

La Sentencia de 31 de enero de 2007 de la Audiencia Nacional constituye un asentamiento de la doctrina iniciada por el Tribunal Supremo en el asunto de los «Planes Claros» y, seguramente, afectará en gran medida a la futura interpretación y aplicación de la legislación española de defensa de la competencia.

MANUEL GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ
MANUEL VÉLEZ FRAGA (*)

PORTUGAL

O REGIME DE CLEMÊNCIA POR INFRAÇÃO ÀS NORMAS DE CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL. IMPLEMENTAÇÃO E PERSPECTIVAS

Introdução - contextualização evolutiva do regime de clemência

Nos termos do artigo 81.º do Tratado CE, os acordos entre concorrentes, sobre preços e repartição/afecção de mercados, i.e. cartéis, são proibidos na medida em que sejam «susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum». Esta violação do Tratado tem como consequência sancionatória a aplicação de uma coima cujo limite máximo é 10% do volume de negócios das empresas em causa no ano anterior (nos termos do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002 - JOUE 2003/L 1/1).

A Comissão Europeia («Comissão») tem sancionado práticas de cartel desde 1969 (v.g., casos *Quinine* e *Dyestuffs*). Todavia, entre 1969 e 1996 a Comissão adoptou apenas 37 decisões respeitantes a este tipo de infracção aplicando sanções pecuniárias muito limitadas, sendo a maioria dos casos judicialmente impugnados (verificando-se, em diversas situações, que o ónus probatório imposto à Comissão não tinha sido completamente preenchido, o que resultou na anulação de várias das decisões desta pelos Tribunais Comunitários).

Perante esta situação a Comissão, inspirando-se no exemplo norte-americano —que, estabelecendo

sanções criminais, dispõe de um programa de clemência (*leniency*) desde 1978—, decidiu implementar um mecanismo que permitisse aos participantes num cartel obter a isenção/dispensa da coima ou a atenuação desta, mediante a colaboração na investigação da Comissão. Este mecanismo fragiliza a estrutura de concertação entre concorrentes, facilitando a detecção do cartel e a reunião de provas da existência do mesmo.

A introdução, em 1996, de tal política de clemência, no contexto programático da primeira *EC Leniency Notice*, fornecendo o primeiro enquadramento procedimental geral para as empresas interessadas em colaborar com a Comissão, teve resultados muito positivos. Todavia, surgiram não raramente dúvidas interpretativas, bem como críticas à grande discricionariedade que resultava para a Comissão da pouca densidade deste documento, susceptível de dissuadir os operadores económicos em aderir a tal política.

Assim, foi aprovada uma nova *Leniency Notice*, em 2002, conferindo claramente isenção à primeira empresa a disponibilizar provas substanciais das práticas de cartel, implementando igualmente um procedimento susceptível de indicar aos demais operadores económicos em que patamar de redução da coima se integrariam num período de apenas algumas semanas desde o pedido de clemência.

Apesar de bem sucedida, a segunda *Leniency Notice* foi revista em Dezembro de 2006, de modo a clarificar e ajustar alguns aspectos do regime comunitário de clemência que se verificaram mais frágeis na sua aplicação nos últimos quatro anos, dando origem à actual *Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis* (JOUE 2006/C 298/11, de 8 de Dezembro - «Comunicação»).

Também no regime de clemência, tem repercussão o objectivo de cooperação plena entre as entidades nacionais e a Comissão Europeia. Com efeito, a *Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência* (JOUE 2004/C 101/03, de 27 de Abril) pretende assegurar uma repartição eficiente do trabalho e uma aplicação eficaz e coerente das regras comunitárias de concorrência, no contexto da *European Competition Network* («ECN»), que integra a Comissão e as autoridades da concorrência nacionais. Em 29 de Setembro de 2006, a ECN lançou um «*Model Leniency Programme*» (disponível em http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index_en.html), que, tendo em consideração o sistema de competências

(*) Abogados del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid)

paralelas entre a Comissão e as autoridades nacionais, visa assegurar que os potenciais requerentes de clemência não são desencorajados pelas discrepâncias existentes entre os programas dos vários Estados Membros.

Em Portugal, apenas a criação em 2003 da Autoridade da Concorrência («AdC»), como entidade administrativa independente, bem como a entrada em vigor da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho («Lei da Concorrência»), permitiram desenvolvimentos neste campo.

O texto do artigo 4.º da Lei da Concorrência é muito próximo do artigo 81.º do Tratado CE, sendo a consequência sancionatória idêntica, nos termos do artigo 43.º da mesma lei, (uma coima com limite máximo de 10% do volume de negócios do ano anterior, para a empresa infractora).

Ao longo da sua actividade, a AdC aplicou coimas em quatro casos de cartel. Em 2006, a Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto (*DR 164, série I-A - «Estatuto da Clemência»*), regulamentada pelo recente Regulamento n.º 214/2006, de 22 Novembro (*DR 225, série II-E, «Regulamento»*), entrou em vigor, seguindo a tendência comunitária *supra* descrita, não sendo conhecido ainda qualquer caso público referente à sua aplicação.

O enquadramento da política de clemência ao nível comunitário

A Comunicação da Comissão, que «*cria expectativas legítimas em que as empresas se podem basear para divulgar a existência de um cartel*», é aplicável somente a operadores económicos participantes em tais práticas, contemplando duas alternativas: a imunidade ou a redução das coimas que seriam aplicáveis.

A *imunidade de coimas* será concedida à empresa que revele a sua participação num alegado cartel que afecte o comércio intra-comunitário, desde que seja a primeira a fornecer informação e elementos de prova que permitam à Comissão determinar a existência de tal infracção ao disposto no artigo 81.º do Tratado CE, ou efectuar uma inspecção direccionada visando o alegado cartel.

Além da nova Comunicação da Comissão enunciar quais as informações e elementos de prova a disponibilizar no momento da submissão do pedido de imunidade, a empresa em causa —que não pode ter coagido os demais participantes a tomarem parte no cartel— tem de por termo à sua participação na infracção (excepto na medida do razoavelmente

necessário, conforme melhor explicado *infra*), devendo ainda, cooperar de forma completa e expedita durante todo o processo.

A obrigação de não destruir, esconder ou falsificar informação, abrange o período anterior à submissão do pedido de clemência, existindo razoável flexibilidade no que respeita ao momento da cessação da participação no cartel (para que a investigação não seja comprometida, pelas suspeitas lançadas pelo fim súbito da participação de uma das empresas).

Uma das recentes inovações neste regime foi a introdução do «*marker system*», existente nos Estados Unidos da América, que permite à requerente proteger a sua posição na ordem de apresentação dos pedidos de clemência, ainda que não disponha, no momento da entrega de tal requerimento, das provas suficientes para submeter um pedido completo.

A possibilidade de *redução do montante da coima* verificar-se-á quando, não sendo possível obter a imunidade referida antes, a empresa em causa colabore com a Comissão, disponibilizando provas que representem «*um valor acrescentado significativo*» para o processo, cessando a sua conduta infractora.

O nível da redução depende da ordem de submissão das provas e do grau de «*valor acrescentado significativo*». A primeira empresa em tais circunstâncias pode beneficiar de uma redução entre 30%-50%, a segunda que se apresente, de uma redução entre 20%-30%, e as subsequentes de reduções até 20%.

O pedido de redução da coima só pode ser apreciado até ao momento em que é enviada a «*Comunicação de Objecções*» à empresa em causa.

Acresce que, se o requerente, num pedido de redução de coima, for o primeiro a apresentar elementos de prova decisivos para determinar factos adicionais que venham a ser utilizados pela Comissão, para provar uma infracção com maior grau de gravidade, esse agravamento ocasionado pela colaboração de tal requerente não será considerado na determinação do valor base da coima que lhe será imputada.

A prática da Comissão tem sido a de comunicar por escrito às empresas que solicitam clemência se lhes é conferida a isenção ou a redução, num período de duas a três semanas. Todavia, note-se, que apenas o «*estatuto*» das empresas no processo lhes é comunicado (colaboradoras imunes, ou integradas num determinado patamar de redução), nada lhes sendo transmitido quanto ao montante das sanções a aplicar.

Refira-se ainda que, ao contrário do que sucede nos Estados Unidos da América, não está previsto qual-

quer sistema de «*amnesty-plus*», para o caso do requerente revelar outras infracções (que dêem origem a processos autónomos).

Tendo persistido, no regime de 2002, questões quanto à revelação do pedido e subsequentes declarações por escrito das empresas no processo (comuns, de resto, ao sistema norte-americano), que poderiam conduzir a acções cíveis contra os denunciadores participantes no cartel pelos danos causados pela infracção assumida no processo (ou até, a sanções criminais nos Estados Membros que as apliquem), a Comunicação da Comissão veio dispor que apenas será concedido acesso às declarações dos denunciadores às outras empresas envolvidas no processo, tendo estas de se comprometer, no entanto, a não reproduzir a informação disponibilizada.

Excepto se acordado com a Comissão, o acesso às declarações da empresa denunciante no processo será negado a terceiros —por exemplo aos autores de uma denúncia—, não se justificando esta protecção se a empresa em causa disponibilizar tal informes àquelas entidades.

Além disso, as declarações prestadas no contexto da investigação resultante de um pedido de clemência só serão transmitidas às autoridades de concorrência dos Estados Membros, no contexto da ECN, se o nível de protecção contra a divulgação for equivalente. Conforme já anteriormente referido, a maioria dos Estados Membros têm regimes próprios de clemência, com diferentes sanções e regras procedimentais, sendo o caso mais referido o do Reino Unido, em que as sanções em caso de cartel são de natureza criminal.

No contexto da ECN existem, com as limitações *supra* referidas, regras específicas de modo a facilitar as trocas de informação relativas a pedidos de clemência, que, como vimos, não podem ameaçar a protecção das declarações das empresas requerentes de clemência.

Apesar da tendência programática comunitária apontar para a implementação do mecanismo de clemência a nível nacional, nem todos os Estados Membros dispõem de regimes de clemência internos. Desde 2006, com a entrada em vigor do Estatuto da Clemência, Portugal passou a integrar o grupo dos Estados Membros que implementaram programas de clemência (*Leniency Programs*).

O Programa de clemência português

Seguindo a tendência legislativa nos demais Estados Membros, o Estatuto da Clemência permite às

empresas envolvidas em práticas proibidas anti-concorrenciais (acordos proibidos e práticas concertadas restritivas), obter dispensa ou atenuação das coimas a que estariam normalmente sujeitas pelo regime estabelecido na Lei da Concorrência, se aptas a disponibilizar informação relativa a essas mesmas práticas.

O quadro legal português da clemência inclui no seu âmbito de aplicação, todos os acordos e práticas concertadas entre empresas que tenham por objecto ou como efeito, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência, no todo ou em parte do mercado nacional, proibidos nos termos do artigo 4.º da Lei da Concorrência e, se aplicável, do artigo 81.º do Tratado CE.

Da aplicação conjugada da Lei da Concorrência e do Estatuto da Clemência, resulta que podem beneficiar de dispensa ou atenuação da coima, para além das empresas, os titulares dos órgãos de administração, podendo estes últimos apresentar um pedido de dispensa ou atenuação da coima a título individual.

Para a *dispensa da coima*, esta só terá lugar se a empresa em causa for a primeira a disponibilizar informação relevante, desde que, nesse momento, a AdC não tenha ainda iniciado um procedimento de investigação relativo às práticas anti-concorrenciais em causa.

É indispensável a cooperação contínua e completa pelo requerente com a AdC, desde o momento em que o pedido é submetido até ao termo do procedimento. O beneficiário desse pedido tem ainda de deixar de estar envolvido na infracção, não podendo ter coagido as outras empresas a tomar parte na mesma.

No tocante à possibilidade de *atenuação da coima* prevê-se a redução de pelo menos 50%, para a primeira empresa a fornecer informação e provas à AdC, caso a AdC já tenha iniciado o procedimento de investigação, não tendo todavia ainda iniciado a fase de instrução, prevendo-se ainda a redução de, até 50%, para o segundo denunciante nessas circunstâncias.

Aplicam-se também aos casos de redução, as demais condições referidas com respeito à dispensa da coima, realçando-se que os dados trazidos ao procedimento devem representar um significativo acréscimo de valor para a investigação.

O montante da atenuação da coima é determinado em função da importância do contributo da empresa para a investigação e prova da infracção, aferida

em função do valor acrescentado da prova apresentada.

Pode ainda ser concedida uma redução adicional, caso as empresas em causa forneçam à AdC informações relativas a outras práticas proibidas, para as quais solicitem igualmente a aplicação do Estatuto da Clemência (um mecanismo de «*amnesty-plus*», como vimos anteriormente).

A AdC poderá ainda aceitar, no contexto do ECN *Moldel Leniency Program*, um pedido sumário (*summary application*) de dispensa da coima, nas situações em que a infracção produza efeitos em mais de três Estados Membros (nos termos da *Comunicação da Comissão sobre cooperação no âmbito da rede de autoridades da concorrência, supra* identificada), para o caso do requerente ter apresentado, ou estiver a apresentar, um pedido de dispensa da coima perante a Comissão. Não é necessária a junção inicial, pelo requerente de um pedido sumário, de elementos probatórios da infracção, tendo em conta que, se a AdC decidir iniciar uma investigação solicitará ao requerente que complete o seu pedido no período de 15 dias úteis.

A AdC informa o requerente se preenche os requisitos para poder beneficiar da clemência «*após análise do requerimento completo*», sendo a decisão final relativa à dispensa, atenuação especial ou atenuação adicional de coima tomada pela AdC aquando da decisão final no processo de contra-ordenação. Todavia, tendo a AdC verificado que o requerente deixou de estar em condições de obter dispensa ou atenuação especial ou adicional da coima, deverá esta, em qualquer momento do processo, informá-lo de imediato.

Não existem quaisquer normas relativas à protecção da informação prestada no pedido de clemência ou no processo de contra-ordenação subsequente.

Discrepâncias entre os programas comunitário e nacional de clemência

Os quadros legais nacionais e comunitários distinguem-se, desde logo, pelos diferentes âmbitos de aplicação, uma vez que o regime comunitário é apenas aplicável a cartéis.

Já o regime português, parece poder aplicar-se a outras práticas proibidas, restritivas da concorrência. Assim, em virtude da latitude do âmbito objectivo de aplicação, que se refere a «*acordos e práticas concertadas entre empresa proibidos pelo artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho* [Lei da Concorrência], e, se aplicável, pelo artigo 81.º do Tratado CE»,

podrá a aplicação do regime nacional de clemência ser solicitado para outras práticas restritivas que não cartéis? Por exemplo, por um participante num acordo de cooperação horizontal, que se revele restritivo da concorrência? Ou ainda, um acordo puramente vertical, entre fornecedores e distribuidores, que também se afigure restritivo? Somente com a implementação da política nacional de clemência surgirá a resposta.

Por inexistirem sanções aplicáveis aos membros da administração das empresas visadas pelo regime comunitário, não há de igual modo, neste regime, aplicação do estatuto de clemência individualmente àquelas pessoas singulares

Também os requisitos de aplicação da isenção e da redução das coimas, bem como os patamares destas, são distintos.

Com efeito, o Estatuto da Clemência, no que respeita à dispensa da coima (imunidade) estabelece como momento determinante a abertura do inquérito (investigação). A dispensa da sanção não é concedida a pedidos ulteriores a este momento. Já a Comunicação da Comissão não acolhe este requisito temporal rígido. O que releva é ser a empresa em causa a primeira a demonstrar a probabilidade de existência de um alegado cartel, ou a disponibilizar elementos que permitam efectuar uma inspecção «*direccionada*».

Ao invés dos dois patamares de atenuação (redução) do Estatuto da Clemência (atenuação de pelo menos 50%, e atenuação até 50%), a Comissão, dependendo não apenas da «*ordem*», em termos temporais, da colaboração, mas também do grau de relevância dos elementos fornecidos, concede reduções ao nível de parâmetros mais fragmentados, de 30% a 50%, de 20% a 30% e, por último, até 20%.

O Estatuto da Clemência concede uma «*redução adicional*», caso as empresas em causa disponibilizem elementos relativos a outras práticas proibidas, susceptíveis de originar outros processos, enquanto que a Comissão, se o requerente for o primeiro a apresentar elementos de prova decisivos para determinar factos agravantes da infracção, limita-se a não ponderar esses mesmos elementos ao fixar a coima a aplicar à empresa que os forneceu.

No que respeita à protecção da informação prestada pelos requerentes no âmbito do processo, o Estatuto da Clemência (ou a lei nacional, em geral) não se debruça sobre esta problemática, enquanto que na Comunicação da Comissão se limita o acesso por

terceiros ao processo e a utilização que poder ser dada à informação extraída do mesmo.

Da análise do Estatuto da Clemência e da Comunicação da Comissão, resulta ainda que os critérios de avaliação da prova indispensável para solicitar imunidade e da «*prova de valor acrescentado suficiente*», no caso de pedido de redução, se afiguram mais precisos em sede comunitária.

Acresce ainda uma outra diferença fundamental: o programa comunitário de clemência, cujo início efectivo se poderá datar de 1996, foi profusamente testado pela prática, revelando as suas fragilidades e as necessidades evolutivas que desembocaram na definição procedimental mais precisa da Comunicação de 2006, esperando-se que tal venha a acontecer com o Estatuto da Clemência nacional.

Conclusões

A introdução do mecanismo de clemência no regime comunitário da concorrência, em 1996, possibilitou uma detecção e desmobilização mais eficaz dos casos de cartel.

As questões suscitadas pela aplicação das *Leniency Notices* da Comissão resultaram em ajustes no regime aplicável ao longo dos anos, o último dos quais, bastante recente, em Dezembro de 2006.

O enquadramento da margem de apreciação dos elementos disponibilizados pelo requerente, por parte da Comissão, na sua análise dos pedidos de clemência (a introdução do *marker system* e a tentativa de proteger as declarações prestadas pelo denunciante), visaram dotar o regime comunitário de clemência de maior segurança jurídica, de forma a ultrapassar as hesitações dos potenciais denunciadores que, em função da margem de apreciação da Comissão e da susceptibilidade de acções de indemnização, podiam não encontrar no regime de clemência vantagens completamente evidentes em colaborar.

Seguindo a tendência comunitária, Portugal aprovou em 2006 o Estatuto da Clemência, sem que tenha existido, até à data, qualquer notícia pública da aplicação concreta do mesmo.

Existem diferenças assinaláveis nos quadros legais comunitário e nacional (este ainda não testado na prática), mormente no que respeita ao referido âmbito de aplicação, aos requisitos e patamares de atenuação das coimas, bem como quanto aos critérios de apreciação do nível de colaboração dos requerentes.

Por último, parece subsistir uma importante questão potencialmente limitadora da denúncia por parte das empresas infractoras junto da AdC. Tal prende-se com a susceptibilidade de terceiros afectados demandarem as empresas denunciadoras, em sede de acções de indemnização cível, justamente pelos prejuízos causados em virtude da violação das regras de concorrência - facto que é tido em conta, como vimos, pela Comissão no seu programa de clemência. A AdC não se debruçou ainda sobre esta questão (também por impossibilidade legal), bem como o legislador não lhe terá dado a importância devida, ao nível da adopção do regime legal aplicável em prol de uma política nacional de clemência eficiente nesse particular.

JOAQUIM CAIMOTO DUARTE
TÂNIA LUÍSA FARIA (*)

O REGISTO DE FACTOS RELATIVOS A QUOTAS E RESPECTIVOS TITULARES

Introdução

O regime do registo de factos relativos às participações sociais nas sociedades por quotas e respectivos titulares foi substancialmente alterado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março («DL 76-A/06») e, mais recentemente pelo Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de Janeiro («DL 8/07»).

Enquadrando-se no propósito geral de enfrentar as imposições burocráticas colocadas aos cidadãos que não se traduzam num qualquer valor acrescentado, os referidos diplomas têm como objectivo, relativamente ao tema que nos propomos abordar, eliminar actos duplicados ou desnecessários e simplificar os procedimentos registrais e notariais.

Importa, contudo, analisar se, no tocante ao registo de factos relativos às participações sociais nas sociedades por quotas, este «aligeirar» de procedimentos e actos se traduz numa efectiva melhoria do regime existente. A reformulação dos procedimentos tem como finalidade principal a simplificação, retirando o ónus de um duplo controlo (notarial e registral) da legalidade, porventura desnecessário, visando a criação de uma normativa aparentemente mais flexível e elementar nesta matéria. Porém, tal não deverá ser (ou não deveria ter sido) levado a cabo à

(*) Advogados do Área de Direito Comercial da Uría Menéndez (Lisboa)