



Comentário à Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva *Private Enforcement* no Quadro das Normas do Código Civil e do Código do Processo Civil

Capítulo I

DO DIREITO DE INDEMNIZAÇÃO POR INFRAÇÃO AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

(...)

Artigo 2.º

Definições

Para efeitos do presente diploma, entende-se por:

- a) «Autoridade de concorrência», a Comissão Europeia ou uma autoridade nacional de concorrência designada por um Estado-Membro nos termos do artigo 35.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, como responsável pela aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), ou ambas, conforme o contexto o exija;
- b) «Autoridade da Concorrência», a Autoridade criada pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, com os Estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto;
- c) «Cartel», o acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas concorrentes que vise coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de condutas como, nomeadamente, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, incluindo relativamente a direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes, tal como proibido pelo artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e, se aplicável, pelo artigo 101.º do TFUE;
- d) «Decisão definitiva», uma decisão de uma autoridade de concorrência que não pode ou já não pode ser objeto de recurso ordinário;
- e) «Custo adicional», a diferença entre o preço efetivamente pago e o preço que teria sido pago na ausência de infração ao direito da concorrência;

- f) «Cliente/fornecedor direto», uma pessoa singular ou coletiva que, respetivamente, adquiriu ou forneceu, diretamente a um infrator, bens ou serviços objeto de uma infração ao direito da concorrência;
- g) «Cliente/fornecedor indireto», uma pessoa singular ou coletiva que, respetivamente, adquiriu ou forneceu, não diretamente a um infrator mas através de um cliente ou fornecedor direto ou subsequente, bens ou serviços objeto de uma infração ao direito da concorrência ou bens ou serviços que os contêm ou que deles derivam;
- h) «Declaração para efeitos de dispensa ou redução de coima», qualquer comunicação oral ou escrita apresentada voluntariamente por uma pessoa singular ou por uma empresa, ou em seu nome, a uma autoridade de concorrência, ou um registo dessa comunicação, que descreve as informações de que essa entidade tem conhecimento sobre um cartel secreto e o papel que nele a mesma desempenha, elaborada especificamente para apresentação a uma autoridade de concorrência a fim de obter dispensa ou redução da coima aplicável, nomeadamente nos termos e para os efeitos do capítulo VIII da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, excluindo meios de prova preexistentes;
- i) «Empresa», uma unidade económica tal como definida no artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio;
- j) «Infração ao direito da concorrência», uma violação das disposições previstas nos artigos 9.º, 10.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e/ou nos artigos 101.º e 102.º do TFUE;
- k) «Infrator», a empresa ou a associação de empresas que cometeu uma infração ao direito da concorrência;
- l) «Meios de prova», todos os tipos de provas admissíveis em ações de indemnização, incluindo documentos e outros objetos que contenham informações, independentemente do suporte em que essas informações sejam armazenadas;
- m) «Meios de prova preexistentes», meios de prova que existem independentemente de uma investigação de uma autoridade de concorrência, quer constem ou não do processo da autoridade de concorrência;
- n) «Proposta de transação», qualquer comunicação voluntária apresentada por uma pessoa singular ou por uma empresa, ou em seu nome, a uma autoridade de concorrência na qual a entidade em questão reconheça ou renuncie a contestar a sua participação numa infração ao direito da concorrência e a sua responsabilidade por essa infração, e elaborada especificamente para que a autoridade de concorrência possa aplicar um procedimento simplificado ou acelerado, nomeadamente nos termos e para os efeitos dos artigos 22.º e 27.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio;

- o) «PME (Pequena e média empresa)», uma empresa tal como definida no artigo 2.º da Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 6 de maio, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas;
- p) «Resolução extrajudicial de litígios», qualquer mecanismo que permita às partes resolverem extrajudicialmente o litígio respeitante ao pedido de indemnização, nomeadamente a mediação, a conciliação, a arbitragem e a transação prevista no artigo 1248.º do Código Civil;
- q) «Acordo extrajudicial», um acordo ou uma decisão resultantes de uma resolução extrajudicial de litígios;
- r) «Tribunal de recurso», um tribunal de um Estado-Membro, na aceção do artigo 267.º do TFUE, competente para, através de recurso ordinário, apreciar decisões de uma autoridade de concorrência ou decisões judiciais proferidas sobre essa decisão, independentemente da competência desse tribunal para declarar a existência de uma infração ao direito da concorrência.

Enquadramento e comentário

A técnica legislativa utilizada neste artigo aproxima-se do conceito doutrinário de *definição legal*. Deste modo, e por uma razão de ordem sistemática, entendemos que será oportuno aproveitar esta norma para densificar conceitos previstos na diretiva, e transpostos, mas que não foram objeto de clarificação. Assim, propomos o aditamento das seguintes alíneas:

- s) «Âmbito material da infração», os atos levados a cabo por empresas ou associação de empresas que constituem um fato ilícito e censurável previsto num tipo legal no qual se comine uma coima;*
- t) «Âmbito pessoal da infração», os intervenientes condenados, absolvidos ou em relação aos quais o processo foi arquivado, por decisão administrativa ou judicial transitada em julgado, com respeito à violação de normas do direito da concorrência, sem prejuízo dos efeitos produzidos pela revisão nos termos dos artigos 80.º e seguintes do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro;*

A alínea s), cujo aditamento propomos ao artigo 2.º, importa a definição de contraordenação prevista no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 433/83, de 27 de Outubro. A título de esclarecimento, foi ainda por nós ponderado o aditamento de uma parte final nos seguintes termos: “[...], sem prejuízo da aplicação de sanções previstas nos artigos 71.º e 72.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio e do artigo 24.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002”. No entanto, prescindimos da mesma no âmbito de uma “definição”, uma vez que se trata tão só de sanções acessórias, totalmente dependentes da verificação de uma infração. Na definição do “âmbito material” será apenas relevante materializar o princípio da legalidade, *maxime* princípio da tipicidade (corolário do primeiro), previsto para o direito penal e contraordenacional:

cabe à lei especificar quais os factos que constituem uma contraordenação e quais os pressupostos que justificam a aplicação duma coima. Assim, a adoção da definição que propomos permite saber, com segurança, que só poderão ser objeto da presunção de ilicitude prevista no artigo 7.º da Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva *Private Enforcement (Projeto)* os factos que integram os tipos legais contraordenacionais. Não poderemos deixar de referir que a definição aditada foi elaborada de forma genérica e abstrata, não indicando as normas do direito da concorrência em causa. Entendemos não ser necessário proceder a tal indicação, uma vez que na alínea j) do artigo 2.º do *Projeto* define-se “infração ao direito da concorrência”, termo por sua vez utilizado no artigo 7.º do *Projeto*. Fica assim subentendido que estamos perante infrações de normas do direito da concorrência, e não outras.

A alínea t), cujo aditamento propomos, integra o conceito de “empresa”, o qual não necessita de ser clarificado em face da alínea i) do artigo 2.º do *Projeto*. A referência à “condenação” ou “arquivamento”/“absolvição” (consoante se trate de decisão administrativa ou judicial) serve um objetivo delimitador, importante para a compreensão do artigo 7.º do *Projeto*. No entanto, acrescentamos na parte final do artigo: “sem prejuízo dos efeitos produzidos pela revisão nos termos dos artigos 80.º do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, com as devidas adaptações”, atendendo aos interesses materiais em jogo no âmbito do direito penal e contraordenacional, os quais se afastam dos previstos para o direito civil.

No direito penal e contraordenacional a necessidade de justiça prevalece sobre outras considerações, nomeadamente, de natureza patrimonial. Os obstáculos formais poderão ter de sucumbir em face de sérias dúvidas quanto à condenação.

A previsão da parte final do artigo visa, assim, alcançar um duplo objetivo, *em homenagem à coerência do sistema*: por um lado, tem em conta a possibilidade de revisão de decisões ou sentenças prevista no artigo 80.º e seguintes do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, a qual não se aplicaria em face do artigo 23.º do *Projeto*; e, por outro lado, tenta evitar a inexistência de casos julgados contraditórios – um dos objetivos a alcançar pelo legislador comunitário. Vamos supor que durante o decorrer de uma ação de condenação no pagamento de uma indemnização movida por um particular, com base numa decisão condenatória da Autoridade da Concorrência (AdC), se vem a constatar que o ilícito não tinha, na verdade, ocorrido devido ao surgimento de novos factos ou meios de prova, pelo que se procedeu a uma revisão da decisão (administrativa ou judicial) nos termos do artigo 80.º do Decreto-lei n.º 433/82 e 449.º, n.º 1, alínea d) do Código do Processo Penal. Ora a previsão legal que propomos permitirá ao réu lançar mão do mecanismo do articulado superveniente previsto nos termos do artigo 588.º do Código do Processo Civil (CPC), levando aos autos factos supervenientes “modificativos ou extintivos do direito”, para fazer cair por terra a tese alegada pelo autor, construída com base na existência de uma decisão condenatória. Acrescente-se ainda que as decisões absolutórias não admitem qualquer revisão contra o *visado* em face do teor do artigo 80.º, n.º 3, do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro,

salvo nos casos em que a mesma vise a sua condenação pela prática de um crime. Chamamos ainda a atenção para o facto de que, tendo o *visado* sido condenado em sede administrativa, o pedido de revisão deverá ser apresentado junto da AdC, a qual por sua vez a remeterá ao representante do Ministério Público junto do tribunal competente para a impugnação judicial, onde será objeto de revisão. É o que resulta da conjugação dos números 1 e 3 do artigo 81.º do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro. Pelo contrário, o pedido de revisão de uma decisão judicial cairá na esfera de competência do tribunal da relação nos termos do n.º 4.

Por fim, entendemos que a referência ao artigo 10.º na alínea j) do artigo 2.º do *Projeto* deverá ser omissa, uma vez que o objeto do aludido artigo está despejado de ilicitude. Dessa omissão resulta a seguinte redação:

j) «*Infração ao direito da concorrência*, uma violação das disposições previstas nos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e/ou nos artigos 101.º e 102.º do TFUE;

Aproveitamos para sugerir que a mesma omissão deverá ocorrer nas propostas de aditamento do artigo 94.º-A, n.º 1, à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (artigo 21.º do *Projeto*), e de alteração do artigo 112.º, n.º 4, da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (artigo 22.º do *Projeto*), pelas razões anteriormente aduzidas. Sem prescindir, alertamos que o n.º 2 do artigo 91.º-A aditado à Lei 19/2012, de 8 de maio, deveria ser corrigido no que respeita às referências aos “artigos 81.º e 82.º do Tratado”. Ao invés, deveria ser feita referência aos “artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”.

(...)

Artigo 6.º

Prazo de prescrição

1 – O direito de indemnização prescreve no prazo de cinco anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento, ou da data em que se possa razoavelmente presumir que teve conhecimento:

- a) Do comportamento em causa, e de que este constitui uma infração ao direito da concorrência;
- b) Da identidade do infrator; e
- c) Do facto de a infração ao direito da concorrência lhe ter causado danos.

2 – O prazo de prescrição só começa a correr depois de cessar a infração ao direito da concorrência.



3 – Para efeitos da alínea b) do n.º 2 e da alínea b) do n.º 4 do artigo 5.º, o prazo de prescrição do direito de indemnização, perante uma PME ou uma empresa beneficiária de dispensa de coima, dos lesados que não sejam seus clientes ou fornecedores, é de 3 anos e começa a correr na data em que a incapacidade de pagamento dos restantes coinfratores estiver definitivamente estabelecida por decisão judicial.

4 – O prazo de prescrição suspende-se se uma autoridade de concorrência der início a uma investigação relativa à infração com a qual a ação de indemnização esteja relacionada, nomeadamente nos termos do n.º 1 do artigo 17.º e do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

5 – A suspensão a que se refere o número anterior não termina antes de decorrido um ano após a existência da infração ter sido declarada por decisão definitiva de uma autoridade de concorrência ou por decisão judicial transitada em julgado, ou após o processo ter sido de outro modo concluído.

6 – O prazo de prescrição para intentar uma ação de indemnização suspende-se em relação às partes que participam, participaram, estão ou estiveram representadas num procedimento de resolução extrajudicial de litígios, durante o período de tempo em que tal procedimento decorrer, sem prejuízo do disposto no artigo 324.º do Código Civil.

7 – O prazo de prescrição interrompe-se pela citação ou notificação judicial ao alegado infrator de quaisquer atos que exprimam a intenção de exercer o direito, nomeadamente os que decorrem dos artigos 13.º e 16.º do presente diploma.

8 – O direito de regresso entre coinfratores prescreve no prazo de cinco anos, a contar da data em que o coinfrator pagou o que pretende reaver por via de regresso.

Enquadramento e comentário

Sumário:

I. O prazo de prescrição do direito à indemnização

II. Os meios para interrupção do prazo de prescrição

I. O prazo de prescrição do direito à indemnização

O prazo de prescrição do direito à indemnização proposto pela diretiva deverá ser suficiente para não impedir a propositura da ação de condenação no pagamento de uma indemnização, pelo que o artigo 6.º da *Proposta* acolheu o mínimo previsto no artigo 10.º, n.º 3, do diploma comunitário: cinco anos. No entanto, apesar de este prazo beneficiar aparentemente o lesado, na verdade ele pode ser até desvantajoso em face do teor do artigo 498.º, n.º 1, do CC, que deixa de ser aplicável mediante a existência de



uma lei especial nos termos do artigo 7.º, n.º 3, do CC, contrariando, assim, o espírito da diretiva: *alargar a possibilidade de exercício do direito à reparação integral*. Nos termos do artigo 498.º, n.º 1, do CC, estabelecem-se dois prazos de prescrição, os quais variam conforme o conhecimento do direito e a ocorrência do dano. Assim, o direito à indemnização prescreve no prazo de três anos desde o seu conhecimento pelo lesado; e no prazo de vinte anos (prazo ordinário nos termos do artigo 309.º do CC) desde a ocorrência do dano. Em face quer do teor do artigo 10.º da diretiva quer do espírito da mesma, sugerimos que o artigo que transpõe esta matéria seja alterado, passando a incluir não só o prazo de cinco anos imposto pela mesma, mas também o prazo ordinário previsto no Código Civil, conforme é preocupação do legislador português em matéria de responsabilidade civil, em total consonância com o espírito da diretiva. Em face do exposto, sugerimos a seguinte redação:

Artigo 6.º

Prazo de prescrição

1 – *Sem prejuízo do prazo de prescrição previsto no artigo 309.º do Código Civil a contar do facto danoso*, o direito de indemnização prescreve no prazo de cinco anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento, ou da data em que se possa razoavelmente presumir que teve conhecimento:

- a) Do comportamento em causa, e de que este constitui uma infração ao direito da concorrência;
 - b) Da identidade do infrator; e
 - c) Do facto de a infração ao direito da concorrência lhe ter causado danos.
- (...)

II. Meios judiciais para interrupção do prazo de prescrição

Os meios judiciais para a interrupção do prazo de prescrição do direito à indemnização estão previstos no artigo 6.º, n.º 7, do *Projeto*. A escolha de um elenco exemplificativo (“nomeadamente”) permite ao lesado servir-se do meio que por exceléncia é utilizado para interromper o prazo de prescrição: a notificação judicial avulsa (artigo 256.º e seguintes do CPC). Verifica-se igualmente ser notória a influência do artigo 323.º do CC na redação do aludido preceito. No entanto, entendemos que o mesmo deverá ir mais longe. Por esse motivo, e procurando salvaguardar a posição do sujeito ativo da ação, sugerimos a seguinte redação:

(...)

7 – O prazo de prescrição interrompe-se pela citação ou notificação judicial ao alegado infrator de quaisquer atos que exprimam, direta ou indiretamente, a intenção de exercer o direito, nomeadamente os que decorrem dos artigos 13.º e 16.º do presente diploma, ***seja qual for o processo a que o ato pertence e ainda que o tribunal seja incompetente***.



(...)

Esta solução parece-nos que é aquela que melhor vai ao encontro do espírito da diretiva, dos interesses do lesado e da coerência do sistema. Por outro lado, esclarece-se o teor da norma, evitando dificuldades posteriores na interpretação por confronto com a disposição similar prevista no Código Civil, em tudo o que ali não estivesse previsto, e pelo facto de a norma especial revogar o teor da norma geral.

(...)

Artigo 7.º

Força probatória das decisões das autoridades de concorrência e dos tribunais de recurso

1 – A declaração pela Autoridade da Concorrência, através de decisão definitiva, ou por um tribunal de recurso, através de decisão transitada em julgado, da existência de uma infração ao direito da concorrência constitui presunção inilidível da existência, natureza e âmbito material, pessoal, temporal e territorial dessa infração, para efeitos da ação de indemnização pelos danos dela resultantes.

2 – A declaração por uma autoridade de concorrência de qualquer Estado-membro da União, através de decisão definitiva, da existência de uma infração ao direito da concorrência constitui presunção inilidível da existência, natureza e âmbito material, pessoal, temporal e territorial dessa infração, para efeitos da ação de indemnização pelos danos dela resultantes.

3 – A declaração por um tribunal de recurso de qualquer Estado-membro da União, através de decisão transitada em julgado e observado o princípio do reconhecimento mútuo, nos termos do Direito da União aplicável, da existência de uma infração ao direito da concorrência constitui presunção inilidível da existência, natureza e âmbito material, pessoal, temporal e territorial dessa infração, para efeitos da ação de indemnização pelos danos dela resultantes.

4 – Se o conhecimento do objeto da ação depender da identificação de uma infração objeto de uma investigação de uma autoridade de concorrência, de uma decisão não definitiva de uma autoridade de concorrência ou de uma decisão de um tribunal de recurso ainda não transitada em julgado, o tribunal competente pode, a pedido do autor ou do réu, suspender a instância até que a decisão em causa se torne definitiva ou transite em julgado, ou que se verifique qualquer outro facto modificativo dos pressupostos que justificaram a suspensão.

Enquadramento e comentário



A transposição para o ordenamento jurídico português do artigo 9.º da diretiva não parece suscitar dúvidas quanto à técnica jurídica utilizada pelo legislador português para traduzir a expressão “seja considerada irrefutavelmente estabelecida” (a consagração entre nós de uma presunção *juris et de juri*).

Adiantamos desde já que a solução deverá passar por acolher uma presunção absoluta de ilicitude de que os factos julgados provados na sentença, acórdão ou decisão, e nas quais se baseou a condenação do infrator, *ocorreram naqueles precisos termos*. Todavia, a consagração desta solução radical obriga à necessidade de densificar os conceitos objeto da presunção legal, nomeadamente, o “âmbito material e pessoal” da infração. Veja-se a este propósito, a sugestão que apresentámos no comentário ao artigo 2.º do *Projeto*.

Em termos práticos, a presunção inilidível permitirá ao lesado juntar simplesmente a sentença/decisão, como prova dos factos alegados na petição inicial.

(...)

Artigo 9.º

Quantificação dos danos e do valor da repercussão

1 – Salvo prova em contrário, e sem prejuízo do ónus da prova do nexo de causalidade que incumbe ao lesado, presume-se que os cartéis causam danos.

2 – Se for praticamente impossível ou excessivamente difícil calcular com exatidão os danos totais sofridos pelo lesado ou o valor da repercussão a que se refere o artigo 8.º, tendo em conta os meios de prova disponíveis, o tribunal procede a esse cálculo por recurso a uma estimativa aproximada, tendo por referência a Comunicação da Comissão, de 13 de junho de 2014, sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2013/C 167/07).

3 – A Autoridade da Concorrência, caso o considere adequado e possível, presta assistência ao tribunal, a pedido deste, na quantificação dos danos resultantes da infração ao direito da concorrência.

Enquadramento e comentário

O artigo 17.º, n.º 2 da diretiva contempla uma das questões mais controversas, que tem por objeto a matéria do *nexo de causalidade* entre a violação ilícita, e culposa, de uma norma e o dano ocorrido. No entanto, os considerandos iniciais conferem uma margem de flexibilidade para a adequação do teor da diretiva às normas nacionais, desde que respeitados os princípios da efetividade e equivalência.

Entre nós, o nexo de causalidade está previsto nos artigos 483.º, n.º 1, e 563.º do CC, sendo a teoria da causalidade adeuada unanimemente acolhida pela doutrina e jurisprudência portuguesas.

O *Projeto*, no seu artigo 9.º, n.º 1, salvaguardou a necessidade de prova do nexo de causalidade, avançando com o entendimento de que a presunção estabelecida no artigo 17.º, n.º 2, da diretiva, abrange apenas os danos (“presunção de dano”)¹.

A necessidade de prova do nexo causal é, entre nós, um imperativo nas ações de condenação baseadas na responsabilidade civil. No entanto, existem situações em que a necessidade absoluta de prova do nexo causal é discutida na jurisprudência. Trata-se do caso das ações de regresso das seguradoras em virtude do artigo 27.º, n.º 1, al. c), do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21-07, onde parte da jurisprudência admite o estabelecimento de um nexo causal automático entre a condução sob o efeito de álcool e a produção de danos resultantes num acidente de viação. No entanto, entendemos que seria irrazoável, senão mesmo injusto, fixar uma relação automática no tipo de casos a que se destina a diretiva, quer pela carência de elementos objetivos que extravasem as regras da experiência, quer por inexistência na diretiva de um espírito punitivo dos lesantes. Aliás, o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) fez questão de sublinhar a exigência de nexo causal entre o dano e o acordo ou prática proibida². Sublinhamos que a diretiva visa tão só garantir a reparação dos danos. Nessa medida, e em face da ampla margem concedida ao legislador nacional, entendemos que o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano é um elemento que carece de prova nesta sede, devendo interpretar-se restritivamente o artigo 17.º, n.º 2, do diploma comunitário. Todavia, somos do entendimento de que a redação apresentada no artigo 9.º, n.º 1, do *Projeto*, é sibilina, podendo gerar confusão ao intérprete. Nessa medida, apresentaremos de seguida uma nova redação, tendo por base a sistematização do artigo 76.º da proposta de transposição apresentada em Espanha:

Artigo 9.º

Quantificação dos danos e do valor da repercussão

1 – Incumbe ao lesado o ónus da prova do nexo de causalidade entre a infração de normas de direito da concorrência e os danos causados.

2 – Considera-se que as infrações cometidas por cartel são adequadas a causar danos, salvo prova em contrário.

3 – Se for praticamente impossível ou excessivamente difícil calcular com exatidão os danos totais sofridos pelo lesado ou o valor da repercussão a que se refere o artigo 8.º, tendo em conta os meios

¹ Vide exposição de motivos da autoridade de concorrência, página 9.

² Vide Acórdão proferido pelo TJUE de 13.07.2006, nos processos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi contra Llout Adriatico Assicurazioni SpA*, página I-6641, considerandos 61, 63 e 64.

de prova disponíveis, o tribunal procede a esse cálculo por recurso a uma estimativa aproximada, tendo por referência a Comunicação da Comissão, de 13 de junho de 2014, sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.^º e 102.^º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2013/C 167/07).

(...)

A introdução da expressão “são adequadas a causar danos” parece-nos ser aquela que melhor traduz o espírito da diretiva. Reiteramos: não resulta dos considerandos qualquer vontade em estabelecer um nexo de causalidade automático entre os factos e danos, por inexistência de elementos objetivos que o permitam, nem tão pouco qualquer vontade punitiva. Assim, parece-nos que a expressão agora sugerida é aquela que melhor se adapta à teoria da causalidade adequada e à ideia subjacente à redação do artigo 17.^º, n.^º 2 da diretiva: as práticas dos cartéis são adequadas a produzir danos – o que em todo o caso pode ser ilidido pelo lesante, através da demonstração de estudos económicos contrários³ –, cabendo ao lesado apenas provar a ligação natural ou mecânica entre a conduta infratora e o dano gerado no caso concreto.

(...)

Artigo 10.^º

Ações intentadas por autores situados em diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição

1 – A fim de evitar que as ações de indemnização intentadas por autores situados em diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição conduzam a uma compensação excessiva ou à ausência de compensação dos lesados, o tribunal tem em conta:

- a) As ações de indemnização relativas à mesma infração, mas intentadas por autores situados em outros níveis da cadeia de produção ou distribuição; ou
- b) As decisões judiciais proferidas no âmbito das ações de indemnização referidas na alínea a); ou
- c) As informações relevantes de domínio público relativas à aplicação do direito da concorrência por entidades públicas.

2 – Para efeitos do número anterior, o tribunal pode determinar a apensação de processos, a suspensão da instância ou recorrer a qualquer outro meio processual disponível.

3 – O disposto nos números anteriores não prejudica os direitos e obrigações decorrentes do artigo 30.^º do Regulamento (UE) n.^º 1215/2012, do Parlamento Europeu

³ Vide Acórdão proferido pelo TJUE de 31.03.1993, no processo C-89/85, página I-1575, *Pasta Papel*, considerando 126.



e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

Enquadramento e comentário

A *ratio* subjacente ao artigo 15.º da diretiva tem que ver apenas com o volume dos montantes peticionados a título de indemnização. De modo a cumpri-la, o artigo 10.º do *Projeto* prevê que os tribunais tenham em conta dois elementos: as ações de indemnização *pendentes* intentadas por autores situados em outros níveis da cadeia de produção ou distribuição; e o teor das sentenças proferidas nos processos anteriormente referidos ou das decisões de entidades públicas que tenham aplicado o direito da concorrência. Esta divisão, conforme veremos de seguida, levar-nos-á a dois caminhos distintos.

I – Ações de indemnização *pendentes* intentadas por autores situados em outros níveis da cadeia de produção ou distribuição

Os regimes do litisconsórcio e da coligação estão consagrados nos artigos 30.º e seguintes do CPC. No caso previsto no artigo 15.º, n.º 1, alínea a), do *Projeto*, estaremos perante situações que em princípio preenchem os requisitos da coligação: trata-se de ações que partilham a mesma causa de pedir ou em que a procedência dos pedidos principais depende essencialmente da apreciação dos mesmos factos ou interpretação das mesmas normas do direito (artigo 36.º, n.º 1 e 2 do CPC).

À luz do artigo 10.º, ficamos sem saber se a apensação depende de requerimento apresentado por uma das partes ou pode ser determinado oficiosamente pelo tribunal. A leitura do número dois aponta para que o juiz possa determiná-lo oficiosamente, à revelia do artigo 267.º do CPC. Independentemente da opção, as partes deverão ser sempre ouvidas. Referira-se ainda que a apensação não poderá ocorrer em relação a processos transitados em julgado. Nessa medida, propomos a seguinte alteração ao preceito:

Artigo 10.º

Ações intentadas por autores situados em diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição

(...)

2 – O tribunal, *ouvidas as partes*, pode determinar a apensação de processos, a suspensão da instância ou recorrer a qualquer outro meio processual disponível nos casos em que estejam pendentes *ações de indemnização relativas à mesma infração, mas intentadas por autores situados em outros níveis da cadeia de produção ou distribuição*.

3 – O disposto nos números anteriores não prejudica os direitos e obrigações decorrentes do artigo 30.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de



dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

A alteração sugerida prende-se tão só com o facto de não ser possível apensar ações pendentes a ações transitadas em julgado, e da necessidade de respeitar o princípio do contraditório. Não nos parece ser necessário esclarecer que as ações previstas na alínea a) se referem às *pendentes*, uma vez que essa conclusão retira-se da leitura da alínea b).

II – O teor das sentenças proferidas nos processos anteriormente referidos ou das decisões de entidades públicas que tenham aplicado o direito da concorrência

Em Portugal as decisões dos tribunais, apesar de possuírem a força de lei (conceito de caso julgado), não são fonte imediata de direito (artigo 1.º do CC). Acresce dizer que os juízes gozam de independência, não estando constitucionalmente obrigados a acatar a decisão de outro tribunal (sem prejuízo da força vinculativa dos acórdãos da instância superior no âmbito do mesmo processo). O mesmo se diga para as decisões de um órgão da administração em sede de ilícitos de ordenação social. Seria até arrojado, em face da nossa tradição, pretender submeter o livre juízo do tribunal (atendendo ao princípio da separação de poderes), na análise dos factos e do direito (juízo de ilicitude), às decisões de um órgão da administração pública. E o mesmo se diga quanto às decisões provenientes de órgãos da união europeia, *e.g.* Comissão, as quais podem ser objeto de reenvio prejudicial nos termos do artigo 267.º do TFUE. Destarte, o artigo 10.º, n.º 1, alíneas b) e c) do *Projeto* deverá ser interpretado no sentido de que os tribunais deverão ter em conta tais decisões, para efeitos de *orientação*.

(...)

Capítulo II

ACESSO A MEIOS DE PROVA

(...)

Artigo 17.º

Sanções em matéria de acesso a meios de prova

1 – São sancionadas com multa processual, a fixar pelo tribunal, as seguintes condutas:

- a) O incumprimento ou a recusa em cumprir uma ordem de apresentação de meios de prova emitida nos termos do n.º 1 do artigo 12.º;



- b) A destruição, ocultação ou qualquer outra forma de tornar impossível o acesso efetivo aos meios de prova cuja apresentação é ordenada ao abrigo do n.º 1 do artigo 12.º;
- c) O incumprimento ou a recusa em cumprir as medidas decretadas pelo tribunal destinadas a proteger informação confidencial, nos termos do n.º 7 do artigo 12.º;
- d) A violação dos limites à utilização dos meios de prova previstos no artigo 14.º.

2 – O montante da multa a que se refere o número anterior é fixado pelo tribunal entre 50 e 5000 UC, em função da gravidade da conduta e da medida em que a mesma dificulte a prova do autor ou do réu no âmbito da ação de indemnização, podendo ser imposta às partes, a terceiros e aos seus representantes legais.

3 – No caso da alínea a) do n.º 1, o tribunal pode, adicionalmente, aplicar uma sanção pecuniária compulsória fixada entre 5 e 500 UC por cada dia de atraso e até cumprimento da ordem de apresentação de meios de prova.

4 – Sempre que as condutas referidas no n.º 1 forem imputáveis a uma parte, o tribunal aprecia livremente o seu valor para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil.

5 – As condutas referidas no n.º 1 determinam ainda a condenação no pagamento das custas relativas ao requerimento de apresentação de meios de prova, independentemente do resultado da ação de indemnização.

Enquadramento e comentário

Os efeitos pretendidos pelo artigo 17.º do *Projeto* aproximam-se dos previstos no artigo 542.º do CPC, onde está regulada a chamada *litigância de má-fé*. No entanto, as especificidades das matérias objeto de escrutínio no âmbito deste tipo de ações, em que são violadas normas da concorrência, acrescida das exigências do legislador comunitário, fazem com que a previsão do CPC seja insuficiente. A possibilidade de reação à condenação nesta sede está prevista no artigo 542.º, n.º 3, do CPC, *ex vi* artigo 23.º do *Projeto*: “independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admitido recurso, em um grau, da decisão que condene por litigância de má-fé”

Nos termos do artigo 552.º, n.º 2, do CPC, todos os meios de prova são requeridos ou juntos pelo autor com a apresentação da petição inicial. O mesmo se diga em relação ao réu, com a apresentação da contestação nos termos do artigo 572.º, alínea d), do CPC, sem prejuízo do teor dos artigos 552.º, n.º 2, 2.ª parte, e 572.º, alínea d), 2.ª parte, do mesmo diploma legal. Todavia, em matéria de tempestividade na apresentação de requerimentos probatórios, existe apenas uma exceção ao conjunto de disposições do CPC, e que está prevista artigo 12.º, n.º 1, do *Projeto*. Deste modo, nas ações de



indemnização fundadas na violação de normas concorrenceis, as partes estão obrigadas a apresentar toda a prova na petição inicial e na contestação, respetivamente, à exceção do requerimento através do qual se solicita ao tribunal que ordene a junção aos autos de prova na posse da parte contrária ou de terceiro. Não se percebe, por isso, de que modo é que a parte faltosa poderá ser condenada no pagamento das custas relativas ao requerimento de apresentação de meios de prova, conforme prevê o n.º 5 do artigo 17.º do *Projeto*, já que o mesmo não existe. Assim, entendemos que este número deverá ser omisso, por falta de enquadramento na nossa lei processual. Todavia, tendo em conta a vontade sancionatória do legislador comunitário em punir condutas que revelem uma violação dos deveres de cooperação para a descoberta da verdade material, sugerimos que a parte faltosa seja condenada no pagamento da totalidade das custas da ação, independentemente do resultado.

Em face do exposto, sugerimos a seguinte redação:

Artigo 17.º

Sanções em matéria de acesso a meios de prova

(...)

5 – As condutas referidas no n.º 1 determinam ainda a condenação no pagamento da totalidade das *custas processuais*, independentemente do resultado da ação de indemnização.