

ENQUADRAMENTO DA CONSULTA PÚBLICA DA PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA PRIVATE ENFORCEMENT

Autoridade da Concorrência

21 de abril de 2016

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Âmbito de aplicação. 3. Responsabilidade civil e conceito de empresa. 4. Cálculo da indemnização. 5. Responsabilidade solidária. 6. Prazo de prescrição. 7. Força probatória das decisões das autoridades da concorrência e tribunais. 8. Quantificação dos danos. 9. Ações situadas em diferentes níveis da cadeia de abastecimento. 10. Resolução extrajudicial de litígios. 11. Acesso a meios de prova. 12. Informação à Autoridade da Concorrência. 13. Ação popular. 14. Alterações à Lei da Concorrência. 15. Aditamento à Lei da Concorrência. 16. Alterações à Lei da Organização do Sistema Judiciário

1. INTRODUÇÃO

A Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia (de ora em diante, “Diretiva”) foi publicada no dia 5 de dezembro de 2014, entrou em vigor no dia 25 de dezembro de 2014 e deverá ser transposta até ao dia 27 de dezembro de 2016.

A Diretiva prossegue dois objetivos principais: (i) facilitar a compensação das vítimas pelos danos sofridos em resultado de infrações ao direito da concorrência, por um lado, e (ii) garantir uma articulação equilibrada entre a aplicação pública (a cargo de entidades públicas) e a aplicação privada do direito da concorrência, por outro lado. Em derradeira instância, ambos os objetivos convergem no sentido de garantir uma mais ampla e eficaz promoção

e defesa da concorrência no espaço da União e em cada um dos respetivos Estados-membros, no interesse da maximização do bem-estar dos cidadãos e da competitividade da economia

A presente proposta de lei visa transpor para o ordenamento jurídico nacional a referida Diretiva. Se muitas das disposições nela contempladas são prescritas pela própria Diretiva, existem aspetos relativamente aos quais os Estados-Membros dispõem de alguma margem de manobra na transposição e onde foram exercidas opções. Neste caso, trata-se de soluções que, não sendo estritamente indispensáveis para que a transposição seja integralmente cumprida, se considerou serem importantes para que os objetivos da Diretiva sejam implementados com efetividade em Portugal.

2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

2.1. Regras relativas a pedidos de indemnização por infrações ao direito da concorrência

No n.º 1 do artigo 1.º da presente proposta faz-se referência a “pedidos de indemnização” ao invés de “ações de indemnização” para incluir no âmbito de aplicação da lei não só os pedidos formulados na petição inicial de uma ação de indemnização mas também pedidos reconventionais de idêntica natureza.

2.2. Infrações ao direito da concorrência da União Europeia e/ou ao direito nacional

Como decorre do n.º 1 do artigo 1.º, em articulação com as definições constantes dos n.ºs 1 e 3 do artigo 2.º da Diretiva, esta apenas se aplica a infrações aos artigos 101.º (práticas restritivas da concorrência) e 102.º (abuso de posição dominante) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) e aos artigos nacionais equivalentes (artigos 9.º e 11.º da Lei da Concorrência¹ – “LdC”) quando aplicados ao mesmo processo e em paralelo². Ou seja, a Diretiva não se aplica a infrações puramente nacionais, isto é, àquelas que não

1 Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência.

2 As disposições nacionais são aplicadas simultaneamente com as disposições da União Europeia (“UE”) quando a infração em causa é suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros, nos termos do artigo 3.º, n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º [atuais artigos 101.º e 102.º] do Tratado (“Regulamento 1/2003”).

são suscetíveis de afetar o comércio transfronteiriço (e às quais não se aplicam, por isso, os artigos 101.º e 102.º do TFUE).

A presente proposta estende o âmbito de aplicação das normas da Diretiva no sentido de o diploma que resultar da sua transposição se aplicar igualmente às infrações puramente nacionais [artigo 1.º, n.º 1, da proposta, em conjugação com a definição constante do artigo 2.º, alínea j)]. As razões para tal opção prendem-se com:

- (i) Unidade do sistema jurídico, evitando-se a criação de dois conjuntos diferentes de regras para a obtenção de uma indemnização por infração às regras de concorrência em função da natureza puramente nacional ou, ao invés, transfronteiriça, da infração em causa;
- (ii) Aplicabilidade, à compensação por danos decorrentes de infrações com impacto estritamente nacional, das razões que presidiram à adoção da Diretiva, com exceção das relacionadas com a realização do mercado interno;
- (iii) Igualdade de tratamento entre infratores que causem danos decorrentes de infrações puramente domésticas e infrações transfronteiriças;
- (iv) Certeza jurídica, atento o facto de o critério sobre a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (susceptibilidade de afetação do comércio entre Estados-membros) ser significativamente elástico, o que é suscetível de aumentar a litigiosidade relacionada com o seu preenchimento, dificultando, no limite, a própria compensação de danos decorrentes de infrações às regras de concorrência da União Europeia (“UE” ou “União”) que a Diretiva visa assegurar;
- (v) Cumprimento automático do princípio da equivalência³.

A presente proposta estende ainda o âmbito de aplicação da Diretiva ao abuso de dependência económica [artigo 1.º, n.º 1, da proposta, em conjugação com a definição constante do artigo 2.º, alínea j)], tipificado como prática restritiva da concorrência na LdC (artigo 12.º) e que inexistente no regime jurídico da União. Apesar de se tratar de uma infração com escassa implementação prática a nível de enforcement público, considera-se que razões de coerência

³ Nos termos do qual as regras e os processos nacionais relativos a ações de indemnização resultantes de infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE não podem ser menos favoráveis para os lesados do que aqueles que regem ações de indemnização análogas resultantes de infrações ao direito nacional (artigo 4.º da Diretiva).

sistemática justificam a sua inclusão no diploma de transposição da Diretiva, constando por isso da presente proposta.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL E CONCEITO DE EMPRESA

A Diretiva aplica-se a infrações ao direito da concorrência cometidas por empresas e associações de empresas, em coerência com o disposto nos artigos 101.º e 102.º do TFUE. O conceito de empresa utilizado naquelas disposições é densificado pela jurisprudência da União e encontra-se alicerçado na noção de unidade económica, sendo aplicado pelas autoridades de concorrência e pelos tribunais nacionais em conformidade com aquela jurisprudência.

Assim, o ordenamento jurídico nacional consagra um conceito de empresa para efeitos de aplicação do direito da concorrência, constante do artigo 3.º da LdC, que é conforme ao direito da União e corresponde à noção de unidade económica. Uma empresa, enquanto unidade económica, pode ser composta por uma pluralidade de pessoas jurídicas.

Considerando que os sujeitos da infração que fundamenta o pedido de indemnização são empresas⁴, torna-se necessário clarificar, por um lado, o conceito de empresa para esse efeito e, por outro lado, o sujeito de imputação da responsabilidade civil.

Assim, da presente proposta consta uma definição de empresa [artigo 2.º, alínea i)] que remete para o artigo 3.º da LdC, a fim de garantir a consistência sistemática do direito da concorrência, de harmonia com a prática decisória e jurisprudência da União.

Quando uma empresa é composta por uma única pessoa jurídica é naturalmente a esta que é feita a imputação para efeitos de responsabilidade civil, não se suscitando aqui dificuldades de aplicação prática. Quando uma empresa é composta por uma pluralidade de pessoas jurídicas, a responsabilidade civil é imputada à pessoa jurídica que diretamente a cometeu e, ainda, à pessoa ou pessoas jurídicas que com ela integram a unidade económica e que sobre a mesma tenham exercido influência determinante (artigo 3.º, n.º 1 da presente proposta). Nos termos da lei civil, trata-se, aliás, de responsabilidade solidária. Assim se dá expressão à jurisprudência da União sobre responsabilidade das sociedades-mãe pelas infrações ao direito da concorrência cometidas pelas suas subsidiárias, garantindo-se a coerência entre a aplicação pública e privada

4 Cf. conceito de infrator (artigo 2.º, n.º 2 da Diretiva, transposto na presente proposta pelo artigo 2.º, alínea k)).

do direito da concorrência. Do mesmo passo, reforça-se a atratividade da lei portuguesa para a propositura deste tipo de ações.

Ainda em linha com essa jurisprudência e de harmonia com a regra substantiva decorrente do Código das Sociedades Comerciais em cenários de domínio total, consagra-se a presunção ilidível segundo a qual uma pessoa jurídica exerce influência determinante sobre outra pessoa jurídica quando detém a totalidade do seu capital social (artigo 3.º, n.º 3 da presente proposta). O conceito de exercício de influência determinante ou decisiva é um conceito próprio e recorrente em direito da concorrência, devendo a essa luz ser interpretado.

4. CÁLCULO DA INDEMNIZAÇÃO

Nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da Diretiva, a reparação integral abrange o direito à reparação por danos emergentes e por lucros cessantes, acrescido do pagamento de juros. Nos termos do considerando 12 da Diretiva, estes três tipos de danos devem ser sempre objeto de compensação, “independentemente de as regras nacionais definirem essas categorias separadamente ou em conjunto”. O mesmo considerando esclarece que o pagamento de juros “é uma componente essencial da reparação para compensar os danos sofridos, tendo em conta o decorrer do tempo” e deve “ser devido desde o momento em que o dano ocorreu até ao momento do pagamento da reparação, sem prejuízo da sua qualificação como juros compensatórios ou juros de mora no âmbito do direito nacional e da questão de saber se o decorrer do tempo é tido em conta como uma categoria separada (juros) ou como uma parte constitutiva dos danos emergentes ou dos lucros cessantes”.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) tem distinguido os “juros processuais” dos “juros materiais” ou “juros compensatórios”, entendendo-se estes como os que são devidos desde o momento em que o dano ocorreu e cujo pagamento visa ter em consideração, no cálculo da indemnização, os efeitos do decorrer do tempo. O que a Diretiva pretende é, precisamente, que fique assegurado o pagamento de “juros materiais”, mesmo que não lhes seja atribuída essa designação, por entender que só assim é tido em conta o decorrer do tempo desde a infração e, por conseguinte, só assim se garante a reparação integral do dano sofrido.

Estes “juros materiais” ou “juros compensatórios” não existem com o nome expresso de “juros” no regime nacional de direito civil. O que existe e cumpre o mesmo objetivo é a possibilidade de atualização da indemnização (através, por exemplo, mas não exclusivamente, de correções monetárias), ao abrigo da

teoria da diferença consagrada no artigo 566.º, n.º 2 do Código Civil (CC), e que visa justamente assegurar a reparação integral do dano. Tal não se confunde, e é de aplicação cumulativa, com o pagamento de juros moratórios (ou processuais) previstos no artigo 806.º do CC.

Assim, o artigo 4.º da presente proposta, embora em rigor não seja necessário para transpor a Diretiva, uma vez que nada acrescenta ao que já resulta de uma aplicação correta dos artigos 562.º, 564.º, n.º 1, 566.º, n.º 2 e 805.º e 806.º do Código Civil, tem um intuito pedagógico, obstando a dúvidas sobre a integral transposição da Diretiva neste ponto. O dito artigo visa, em suma, garantir uma correta interpretação e aplicação do princípio da reparação integral ali consagrado, assegurando uma maior clareza e segurança jurídicas.

5. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

5.1. PME – Requisito da quota de mercado

O n.º 2 do artigo 11.º da Diretiva consagra uma derrogação ao princípio da responsabilidade solidária, aplicável mediante o preenchimento das duas condições constantes das suas duas alíneas.

A expressão “em qualquer momento durante o período da infração” contida na alínea a) refere-se ao período de tempo durante o qual a quota de mercado de uma empresa deve permanecer abaixo dos 5% para que ela possa ser qualificada como PME para efeitos da Diretiva. Na versão inglesa, a expressão é “at any time during the infringement”, traduzida para as demais versões linguísticas da Diretiva com dois sentidos diferentes: significando “durante todo o tempo em que durar a infração” (caso em que, se a quota subir acima de 5% durante a infração, ainda que por breve período, a empresa não é considerada PME) ou significando “num determinado momento durante a infração” (bastando, nesse caso, que durante a infração a quota esteja por algum tempo abaixo dos 5%).

A interpretação correta é a primeira, i.e., deve exigir-se, para que uma empresa mereça a qualificação de PME para efeitos da Diretiva, que a sua quota seja sempre inferior a 5% enquanto durar a infração. Tratando-se de uma exceção às regras gerais da responsabilidade civil, ela deve ser objeto de interpretação estrita. Esta interpretação é também a mais consentânea com o objetivo da Diretiva de proteção das PME genuínas das consequências financeiras decorrentes do pagamento de montantes indemnizatórios elevados, resultantes da

aplicação das regras da solidariedade. Por este motivo, a presente proposta utiliza a expressão “ao longo de toda a duração da infração” [artigo 5.º, n.º 2, al. *a*), *i*)].

5.2. PME – Requisito do prejuízo à viabilidade económica

A segunda condição está consagrada na alínea b), nos termos da qual a PME apenas responde se a aplicação das regras de responsabilidade solidária “prejudicar de forma irremediável a sua viabilidade económica e desvalorizar totalmente os seus ativos”.

Esta formulação é semelhante à que consta do parágrafo 35 das Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea *a*), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (2006/C 210/02), devendo ser interpretada à luz das mesmas, bem como dos instrumentos que as interpretam⁵.

5.3. Direito de regresso

Nos termos do n.º 5 do artigo 11.º da Diretiva, o direito de regresso entre os infratores deve, como regra, ser aferido em função da “responsabilidade relativa pelos danos causados pela infração”, de acordo com o direito nacional. A regra geral do direito nacional consta do artigo 497.º, n.º 2 do CC, segundo o qual o direito de regresso “existe na medida das respetivas culpas e das consequências que delas advierem”, sendo que as culpas das pessoas responsáveis se presumem iguais. O mesmo vale para a determinação da contribuição a ser paga, em sede de direito de regresso, pelo beneficiário de dispensa de coima, no que respeita à responsabilidade pelos danos causados a outros lesados que não os adquirentes ou fornecedores dos infratores (relativamente aos quais a derrogação prevista na parte final do n.º 5 não se aplica), prevista no n.º 6.

A presente proposta consagra uma presunção (ilidível) distinta no que respeita à distribuição da responsabilidade relativa, medida pelas quotas das empresas coinfradoras nos mercados afetados durante a sua participação na infração (artigo 5.º, n.º 5). Trata-se de uma presunção mais consentânea, à luz da experiência, com infrações ao direito da concorrência por se mostrar proporcional, em regra, à capacidade relativa de cada empresa infratora para causar prejuízos ao processo competitivo e ao bem-estar dos consumidores (bem como mais proporcional aos respetivos ganhos do que a regra das

⁵ Cf. “Note de information de M. Almunia et de M. Lewandowski – Absence de capacité contributive au titre du paragraphe 35 des Lignes Directrices du 1/09/2006 concernant le calcul des amendes infligées en application du Règlement (CE) n.º 1/2003 relatif a la mise en oeuvre des règles de concurrence”, SEC(2010) 737/2.

responsabilidades iguais). Adicionalmente, refira-se que se trata da solução recomendada pela *Antitrust Modernization Commission* norte-americana no seu Relatório e Recomendações de 2007 (v. p 254).

6. PRAZO DE PRESCRIÇÃO

6.1. Prazo de prescrição perante PME ou beneficiário de dispensa de coima

Nos termos do 2.º parágrafo do n.º 4 do artigo 11.º da Diretiva, é necessário fixar um “prazo de prescrição razoável e suficiente” para permitir aos lesados que não são adquirentes do beneficiário de dispensa de coima intentarem ações contra os outros infratores e, caso não consigam obter destes a compensação devida dada a sua comprovada incapacidade de pagamento, acionarem depois, em tempo útil, aquele beneficiário.

De acordo com a presente proposta, o referido prazo de prescrição é de 3 anos e apenas começa a contar na data em que a incapacidade de pagamento dos restantes coinfratores estiver definitivamente estabelecida por decisão judicial (artigo 6.º, n.º 3).

6.2. Suspensão do prazo de prescrição

Nos termos do n.º 4 do artigo 10.º da Diretiva, o prazo de prescrição suspende-se “ou, consoante o direito nacional”, interrompe-se se a autoridade da concorrência tomar medidas no âmbito de uma investigação ou de um processo relativo a uma infração ao direito da concorrência.

A *ratio* da Diretiva é a de que o prazo de prescrição continue a correr no ponto em que tinha parado quando a autoridade de concorrência tomou medidas de investigação e não que recomece de novo, uma vez que esta última opção provocaria uma demora excessiva no processo, o que seria contrário ao objetivo de facilitar a compensação de danos por infrações ao direito da concorrência. Como tal, optou-se, na presente proposta, pela suspensão do prazo de prescrição, por assim se garantir, à luz do direito nacional, aquele efeito (artigo 6.º, n.º 4).

6.3. Efeito no prazo de prescrição da participação num procedimento de resolução extrajudicial de litígios

Nos termos do n.º 1 do artigo 18.º da Diretiva, os Estados-Membros asseguraram que o prazo de prescrição para intentar uma ação de indemnização seja suspenso durante qualquer processo de resolução “amigável” de litígios.

Na presente proposta (artigo 6.º, n.º 6) salvaguarda-se a interrupção do prazo de prescrição provocada por compromisso arbitral, prevista no n.º 1 do artigo 324.º do Código Civil, a fim de salvaguardar as especificidades desta forma de resolução extrajudicial de litígios.

6.4. Prescrição do direito de regresso

Apesar de tal não ser exigido para a transposição da Diretiva, optou-se, na presente proposta, por consagrar um prazo de prescrição para o direito de regresso equivalente ao prazo de prescrição do direito de indemnização (artigo 6.º, n.º 8).

7. FORÇA PROBATÓRIA DAS DECISÕES DAS AUTORIDADES DA CONCORRÊNCIA E TRIBUNAIS

7.1. Autoridade da Concorrência e tribunais nacionais

Nos termos do artigo 9.º da Diretiva, a infração ao direito da concorrência declarada por uma decisão definitiva da Autoridade da Concorrência ou de um tribunal de recurso é “considerada irrefutavelmente estabelecida” para efeitos de ação de indemnização. Esta expressão corresponde a uma presunção inilidível da existência da infração e constitui, nessa medida, uma derrogação à regra de que cabe ao autor da ação de indemnização a prova de todos os pressupostos da responsabilidade civil (artigos 483.º e 342.º, n.º 1 do CC). Por se afigurar ser a melhor forma de traduzir, à luz da linguagem jurídica nacional, a expressão “irrefutavelmente estabelecida” utiliza-se, na presente proposta, o conceito “presunção inilidível”.

Nos termos do considerando 34 da Diretiva, “o efeito da declaração só deverá abranger a natureza da infração e o seu âmbito material, pessoal, temporal e territorial, tal como determinado pela autoridade da concorrência ou pelo tribunal de recurso no exercício da sua competência”. Por uma questão de clareza e segurança jurídicas, optou-se por delimitar expressamente o âmbito da presunção nos termos referidos no considerando, sendo certo que o âmbito “pessoal” se refere às empresas em causa, enquanto sujeitos e destinatários primordiais do direito da concorrência, e não às pessoas jurídicas a quem porventura a decisão haja sido notificada.

7.2. Autoridades de concorrência e tribunais de outros Estados-Membros da União

Nos termos da Diretiva, as decisões definitivas de autoridades de concorrência ou tribunais de outros Estados-Membros são consideradas “pelo menos como elemento de prova *prima facie* de uma infração ao direito da concorrência” podendo, “conforme apropriado”, “ser avaliadas juntamente com quaisquer outros elementos aduzidos pelas partes”.

A Diretiva fixa, deste modo, um valor probatório mínimo (prova *prima facie*) para as decisões e sentenças proferidas noutros Estados-Membros, cabendo ao legislador nacional decidir se deve, ou não, ir mais além.

Cumprir ter presente que as vantagens em atribuir às decisões de autoridades de concorrência ou tribunais de recurso de outros Estados-Membros da União uma força probatória mais elevada do que a de um mero “princípio de prova” – cujo efeito operacional se afigura, de resto, ambíguo – são as mesmas que estão subjacentes à presunção inilidível da existência de infração declarada por uma autoridade nacional ou tribunal do próprio Estado-membro, designadamente: evitar a duplicação de diligências probatórias, prevenir a duplicação de custos administrativos para o sistema de justiça e para a sociedade, evitar a contradição de decisões para efeitos contraordenacionais e civis, facilitar a compensação por danos decorrentes de infrações ao direito da concorrência. Como tal, optou-se, na presente proposta, por consagrar o mesmo valor probatório para ambos os cenários (números 2 e 3 do artigo 7.º).

As preocupações que se poderiam suscitar sobre o respeito integral dos direitos processuais dos infratores são dissipadas se considerarmos, por um lado, que as decisões das autoridades de concorrência dos Estados-Membros da União estão sempre sujeitas a impugnação judicial e, por outro lado, 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).

Adicionalmente, a presente solução comporta a vantagem de reforçar a competitividade internacional, neste caso do foro e lei portuguesas, para a propositura de ações desta natureza. Refira-se, ademais, que se trata da solução já vigente noutras jurisdições (como é o caso da Alemanha).

8. QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS

8.1. Competência dos tribunais para fazerem estimativas aproximadas de danos

Nos termos do n.º 5 do artigo 12.º da Diretiva, os Estados-Membros asseguraram que os tribunais tenham competência para “calcular” a parte dos custos adicionais que foi repercutida. Também o n.º 1 do artigo 17.º impõe aos Estados-Membros que assegurem que os tribunais nacionais sejam competentes para “calcular” o montante dos danos, se for estabelecido que o demandante sofreu danos mas for praticamente impossível ou excessivamente difícil quantificar com precisão os danos sofridos, com base nos elementos de prova disponíveis.

A expressão “calcular” usada na versão portuguesa destas disposições tem o sentido de estimar/calcular aproximadamente (na versão inglesa: “estimate”; na francesa: “estimer”; na italiana: “stimare”), como decorre da própria redação, que se refere expressamente às situações em que “seja praticamente impossível ou excessivamente difícil quantificar com precisão os danos sofridos, com base nos elementos de prova disponíveis”.

A razão para a consagração desta competência dos tribunais prende-se com o facto de a quantificação dos danos causados por infrações ao direito da concorrência “implicar a apreciação da forma como o mercado em questão teria evoluído na ausência de infração” e de esta apreciação implicar “uma comparação com uma situação que, por definição, é hipotética, pelo que nunca poderá ser feita com toda a exatidão” (considerando 46 da Diretiva).

Na sua Comunicação 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 e no “Guia Prático” que a acompanha (e com o qual se pretende “oferecer apoio aos órgãos jurisdicionais e às partes envolvidas nas ações de indemnização”), a Comissão Europeia faz referência às “regras simplificadas de cálculo” e à competência dos tribunais para “quantificar os danos sofridos com base nas melhores estimativas aproximadas”.

Uma vez que a competência dos tribunais para calcularem danos por recurso a uma “estimativa aproximada” não é usual no ordenamento nacional, nem corresponde, em rigor, a uma decisão simplesmente baseada num juízo de equidade, entendeu-se fazer uma referência expressa, na presente proposta (artigo 9.º, n.º 2), à referida Comunicação da Comissão, por forma a facilitar a interpretação e exercício daquela competência judicial.

8.2. Presunção de dano

O n.º 2 do artigo 17.º da Diretiva cria uma presunção ilidível de que os cartéis “causam danos”. Trata-se de uma presunção inédita no ordenamento jurídico português e que pode suscitar diversas dificuldades dogmáticas, nomeadamente quanto ao âmbito e às consequências exatas desta presunção. Considerando que a presunção consagrada na Diretiva é, apenas, uma presunção de dano, e não denexo de causalidade (conforme resulta claro, aliás, do considerando 11 da Diretiva) e que, não obstante, a formulação é ambígua, optou-se, na presente proposta (artigo 9.º, n.º 1), por salvaguardar expressamente a necessidade de prova do nexode causalidade.

A fim de contribuir para desonerar as partes e o sistema judicial das dificuldades inerentes à quantificação dos danos, foi apresentada a um conjunto de *stakeholders* especializados uma proposta de norma que continha uma presunção ilidível de que os danos causavam, pelo menos, 10% de custo adicional, tendo-se a maioria pronunciado negativamente, razão pela qual se optou por abandonar tal solução.

9. AÇÕES SITUADAS EM DIFERENTES NÍVEIS DA CADEIA DE ABASTECIMENTO

O n.º 1 do artigo 15.º determina que, para evitar que as ações de indemnização intentadas por demandantes situados em diferentes níveis da cadeia de abastecimento conduzam à responsabilidade múltipla ou à ausência de responsabilidade do infrator, os tribunais nacionais devem poder ter em conta, pelos meios disponíveis ao abrigo do direito nacional ou do direito da União, as ações, decisões e informações aí elencadas.

Tais meios podem ser de diversa natureza, variando em função das circunstâncias caso, pelo que não se afigura conveniente elencá-los de forma exaustiva. A presente proposta inclui, com um intuito pedagógico, alguns exemplos de meios possíveis (artigo 10.º).

10. RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS

10.1. Conceito de “resolução amigável de litígios”

O capítulo VI da Diretiva regula as consequências, ao nível das ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência, da denominada “resolução amigável de litígios”, definida no ponto 21) do artigo 2.º como “qualquer

mecanismo que permita às partes chegarem a uma resolução extrajudicial do litígio respeitante ao pedido de indemnização”. O considerando 48 dá como exemplos de “resolução amigável de litígios” as transações extrajudiciais (incluindo aquelas em que um juiz pode declarar uma transação vinculativa), a arbitragem, a mediação e a conciliação.

Na presente proposta optou-se, por um lado, por utilizar a expressão “resolução extrajudicial de litígios” por ser mais consentânea com a terminologia normalmente empregue no ordenamento jurídico português e, por outro lado, por elencar de forma não taxativa alguns dos institutos suscetíveis de integrar aquele conceito, como a arbitragem e a transação a que se refere o artigo 1248.º do Código Civil.

10.2. Efeito suspensivo das resoluções extrajudiciais de litígios

Nos termos do n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva, os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais junto dos quais tenha sido intentada uma ação de indemnização possam suspender a instância, até 2 anos, caso as partes participem numa resolução extrajudicial de litígios, sem prejuízo das disposições nacionais em matéria de arbitragem.

Na presente proposta (artigo 11.º, n.º 1) optou-se por consagrar a suspensão da instância por um período máximo de 1 ano, para evitar encorajar atrasos indevidos no andamento da ação de indemnização, caso esta seja retomada. Além disso, ressalva-se a extinção da instância resultante do compromisso arbitral, nos termos da alínea *b*) do artigo 277.º do Código de Processo Civil.

11. ACESSO A MEIOS DE PROVA

11.1. Proteção de informação confidencial

Nos termos do n.º 4 do artigo 5.º da Diretiva, os Estados-Membros asseguram que os tribunais disponham de medidas eficazes para proteger os elementos de prova que contém informações confidenciais e cuja divulgação seja, não obstante, ordenada. O considerando 18 da Diretiva fornece exemplos de medidas eficazes para assegurar tal proteção, a saber: ocultar excertos sensíveis de documentos, conduzir audições à porta fechada, restringir o número de pessoas autorizadas a ver os elementos de prova e instruir os peritos no sentido de apresentarem resumos das informações de forma agregada ou de outra forma não confidencial.

Na presente proposta (artigo 12.º, n.º 7) optou-se por consagrar um elenco exemplificativo de medidas, à luz daquele considerando da Diretiva, deixando à discricionariedade do tribunal a escolha de uma das medidas elencadas ou de outras que entenda adequadas face ao caso concreto.

11.2. Acesso a meios de prova antes de intentada a ação de indemnização

Apesar de tal não estar previsto na Diretiva, entendeu-se contemplar, na presente proposta, uma norma (artigo 14.º) prevendo a possibilidade, mediante o cumprimento de determinadas condições restritas, de acesso a meios de prova antes de intentada a ação de indemnização, por se considerar que é uma medida importante para o cumprimento do objetivo de facilitar aquele tipo de ações e, consequentemente, a compensação de danos decorrentes de infrações ao direito da concorrência. Trata-se, de resto, de solução que já decorre da lei civil e processual civil nacionais e que aqui se recupera para facilidade de referência do intérprete e do aplicador do direito.

No artigo 6.º, n.º 7 da presente proposta esclarece-se que o pedido de acesso antecipado a meios de prova interrompe o prazo de prescrição.

11.3. Medidas para preservação de meios de prova

Apesar de a Diretiva não o determinar, entendeu-se contemplar, na presente proposta, uma norma (artigo 17.º) sobre medidas de preservação de meios de prova, por se considerar que é uma medida importante para o cumprimento do objetivo de facilitar as ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência e, consequentemente, a compensação de danos decorrentes daquele tipo de infrações.

Propõe-se ainda (artigo 6.º, n.º 7) que o pedido de preservação de meios de prova interrompa o prazo de prescrição, por se tratar de um ato pelo qual se manifesta a intenção de exercer o direito.

11.4. Sanções

O n.º 1 do artigo 8.º da Diretiva impõe a criação de sanções suficientemente dissuasoras para diversas situações que dificultam o acesso a elementos de prova que os artigos anteriores procuram assegurar. A escolha das sanções específicas está a cargo do legislador nacional, mas deve incluir obrigatoriamente a possibilidade de o tribunal retirar conclusões desfavoráveis do ponto de vista processual (a nível, por exemplo, do ónus da prova e das custas).

O artigo 17.º da presente proposta prevê muitas processuais específicas para sancionar as condutas aí elencadas, que são, em geral, mais elevadas do que as previstas no Código de Processo Civil para situações semelhantes, para que se mostrem suficientemente dissuasoras na aceção da Diretiva. Prevê-se, com a mesma finalidade, sanções pecuniárias compulsórias. Para os casos em que as condutas são imputáveis a uma parte, prevê-se a possibilidade de o tribunal apreciar livremente o seu valor para efeitos probatórios, assim se dando cumprimento à Diretiva de uma forma consistente com a solução vigente, para situações semelhantes, no Código de Processo Civil. Prevê-se, por fim, a condenação no pagamento das custas relativas ao requerimento de apresentação de meios de prova, independentemente do resultado da ação de indemnização.

12. INFORMAÇÃO À AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Nos termos do n.º 11 do artigo 6.º da Diretiva, uma autoridade de concorrência pode, por sua própria iniciativa, pronunciar-se sobre a proporcionalidade dos pedidos de divulgação através da apresentação de observações escritas ao tribunal nacional junto do qual se pede que seja ordenada a divulgação de elementos de prova constantes de um processo seu. Tal pressupõe, naturalmente, que a autoridade tenha conhecimento de que foi pedida a uma parte ou a um terceiro a divulgação de um elemento que está na posse dessa parte ou desse terceiro mas que se encontra igualmente incluído num processo da autoridade.

A este propósito, o considerando 30 da Diretiva refere a hipótese de criação de um sistema de informação que permita à autoridade de concorrência em causa conhecer os pedidos de divulgação de informações quando a pessoa que solicita essa divulgação, ou a quem a mesma é solicitada, estiver envolvida na investigação à alegada infração. Isto faz sentido para qualquer situação em que sejam feitos pedidos de divulgação de documentos que estejam incluídos no processo de uma autoridade de concorrência, quer o pedido seja dirigido às partes, a terceiros ou à própria autoridade.

Acresce que, nos termos do artigo 15.º, n.º 3, do Regulamento 1/2003, as autoridades de concorrência podem, por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais do respetivo Estado-Membro sobre questões relacionadas com a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (*amicus curiae*). Também aqui uma autoridade de concorrência só pode apresentar observações escritas se tiver conhecimento da existência de ações relacionadas com a aplicação dos referidos artigos.

Na presente proposta (artigo 18.º) é consagrada a obrigação, para o tribunal junto do qual seja intentada ação de indemnização ou apresentado pedido de acesso a documentos incluídos num processo da Autoridade da Concorrência (AdC), ou que receba um recurso, de notificar tal facto a esta Autoridade, dessa forma permitindo-lhe, se assim o entender, apresentar observações, quer para efeitos de pedidos de acesso a meios de prova, quer como *amicus curiae*.

13. Ação popular

A Diretiva não regula expressamente as ações de indemnização intentadas de forma coletiva, embora as mesmas estejam incluídas, como quaisquer outras, no seu âmbito de aplicação.

Em Portugal, tais ações podem ser intentadas ao abrigo da lei de ação popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto), uma vez que a concorrência é um interesse geral merecedor de tutela coletiva.

Considerando que, para os consumidores lesados por práticas anticoncorrenciais, a relação custo-benefício na propositura de uma ação de indemnização a título individual lhes poderá ser desfavorável, a ação popular apresenta-se como um instrumento legal capaz de oferecer uma mais efetiva proteção dos seus interesses.

Tem-se verificado, contudo, a existência de alguns obstáculos ao sucesso da utilização da ação popular para efeitos de obtenção de indemnizações. Estes obstáculos, porventura em parte motivados pela natureza “opt-out” desta ação, que dificulta a identificação dos lesados, bem como o cálculo e o pagamento das indemnizações, acrescem às dificuldades próprias das ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência, as quais, pela sua especificidade, justificaram a criação de regras especiais através da Diretiva que agora se transpõe.

Neste sentido, e com o intuito de facilitar a compensação de danos sofridos por consumidores ou empresas (e.g. pequenas e médias empresas) por infrações ao direito da concorrência de que tenham sido vítimas, propõe-se a criação de algumas regras específicas de ordem prática, tendo em vista facilitar a exequibilidade das ações populares de concorrência em regime “opt-out” (artigo 19.º). Estas regras que em parte são inspiradas em algumas soluções já existentes no ordenamento português no domínio dos valores mobiliários respeitam essencialmente à identificação dos lesados, à quantificação dos danos e à receção, gestão e pagamento das indemnizações.

14. ALTERAÇÕES À LEI DA CONCORRÊNCIA

14.1. Procedimento de transação

A Diretiva (artigo 6.º, n.º 6) inclui as propostas de transação revogadas na chamada “lista cinzenta”, o que significa que a sua divulgação apenas pode ser ordenada pelo tribunal depois de a autoridade de concorrência que as recebeu ter concluído o respetivo processo.

A LdC não admite a revogação de propostas de transação, como resulta dos artigos 22.º, n.º 7 e 27.º, n.º 1, para as propostas apresentadas na fase de inquérito e na fase de instrução, respetivamente, pelo que aquela disposição não tem aplicação no que se refere a investigações da AdC.

No entanto, os artigos 22.º, n.º 11 e 27.º, n.º 6 da LdC referem que a proposta de transação “é considerada revogada” se, decorrido o prazo legal, o visado pelo processo não manifestar a sua concordância relativamente à minuta de transação apresentada pela AdC. Ora, a utilização do termo “revogada” nestas duas disposições revela-se imprópria, uma vez que ali não estará tecnicamente em causa a retirada unilateral da proposta pelo proponente (neste caso, o visado pelo processo), como seria o caso se se tratasse de uma verdadeira revogação, mas sim a eliminação, com efeitos retroativos, de qualquer tipo de efeito jurídico produzido pela proposta de transação, em situações em que, por qualquer motivo, as conversações com a AdC em sede de transação se mostram infrutíferas. No âmbito do procedimento contraordenacional isso significa que, como decorre dos referidos artigos, a proposta não pode ser utilizada como meio de prova contra qualquer dos visados.

Ora, pela mesma ordem de razões, no âmbito de uma ação de indemnização, uma proposta de revogação que não tenha gerado efeitos em virtude de o procedimento de transação não ter sido concluído, não pode ser divulgada nem mesmo depois de o processo contraordenacional ter terminado, pois é desprovida de efeitos jurídicos.

Pelo exposto, torna-se conveniente retificar os artigos 22.º, n.º 11, e 27.º, n.º 6 da LdC, de forma a conferir proteção absoluta às propostas de transação à luz da Diretiva, atribuindo à ausência de manifestação do visado relativamente à minuta de transação apresentada pela AdC a consequência correta, que é a ausência de quaisquer efeitos da proposta de transação (artigo 20.º da presente proposta, alterando os artigos 22.º e 27.º da LdC).

14.2. Acesso ao processo

O artigo 31.º, n.º 3 da LdC permite a utilização pela AdC, como meio de prova para demonstração de uma infração às regras da concorrência, informação que tenha sido classificada como confidencial. O artigo 33.º da LdC regula o acesso a um processo da AdC, estabelecendo o seu n.º 4 as condições de acesso aos documentos referidos no n.º 3 do artigo 31.º. Entre essas condições está a não utilização desses documentos para qualquer outro fim.

Importa que a referida condição não inviabilize o acesso aos meios de prova constantes de um processo da AdC através das formas de acesso previstas na presente proposta, pelo que se propõe se salvaguardem as disposições relevantes, isto é, os artigos 12.º, n.º 7, 13.º, 14.º e 15.º (artigo 20.º da presente proposta, alterando o artigo 33.º da LdC). Uma vez que os lesados podem, em determinadas condições, designadamente com recurso às medidas de proteção previstas na Diretiva e na presente proposta, ter acesso a tal informação confidencial independentemente da forma ou finalidade para que a mesma foi utilizada no processo contraordenacional, considera-se que as covisadas dispõem, quando o requirem, por maioria de razão, de idêntico direito de consulta para exercício dos seus direitos de defesa.

14.3. Circunstância atenuante

A Diretiva determina, no n.º 3 do artigo 18.º, que as autoridades de concorrência podem considerar que a indemnização paga em resultado de transação amigável e anterior à sua decisão de impor uma coima constitui uma circunstância atenuante. A presente proposta inclui esta circunstância atenuante no elenco exemplificativo de critérios a ter em conta para a determinação da medida da coima (artigo 20.º da presente proposta, alterando o artigo 69.º, n.º 1, alínea *f*), da LdC).

14.4. Acesso a meios de prova constantes de um processo de uma autoridade da concorrência

Concatenada a proteção conferida pela LdC aos documentos relativos a um pedido de dispensa ou redução de coima (artigo 81.º) e a que resulta da Diretiva (n.º 6 do artigo 6.º), conclui-se que há algumas discrepâncias:

- a) A LdC protege de divulgação a terceiros a declaração de clemência (isto é, o pedido de dispensa e redução de coima propriamente dito) e todos os documentos e informações apresentados com a mesma, enquanto a

- Diretiva apenas protege a declaração de clemência, e já não a “informação preexistente” (artigo 2.º, n.ºs 16 e 17 e considerandos 26 e 28).
- b) O programa de clemência previsto na LdC abrange todos os tipos de cartéis, sejam estes secretos ou não, pelo que a proteção contra a divulgação de documentos constante do artigo 81.º se estende igualmente a todos a pedidos de clemência referentes a qualquer tipo de cartel, enquanto a Diretiva apenas impede a divulgação de declarações de clemência relativas a cartéis secretos (artigo 2.º, n.ºs 14, 15 e 16).
 - c) A LdC prevê a possibilidade de reprodução do pedido de clemência pelo visado pelo processo (artigo 81.º, n.º 2) e de acesso de terceiros a esse mesmo pedido (artigo 81.º, n.º 3), ambos mediante autorização do requerente de clemência, possibilidade que não existe na Diretiva.

Uma vez que o artigo 6.º, n.º 6 da Diretiva é uma norma vinculativa para os Estados-Membros, não lhes sendo permitido, no que respeita, designadamente, aos pedidos de dispensa ou redução de coima, que consagrem um nível de proteção diferente do que decorre da Diretiva, torna-se necessário alterar o artigo 81.º, n.º 1, da LdC em conformidade, o que se faz através do artigo 20.º da presente proposta.

No que respeita ao disposto nos números 2 e 3 do artigo 81.º da LdC, a sua alteração não se afigura necessária, uma vez que a Diretiva não impede a divulgação de documentos relativos a pedidos de clemência nas situações em que tal divulgação é autorizada pelo requerente, uma vez que nessas situações a razão subjacente à proteção desse tipo de documentos – evitar que um potencial requerente de clemência se iniba de fazer o pedido de clemência por receio de exposição a ações de indemnização – não está presente.

15. ADITAMENTO À LEI DA CONCORRÊNCIA

Nos termos do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 1/2003, os Estados-Membros devem transmitir à Comissão Europeia cópia de todas as sentenças escritas pronunciadas por tribunais nacionais em matéria de aplicação dos (atuais) artigos 101.º e 102.º do TFUE, o que deve ocorrer imediatamente após a sua notificação às partes.

Considerando-se útil a criação de um sistema que garante um cumprimento efetivo e consistente desta obrigação a cargo dos tribunais, propõe-se o aditamento de uma disposição à LdC (artigo 94.º-A, aditado através do artigo 21.º da presente proposta) nos termos do qual: (i) o tribunal competente

envia à AdC cópia de todas as sentenças, acórdãos ou decisões proferidas no âmbito de um processo judicial no qual seja invocada uma infração ao direito da concorrência; (ii) a AdC assegura a transmissão dessas sentenças, acórdãos ou decisões à Comissão Europeia, assim dando cumprimento à obrigação plasmada no n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 1/2003 (divulgando-as igualmente no seu sítio de internet à luz das boas práticas administrativas).

16. ALTERAÇÕES À LEI DA ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO

De acordo com a Lei de Organização do Sistema Judiciário (“LOSJ”), aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, a competência para julgar ações de indemnização, qualquer que seja a causa de pedir e, portanto, incluindo as que se fundam na violação de normas de defesa da concorrência, cabe aos tribunais cíveis.

Ainda de acordo com a mesma LOSJ, cabe ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (“TCRS”) a competência para conhecer das questões relativas a recursos, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação da Autoridade da Concorrência [artigo 112.º, n.º 2, alínea a)].

As razões sobre a atribuição de competência especial a um tribunal para julgar recursos de decisões da AdC assentam essencialmente na especificidade das matérias de direito e economia da concorrência e na conveniência de que seja um tribunal especializado a lidar sempre com estes tipo de matérias, para benefício da qualidade das decisões judiciais e, em termos mais gerais, da boa administração da justiça.

A mesma ordem de razões aconselha a que também as ações de indemnização fundadas em infrações ao direito da concorrência sejam apreciadas e julgadas por um tribunal especializado em matéria de concorrência, em benefício da melhoria da cultura jurídica de concorrência em Portugal.

Assim, propõe-se que todas as causas que envolvam a aplicação, do ponto de vista substantivo, de direito da concorrência, independentemente do instrumento de *enforcement* utilizado (i.e. quer se trate de práticas anticoncorrecionais, de controlo de concentrações ou de ações de indemnização) sejam dirimidas pelo mesmo Tribunal, seguindo-se, posteriormente, a mesma lógica de especialização a nível das instâncias de recurso, i.e. que essas causas sejam julgadas pela mesma secção do Tribunal da Relação ou do Supremo Tribunal de Justiça, sendo o caso (artigo 22.º da presente proposta, alterando os artigos 54.º e 67.º da LOSJ).

Para além das vantagens da especialização, já mencionadas, e de por essa via se evitar a fragmentação, pelos tribunais cíveis de todo o país, do julgamento de ações de indemnização com uma causa de pedir tão específica, acresce a ligação que, na maioria dos casos, haverá entre a ação de indemnização e o processo contraordenacional que investiga e sanciona a mesma infração ao direito da concorrência. De facto, verifica-se que a maioria das ações de indemnização por violação de normas de defesa da concorrência são ações “follow-on”, isto é, são intentadas depois de uma autoridade de concorrência haver apreciado e sancionado a infração que lhes serve de causa de pedir. Há, assim, toda a vantagem em aproveitar, quando seja o caso, o *know-how* decorrente do julgamento no qual o tribunal escrutinou a decisão da AdC que declarou a existência da infração que, depois, fundará o pedido de indemnização (à semelhança, aliás, do que sucede em sede penal).

Pelo exposto, prevê-se, no artigo 22.º da presente proposta, a alteração do artigo 112.º, n.º 3, da LOSJ, no sentido da atribuição ao TCRS de competência para julgar ações de indemnização cujo pedido se fundamente exclusivamente em infrações ao direito da concorrência, de ações destinadas ao exercício do direito de regresso entre coinfratores e de pedidos de acesso a meios de prova relativos a tais ações.

Pelas razões atrás mencionadas, propõe-se que o TCRS seja igualmente competente para julgar ações de declaração de nulidade cujo pedido se fundamente exclusivamente em infrações ao direito da concorrência (alteração ao artigo 112.º, n.º 4, da LOSJ).

RELATÓRIO SOBRE A CONSULTA PÚBLICA DA PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA PRIVATE ENFORCEMENT

Autoridade da Concorrência

13 de julho de 2016

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Processo de consulta. 3. Objeto do Relatório. 3.1. Artigo 2.º – Definições. 3.2. Artigo 3.º, n.º 2 – Imputação no contexto de grupos económicos. 3.3. Artigo 4.º – Cálculo da indemnização. 3.4. Artigo 5.º – Responsabilidade solidária. 3.6. Artigo 7.º – Presunção inilidível da existência de infração declarada por uma autoridade de concorrência ou tribunal de outro Estado-Membro. 3.7. Artigo 9.º – Quantificação do dano. 3.8. Artigo 13.º – Acesso a meios de prova. 3.9. Artigo 15.º – Acesso a meios de prova constantes de um processo de uma autoridade da concorrência: observações da autoridade da concorrência. 3.10. Artigo 19.º – Ação popular. 3.11. Alterações à LdC. 3.12. Artigo 24.º – Aplicação da lei no tempo.

1. INTRODUÇÃO

A Autoridade da Concorrência (“AdC”) foi nomeada pelo Ministério da Economia como “serviço responsável” pela apresentação de uma proposta de transposição da Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, vulgarmente denominada Diretiva *Private Enforcement* (“Diretiva”).

A Diretiva visa, por um lado, facilitar a compensação das vítimas pelos danos sofridos em resultado de infrações ao direito da concorrência e, por outro lado, garantir uma articulação equilibrada entre a aplicação pública e a aplicação privada do direito da concorrência, e deverá ser transposta até 27 de dezembro de 2016.

2. PROCESSO DE CONSULTA

A AdC promoveu uma consulta pública sobre uma primeira proposta de anteprojeto de diploma de transposição da Diretiva, a qual decorreu entre 26 de abril e 27 de maio de 2016 e foi divulgada através da página de Internet da AdC e de emails dirigidos a diversas entidades.

No âmbito da consulta foram recebidos contributos escritos das seguintes entidades:

- Conselho Superior de Magistratura/Juízes do Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão;
- Ministério Público da Comarca de Santarém;
- Ordem dos Advogados;
- DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor;
- CDC – Cartel Damages Claims;
- Abreu Advogados, Sociedade de Advogados, RL;
- Garrigues Abogados SLP – Sucursal em Portugal;
- Gomez-Acebo & Pombo Abogados SLP – Sucursal em Portugal;
- Linklaters LLP – Sucursal em Portugal;
- Luís Silva Morais, Sérgio Gonçalves do Cabo & Associados – Sociedade de Advogados, RL;
- Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados – Sociedade de Advogados, RL;
- Sérvulo – Sociedade de Advogados, RL;
- Professor Doutor Miguel Sousa Ferro.

Foram ainda realizadas reuniões para a transmissão oral de comentários com as seguintes entidades:

- Direção Geral do Consumidor;
- Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência.

3. OBJETO DO RELATÓRIO

O presente Relatório visa apresentar os principais comentários recebidos à proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva que a AdC submeteu a consulta pública bem como o tratamento que lhes foi dado na Proposta apresentada ao Ministério da Economia (“Proposta”).

O Relatório não pretende elencar de forma exaustiva todos os comentários recebidos, mas apenas os que foram considerados mais relevantes, nomeadamente

os que conduziram a alterações substantivas à Proposta ou que, não tendo conduzido a tal tipo de alterações, foram considerados suficientemente pertinentes para justificar modificações de redação, clarificações adicionais ou fundamentações mais profundas na Exposição de Motivos.

Em muitos casos foram aceites sugestões de redação sem impacto substantivo, as quais não serão expostas exaustivamente.

Não são reproduzidos comentários a soluções que decorrem da própria Diretiva, relativamente às quais o legislador nacional não dispõe de margem de apreciação e que, por essa razão, não foram atendidos.

Em termos gerais, foi opção da AdC, na elaboração da Proposta, não reproduzir, nem remeter expressamente para artigos do Código Civil ou do Código de Processo Civil, ou de outro conjunto normativo vigente, a não ser quando se considerou que tal ajudaria a clarificar regras de mais difícil interpretação ou aplicação. Por essa razão não foram, de uma forma geral, acolhidas sugestões no sentido de tal reprodução ou remissão.

Elencam-se de seguida as disposições que suscitaram maior número de comentários ou observações e/ou de sugestões consideradas especialmente pertinentes.

3.1. Artigo 2.º – Definições

Foram feitas várias sugestões de alteração do artigo 2.º, quer ao nível da redação das definições constantes da Proposta, quer de introdução de novas definições. Feita a análise das sugestões, foram introduzidas algumas alterações de redação e foi inserida a definição de “lesado”.

As restantes definições cuja introdução foi sugerida (e.g. “regime jurídico da concorrência”, “ação de indemnização”, “pedido de indemnização”, “beneficiário de dispensa de coimas”, “âmbito material da infração”, “âmbito pessoal da infração”) foram consideradas desnecessárias e por isso não inseridas no artigo 2.º. Uma vez que o emprego de definições legislativas constitui uma técnica de legística que, embora útil, é pouco usual na tradição jurídica continental, a AdC procurou recorrer à mesma na medida do estritamente necessário.

3.2. Artigo 3.º, n.º 2 – Imputação no contexto de grupos económicos

O n.º 2 do artigo 3.º da Proposta suscitou diversas reações da mais diversa índole, algumas no sentido da sua expansão, outras no sentido da sua supressão. Trata-se de soluções decorrentes da jurisprudência assente da União, sendo a Diretiva omissa a esse respeito.

Considerou-se importante manter a norma na sua essência, na medida em que a mesma visa regular uma matéria potencialmente geradora de dificuldades teóricas e práticas.

Foram, contudo, introduzidas alterações à Proposta, as quais, essencialmente, deram acolhimento a duas sugestões, uma de redação (substituição de “pessoas jurídicas” por “pessoas coletivas”) e outra de natureza substantiva.

A alteração redacional sinaliza que a solução normativa em causa é aplicável no contexto de grupos económicos.

A alteração substantiva respeita à presunção ilidível de influência determinante de uma pessoa coletiva sobre outra pessoa coletiva pertencente ao mesmo grupo económico (ou, dito de outra forma, adotando a terminologia da Diretiva, à mesma empresa), influência essa que é condição para imputação de responsabilidade civil à primeira por infrações cometidas pela segunda.

Mais concretamente, foi alterado o limiar da presunção ilidível, que passou de 100% para 90% de detenção do capital social, solução mais consentânea com a jurisprudência da União sobre o conceito de empresa e sobre os critérios para imputação de responsabilidade à empresa-mãe (assente no conceito de “quase totalidade” do capital social) e, simultaneamente, com o cenário de aquisições tendentes a domínio total, nos termos do Código das Sociedades Comerciais (CSC).

Ainda relativamente a esta disposição, foi sugerido que se ressalvasse expressamente a aplicabilidade do artigo 501.º do CSC, que consagra um regime especial de responsabilidade por dívidas no seio de grupos económicos. Apesar de não ter sido acolhida tal sugestão, por se considerar tal ressalva desnecessária, foi acrescentada à Exposição de Motivos uma menção ao artigo 501.º do CSC, para que não subsistam dúvidas sobre a sua aplicação, que se mantém nos termos gerais.

3.3. Artigo 4.º – Cálculo da indemnização

Foram feitos diversos comentários relativamente ao artigo 4.º, incluindo a sugestão da sua eliminação, com fundamento no facto de a solução aí consagrada já resultar das normas relevantes do Código Civil. Foram ainda recebidas várias sugestões de alteração da redação, entre as quais a introdução de uma remissão expressa para o artigo 566.º, n.º 2, do Código Civil, que consagra, relativamente ao cálculo da indemnização, a chamada “teoria da diferença”.

Entendeu-se manter esta disposição por uma questão de clareza e segurança jurídica considerados, desde logo, os diferentes significados que podem ser

atribuídos à palavra “juros”, suscetíveis de gerar equívocos indesejáveis. Além disso, pretendeu-se dar expressão ao Assento n.º 4/2002, do Supremo Tribunal de Justiça, que procedeu à uniformização de jurisprudência no que respeita à questão da determinação do momento de início da contagem de juros de mora sobre os quantitativos da indemnização arbitrada a título de responsabilidade civil por facto ilícito (ver, para maior detalhe, a Exposição de Motivos).

Assim, o artigo 4.º da Proposta, embora em rigor não seja necessário para assegurar a transposição da Diretiva, uma vez que as soluções aí impostas já se encontram consagradas no ordenamento jurídico nacional a nível legislativo e jurisprudencial, tem um intuito pedagógico, garantindo uma correta interpretação e aplicação do princípio da reparação integral ali consagrado, e dessa forma assegurando uma maior clareza e segurança jurídicas.

Na sequência das sugestões, foram feitas algumas alterações de redação, incluindo a introdução de uma remissão para o artigo 566.º, n.º 2, do Código Civil, que consagra a teoria da diferença relativamente ao cálculo da indemnização, para que não restem dúvidas sobre a sua aplicabilidade.

3.4. Artigo 5.º – Responsabilidade solidária

Foram recebidos alguns comentários relativos ao n.º 2 do artigo 5.º da Proposta, que estabelece os requisitos exigidos para que uma PME possa beneficiar de uma derrogação às regras de responsabilidade solidária.

A sugestão de densificação do critério do prejuízo à viabilidade económica e desvalorização dos ativos (alínea a), ii.) não foi acolhida, por se considerar suficiente a referência que é feita na Exposição de Motivos ao parágrafo 35 das *Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (2006/C 210/02)*, em cuja formulação esta disposição se inspirou, e aos instrumentos que as interpretam, nomeadamente à “*Note de information de M. Almunia et de M. Lewandowski – Absence de capacité contributive au titre du paragraphe 35 des Lignes Directrices du 1/09/2006 concernant le calcul des amendes infligées en application du Règlement (CE) n.º 1/2003 relatif a la mise en oeuvre des règles de concurrence*”, SEC(2010) 737/2. Sendo estes meros auxiliares de aplicação e interpretação, não substituem a apreciação do tribunal, que não se quis condicionar através de uma maior concretização.

Foi também sugerida a eliminação da condição, constante da alínea b) do n.º 2 do artigo 5.º da Proposta, nos termos do qual uma PME que cumpra os requisitos referidos na alínea a) do mesmo número apenas será solidariamente

responsável perante lesados que não são seus clientes se estes não puderem obter dos restantes coinfratores a reparação integral dos danos sofridos. Esta sugestão de eliminação não foi acolhida, uma vez que a referida norma visa transpor a exigência, constante no n.º 2 do artigo 11.º da Diretiva, de garantia da reparação integral dos danos causados aos lesados.

3.5. Artigo 6.º – Prescrição

Foram feitos diversos comentários ao artigo 6.º da Proposta, relativos aos seus diversos aspetos, na sequência dos quais foram introduzidas várias alterações, algumas de substância, outras meramente formais.

Foi, desde logo, eliminado o prazo especial de 5 anos para a prescrição do direito de regresso entre coinfratores, por não se aplicarem àqueles as mesmas preocupações que justificam a consagração do prazo especial de 5 anos para a prescrição do direito de indemnização. Vigora assim, para o direito de regresso, o prazo geral de 3 anos constante do artigo 498.º, n.º 2, do Código Civil.

Ainda relativamente a prazos de prescrição, não foi acolhida a sugestão de consagração de um prazo de 10 anos para as ações de indemnização por infração ao direito da concorrência. A este respeito, considera-se que o prazo mínimo de 5 anos consagrado na Diretiva é suficiente para acautelar o interesse dos lesados, sendo já substancialmente mais longo do que o prazo geral de 3 anos consagrado no artigo 498.º, n.º 1, do Código Civil, mostrando-se necessário manter simultaneamente na lei incentivos para uma célere aplicação da justiça.

Apesar de tal não ser necessário por decorrer das regras gerais aplicáveis, foi acolhida (no n.º 1 do artigo 6.º), para que não restem dúvidas a este respeito, a sugestão de salvaguardar expressamente o prazo de prescrição ordinário de 20 anos constante do artigo 309.º do Código Civil, o qual começa a contar a partir do facto danoso.

Foi ainda acolhida uma sugestão relativa ao elemento relevante para a determinação do momento de início de contagem do prazo de prescrição que consta da alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º, esclarecendo-se que o desconhecimento da extensão integral dos danos não obsta ao início de contagem desse prazo, quando o lesado já tem conhecimento de que a infração lhe causou danos.

Por fim, incluíram-se, por uma questão pedagógica e acolhendo parcialmente uma sugestão recebida, dois exemplos de tipos de decisão judicial (declaração de insolvência e declaração de extinção da ação executiva por falta de bens penhoráveis) relevantes para efeitos de estabelecimento de incapacidade de pagamento dos coinfratores do beneficiário de dispensa de coima.

3.6. Artigo 7.º – Presunção inilidível da existência de infração declarada por uma autoridade de concorrência ou tribunal de outro Estado-Membro

Foram recebidos diversos comentários manifestando discordância com a norma constante da Proposta (n.º 2 do artigo 7.º) que estendia, às decisões de declaração de infração por uma autoridade de concorrência ou tribunal de outro Estado-Membro, o efeito de presunção inilidível, que a Diretiva prescreve para decisões de autoridades e tribunais do mesmo país em que a ação de indemnização é intentada.

Apesar de se considerar adequada a consagração de um valor probatório superior ao mínimo exigido pela Diretiva (prova *prima facie*) para estas decisões, uma vez que, por um lado, as vantagens em atribuir às decisões de autoridades de concorrência ou tribunais de recurso de outros Estados-Membros o efeito de presunção inilidível são similares às decisões de declaração de infração por uma autoridade nacional ou tribunal do próprio Estado-Membro e porque, por outro, tal reforçaria a atratividade do foro e lei material portuguesas para a propositura de ações desta natureza, optou-se por consagrar, na proposta final, uma solução intermédia, atribuindo a tais decisões o efeito de presunção ilidível. Com tal solução procura-se minimizar as preocupações manifestadas com a solução anteriormente proposta e mitigar a litigiosidade potencialmente relacionada com este aspeto, assim evitando prejudicar a compensação dos lesados.

Relativamente ao n.º 4, foi acolhida a sugestão de que a suspensão do processo relativo a uma ação de indemnização por uma infração que está simultaneamente a ser investigada por uma autoridade da concorrência possa também ser decretada *ex officio* pelo tribunal, e não apenas a pedido das partes.

3.7. Artigo 9.º – Quantificação do dano

3.7.1. Presunção de dano/nexo de causalidade

Não foram acolhidas as sugestões feitas no sentido de eliminação da expressão “sem prejuízo do ónus da prova do nexo de causalidade que incumbe ao lesado”, constante do n.º 1 do artigo 9.º da Proposta. Apesar de a prova do nexo de causalidade ser necessária em qualquer ação de indemnização e caber, nos termos gerais, ao lesado, e de, por esse motivo, esta salvaguarda expressa não ser necessária, entendeu-se manter a mesma, dadas as dúvidas que se têm suscitado sobre o verdadeiro alcance da presunção de dano que a Diretiva

consagra. Dúvidas que, aliás, o processo de consulta pública veio confirmar, assim reforçando a necessidade de manter esta salvaguarda.

Pretende-se desta forma tornar claro que a presunção de dano não afasta a necessidade de o lesado que intenta a ação de indemnização provar o nexo causal entre o facto ilícito (cartel) e o dano que sofreu na sua esfera jurídica (ver, para maior detalhe, a Exposição de Motivos).

3.7.2. *Estimativa aproximada*

O n.º 2 do artigo 9.º da Proposta suscitou diversos tipos de comentários no que respeita, por um lado, à expressão “cálculo por recurso a uma estimativa aproximada” e, por outro, à referência à Comunicação da Comissão 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.

Foram recebidas algumas sugestões no sentido da substituição da possibilidade de o juiz recorrer, para efeitos de cálculo do dano, a uma estimativa aproximada, pela possibilidade de recurso à equidade, contemplada no artigo 566.º, n.º 3, do Código Civil. Tais sugestões não foram, contudo, acolhidas, uma vez que se trata de tipos de juízo diferentes, que apelam a critérios de decisão distintos, e de apenas a referência à primeira transpor adequadamente a Diretiva. O que se pretende é que o juiz possa, recorrendo aos meios tradicionais de cálculo de dano, concluir por um valor não totalmente preciso, mas aproximado (ver Exposição de Motivos).

Relativamente à referida Comunicação da Comissão, foram feitas diversas observações no sentido de a referência a essa Comunicação poder gerar dúvidas quanto à sua vinculatividade para os tribunais. Com o objetivo de evitar tais dúvidas sem que se elimine a referência à Comunicação, que se considera útil para que seja mais facilmente perceptível o conteúdo da expressão “cálculo por recurso a uma estimativa aproximada”, alterou-se a redação do n.º 2 do artigo 9.º da Proposta de uma forma que realça o seu caráter não vinculativo.

3.8. Artigo 13.º – Acesso a meios de prova

Relativamente ao sigilo profissional de advogado, foi acolhida a sugestão de alteração da redação do n.º 8 do artigo 13.º da Proposta no sentido da substituição da expressão “nos termos da lei aplicável” por uma expressão equivalente à usada no artigo 5.º, n.º 6 da Diretiva, “nos termos do direito da União ou do direito nacional”. Apesar de se considerar que tal modificação de redação não

implica qualquer alteração substantiva, evitam-se assim as ambiguidades que podem decorrer do facto de o direito nacional e o direito da União Europeia consagrarem soluções distintas quanto à proteção do sigilo profissional de advogados “in-house”, tornando-se patente que será adotada a solução vigente no ordenamento jurídico que for aplicável ao caso.

3.9. Artigo 15.º – Acesso a meios de prova constantes de um processo de uma autoridade da concorrência: observações da autoridade da concorrência

Foi sugerida a consagração de um prazo razoável para que a autoridade da concorrência, querendo, apresente observações escritas na sequência da notificação pelo tribunal da apresentação de um pedido de acesso a meios de prova constante de um processo seu.

Esta sugestão foi acolhida, dando origem ao n.º 3 do artigo 15.º da Proposta.

3.10. Artigo 19.º – Ação popular

Foram feitas diversas sugestões relativas à legitimidade para intentar uma ação de indemnização por infrações ao direito da concorrência por meio do recurso à ação popular, designadamente no sentido de uma consagração expressa e inequívoca do elenco das entidades com tal legitimidade.

Foi dado acolhimento a essa sugestão, através do n.º 2 do artigo 19.º da Proposta, o qual consagra expressamente a legitimidade, para além das entidades referidas na Lei n.º 83/95, de 31 de agosto (o que inclui o Ministério Público, nos termos do artigo 16.º), de associações e fundações que tenham por fim a defesa dos consumidores e de associações de empresas cujos associados sejam lesados pela infração ao direito da concorrência em causa.

3.11. Alterações à LdC

Foi acolhida a sugestão de limitar o âmbito da alteração ao artigo 81.º da LdC que constava da Proposta submetida a consulta pública, por salvaguardar de forma mais adequada a aplicação pública do direito da concorrência.

O artigo 81.º, tal como vigora atualmente, permite que a AdC classifique como confidenciais não só o pedido de dispensa ou redução de coima mas também todos os documentos e informações apresentadas juntamente com esse pedido. Nessa medida, é incompatível com o artigo 6.º, n.º 6, alínea a), da Diretiva, que impede que sejam classificados como confidenciais tais documentos e informações (denominados “preexistentes”).

Porque o artigo 6.º, n.º 6 da Diretiva é vinculativo para os Estados-Membros, a Proposta submetida a consulta pública limitava a proteção conferida pelo artigo 81.º da LdC (através da sua classificação como confidencial) ao próprio pedido de dispensa ou redução de coima.

No entanto, considerando que a Diretiva (e o diploma que a vier a transpor) apenas regula pedidos de divulgação de elementos de prova constantes do processo de uma autoridade de concorrência para efeitos de uma ação de indemnização por infração ao direito da concorrência, não se afigura, efetivamente, necessário alterar o artigo 81.º da LdC na sua totalidade, uma vez que este tem um âmbito de aplicação mais amplo, abrangendo o acesso direto aos processos da AdC, para qualquer finalidade.

Assim, foi alterada a proposta, dando acolhimento à referida sugestão, o que se fez acrescentando um n.º 5 ao artigo 81.º da LdC, que transpõe a Diretiva e é aplicável apenas aos pedidos de divulgação de elementos de prova constantes do processo da AdC para efeitos de ação de indemnização por infração ao direito da concorrência. De acordo com tal proposta, em todas as outras situações mantém-se em vigor o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LdC.

3.12. Artigo 24.º – Aplicação da lei no tempo

Durante a consulta pública foi manifestada alguma preocupação com a referência, no artigo 24.º (que regula a aplicação do diploma de transposição no tempo), a “normas substantivas”, pelo conteúdo relativamente indeterminado da expressão. Foram feitas diversas sugestões no sentido da sua concretização.

Considerou-se, contudo, não ser necessário, nem mesmo conveniente, proceder a tal concretização. Na verdade, a regra de que as normas substantivas não têm efeito retroativo é uma regra que decorre de princípios gerais de Direito, sendo comum às tradições jurídicas de todos os Estados-Membros e da União Europeia pelo que, em rigor, não necessitaria de estar expressamente consagrada. Designar expressamente as normas substantivas do diploma de transposição, para além de desnecessário, poderia ter como efeito limitar de forma inadequada a ação do aplicador do Direito, mormente do tribunal.

Apesar disso, optou-se por qualificar expressamente como normas substantivas as regras sobre ónus da prova, dada a especial incerteza que a sua qualificação tem suscitado.

Não foi igualmente acolhida a sugestão de atribuir ao Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão competência para julgar as ações de indemnização pendentes no momento da entrada em vigor do diploma de transposição. Tendo-se

considerado não ser justificável nem adequada tal derrogação à regra geral de aplicação no tempo de normas atributivas de competência judicial, optou-se, mesmo, no interesse da segurança jurídica, por consagrar expressamente uma disposição a este respeito, a qual estatui que as normas que introduzem alterações à Lei de Organização do Sistema Judiciário apenas se aplicam a ações intentadas após a sua entrada em vigor.