

Comentários apresentados no âmbito da *Consulta pública sobre a Proposta de anteprojecto de transposição da Directiva Private Enforcement promovida pela Autoridade da Concorrência*

Linklaters LLP

30 de Maio de 2016

Doutor António Ferreira Gomes

M.I. Presidente do conselho de administração da

Autoridade da Concorrência

Exmo. Senhor,

A Linklaters LLP ("Linklaters") vem apresentar as observações e comentários à consulta pública ("consulta") lançada pela Autoridade da Concorrência ("AdC") a 26 de Abril de 2016, respeitante à proposta de anteprojecto de transposição da Directiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as acções de indemnização no âmbito do direito nacional por infracção às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia ("Proposta" e "Directiva"). Os nossos comentários são apresentados artigo a artigo, por referência à redacção apresentada.

A Linklaters felicita a AdC pela iniciativa de promoção de uma consulta, que se segue à realização de uma sessão de trabalho com participantes dos principais *stakeholders* da comunidade jurídica, da defesa do consumidor e do meio empresarial, na qual tivemos a oportunidade de participar e expor os nossos pontos de vista, e cujos resultados são, globalmente, reflectidos na Proposta.

Sublinhamos, positivamente, o empenho da AdC na promoção e realização de um debate tão amplo quanto possível relativo à transposição da Directiva, e que se insere no contexto de outras iniciativas levadas anteriormente a cabo pela AdC, designadamente, no âmbito da proposta de projecto legislativo do novo Regime Jurídico da Concorrência ou da aprovação de actos regulamentares e de orientações administrativas, nos domínios da investigação de práticas restritivas da concorrência ou do controlo de concentrações. Tais iniciativas, contribuindo para a maior participação dos interessados e transparência dos processos decisórios, reforçam a qualidade dos actos legislativos ou administrativos resultantes e promovem a divulgação da defesa da concorrência como elemento essencial do funcionamento de uma economia aberta.

No âmbito específico da transposição da Directiva, seria igualmente relevante reflectir adequadamente sobre o impacto das regras que visam facilitar acções de indemnização no ordenamento jurídico português, assegurando a justa compensação das vítimas pelos danos sofridos, no plano da aplicação das regras de defesa da concorrência pela AdC, em especial no impacto previsível na operacionalidade dos instrumentos a que as autoridades da concorrência a nível da União Europeia recorrem em maior abundância na sua actuação sancionatória, i.e., os programas de clemência e os procedimentos de transacção, e o modo como as regras destinadas designadamente a enquadrar o acesso aos meios de prova necessários à instauração deste tipo de acções de indemnização serão conciliadas com os incentivos e quadro jurídico actualmente vigentes destinados a promover a denúncia de infracções (programa de clemência) ou a conclusão célere de processos (procedimento de transacção); o modo como as instâncias judiciais e administrativas (em especial, a própria AdC) irão responder quando forem chamadas a contribuir para a aplicação efectiva deste regime terá certamente impactos relevantes a este nível.

Globalmente, e atendendo aos limites decorrentes do próprio texto da Directiva, consideramos a Proposta satisfatória, robusta e clara, sendo de sublinhar em particular a preocupação revelada em ajustar as soluções propostas ao enquadramento vigente no ordenamento jurídico português. De igual modo, a generalidade das opções deixadas aos Estados e cujo exercício se propõe

surgem globalmente ponderadas e adequadas. Sem prejuízo, as presentes observações referem-se a aspectos concretos da Proposta cujo melhoramento é possível e que, em nosso entender, contribuirão para a adoção de um quadro legal mais sólido e robusto, mas também mais seguro e coerente na sua aplicação. De igual modo, levantamos algumas reservas quanto às alterações propostas à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“LdC”), em especial no que concerne ao seu impacto no programa de clemência.

Felicitemos, uma vez mais, a AdC pela presente iniciativa.

Lisboa, 30 de Maio de 2016

Linklaters LLP

1 COMENTÁRIOS À PROPOSTA DE ANTEPROJECTO

1.1 Artigo 3º (Responsabilidade civil)

O n.º 2 deste artigo visa em substância consagrar o princípio, estabelecido em direito da concorrência, da consideração da empresa enquanto unidade económica sob o mesmo perímetro de controlo, com a inerente responsabilidade do grupo pelos comportamentos de cada uma das suas componentes. Por forma a esclarecer o sentido da norma seria aconselhável rever a redacção quanto aos seguintes pontos:

a) noção de imputação: o que se pretende é garantir que a responsabilidade pelos danos causados pela infracção cometida por uma pessoa jurídica seja alargada a todas as pessoas jurídicas que com a infractora constituem uma mesma unidade económica, ou que sobre ela tenham exercido influência determinante. Seria assim aconselhável que se referisse expressamente o alargamento da responsabilidade pelos prejuízos causados, em vez de se afirmar que apenas que *"a actuação (..) é imputável"*, uma vez que esta redacção pode dar lugar a dúvidas quanto ao seu alcance.

b) seria também aconselhável esclarecer na parte final do n.º 2 (*"que sobre ela tenham exercido influência dominante"*) se refere ao período da infracção.

c) a presunção ilidível prevista no n.º 3 devia abranger ou todos os casos em que, na LdC se estabelece a imputação da posição de uma pessoa jurídica à empresa, em sentido económico, em que a mesma se integra; ou, mais cautelosamente, esta presunção deveria abranger a regra do Código das Sociedades Comerciais que estabelece a responsabilidade solidária de uma sociedade que detém mais de 90% do capital de uma outra sociedade pelas dívidas desta. Com efeito, atendendo à necessidade de garantir uma abordagem coerente e sistemática, a introdução de uma regra específica para o problema da responsabilidade por danos emergentes de infracções ao direito da concorrência que não tenha, ao menos, respaldo no regime da LdC e que seja menos abrangente do que a regra prevista no direito societário, poderá suscitar dúvidas de integração desnecessárias.

1.2 Artigo 5º (Responsabilidade solidária entre co-infractores)

1.2.1 Regime excepcional para as PME

O conceito de prejuízo irremediável para a viabilidade económica parece de difícil verificação, sobretudo quando, cumulativamente, devem também verificar-se a desvalorização total dos activos da empresa em causa. Com efeito, consideramos que a verificação cumulativa das condições identificadas na Proposta dificilmente será verificada na prática, se o conceito de prejuízo irremediável não for objecto de algum grau de concretização. Com a redacção ampla constante da Proposta de anteprojecto parece-nos que esta causa de afastamento da responsabilidade de PMEs nunca se aplicará.

1.2.2 Regime para as empresas beneficiárias de dispensa de coima

A regra geral prevista no n.º 4 deste artigo 5º parece clara, mas seria necessário explicitar que ele se aplica a empresas que beneficiem de uma dispensa total ou parcial de coima.

A principal dúvida resulta da articulação do regime previsto nesta disposição com o que se estabelece nos n.ºs 6 e 7.

Quanto ao n.º 7, estabelece-se um limite ao montante a ser pago a título de direito de regresso pela empresa beneficiária de dispensa de coima, o qual não pode exceder o montante dos danos que causou aos seus clientes.

Uma primeira dúvida surge no cálculo deste montante: se a empresa tiver pago aos lesados directos, o montante disponível para os restantes lesados é idêntico, ou seja, o limite da responsabilidade é o dobro desses danos? Ou está globalmente limitado a esse montante, caso em que se os lesados directos tiverem obtido a compensação dos seus danos nenhum direito terão os lesados indirectos?

Uma segunda questão resulta do modo de aplicar estas regras quando os lesados directos não tenham intentado uma acção de indemnização. Neste caso não é claro o modo de determinar o montante dos prejuízos causados aos lesados directos. Qual é o total? Apenas o que resulta da acção dos lesados indirectos, a qual deve demonstrar que os montantes são inferiores aos danos dos lesados indirectos? Ou o que resultar da própria decisão da AdC (por exemplo, no caso de estar estabelecer um montante de prejuízo por unidade de produto?).

Os danos causados a outros lesados, que só são exigíveis na parte necessária para que se complete o que não foi obtido junto dos outros responsáveis (cf. n.º 4), está limitado pelo n.º 5, ou seja, até ao limite da quota de mercado da empresa. Também neste caso o mecanismo de aplicação parece exigir que a responsabilidade desta categoria de empresas (as beneficiárias de dispensa de coima) só seja executada após o ressarcimento dos danos causados pelos outros responsáveis. Na prática este regime parece excessivamente complexo e susceptível de causar grandes dúvidas de aplicação. Seria pois aconselhável tentar corrigir estas questões.

1.3 Artigo 6.º (Prazo de prescrição)

1.3.1 Comentário geral

Na senda do enunciado no artigo 9.º da Directiva, o artigo 6.º da Proposta implica modificações assinaláveis, no que toca às normas sobre prescrição aplicáveis em sede de responsabilidade civil extracontratual e constantes do artigo 498.º do Código Civil. O essencial dessas modificações vai num sentido mais favorável a quem invoque a qualidade de lesado, visto que:

- (a) O prazo de prescrição é de cinco anos, e não de três;
- (b) O prazo só se começa a contar a partir do momento em que o lesado tenha conhecimento, ou da data em que se possa razoavelmente presumir que teve conhecimento, entre outros elementos, da identidade do infractor. Este aspecto é diametralmente oposto à norma vertida no artigo 498.º, n.º 1, do Código Civil, do qual decorre que o desconhecimento da pessoa do responsável não impede que o prazo de prescrição corra. No contexto específico das lesões de regras de defesa da concorrência, e em particular dos cartéis, a solução é correcta e evita que um cartel particularmente bem sucedido seja como que premiado pela aplicação de regras de prescrição que começariam então a correr antes de ser possível identificar os autores do acto ilícito.

1.3.2 Outros aspectos

- (i) **Relação com o artigo 498.º, n.º 1, do Código Civil e interpretação do artigo 6.º da Proposta**

Sem prejuízo do que acima se deixa explicitado, relativamente ao conhecimento da identidade do infractor, justifica-se ter em atenção que resulta do artigo 498.º, n.º 1, do Código Civil, que o prazo de prescrição começa a contar a partir do momento em que quem invoque a qualidade de lesado tenha um conhecimento suficiente e efectivo do seu direito – *rectius*, dos factos que implicam o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil (facto, ilicitude, culpa, dano, nexó de causalidade entre facto e dano). Mas isto sem prejuízo de não ser exigível a quem invoque a qualidade de lesado o conhecimento da extensão integral dos danos. Ou seja, o foco do regime assenta no conhecimento bastante de factos e não no conhecimento informado da qualificação jurídica dos mesmos.

Pelo contrário, o artigo 6.º, n.º 1, da Proposta refere, sem mais, que o prazo de prescrição começa a contar, entre outros factores, (i) “do conhecimento do comportamento em causa, e de que este constitui uma infracção ao direito da concorrência”; e (ii) “do facto de a infracção ao direito da concorrência lhe ter causado danos”.

Crê-se que estes dois segmentos são susceptíveis de gerar dúvidas de interpretação, em face do que vem sendo o regime jurídico português em matéria de responsabilidade civil extracontratual.

Assim:

- (a) No que toca ao conhecimento do comportamento e à sua qualificação como infracção, não é líquido que o que esteja em causa deva ser, à semelhança do que se verifica no artigo 498.º, n.º 1, do Código Civil, um mero conhecimento factual, ou, pelo contrário, um conhecimento já juridicamente enquadrado. A questão não é indiferente, seja porque a resposta que lhe seja dada tem impacto ao nível do momento a partir do qual se inicia a contagem do prazo de prescrição, seja por que deixa em aberto para desenvolvimentos futuros, nomeadamente ao nível da aplicação do regime em concreto, o que deva ser entendido como o momento em que razoavelmente se possa presumir que exista conhecimento juridicamente informado da existência de uma infracção. Parece possível que este segmento nunca se verifique, já que só excepcionalmente (por exemplo em caso de pedido de clemência que seja aceite pela AdC e divulgado) haverá situações em que antes de uma decisão judicial sobre a violação do direito da concorrência em causa (nacional ou da União), haja esta percepção da existência de um acto ilícito;
- (b) Importaria explicitar se o conhecimento da existência de danos deve ou, não, ser assimilado à ideia, presente no artigo 498.º, n.º 1, do Código Civil, de o desconhecimento integral dos danos não ser impeditivo do começo da contagem do prazo de prescrição.

1.3.3 Suspensão e interrupção do prazo de prescrição

(i) Suspensão decorrente de início da investigação por uma autoridade de concorrência

A operacionalização deste regime pressupõe que seja disponibilizada aos interessados, em tempo útil, informação quanto ao início da investigação.

Refira-se, no entanto, que a circunstância de esta suspensão não terminar “antes de decorrido um ano após a existência da infracção 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” é susceptível de bulir com o prazo longo de prescrição de vinte anos referido no artigo 309.º do Código Civil. Crê-se que esta questão não é resolvida na Proposta de Anteprojecto.

Note-se que se afigura possível que haja prescrição do procedimento nos termos da Lei n.º 19/2012, nomeadamente do seu art.º 74, mas que haja acção de responsabilidade civil não afectada pela regra de prescrição, tanto mais que se suspende até que o processo (e a referência a processo parece logicamente abranger o processo administrativo que corre perante a Autoridade) “ter sido outro modo concluído” (cf. art.º 7º, n.º 5, parte final).

(ii) Procedimentos de resolução extrajudicial de litígios

(a) Arbitragem

A ressalva da aplicabilidade do artigo 324.º do Código Civil, relevante em matéria de arbitragem e determinante da interrupção da prescrição em razão da celebração de compromisso arbitral tem como consequência que o artigo 6.º, n.º 6, da Proposta não determina qualquer suspensão neste domínio específico. Contudo, faz ressaltar a questão de saber se a clareza do preceito não sairia reforçada se nele se afirmasse, de uma forma mais explícita, que o compromisso arbitral determina a interrupção – e não a mera suspensão – do prazo de prescrição.

(b) Mediação

Relativamente à mediação, a solução da suspensão do prazo de prescrição converge com a que se encontra consagrada no artigo 13.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril (Lei da Mediação). Crê-se, no entanto, que ambos os diplomas deveriam ser aplicados de uma forma conjugada. Assim, por exemplo, deveria entender-se que o prazo de prescrição só suspende com a assinatura do protocolo de mediação, conforme previsto no artigo 13.º, n.º 2, da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril.

(iii) Citação ou notificação judicial ao alegado infractor de actos que exprimam a intenção de exercer o direito

A solução proposta no artigo 6.º, n.º 7, da Proposta converge com a consagrada no artigo 323.º, n.º 1, do Código Civil.

1.4 Artigo 7.º (Força probatória das decisões das autoridades de concorrência e dos tribunais de recurso)

1.4.1 Comentário geral

Apresentando-se como inovadora, a solução gizada na Proposta partilha características com o artigo 623.º do Código de Processo Civil, nos termos do qual “a *condenação definitiva proferida no processo penal constitui, em relação a terceiros, presunção ilidível no que se refere à existência dos factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal, bem como dos que respeitam às formas do crime, em quaisquer acções civis em que se discutam relações jurídicas dependentes da prática da infracção*”,

sede esta em que, aliás, “o caso mais frequente é o da acção de indemnização” (cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS/A. MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, 2.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 726).

Crê-se ainda que, salvaguardadas as diferenças decorrentes de a Proposta se reportar a uma presunção inilidível e as especialidades dos elementos por ela abrangidos, a mecânica do regime proposto se mostra semelhante à do Código de Processo Civil: “*provada, no processo penal, a prática dum ato criminoso que constitua ilícito civil, o titular do interesse ofendido não tem o ónus de provar na acção civil subsequente o ato ilícito praticado nem a culpa de quem o praticou, sem prejuízo de continuar onerado com a prova do dano sofrido e do nexo de causalidade*” (*idem, ibidem*).

1.4.2 Quanto à referência ao princípio do reconhecimento mútuo

O artigo 7.º, n.º 3, da Proposta contém uma referência ao princípio do reconhecimento mútuo, no quadro da consagração da força probatória das decisões de tribunais de recurso de um Estado-membro da União Europeia.

Sobre esta questão, afirma-se no n.º 9.37 da Exposição de Motivos que “(...) o reconhecimento automático de sentenças proferidas por tribunais de recurso desses Estados-membros tem como pressuposto a observância das condições impostas pelos instrumentos legais internacionais relevantes, designadamente o princípio do reconhecimento mútuo (a que, embora tal não fosse necessário, fazemos referência)”.

Afirmando-se na Exposição de Motivos que esta referência não seria necessária, crê-se que a explicitação da razão de ser da mesma teria como consequência uma maior clareza do pensamento legislativo sobre a matéria, em particular quando o próprio artigo 9.º, n.º 2, da Directiva não menciona o referido princípio. Do mesmo modo, e atenta a proliferação de instrumentos normativos da União Europeia que mencionam o reconhecimento mútuo em matérias jurisdicionais, a explicação de quais os instrumentos a ter concretamente em conta favorecerá a clareza do preceito e a facilidade da sua aplicação. Acresce, por fim, que a referência, qualificada como não necessária na Exposição de Motivos, ao tema do reconhecimento mútuo é susceptível de criar a dúvida de saber se o legislador pretende ou não fazer depender de algum requisito suplementar a relevância das decisões de tribunais de recurso de outros Estados-membros.

1.5 Artigo 8.º (Repercussão de custos adicionais)

O n.º 3 estabelece uma presunção ilidível sobre a repercussão pelo vítima directa da infracção, de modo a facilitar a posição dos clientes indirectos. A prova em contrário, admitida pela disposição e que afasta a presunção estabelecida, pode ser feita pelo réu; mas pode também resultar da acção intentada pelo próprio cliente directo. Esta possibilidade deverá ser admitida de modo a evitar impor ao réu um ónus da prova que pode ser muito difícil de satisfazer.

1.6 Artigo 9.º (Quantificação dos danos e do valor da repercussão)

O n.º 2 do artigo 9.º da Proposta estabelece como referência para o cálculo do valor dos danos totais sofridos pelo lesado, bem como do valor da repercussão de custos adicionais, a Comunicação sobre a quantificação dos danos nas acções de indemnização que tenham por fundamento as infracções aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Nos termos do considerando (46) da Directiva, “*na falta de regras da União sobre a quantificação dos danos causados por uma infracção ao direito da concorrência, compete ao ordenamento jurídico nacional de cada Estado-Membro determinar as suas próprias regras sobre a quantificação dos danos*”. Assim, deve distinguir-se o cálculo do valor da repercussão de custos adicionais, relativamente aos quais a Directiva impõe que a Comissão emita orientações claras, simples e circunstanciadas sobre a forma de os calcular, do cálculo do valor dos danos totais sofridos pelo lesado, relativamente aos quais compete aos Estados-Membros estabelecerem as regras aplicáveis.

Compreendendo-se a afirmação no n.º 8.43 da Exposição de Motivos, de que a determinação, por uma terceira entidade (no caso, a Comissão) das regras de cálculo dos danos sofridos pelos tribunais não é usual no ordenamento jurídico português, uma pura remissão para a Comunicação da Comissão sobre o tema poderá levantar dúvidas interpretativas, bem como originar discórdia sobre o alcance da mencionada remissão.

Ao invés, na ausência da criação de regras nacionais sobre o cálculo dos danos sofridos no âmbito de violações do direito da concorrência, será de considerar uma remissão de carácter mais genérico para o acervo comunitário, o que por si só incluirá a mencionada Comunicação da Comissão, bem como quaisquer outros instrumentos que venham a ser emanados neste contexto pelos órgãos da União. Deve ainda considerar-se que este acto da Comissão e o guia prático que a acompanha poderão ter um carácter puramente informativo e não vinculam os tribunais ou as partes. Este problema é em última análise do foro da Comissão, mas deve ser tido em conta no tratamento que vier a ser previsto na lei.

1.7 Artigo 10.º (Ações intentadas por autores situados em diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição)

1.7.1 Comentário geral

Parece ser claro o objectivo deste preceito (assim como o do artigo 15.º da Directiva, que lhe corresponde): o de evitar compensações excessivas ou a ausência de compensação dos lesados, afirmado, aliás, de uma forma expressa. Do mesmo modo, assinala-se a referência a um elenco não exaustivo de mecanismos colocados ao dispor dos tribunais – e que já constam do Código de Processo Civil –, reputados de relevantes no quadro da prossecução daquele objectivo

Para tanto, o preceito implica que o tribunal deva ter presente, no exercício da sua actividade jurisdicional, um conjunto de informações extenso (acções, decisões judiciais, informações relevantes de domínio público) relativas à aplicação do direito da concorrência por entidades públicas.

Importa assinalar que o preceito pressupõe um protagonismo do tribunal, nomeadamente ao nível do acesso a, e da recolha de, informação superior ao que se verifica, usualmente, nos quadros do processo civil.

Com efeito, o processo civil é, antes do mais, um modo de resolução de litígios entre particulares, que levam ao tribunal o conhecimento de factos e perspectivas de enquadramento jurídico desses mesmos factos. É por isso que, nos termos do disposto no artigo 5.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, é “*às partes que cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções invocadas*”.

O juiz, por seu turno, se *"não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito"* (cfr. artigo 5.º, n.º 3, do Código de Processo Civil), apenas deve considerar, quanto a factos e para além dos que sejam articulados pelas partes, os que se integrem nas categorias elencadas no artigo 5.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, entre as quais *"os factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções"*. Quando se socorra destes últimos (dos factos dos quais tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções), o próprio tribunal *"deve juntar ao processo documento que os comprove"*. Já os factos notórios, que não carecem de alegação nem de prova, são *"os factos que são do conhecimento geral"* (cfr. artigo 412.º do Código de Processo Civil).

Por fim, a organização do processo civil em torno de um paradigma de dispositivo não é sinónima de ausência de inquisitório. Por isso se determina, no artigo 411.º do Código de Processo Civil, que *"incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos que lhe é lícito conhecer"*.

Afigura-se, por isso, que a margem de actuação do tribunal nos processos relevantes na Proposta é susceptível de ser superior àquela que se verifica na generalidade do processo civil. Um exemplo claro disso é o do dever de ter em conta *"informações relevantes de domínio público relativas à aplicação do direito da concorrência por entidades públicas"*, o qual parece não se enquadrar no conceito de facto notório. Tal pode levar a conflitos entre as partes no processo e os tribunais sobre a qualificação do que sejam informações no domínio público.

Dir-se-ia, no entanto, que a referida margem de actuação deve conter-se nos seus exactos termos, no sentido não apenas de evitar a tomada de decisões-surpresa, mas de assegurar o contraditório, atendendo, nomeadamente, a que, conforme decorre do artigo 3.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, não é lícito ao juiz, *"salvo caso de manifesta necessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem"*.

Entende-se, numa palavra, que a Proposta postula uma maior margem de intervenção e de protagonismo do tribunal, mas que esta deverá ser considerada compatível com os cânones gerais do processo civil, no que respeita à participação das partes no decurso de todo o processo e relativamente a todas as questões, inclusivamente de ordem factual, que possam ser trazidas ao mesmo, também pelo tribunal.

1.7.2 Outros aspectos

(i) Acesso à informação

Admite-se que a circunstância de os poderes jurisdicionais com impacto em matéria de concorrência, incluindo os respeitantes aos processos relevantes na Proposta, se concentrarem num único tribunal torne menos complexo o acesso às informações respeitantes a acções e a decisões judiciais.

Crê-se, no entanto, que importaria explicitar se a recolha da informação e a sua junção aos autos depende de iniciativa quer do tribunal, quer das partes.

(ii) Processos susceptíveis de apensação

Justificar-se-ia clarificar quais os processos efectivamente susceptíveis de apensação e em que termos seria essa apensação admissível.

(iii) O termo “meio processual”

O termo “*meio processual*” corresponde, usualmente, a cada tipo de processo passível de correr em tribunal. Não sendo isso que está em causa no artigo 10.º, n.º 2, da Proposta, crê-se que seria vantajosa a utilização de outra(s) palavra(s) para referir a realidade que se pretende mencionar (a de mecanismos previstos na lei de processo).

1.8 Artigo 11.º (Efeitos das resoluções extrajudiciais de litígios)**1.8.1 Arbitragem**

Afigura-se que a norma não tem impacto em matéria de arbitragem, em virtude da ressalva da manutenção da aplicabilidade do disposto no disposto no artigo 277.º, alínea b), do Código de Processo Civil, nos termos do qual a instância se extingue – e não, apenas, se suspende – com o compromisso arbitral, isto é, com a celebração de convenção de arbitragem tendo “*por objecto um litígio actual, ainda que afecto ao um tribunal do Estado*”, conforme decorre do artigo 1.º, n.º 3, da Lei da Arbitragem Voluntária. Coloca-se, todavia, a questão de saber se a clareza do preceito não sairia reforçada se nele se afirmasse, de uma forma mais explícita, que o compromisso arbitral determina a interrupção – e não a mera suspensão – do prazo de prescrição.

1.8.2 Mediação

Já quanto à mediação, a Proposta implica alterações relativamente ao regime presentemente em vigor.

Com efeito, a mecânica do regime presentemente em vigor corresponde, em síntese, ao seguinte:

- (i) “*Em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa*” (artigo 273.º, n.º 1, do Código de Processo Civil);
- (ii) Sem prejuízo desse poder do tribunal, “*(...) as partes podem, em conjunto, optar por resolver o litígio por mediação, acordando na suspensão da instância*”, “*por períodos que, na sua totalidade, não excedam três meses, desde que dela [da suspensão] não resulte o adiamento da audiência final*” (artigos 273.º, n.º 2, e 272.º, n.º 4, do Código de Processo Civil), sendo que esta suspensão se verifica “*automaticamente e sem necessidade de despacho judicial, com a comunicação [ao tribunal] por qualquer das partes do recurso a sistemas de mediação*” (artigo 273.º, n.º 3, do Código de Processo Civil);
- (iii) No caso de a mediação se frustrar, “*o mediador dá conhecimento ao tribunal desse facto (...), cessando automaticamente e sem necessidade de qualquer ato do juiz ou da secretaria a suspensão da instância*” (artigo 273.º, n.º 4, do Código de Processo Civil);
- (iv) Pelo contrário, em caso de acordo em sede de mediação, é este “*remetido a tribunal, seguindo[-se] os termos definidos na lei para a homologação dos acordos de mediação*” (artigo 273.º, n.º 5, do Código de Processo Civil).

À primeira vista, a Proposta introduz especialidades neste regime, apenas, ao nível do tempo de duração da suspensão da instância, visto que:

- (i) Em caso de determinação oficiosa da remessa do processo para mediação, não se prevê no Código de Processo Civil qual a duração dessa suspensão (sem prejuízo da celeridade pretendida para os procedimentos de mediação. Com efeito, nos termos do disposto no artigo 21.º, n.º 1, da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, “o procedimento de mediação deve ser o mais célere possível e concentrar-se no menor número de sessões possível”, sendo que “a duração do procedimento de mediação é fixada no protocolo de mediação, podendo no entanto a mesma ser alterada durante o procedimento por acordo das partes” (n.º 2 do mesmo artigo 21.º)
- (ii) No caso de o desencadeamento do procedimento de mediação corresponder a uma iniciativa das partes, determina-se que a suspensão da instância tem uma duração máxima de três meses.

Desta forma, o impacto da Proposta consubstanciar-se-ia:

- (iii) Na fixação de um prazo máximo para a duração do procedimento de mediação, no caso de a realização deste ser determinada oficiosamente;
- (iv) Na extensão (concretamente, na quadruplicação) do período de suspensão da instância, no caso de a iniciativa da mediação pertencer às partes.

1.9 Artigo 12.º (Apresentação de meios de prova no âmbito da acção de indemnização)

Esta disposição será seguramente essencial na demonstração da existência de prejuízos. por parte dos autores de acções indemnizatórias, bem como para refutar tal pedido no caso dos réus.

O n.º 2 parece obrigar a que a fundamentação do pedido se refira à plausibilidade do pedido de indemnização. Ora, não só esta plausibilidade pode depender dos próprios elementos de prova cujo acesso se pretende obter como, sobretudo, o que deveria relevar nesta fase seria a plausibilidade da prova cujo acesso se requer. Seria pois mais equilibrado obrigar expressamente a entidade que requer acesso á prova a indicar de que modo pode essa prova ser útil para a demonstração dos prejuízos que alega.

1.10 Artigo 14.º (Acesso a meios de prova constantes de um processo de uma autoridade de concorrência)

Em linha com o disposto na Directiva, a Proposta, ao regular o acesso a meios de prova constantes de um processo de uma autoridade de concorrência, estabelece excepções ao acesso a determinadas informações e documentos, nomeadamente os relativos a (i) propostas de transacção e (ii) declarações para efeitos de isenção ou redução de coima (cfr. artigo 14.º, n.º 5, da Proposta).

Relativamente aos meios de prova dos quais constem propostas de transacção, afirma-se no n.º 14.72 da Exposição de Motivos que “*uma proposta de transacção que não tenha gerado efeitos em virtude de o procedimento de transacção não ter sido concluído, não pode ser divulgada nem mesmo depois de o processo contra-ordenacional ter terminado, pois é desprovida de efeitos jurídicos*”.

No mesmo sentido, o artigo 20.º da Proposta dispõe que as propostas de transacção consideradas sem efeito "*não pode[m] ser utilizada[s] como elemento de prova contra nenhum visado no procedimento de transacção*".

Ora, apesar de ser excluída a apresentação destas propostas como meio de prova, nos termos da alínea b) do n.º 5 do artigo 14.º da Proposta, as propostas de transacção revogadas podem ser apresentadas como meio de prova, nos termos da alínea c) do n.º 4 do mencionado preceito, uma vez concluído o processo junto da AdC.

Como afirma a AdC, e bem, a figura da revogação não está prevista para os procedimentos de transacção estabelecidos na Lei da Concorrência nem se coaduna com a natureza destes procedimentos. Tal salvaguarda resulta também de uma das propostas de alteração da LdC.

Contudo, e apesar de ser legítima uma interpretação que, atendendo aos motivos *supra* descritos, afaste a divulgação de propostas de transacção "*consideradas sem efeito*" do regime disposto no n.º 4 do artigo 14.º da Proposta, a menção a "*propostas de transacção revogadas*" é passível de gerar incertezas sobre o conceito destas propostas e, consequentemente, sobre a possibilidade de divulgação de qualquer informação contida no procedimento de transacção relevante.

Adicionalmente, deve ser considerada a contradição que resulta da leitura dos mencionados preceitos, sendo que, se por um lado se afasta a figura de revogação dos procedimento de transacção, por outro se reconhece a existência da mesma na Proposta.

Ainda no âmbito do mencionado artigo 14.º, estabelece-se que "*o tribunal não pode ordenar a apresentação de meios de prova dos quais constem **declarações para efeitos de isenção ou redução de coima***" (realce nosso).

Note-se que, nos termos do considerando (26) da Directiva, "*para assegurar que as empresas continuem dispostas a apresentar voluntariamente às autoridades da concorrência declarações de clemência ou propostas de transacção, esses documentos deverão ser excluídos da divulgação de elementos de prova*". Neste sentido, afigura-se que o objectivo da Directiva foi o de excluir "*declarações de clemência*" da divulgação de meios de prova, nelas se integrando tanto "*declarações para efeitos de isenção ou redução de coima*" como quaisquer outros documentos apresentados aquando do pedido, incluindo assim a totalidade do pedido de dispensa ou redução de coima.

Atendendo ainda à *ratio* das normas em apreço, deve incluir-se na mencionada exclusão citações e referências às declarações de clemência incluídas noutros documentos, de forma a evitar uma divulgação indirecta do conteúdo das mesmas.

Neste sentido, e de forma a evitar futuras discussões sobre o âmbito da exclusão das declarações de clemência estabelecida no n.º 5 do artigo 14.º da Proposta, deve ter-se em conta a importância de detalhar o conceito dessas declarações e da informação e documentos que se encontram cobertos pelo mesmo.

1.11 Artigo 15º (Limites à utilização dos meios de prova)

O disposto no n.º 4, que condiciona a utilização dos meios de prova previstos no n.º 4 do artigo 14.º à conclusão do processo pela autoridade da concorrência em causa pode levantar dúvidas sobre a situação do processo em que esses meios de prova são invocados. Talvez fosse aconselhável esclarecer se, em tal caso, há lugar a uma

suspensão ou se o processo prossegue sem que os meios de prova em causa possam ser atendidos, uma vez que não são admissíveis.

1.12 Artigo 19.º (Acção popular)

Afirma-se no n.º 13.68 da Exposição de Motivos que se propõe “a criação de algumas regras específicas de ordem prática”. O seu objectivo assumido traduz-se em “facilitar a exequibilidade das acções populares de concorrência em regime de ‘opt-out’” e, em última análise, “facilitar a compensação de danos sofridos por consumidores ou empresas”.

Embora inspirados no regime do artigo 31.º do Código dos Valores Mobiliários, os aspectos em que a Proposta avança relativamente ao regime decorrente da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto (direito de participação procedimental e de acção popular), traduzem-se, em síntese, no seguinte:

- (a) Na fixação de aspectos que devem ser tratados pelo tribunal, nomeadamente da sentença, a saber:
 - (i) Os critérios de identificação dos lesados;
 - (ii) Os critérios de quantificação dos danos sofridos por cada lesado individualmente identificado;
- (b) A indicação da entidade responsável pela recepção, gestão e pagamento das indemnizações devidas a lesados não individualmente identificados;
- (c) Na determinação que, quando se conclua que o montante global da indemnização (a definir quando não estejam individualmente identificados todos os lesados) não é suficiente para compensar os danos sofridos pelos lesados que, entretanto, sejam individualmente identificados, aquele deve ser distribuído de forma proporcional aos danos sofridos.

Afigura-se, no entanto, que estas modificações, muito embora determinem que os aspectos apontados devem ser tratados pelo tribunal, não alteram o paradigma em que assenta, em geral, a acção popular e o regime da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto.

Por fim, importa ter em conta o designado “*princípio da tipicidade legal da acção popular*”. Na realidade, o “*objectivo*” da acção popular “*é a defesa (...) de certo tipo de bens enunciados a título exemplificativo (...), mas que a lei deve identificar*”, visto que “*o direito de acção popular só existe ‘nos casos e termos previstos na lei’*” (cfr. JORGE MIRANDA/PEDRO MACHETE, em anotação ao artigo 52.º da Constituição, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 1032-1033).

Ora, os direitos dos consumidores encontram-se entre as realidades identificadas no artigo 52.º, n.º 3, alínea a), da Constituição e no artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, como estando abrangidos pela acção popular. O mesmo, porém, não se verifica relativamente a outros intervenientes no mercado. Trata-se, portanto, de um aspecto passível de lançar dúvidas sobre qual o âmbito da acção popular inerente à Proposta e que importaria clarificar.

2 ALTERAÇÕES PROPOSTAS À LEI DA CONCORRÊNCIA (ARTIGO 20.º)

Nos termos dos n.ºs 14.77 e 14.78 da Exposição de Motivos, a proposta de alteração do n.º 1 do artigo 81.º da LdC decorre de discrepâncias entre a mencionada lei e a Directiva

no que toca ao âmbito da protecção conferida aos pedidos de dispensa ou redução da coima, uma vez que esta última (i) não confere protecção à “informação preexistente”, (ii) limita a protecção a pedidos de clemência relativos a “cartéis secretos” e (iii) não prevê a possibilidade reprodução ou acesso de terceiros mediante autorização do requerente de clemência.

Neste sentido, a Proposta avança a alteração do texto do n.º 1 do artigo 81.º, de forma a reflectir as diferenças expostas.

Entendemos que as alterações propostas, procurando uma articulação sistemática entre a LdC e o âmbito da protecção conferido pela Directiva, não são necessárias e podem ser consideradas contraproducentes à luz dos objectivos de interesse público subjacentes à confidencialidade – nos termos actualmente vigentes na LdC – conferida ao pedido de clemência e a todos os documentos e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução da coima.

Em primeiro lugar, não podemos deixar de sublinhar que a LdC não prevê qualquer definição de “cartel”. Com efeito, o art. 75.º da LdC prevê um conjunto de comportamentos restritivos da concorrência que podem ser reconduzidos a um conceito dogmático ou doutrinário unitário de “cartel”, e que constituem o âmbito objectivo do regime de dispensa ou redução da coima. É certo já no âmbito do processo legislativo conducente à aprovação da LdC, a AdC sublinhou a importância da harmonização do âmbito de aplicação objectivo do programa de clemência com o programa-modelo da Rede Europeia de Concorrência, o qual só admite a apresentação de pedidos de clemência para as infracções mais graves e mais difíceis de detectar (os cartéis), mas o legislador optou por não reconduzir tais comportamentos a um conceito unívoco de “cartel”, preferindo a descrição quase exaustiva das práticas que admitem a aplicação do regime de clemência. Por outro lado, a LdC não limita o âmbito de aplicação do regime à natureza sigilosa (ou não) desses comportamentos; a introdução proposta de uma segunda qualificação (“cartel” e “segredo”) na LdC, não articulada com o âmbito objectivo do regime de clemência, não deixará de suscitar as maiores dúvidas no quadro da aplicação do artigo 75.º e da sua articulação com o (alterado) artigo 81.º, sugerindo-se por isso uma maior reflexão neste ponto.

Em segundo lugar, importa ter presente que a Directiva e a LdC atentam às questões do acesso aos meios de prova e, em especial, aos elementos constantes dos processos das autoridades de concorrência, sob perspectivas e com objectivos distintos. Por um lado, a Directiva regula o acesso aos pedidos de clemência no âmbito de acções de responsabilidade civil intentadas por potenciais lesados como resultado de comportamentos ilícitos de um cartel. Já a Lei da Concorrência regula, naquilo que releva para a presente análise, a confidencialidade atribuída aos pedidos de clemência e a consequente protecção do seu conteúdo em relação aos restantes visados no processo e em relação a quaisquer terceiros (que podem incluir, ou não, os referidos lesados). Nestes termos, a transposição da Directiva não impõe ou determina que o regime de acesso à documentação do pedido de clemência no âmbito de um processo contra-ordenacional deva ser desvalorizado genericamente, mas apenas e tão-só que nas situações que expressamente prevê (i.e., no âmbito de acções de responsabilidade civil intentadas por lesados), será de aplicar um regime de acesso mais generoso.

Atendendo às diferenças nos âmbitos de aplicação dos referidos normativos e aos objectivos dos mesmos, não se afigura assim necessário, ou conveniente, que a solução proposta para a compatibilização dos dois interesses (o interesse privado na tutela do

direito à compensação e o interesse público na salvaguarda dos instrumentos de investigação ao dispor da AdC), passe pela recondução do sistema de protecção da confidencialidade dos documentos relacionados com o pedido de clemência ao regime mais generoso (para os interessados no seu acesso) que resulta da Directiva. Assim, a possibilidade de acesso a determinadas informações incluídas nos pedidos de clemência no decorrer de uma acção de responsabilidade civil não implica que estas informações não continuem a ser consideradas confidenciais e, como tal, objecto de não divulgação a outros terceiros que não estejam envolvidos numa acção desta natureza. Até porque as consequências de um acesso condicionado ao propósito de recolha de prova para os visados serão com certeza menos gravosas para o requerente de clemência do que aquelas que advenham do acesso geral e indiscriminado a essa informação.

No mesmo sentido, um nível de protecção diferente pode ser articulado através da inclusão de conceitos diferentes de pedido de dispensa ou redução da coima nos diplomas em apreço, como aliás já foi efectuado. Assim, resulta claro do texto da Proposta que o âmbito de protecção conferido aos mencionados pedidos se cinge àqueles que se incluam na definição de “declarações para efeitos de dispensa ou redução de coima”, não se afigurando necessária a alteração do regime adoptado pela Lei da Concorrência que visa, precisamente pelo alargamento do âmbito de protecção conferido à documentação apresentada por um requerente de clemência, favorecer o recurso à utilização deste mecanismo.

Em alternativa, propor-se-ia a introdução de um novo n.º 4 ao artigo 81.º da LdC, nos termos do qual se referisse que o regime de confidencialidade aí previsto não prejudica o regime de acesso aos elementos e informações previsto no diploma de transposição.

Finalmente, e sem prejuízo da necessária ponderação das consequências decorrentes da alteração do regime de tutela da confidencialidade da documentação previsto no artigo 81.º LdC, suscita-se a necessidade de esclarecer, com maior precisão, o âmbito temporal de aplicação da alteração proposta, sob pena de suscitar dificuldades práticas de difícil resolução, designadamente no âmbito de processos contra-ordenacionais em curso no momento da entrada em vigor do diploma de transposição e das alterações à propostas à LdC.