

EFICÁCIA DAS SANÇÕES E TRANSAÇÕES¹

Paulo de Sousa Mendes²

ABSTRACT: *According to the new Portuguese Competition Act, the settlement procedure is used by the Portuguese Competition Authority in cases where the companies are ready to acknowledge their participation to an infringement and accept their liability for it. This paper deals with the possible motives for companies to settle, bearing in mind the risks of follow-on actions for damages.*

SUMÁRIO: Introdução. I. O cerne da transação na Lei da Concorrência. 1. O valor probatório da confissão extrajudicial perante a Autoridade da Concorrência em ações de responsabilidade civil contra o confitente. 2. A perspetiva da Autoridade da Concorrência nos procedimentos de transação. II. Qual é a extensão da confissão exigida? III. O contexto provável dos procedimentos de transação. IV. Os riscos da transação para uma política de promoção e defesa da concorrência. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Há um velho provérbio escocês que diz que “A confissão pública é boa para a alma” (em língua original: “*Open confession is good for the soul*”).

Ninguém pretende que as empresas tenham alma, mas a minha questão é a seguinte: será a confissão pública boa – leia-se ‘útil’ – para o mercado?

Vem isto a propósito de saber se a Autoridade da Concorrência (AdC) deve exigir a confissão por parte das empresas como condição da transação nos processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência.

Se a resposta for afirmativa, então poderemos desde já conjecturar que poucas ou nenhuma empresa terão interesse na transação, pois ficariam assim muito mais

¹ Texto da apresentação feita na 3.ª Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência, Lisboa, 28-29 novembro de 2013.

² As opiniões expressas neste texto são da inteira responsabilidade do Autor e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência. Agradeço ao Dr. Jorge Fernandes Ferreira e ao Dr. André Forte a leitura crítica e as sugestões feitas ao presente texto.

expostas do que já estão a sucessivas demandas de responsabilidade civil (as chamadas *follow-on damages actions*), na exata medida em que uma confissão no processo de contraordenação poderia depois ser aproveitada contra elas em processo civil.

O agravamento da exposição das empresas aos riscos de responsabilidade civil é tanto mais notório quanto a confissão nunca ficaria confinada entre quatro paredes, pois a AdC só pode aceitar uma proposta de transação e transformá-la numa decisão definitiva condenatória se conseguir desse modo cumprir eficazmente a sua missão de promoção e defesa da concorrência, o que implica necessariamente a divulgação da versão não confidencial dessa decisão na sua página eletrónica (artigo 90.º, n.º 1, da Lei da Concorrência).

O benefício da confidencialidade perante terceiros só protege as propostas de transação e os documentos que as integram (artigos 22.º, n.º 16, e 27.º, n.º 11, da Lei da Concorrência), mas não – como resulta da já referida obrigatoriedade de divulgação das decisões – a própria decisão condenatória.

É certo que a própria confissão do visado pelo processo não terá de constar da decisão condenatória proferida pela AdC, mas, na medida em que têm de constar os factos confessados na fundamentação da decisão e em que a decisão é proferida mencionando o procedimento de transação, ponto é que a confissão acaba por estar pressuposta na própria decisão, o que não deixará de ser invocado em futuras demandas de responsabilidade civil contra as empresas.

Lembra-se ainda que a celeridade não será incentivo suficiente para as empresas aderirem ao procedimento de transação. Muito pelo contrário, as empresas podem até ter interesse na prossecução normal do procedimento sancionatório, atrasando a prolação pela AdC da eventual decisão final condenatória, tanto mais que a expectável manutenção do segredo de justiça, se for decretado pela AdC, as resguarda dos danos de reputação porventura decorrentes da simples existência do processo, os quais poderão ainda ser minimizados através do pagamento voluntário da coima, desta feita pondo fim oportunamente ao processo sem impugnação judicial.

Finalmente, a redução da coima que as empresas conseguirão obter através da transação poderá não ser tentadora, ainda que a Lei da Concorrência não estabeleça uma percentagem máxima de redução da coima (diferentemente da percentagem máxima de redução da coima de 10% estatuída no § 32 da Comunicação da Comissão³). Seja como for, os *trade-offs* que as empresas não

3 A Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho prevê que a percentagem máxima de redução da coima no âmbito dos procedimentos de transação é de 10% (§ 32).

deixarão de fazer compararm o pagamento imediato da coima com o pagamento alguns anos após a decisão final condenatória da AdC, ainda que tenham de prestar caução para garantir o efeito suspensivo do recurso judicial, mas que nunca será igual ao valor da coima. Neste cenário, a redução da coima poderá realmente não ser chamativa.

Tudo visto e somado, a questão que fica de pé é saber se o regime de transação nos processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, recentemente criado, não acabará sendo um instituto jurídico condenado ao fracasso na prática, sobretudo se a confissão for erigida em condição necessária da transação efetiva.

I. O CERNE DA TRANSAÇÃO NA LEI DA CONCORRÊNCIA⁴

De onde vem a ideia de que não pode haver transação sem confissão dos factos que constituem a infração?

Essa ideia decorre da própria Lei da Concorrência, que exige que o visado pelo processo, na sua proposta de transação em fase de inquérito, “*reconhe[ça] a sua responsabilidade na infração em causa*” (artigo 22.º, n.º 7) ou, se a AdC já o tiver notificado da nota de ilicitude (artigo 25.º, n.º 1), “*apresent[e] uma proposta de transação, com a confissão dos factos e o reconhecimento da sua responsabilidade na infração em causa*” (artigo 27.º, n.º 1)⁵. A Lei da Concorrência alude ainda expressamente “[ao]s factos confessados pelo visado pelo processo na decisão condenatória” (artigos 22.º, n.º 13, e 27.º, n.º 8), dando assim a entender que a condenação proferida pela AdC neste contexto refletirá uma autêntica confissão do visado.

Teremos ocasião de ver se estes normativos impõem, ou não, a confissão como condição necessária da decisão condenatória resultante do procedimento de transação consumado.

1. O valor probatório da confissão extrajudicial perante a Autoridade da Concorrência em ações de responsabilidade civil contra o confitente

Para já, importa desdramatizar o peso de uma confissão dos factos produzida no procedimento de transação no âmbito do processo de contraordenação que corre na AdC para efeitos de aproveitamento como prova em processo civil.

4 Cf. Linhas de Orientação sobre a Instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Linhas de Orientação sobre a Instrução de processos), adotadas pela AdC (pontos 142 e 145).

5 Anastácio/Alfagar, 2013: 307-308.

Nunca seria equiparável à confissão judicial escrita, a que a lei confere força probatória plena contra o confitente (artigo 358.º, n.º 1, do Código Civil) e que Lebre de Freitas, na sua tese de doutoramento sobre a confissão, chega até a considerar que é prova pleníssima⁶.

Quando muito, seria uma confissão extrajudicial. Na verdade, a transação no processo de contraordenação da Lei da Concorrência não é feita em justiça, mas perante a AdC, que é uma autoridade administrativa independente. Ora, a confissão extrajudicial feita a terceiro – neste caso, à AdC – fica sujeita, em todos os casos, à livre apreciação judicial (artigo 358.º, n.º 4, do Código Civil) e constitui um simples indício da verdade dos factos admitidos⁷.

Por outro lado, a confissão dos factos não é confissão do pedido, na medida em que a primeira tem por objeto os fundamentos da pretensão e só a segunda incide diretamente sobre a própria pretensão⁸.

Muito ficaria assim por provar no domínio específico das chamadas *follow-on damages actions*, até que fosse finalmente demonstrada a responsabilidade civil de uma empresa que tivesse confessado quaisquer práticas restritivas da concorrência num procedimento de transação conclusivo através de uma decisão condenatória adotada pela AdC.

Mas de tudo isto se dirá que é fraco consolo para as empresas demandadas em ações de *private enforcement*, por isso mesmo que um meio de prova sujeito à livre apreciação é, ainda assim, uma prova bastante. Além de que o *standard* de prova no processo civil poderá ser substancialmente menos exigente que no processo penal (*lato sensu*), pelo menos na visão daqueles que tentam importar para os sistemas de *civil law* a discussão sobre os diferentes *standards* de prova que é originária dos sistemas de *common law*.

Finalmente, se remanescerem dúvidas na mente do julgador sobre os factos controvertidos na ação cível, caberá ao demandado pôr em causa fundamentamente a sua anterior confissão extrajudicial feita a terceiro ou então demonstrar a sua irrelevância para o caso concreto.

Em suma, a participação das empresas em procedimentos de transação no âmbito da Lei da Concorrência acarreta-lhes efeitos secundários não negligenciáveis no plano da responsabilidade civil.

6 Lebre de Freitas, 2013: 285.

7 Lebre de Freitas, 2013: 282, n. 19.

8 Lebre de Freitas, 2013: 471.

2. A perspectiva da Autoridade da Concorrência nos procedimentos de transação

Será que a AdC poderá ou sequer estará interessada em mitigar tais efeitos secundários contra as empresas?

Ou, pelo contrário, a AdC até deveria alavancar o *private enforcement*, na medida em que este funciona, na prática, como aliado objetivo das autoridades nacionais de concorrência, porquanto acaba contribuindo, a prazo, para a adoção de boas práticas por parte das empresas?

Na verdade, a última questão merece uma resposta negativa. Por muito que o *private enforcement* possa contribuir para a implementação de melhores práticas por parte das empresas, a AdC tem a sua própria missão a cumprir e as suas decisões condenatórias não devem ser funcionalizadas ao interesse dos particulares na obtenção do ressarcimento dos prejuízos sofridos.

A questão relevante é, pois, apenas a de saber se a AdC pode dispensar a confissão dos factos pelo visado no procedimento de transação, em função do interesse público de defesa e promoção da concorrência.

Ponto é que a AdC não pode transigir quanto à existência da infração, à responsabilidade do visado e à medida legal da coima aplicável. Ora, isso exige, do lado do visado, que “*reconhe[ça] a sua responsabilidade na infração em causa*”, como se diz no artigo 22.º, n.º 7, ou que “*apresent[e] uma proposta de transação, com a confissão dos factos e o reconhecimento da sua responsabilidade na infração em causa*”, como se diz ainda mais claramente no artigo 27.º, n.º 1, da Lei da Concorrência.

Regressámos, portanto, ao ponto de partida: não há volta a dar quanto à exigência de confissão dos factos para que o procedimento de transação possa ser bem sucedido.

II. QUAL É A EXTENSÃO DA CONFISSÃO EXIGIDA?

A Lei da Concorrência demarca-se assim da transação como uma espécie de contrato, que implicaria recíprocas concessões para prevenir ou terminar um litígio (artigo 1248.º, n.º 1, do Código Civil). Se assim fosse, a AdC não teria nenhuma posição de partida a defender. Mas tem, pois não pode transigir quanto à existência da infração, à responsabilidade do visado na mesma ou, ainda, quanto à moldura da coima que será fixada.

Qual poderá ser então o interesse de uma empresa de entrar num procedimento de transação?

Na verdade, há muitos aspetos a debater e é por isso mesmo que a transação implica conversações entre a AdC e o(s) visado(s) pelo processo. Estes poderão, por essa via, influenciar ou condicionar o recorte concreto dos elementos da infração e das circunstâncias relevantes para a determinação da coima (artigos 22.º, n.º 9, e 27.º, n.º 4, da Lei da Concorrência). Nada disto é despendido.

III. O CONTEXTO PROVÁVEL DOS PROCEDIMENTOS DE TRANSAÇÃO

Não é por acaso que no direito da União Europeia o procedimento de transação apenas está disponível para os casos de cartel⁹, o que não se passa na Lei da Concorrência, mas é crível que, também entre nós, o procedimento de transação venha a privilegiar a mesma tipologia¹⁰.

De facto, é natural que a AdC venha a promover os procedimentos de transação nos casos de prova robusta, o que é tipicamente o caso nas infrações *hardcore* (por exemplo, cartéis de preços ou de repartição de mercados), se houver prova direta dos acordos (por exemplo, através de testemunhas ou documentos). Ora, nestes casos basta que a imputação seja feita por objeto, dispensando-se a prova de quaisquer efeitos.

Por conseguinte, os riscos de exposição das empresas ao *private enforcement* são francamente menores, na medida em que faltará fazer prova do dano e do nexo de causalidade, que não é trivial.

Em casos de infrações pelos efeitos, é provável que a abordagem da AdC privilegie a aceitação de compromissos e a imposição de condições, mas aqui o desfecho é o arquivamento do processo, quer no inquérito quer na instrução¹¹. Ora, o arquivamento não depende de confissão do visado, nem conclui pela existência ou inexistência da infração, de tal sorte que a exposição das empresas ao *private enforcement* é menor.

9 Ao nível da União Europeia, o procedimento de transação aplica-se aos processos contraordenacionais respeitantes a cartéis (Wils, 2010: 32). A propósito, leia-se o Regulamento (CE) n.º 622/2008, que altera o Regulamento (CE) n.º 773/2004, e a Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho. A prática comunitária das soluções negociadas é, porém, muito anterior ao Regulamento (CE) n.º 1/2003 (Waelbroeck, 2009: 224-227).

10 Anastácio/Flores da Silva, 2013: 247. Seja como for, não existe limitação legal quanto aos tipos de infração abrangidos pelo procedimento de transação na Lei da Concorrência, pelo que o instituto poderá, em princípio, aplicar-se amplamente, dependendo apenas de ponderações casuísticas.

11 Não confundir o arquivamento mediante imposição de condições com a decisão condenatória que pode ser acompanhada de medidas de conduta ou de carácter estrutural que sejam indispensáveis à cessação da prática restritiva ou dos seus efeitos, nos termos do artigo 29.º, n.º 4, da Lei da Concorrência.

Daí que se compreenda que as empresas possam tirar vantagens reais da transação¹².

Por isso mesmo se augura que o procedimento de transação, no inquérito ou na instrução, venha a registar uma aplicação crescente.

IV. OS RISCOS DA TRANSAÇÃO PARA UMA POLÍTICA DE PROMOÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Entre nós, o procedimento de transação porventura registará uma aplicação paulatinamente equiparável à que já hoje ocorre no direito da União Europeia.

Tal uso intensivo da transação até levou Richard Whish, professor emérito do King's College London, a criticar a DG Comp por transacionar demasiados casos (“*settling too many cases*”). Whish lamenta que a falta de simples decisões condenatórias tenha um efeito de apagamento da jurisprudência: “[*Without infringement decisions*] *how does the law develop?*”¹³.

CONCLUSÃO

Caberá à AdC decidir em que casos pretenderá promover o procedimento de transação, mas sempre numa ótica de promoção e defesa da concorrência: ou privilegiando uma solução rápida ou preferindo um desenvolvimento do direito da concorrência por via da jurisprudência.

12 Acresce que as vantagens da transação são cumuláveis com as do programa de clemência. Na verdade, a clemência e a transação são instrumentos complementares, por isso mesmo que perseguem objetivos diferentes. A clemência é um instrumento de investigação, enquanto a transação interessa sobremaneira à AdC como mecanismo célere para obter uma decisão de condenação num processo de contraordenação já depois de apresentados os eventuais requerimentos de clemência. No âmbito do programa de clemência as partes são premiadas por divulgarem a existência do cartel e fornecerem provas sobre o mesmo, ao passo que no procedimento de transação as partes são recompensadas por permitirem eficiências processuais na fase organicamente administrativa do processo (Soltész/Köckritz, 2011: 258-259).

13 Cf. GCR (12 novembro de 2013). No mesmo sentido, Gamble, 2011: 451.

BIBLIOGRAFIA

- DENIS WAELBROECK, “The development of a new ‘settlement culture’ in competition cases – What is left to the Courts?”, in: AA.VV., *Alternative Enforcement Techniques in EC Competition Law – Settlements, Commitments and Other Novel Instruments* (coord.: Charles Gheur e Nicolas Petit), Bruxelles: Bruylant, 2009: pp. 221-260.
- FAAEZ SAMADI, “Whish: Be wary of DG Comp settling too many cases”, online: *GCR – Global Competition Review* (12 November 2013).
- GONÇALO ANASTÁCIO e MARTA FLORES DA SILVA, “Artigo 22.º”, in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense* (coord.: Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina, 2013, pp. 244-260.
- GONÇALO ANASTÁCIO e DIANA ALFAFAR, “Artigo 27.º”, in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense* (coord.: Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina, 2013, pp. 303-314.
- JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório – Um estudo de direito positivo*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013 (1.ª ed., 1991).
- ROGER GAMBLE, “‘Speaking (formally) with the enemy’ – Cartel settlements evolve”, in: *ECLR – European Competition Law Review* 9 (2011), pp. 449-456.
- ULRICH SOLTÉSZ e CHRISTIAN VON KÖCKRITZ, “EU cartel settlements in practice – The future of EU cartel law enforcement?”, in: *ECLR – European Competition Law Review* 5 (2011), pp. 258-265.
- WOUTER P. J. WILS, “The use of settlements in public antitrust enforcement – Objectives and principles”, in: AA.VV., *European Competition Law Annual: 2008 – Antitrust Settlements under EC Competition Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010: pp. 27-45.