira a apresentar informações e provas referentes a um outro cartel ou prática concertada relativamente ao qual a mesma empresa também apresente, para utilizar a expressão que constava do anterior regime de clemência, um pedido de dispensa ou de atenuação especial da coima.

Esta modalidade de redução da coima não é comum na maior parte dos regimes europeus de clemência, quer nos vigentes, quer nos já revogados e tão-pouco se encontra nos que inspiraram o novo regime de clemência português.

Conhecida na Europa como *leniency plus*, presente no regime jurídico de clemência do Reino Unido, foi inspirada na *amnesty plus* introduzida em 1999 no programa de clemência dos Estados Unidos, não tendo merecido acolhimento noutros regimes jurídicos de clemência europeus⁶⁹.

Nos Estados Unidos a *amnesty plus* é por alguns autores identificada como a responsável por uma parte significativa das investigações levadas a cabo por suspeitas de existência de cartéis⁷⁰. Alinhamos com a opinião de que ao

67 Recordamos aqui que no regime de clemência da União Europeia de 2006 a opção foi em tudo igual.

68 Lévéque, 2006: 35.

69 Franco, 2009: 58, classifica-a mesmo como “uma particularidade britânica”.

70 Griffin, 2003: 8. Hammond, 2004: 8, preconiza que a *amnesty plus* cria o incentivo necessário para empresas que, estando já a ser investigadas, deem a conhecer às autoridades a sua participação em todas as infrações da mesma natureza. Defendendo a sua importação para o regime de clemência da União Europeia, cf. Mcelwee, 2004: 558-565; Billiet, 2009: 20; próximo, e, criticando a não absorção da *amnesty plus* no programa da União Europeia, Zingales, 2008: 40-41 e 58-59. Em defesa da opção pela não transposição da *amnesty plus* Wils, 2007: 19.

sucesso de todo o programa de clemência dos Estados Unidos não será, certamente, estranho o facto de o mesmo ser extensível também às penas de prisão que recaem sobre os diretores e administradores das empresas envolvidas em cartéis e práticas concertadas⁷¹. O sucesso da *amnesty plus* também nos parece, de alguma forma, relacionado com esse facto.

Diga-se ainda que a *amnesty plus* americana, quando não usada por empresas envolvidas em cartéis em mercados diferentes, transforma-se em *penalty plus*, ou seja, uma empresa que se apresente a um pedido de dispensa ou de redução da coima e que não reporte a sua participação num cartel num mercado diferente, pode ver a sua punição pela participação no cartel confessado ser agravada por tal facto⁷².

8. DOCUMENTAÇÃO CONFIDENCIAL

O artigo 81.º da LdC é completamente novo quando olhamos para o que preconizava a Lei n.º 39/2006. A proteção dada à informação e aos documentos entregues por aqueles que tenham requerido a dispensa ou a redução das coimas aplicadas por infração às regras da concorrência, e o acesso àquelas informações e documentos por terceiros, são duas pretensões que, quando acionadas em simultâneo, se convertem num delicado desafio que as autoridades de concorrência têm enfrentado⁷³.

A matriz orientadora debate-se com o necessário equilíbrio entre, por um lado, criar os incentivos indispensáveis para que um regime jurídico de clemência seja apelativo para aqueles que, tendo participado num cartel, optem por revelar essa sua participação às autoridades de concorrência e cooperem na investigação, e, por outro lado, permitir que quem tenha sofrido danos por comportamentos anticoncorrenciais se possa prevalecer das decisões administrativas e judiciais que condenaram aqueles comportamentos para se ver ressarcidos dos danos sofridos⁷⁴.

71 Hammond, 2004: 4: “it is possible to have an effective amnesty program outside of a criminal antitrust regime. However, there are, in my opinion, two significant caveats. One, if a jurisdiction relies primarily on financial penalties alone to sanction cartel conduct, then the fines must be severely punitive if they are going to attract amnesty applicants. Two, all else being equal, a jurisdiction without individual liability and criminal sanctions will never be *as effective* at inducing amnesty applications as a program that does”. Cf., também, Wils, 2006: 13-14; 2008: 182-183.

72 Griffin, 2003: 8.

73 Alertando para isto, no primeiro regime de clemência português, cf. Moreira, 2007: 97.

74 Sobre como compatibilizar estas duas realidades, cf., entre muitos, Bloom, 2006: 558-562; Lasserre, 2005: 18-19; Idot, 2007: 96-97; Caruso, 2010: 460-469; Canenbley & Steinworth, 2011: 315-326 e Miller,

Expor os requerentes de clemência – que, sendo-o verdadeiramente, ou seja, que tenham cooperado continuamente e tenham revelado a sua participação num cartel, mormente com a entrega de documentos e meios de prova – a futuros pedidos de indemnização pelos danos que esse cartel tenha causado, que não estão limitados em função do volume de negócios anual do requerente de clemência, torna paradoxal falar-se em atratividade de um qualquer regime jurídico de clemência. Mormente naqueles países em que as infrações pelas empresas às regras da concorrência não acarretam penas de prisão para os responsáveis daquelas, e, por conseguinte, o regime de clemência não acrescenta a vantagem de também os isentar destas⁷⁵.

Vão neste sentido as ideias que constam, ainda que de forma vaga quanto ao seu modo de concretização, do programa modelo de clemência ECN. Os membros da ECN consideraram inadequado que as empresas que, no âmbito de um regime de clemência, cooperem com autoridades nacionais de concorrência, revelando a existência de cartéis, e a sua participação, possam ficar colocadas numa posição mais desfavorável, no que a pedidos de indemnização pelos danos causados diz respeito, que as empresas que recusaram cooperar⁷⁶. O acesso irrestrito aos documentos e informações preparados especificamente e entregues às autoridades de concorrência para efeitos de pedidos de dispensa ou de redução da coima prejudicará a eficácia de qualquer regime de clemência.

Foi com o objetivo de mitigar este risco que, sobre os pedidos de dispensa ou redução da coima, o programa de clemência da União Europeia de 2006, passou a dispor que: “[s]ó será concedido acesso às declarações da empresa aos destinatários de uma comunicação de objeções, desde que estes e os consultores jurídicos que obtêm o acesso em seu nome, se comprometam a não copiar mecânica ou eletronicamente qualquer informação incluída na declaração da empresa a que lhes foi concedido o acesso e a zelar para que as informações assim obtidas sejam utilizadas exclusivamente para efeitos [...] de processos

Nordlander & Owens, 2010: 1-14. No direito alemão o benefício obtido com o regime de clemência em nada reduz as consequências civis do comportamento anticoncorrencial, cf. Blum, Steinat & Veltins, 2008: 215.

75 Cf. página anterior, nota 74.

76 Cf. ponto 47 do *ECN Model Leniency Programme, Explanatory Notes*.

judiciais ou administrativos com vista à aplicação das regras de concorrência da Comunidade em causa num processo administrativo conexo⁷⁷⁻⁷⁸.

A *ratio* subjacente ao programa de clemência da União Europeia de 2006 perpassou para o texto do artigo 81.º da LdC. As semelhanças são evidentes e visam acomodar a preocupação de proteção dos requerentes de clemência quanto ao acesso ao pedido de dispensa ou de redução da coima, bem como aos documentos e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução da coima.

Esta proteção atribuída pela LdC aos requerentes de clemência apenas cede para efeitos do exercício do direito de defesa em resposta à nota de ilicitude, ou seja, para efeitos de resposta à nota de ilicitude é concedido ao visado pelo processo acesso ao pedido de dispensa ou redução da coima, aos documentos e informações apresentados para efeitos do pedido de dispensa ou de redução da coima⁷⁹, não sendo deles permitida qualquer reprodução, exceto se autorizada pelo requerente de clemência. Também o acesso por terceiros carece de autorização do requerente de clemência.

Não tendo a LdC alterado o regime de repartição das responsabilidades indemnizatórias por infração às regras da concorrência, como se verificou, por exemplo, nos Estados Unidos⁸⁰ e na Hungria⁸¹, cremos que a solução encon-

77 Parágrafos 33 e 34 do programa de clemência da União Europeia de 2006. Cf., ainda que num outro âmbito mas próximo do objeto do presente texto, o parágrafo 35 da Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, nos processos de cartéis, publicada no JO C 167, de 2.7.2008. O objetivo visado com este parágrafo é idêntico ao presente no regime de clemência da União Europeia de 2006 não sendo, assim, de estranhar a enorme semelhança entre ambos.

78 Preocupação próxima desta é a que decorre da possibilidade de a apresentação de um pedido de dispensa ou redução da coima perante uma autoridade nacional de concorrência desencadear processos por infração às regras da concorrência numa outra jurisdição onde o cartel possa ter produzido efeitos. A esta preocupação responde a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, publicada no JO C 101, de 27.4.2004, pp. 43-53.

79 Desde que não tenham sido classificados como confidenciais nos termos do artigo 30.º da LdC.

80 Em reação a este problema, os Estados Unidos alteraram, *através do Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004*, o regime vigente em claro benefício do requerente de imunidade. Por um lado, a responsabilidade do requerente de imunidade é reduzida de *treble damages* para *single damages* (*detrebling*); por outro lado, o requerente de imunidade deixou de ser responsável por todos os danos que o cartel tenha causado e passou a ser apenas responsável pelos danos que ele próprio tenha causado com a sua participação no cartel. Cf. sobre esta reforma Canenbley & Steinvorth, 2011: 323 e Yon, 2004: 104.

81 Através de alteração de 23.3.2009, o regime jurídico de concorrência húngaro (section 88D) dá ao beneficiário de imunidade a possibilidade de se recusar a pagar os danos causados por um cartel, proibido pela lei húngara ou pela legislação da União Europeia, enquanto essa reparação possa ser pedida e obtida pelo lesado junto dos outros participantes. Cf. Nagy, 2011: 66-67 e Cauffman, 2011: 597.

trada⁸² é um passo em frente no sentido de tornar apelativo o novo regime jurídico da clemência para as empresas que, tendo estado envolvidas em acordos ou práticas concertadas, pretendam revelar a sua participação e cooperar com a AdC na luta contra essas práticas restritivas da concorrência⁸³.

9. CONCLUSÕES

O novo regime jurídico português da clemência apresenta-se mais próximo dos regimes de clemência que se têm mostrado instrumentos importantes na luta contra os cartéis, seja dos regimes existentes na União Europeia, seja fora deste espaço comum. Concebido na ótica do programa modelo de clemência ECN, é um regime de clemência de 3.^a geração com elevado grau de harmonização com os novos programas de clemência de diversos Estados membros.

A amplificação das situações em que o mesmo atribui dispensa da coima, nos termos do artigo 77.º da LdC, e das situações em que os requerentes podem obter redução da coima (artigo 78.º), alarga o universo de possíveis apelos a esta figura por parte daqueles que, tendo participado ou estando a participar num acordo restritivo da concorrência, admitam essa participação e cooperem com a AdC para o desmantelamento do mesmo. É, por isso, mais apelativo.

A maior clareza com que o novo regime de clemência se apresenta, seja na atribuição de dispensa seja na redução da coima, torna, cremos, o programa mais atraente. É, por isso, mais apelativo e mais previsível.

O estabelecimento de regras no tratamento da informação e documentos apresentados para efeitos de dispensa ou de redução da coima torna o regime

82 Em Canenbley & Steinvorh, 2011: 324, encontramos uma proposta de decisão integrada, que contemple simultaneamente o *public enforcement* e o *private enforcement*, tomada pela autoridade administrativa, como forma de obviar aos mútuos bloqueios que os institutos da clemência e do *private enforcement* geram.

83 A eficácia dos programas de clemência foi posta em causa pelo recente Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14.6.2011, no caso *Pfleiderer (C-360/09, Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt*, www.curia.eu) no qual, estando em causa acesso a documentos e informações entregues com um pedido de clemência num processo a decorrer junto de uma autoridade de concorrência de um Estado membro (*Bundeskartellamt*), a coima final aplicada às empresas havia tido em conta também a violação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Sobre o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia e suas consequências nos programas de clemência cf. Cauffman, 2011; Atlee, 2011; Goddin, 2012; Henry & Völk, 2010 e Rizzuto, 2011. A reação da ECN ao acórdão no caso *Pfleiderer* não se fez esperar. A sua resolução de 23.5.2012, intitulada *Protection of leniency material in the context of civil damages actions* termina da seguinte forma: “[i]n conclusion, as far as possible under the applicable laws in their respective jurisdictions and without unduly restricting the right to civil damages, CAs take the joint position that leniency materials should be protected against disclosure to the extent necessary to ensure the effectiveness of leniency programmes”.

mais protetor – ao nível das consequências civis dos seus comportamentos anticoncorrenciais – para aqueles que, admitindo a sua participação num acordo restritivo da concorrência, cooperem com a AdC para que esta ponha termo a essa prática. É, por isto, não só mais apelativo e mais previsível, como também mais garantístico para os requerentes de clemência.

Contudo, muito do sucesso ou insucesso do novo regime da clemência passará pela imagem que o mesmo obtenha junto daqueles que serão os seus potenciais interessados – os requerentes de clemência – e, para além destes, do reconhecimento generalizado de que é aplicado com justiça.

Isto implica, por um lado, que a implementação e aplicação do mesmo seja transparente, no sentido de que a todos os participantes num acordo ou prática concertadas sejam dadas as mesmas condições e oportunidades para serem requerentes de dispensa ou de redução da coima. O novo regime enfrenta, pois, o desafio do respeito pela igualdade apriorística entre todos os potenciais interessados.

Por outro lado, para que haja um balanço positivo entre os resultados de uma investigação e a inusual situação de um confesso infrator, ao colaborar, escapar à punição, é decisivo que se fundamente a indispensabilidade dessa colaboração para a obtenção daquele resultado⁸⁴. O novo regime enfrenta, pois, o desafio da sua aceitabilidade e reconhecimento enquanto instrumento importante no combate a acordos anticoncorrenciais.

Por fim, o tratamento diferente, mas objetivamente justificado, dos requerentes de dispensa e de redução da coima, entre si, e de cada um destes para com os outros participantes nos acordos ou práticas concertadas restritivos da concorrência, é fundamental para o incremento da atratividade do regime de clemência. O novo regime enfrenta, pois, o desafio de ser aplicado com equidade.

84 Cf. Wils, 2007: 14, nota 145 e jurisprudência aí citada.

BIBLIOGRAFIA

ATLEE, Laura

2011 “Unforeseen Risks of Disclosure in Leniency Programs”, in *CPI Antitrust Chronicle*, dezembro, pp. 2-10.

BILLIET, Philippe

2009 “How Lenient is the EC Leniency Policy? A Matter of Certainty and Predictability”, in *European Competition Law Review*, vol. 30, Issue 1, pp. 14-21.

BLOOM, Margaret

2006 “Despite Its Great Success, the EC Leniency Program Faces Great Challenges”, in *European Competition Law Annual: Enforcement of Prohibition of Cartels*, 2006, pp. 543-570.

BLUM, Ulrich, STEINAT, Nicole & VELTINS, Michael

2008 “On the rationale of leniency programs: a game-theoretical analysis”, in *European Journal of Law and Economics*, vol. 25, março, pp. 209-229.

BRENNER, Steffen

2009 “An empirical study of the European corporate leniency program”, in *International Journal of Industrial Organization*, n.º 27, pp. 639-645.

CANENBLEY, Cornelis & STEINVORTH, Till

2011 “Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, vol. 2, n.º 4, pp. 315-326.

CARUSO, Antonio

2010 “Leniency Programmes and Protection of Confidentiality: The experience of the European Commission”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, n.º 6, pp. 453-477.

CAUFFMAN, Caroline

2011 “Access to Leniency-Related Documents after *Pfleiderer*”, in *World Competition*, vol. 34, n.º 4, pp. 597-614.

CHAPUT, Yves

2005 “Philosophie des programmes de clémence et de transaction”, in clemence et transaction en matière de concurrence. Première expériences et interrogations de la pratique”, Colóquio organizado a 19.1.2005, in *Gazette du Palais*, n.º 287-288, de 14.10.2005, disponível em <http://www.creda.ccip.fr/colloques/pdf/2005-clemence-transaction/actes-clemence.pdf>, pp. 19-28.

CONNOR, John M.

2011 “Has the European Commission become more severe in punishing cartels? Effects of the 2006 Guidelines”, in *European Competition Law Review*, Issue 1, pp. 27-36.

DESBROSSE, Pierre

2010 “Les programmes de clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés”, in *Revue Internationale de Droit Economique*, vol. 2, pp. 211-240.

DEWAELE, Marine

2011 “L'application par la Commission Européenne du programme de clémence de 2002”, in *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*, n.º 4, pp. 1-31.

FRANCO, Olivia

2009 “Quelle convergence des programmes nationaux de clémence?, L'exemple des programmes français, britannique, allemand, italien et espagnol”, in *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*, n.º 3, pp. 49-61.

GAUER, Céline & JASPERS, Maria

2007 “ECN Model Leniency Programme – a first step towards harmonized leniency in the EU”, in *Competition Policy Newsletter*, n.º 1, pp. 35-38.

GODDIN, Gaëtane

2012 “The Pfeiderer Judgment on Transparency: The National Sequel of the Access to Document Saga”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 3, n.º 1, pp. 40-42.

GRIFFIN, James M.

2003 “The modern leniency program after ten years. ‘A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program’”, San Francisco, consultado em <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/201477.htm>.

HAMMOND, Scott D.

2004 “Cornerstone of an effective leniency program”, apresentado no ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, 22-23 de novembro de 2004, consultado em <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm> 2004.

2009 “Recent developments relating to the antitrust division's corporate leniency program”, apresentado em São Francisco, 5 de março de 2009, consultado em <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/244840.htm>.

HENRY, David & VÖLK, Christoph

2010 “The Pfeiderer case: The risks in giving private claimants access to leniency documents”, in *Competition Law Insight*, 7 de dezembro, pp. 11-12.

Idot, Laurence

- 2005 “Une question d’actualité en droit de la concurrence: programmes de clémence et internationalization”, in *Droit et Actualité - Études Offertes à Jacques Béguin*, Paris: Litec, pp. 363-379.
- 2007 “Programmes de clémence et droit de la concurrence. L’entrée dans la phase III”, in *Revue JURIDIQUE de l’économie publique / Cahiers Juridiques de l’électricité et du gaz*, n.º 640, março de 2007, pp. 89-97.

JENNY, Frederic

- 2005 “Approche économique et internationale de l’expérience française”, in clémence et transaction en matière de concurrence. Première expériences et interrogations de la pratique, Colóquio organizado a 19.1.2005, in *Gazette du Palais*, n.º 287-288, de 14.10.2005, disponível em <http://www.creda.ccip.fr/colloques/pdf/2005-clemence-transaction/actes-clemence.pdf>, pp. 36-41.

LASSERRE, Bruno

- 2005 “Propos introductifs in Clémence et Transaction en Matière de Concurrence, premières expériences et interrogations de la pratique”, Colóquio organizado a 19.1.2005, in *Gazette du Palais*, n.º 287-288, de 14.10.2005, disponível em <http://www.creda.ccip.fr/colloques/pdf/2005-clemence-transaction/actes-clemence.pdf%20>, pp. 7-19.

LEMAIRE, Christophe

- 2009 “Clémence – Programme Modèle – Convergence: Le Réseau européen de concurrence publie son premier rapport d’évaluation sur l’état de la convergence des programmes de clémence en Europe”, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, n.º 4, pp. 170-186.

LÉVÊQUE, François

- 2006 “L’efficacité multiforme des programmes de clémence”, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, n.º 4, pp. 31-36.

LOWE, Philip

- 2006 “La lutte contre les cartels et la politique de clémence”, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, n.º 3, pp. 73-84.

MCCELWEE, Donal

- 2004 “Should the European Commission adopt ‘Amnesty Plus’ in its Fight Against Hard-Core Cartels?”, in *European Competition Law Review*, Vol. 25, Issue 9, pp. 558-565.

- MILLER, Samuel R., NORDLANDER, Kristina & OWENS, James C.
2010 “U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and Other Confidential Investigatory Materials”, in *The CPI Antitrust Journal*, março, pp. 2-14.
- MOREIRA, Teresa
2007 “O Novo Instituto de Clemência – A dispensa e a atenuação especial da coima aplicável a práticas restritivas da concorrência”, in *Sub Judice*, n.º 40, julho-setembro, pp. 75-97.
- NAGY, Csongor István
2011 “The new Hungarian rules on damages caused by horizontal hardcore cartels: presumed price increase and limited protection for whistleblowers – an analytical introduction”, in *European Competition Law Review*, vol. 32, Issue 2, pp. 63-67.
- RIZZUTO, Francesco
2011 “Leniency and follow-on private actions for damages: Comment on the Opinion of the Advocate General in the Pfeleiderer Case”, in *Global Competition Law Review*, Issue 2, pp. 99-106.
- SCHWAB, Andreas & STEINLE, Christian
2008 “Pitfalls of the European Competition Network – Why Better Protection of Leniency Applicants and Legal Regulation of Case Allocation is needed”, in *European Competition Law Review*, vol. 29, Issue 9, pp. 523-531.
- SERZEDELO, Dorothée Choussy
2007 “Leniency: a new perspective under Portuguese competition law”, in *Competition and Antitrust*, pp. 83-85.
- SILVA, Miguel Moura e
2011 “Anti-cartel enforcement in Portugal: A short chronicle of an uphill struggle”, in *European Competition Law Review*, Issue 1, pp. 37- 41.
- SOUTY, François
2006 “Les défis de la mondialisation pour les pays développés en matière de concurrence”, in *Revue Economique et Sociale*, ano 64, n.º 1, março, pp. 27-38.
- WALSH, Declan, J.
2009 “Carrots and Sticks – Leniency and Fines in EC Cartel Cases”, in *European Competition Law Review*, vol. 30, Issue 1, pp. 30-35.
- WILS, Wouter P.J.
2006 “Is criminalization of EU competition law the answer?”, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, n.º 1, pp. 1-22.

- 2007 “Leniency in antitrust enforcement: theory and practice”, in *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*, n.º 1, pp. 1-20 = *World Competition*, vol. 30, Issue 1, pp. 25-54.
- 2008 *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing.
- YON, Stéphanie
- 2004 “Politique de clémence – Ratification par le congrés de la reforme civile et pénale *antitrust*”, in *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*, n.º 1, pp. 102-107.
- ZINGALES, Nicolo
- 2008 “European and American Leniency Programmes: Two Models towards Convergence?”, in *The Competition Law Review*, vol. 5, Issue 1, dezembro, pp. 5-60.